

JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI

Catedrático de Derecho Penal

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Torturas y otros atentados contra la integridad moral

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LA TORTURA Y LOS MALOS TRATOS. SU REGULACIÓN INTERNACIONAL. A) Notas definitorias de la noción “mínima” de tortura: La Convención de 1984. **B)** Tortura y tratamientos crueles, inhumanos o degradantes. **C)** Tortura y causas de justificación. **D)** Obligaciones estatales y medidas internacionales de aplicación. **III. LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA Y LOS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES EN EL DERECHO ESPAÑOL: CONSTITUCIÓN DE 1978. IV. CODIGO PENAL: DE LAS TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. A)** Precedente: el art. 204 bis. **B)** El (Ante)Proyecto de 1994. Tramitación parlamentaria. **C)** Arts. 173 a 177 del nuevo Código Penal de 1995. **a)** Bien jurídico protegido. Colocación sistemática. **b)** Contenido y estructura del Título VII (Libro II). **c)** Particulares figuras delictivas. *a')* Menoscabo grave de la integridad moral cometido por particulares. *b')* Atentados a la integridad moral cometidos por funcionarios: *a'')* Tortura en sentido estricto. *b'')* Maltrato penitenciario (inhumano o degradante) asimilado a la tortura. *c'')* Otros atentados a la integridad moral cometidos por funcionarios. *d'')* Tolerancia funcional en la tortura y demás atentados contra la integridad moral. **d)** Regla concursal común. **V. CONCLUSIÓN**

I. INTRODUCCIÓN

La historia de la lucha contra la tortura, como abominable práctica de abuso de poder¹, es reciente.

Constituida durante un largo período histórico en la auténtica “reina de las pruebas” y de la investigación criminal, sólo con el advenimiento de la Ilustración y las Revoluciones liberales comienza a extenderse el convencimiento de su inaceptabilidad, en cuanto ataque especialmente reprobable a los valores humanos fundamentales. No con ello desaparece su práctica, que —como ponen de manifiesto los informes de las organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos y hasta el propio Relator especial de Naciones Unidas²— todavía hoy sigue vigente (incluso de modo sistemático) en no pocos países, a pesar de lo dispuesto en constituciones y legislaciones internas.

-
- 1 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “La tortura como abuso de poder: aspectos penales”, en A.BERISTAIN, J.L. DE LA CUESTA (Dir.), *La Criminología frente al abuso de poder*, San Sebastián, 1992, pp. 149-162.
 - 2 *Informe del Relator Especial, Sr.P. Kooijmans, con arreglo a la resolución 1991/38 de la Comisión de Derechos Humanos* (Séptimo informe) (E/CN.4/1992/17, p. 112).

II. LA TORTURA Y LOS MALOS TRATOS: SU REGULACIÓN INTERNACIONAL

Al igual que respecto de otros derechos humanos, también en el caso de la tortura la demostrada insuficiencia de las legislaciones internas en hacer realmente efectiva su prohibición ha llevado a una importante acción por parte de las instituciones internacionales, plasmada en la elaboración de documentos, códigos de conducta policiales³ y hasta textos convencionales dirigidos a prevenir su práctica y perseguirla.

A) Notas definatorias de la noción “mínima” de tortura: La Convención de 1984

Hito de particular relevancia en este proceso es la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura (10-diciembre-1984), desarrollo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los Pactos Internacionales de 1966.

No es éste el único Convenio internacional en la materia. Por el contrario, la prohibición de la tortura —que ya encuentra reflejo en el II Convenio de La Haya (1907) y en los Convenios de Ginebra (1949) en relación con los conflictos arma-

³ Así, p. e., arts. 2, 5 y 6 del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, de 17 diciembre 1979 (Res. A.G.NN.UU. 169/34), o apdo. A. núms. 3 y 14 de la Declaración sobre la Policía de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (Res. 690/1969). Ver también, en el ámbito penitenciario, art. 32,1 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas (1955) y art. 37 de las Reglas Penitenciarias europeas (Consejo de Europa, 1987). Igualmente, principio 6 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Res. A.G.NN.UU. 43/173) y Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Res. 27/194, de 18 diciembre 1982).

dos⁴— es objeto de atención por la práctica totalidad de las Declaraciones⁵, Pactos⁶, Convenios⁷ y demás documentos sobre derechos humanos aprobados tras la Segunda Guerra Mundial.

Ahora bien, todos éstos hablan de la tortura sin definirla —cuando su concepto no deja de ser susceptible de múltiples controversias— y sin entrar en una regulación detallada de las obligaciones de los Estados, tarea que —tras la Declaración (9

4 Así, arts. 4 II y 58 del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anejo al Convenio relativo a las leyes y usos de la guerra, La Haya, 1899 (Gaceta de Madrid, 22 noviembre 1900); art. 12 del Convenio de La Haya relativo a los derechos y deberes de las potencias y personas neutrales en caso de guerra terrestre, de 18 octubre 1907 (Gaceta de Madrid, 23 junio 1913); arts. 16 y 21 del Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907 para aplicar a la guerra marítima los principios del Convenio de Ginebra (Gaceta de Madrid, 27 junio 1913); art. 2 del Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos en los ejércitos en campaña, de 27 de junio de 1929 (Gaceta de Madrid, 10 octubre 1930); arts. 2, 3 y 5 del Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra, de misma fecha y BOE.

Con posterioridad a la II Guerra Mundial, pueden citarse igualmente en este marco los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (BB.OO. del E. de 23 y 26 agosto y 2 y 5 setiembre 1952). Ver, así, los arts. 3 de los cuatro Convenios, arts. 12 de los dos primeros, arts. 17 IV y 87 del tercer Convenio y arts. 27, 32 y 118 del cuarto. Igualmente, art. 75,2 a, ii) del I Protocolo adicional, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (11 de diciembre de 1977), y II Protocolo adicional, acerca de la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (de igual fecha). También, párrafo 5 de la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado (Resolución 3318 -XXIX- de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1974).

5 Por todos, art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. También, art. 2 de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 18 diciembre 1992 (Res.27/133).

6 Así, art. 7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 19 de diciembre de 1966 (BOE 30 abril 1977).

7 Art. 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (BOE 10 octubre 1979), art. 5 de la Convención americana sobre derechos humanos de 22 de noviembre de 1969, art. 5 de la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos (Carta de Banjul), de 27 de junio de 1981.

noviembre 1975) de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes— ha venido a llevar a cabo la Convención.

Formula la Convención un concepto internacional de tortura⁸, que todas las legislaciones internas deben perseguir y sancionar “con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”. Un concepto “mínimo”, al dejar en libertad a los Estados para que internacionalmente, o en sus disposiciones internas, puedan calificar también de torturas actos similares no incluidos en la definición aprobada por la Convención. Una noción que, desde el prisma penal, y a la luz de la definición ofrecida, se caracteriza, además, por proponer una tipificación de la tortura con base en los siguientes rasgos característicos¹⁰: delito pluriofensivo, especial, de resultado, doloso, de tendencia (en sentido estricto) y susceptible de comisión por omisión:

- *Delito pluriofensivo*, porque ataca a una pluralidad de bienes jurídico tanto de carácter individual, como estatal y colectivo. La tortura —que lesiona directamente lo más íntimo y constitutivo del ser humano, su personalidad, su integridad física (incolumidad) y moral— no es sólo un comportamiento espe-

8 “...todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance” (art. 1).

9 Tanto si consumado, como si cometido en grado de tentativa, tanto a los autores como a los cómplices y partícipes en los actos de tortura (art. 4).

10 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura*, Barcelona, 1990, pp. 24 y ss.

cialmente reprobable por su carácter degradante e inhumano, se presenta además, en su definición internacional, como una forma especialmente reprobable de abuso de poder en el marco de la Administración Pública y de la Administración de Justicia, cuyo funcionamiento viene a desnaturalizar y pervertir.

- Esta particular afectación de la Administración deriva de la calidad de sus autores -funcionarios y demás personas en el ejercicio de funciones públicas- que convierte a la tortura en un *delito especial*. La reducción del círculo de sujetos activos a los funcionarios es algo muy discutido. Sin duda, los no funcionarios pueden cometer actos materialmente idénticos a los propios de la tortura, atacando de manera insoportable e inhumana la integridad física y moral de sus víctimas. Ahora bien, con independencia de que también estos comportamientos merezcan ser sancionados y, sobre todo, hayan de buscarse fórmulas que permitan abarcar adecuadamente los comportamientos de particulares, realizados con tolerancia, aquiescencia o en beneficio de funcionarios (la Convención los califica también de tortura), parece razonable la restricción internacional del concepto mínimo de tortura a su ámbito más estricto: el abuso de poder funcional.

- ¿En qué consiste nuclearmente (para la Convención) torturar? En causar, en determinadas circunstancias, por parte de ciertos sujetos, con unos objetivos específicos, unos *resultados*: “dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales” no inherentes, incidentales o mera consecuencia de sanciones legítimas.

A pesar de que, en general, la fórmula pueda considerarse suficientemente expresiva, la determinación de qué sean “dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales”¹¹ es muy problemática desde el punto de vista jurídico: de un lado, por la propia subjetividad inherente a los términos dolores o sufrimientos (y su variabilidad histórico-cultural) y asimismo por la exigencia de “gravedad”, vía empleada por la Convención (y por otros textos internacionales) para la distinción entre los supuestos de

11 B.MORENTIN CAMPILLO, “Valoración judicial de la tortura: aspectos médico-legales”, *Actualidad Penal*, 3, 1996, pp. 33 y ss.

tortura y los demás tratos crueles, inhumanos o degradantes. A estas dificultades se añade la imposibilidad de inclusión (en un concepto de tortura así definido) de comportamientos que merecerían ser tratados como tal y que de hecho lo son en otros textos internacionales, en particular (art. 2, I *in fine* Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, 9 diciembre 1985)¹², el empleo de métodos anuladores de la personalidad o que disminuyan la capacidad física o mental sin producir dolor físico o padecimientos psíquicos.

En realidad, a la vista de estos problemas, sería preferible que las legislaciones internas se separaran en este punto del concepto internacional y prefirieran una definición de la tortura como delito funcional de mera actividad (empleo de violencia o intimidación graves) con ciertos fines, completada con una fórmula específica para los supuestos de omisión.

Añade, además, la Convención que quedan excluidos como supuestos de tortura los dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales, inherentes, incidentales o mera consecuencia de sanciones legítimas. La cuestión, en este punto, es determinar qué son “sanciones legítimas” y si pueden tenerse por tales todas las legalmente previstas en cualquier ordenamiento interno. Puesto que esto significaría, en la práctica, permitir a muchos Estados eludir la Convención, lo correcto es admitir sólo por legítimas las sanciones respetuosas de los derechos humanos y no susceptibles de conceptuarse como penas crueles, inhumanas o degradantes, internacionalmente proscritas.

- La causación de los dolores o sufrimientos debe hacerse “intencionadamente”. El crimen de tortura es, por tanto, un *delito doloso*; un delito que, en su configuración internacional (“mínima”), a la vista de la brutalidad o crueldad deliberada que le es inherente, requiere dolo directo —no se satisface con el dolo eventual— y excluye toda posibilidad de comisión imprudente (incluso por imprudencia grave, lo que ha sido no pocas veces criticado).

12 V.FREINALDI, *El delito de tortura*, Buenos Aires, 1986, pp. 185 y s.

- Junto al dolo, la presencia de la tortura depende también de la concurrencia en el sujeto activo de ciertas metas, objetivos o motivos (*delito de tendencia*, en sentido amplio) descritos por la Convención: obtener una confesión o información, castigar, intimidar, coaccionar, discriminar a la víctima o a otros. Al margen de lo adecuado o no de algunos de los términos elegidos, no cabe duda de que, debido al propio carácter “mínimo” del concepto internacional, la lista no constituye un catálogo cerrado y queda abierta a la inclusión de nuevos términos por cada legislador interno.

- Estamos, por último, ante un delito susceptible de *comisión por omisión*. En efecto, siendo el núcleo de la descripción típica la causación de unos determinados resultados, éstos pueden derivar tanto del comportamiento funcional activo como de la omisión punible (tolerancia, consentimiento, aquiescencia) cometida por quien se encuentra en posición de garante, la cual, si resulta hipotéticamente causal y cubre las exigencias de la cláusula de equivalencia, podrá dar lugar a responsabilidad penal por comisión por omisión.

B) Tortura y tratamientos crueles, inhumanos o degradantes

La Convención de 1984 no se ocupa sólo de la tortura. Al lado de ésta y como otros textos internacionales también prohíbe los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 16), que los Estados se comprometen a perseguir cuando se cometan por funcionarios públicos o personas que actúen en el ejercicio de funciones públicas, o por su instigación o con su consentimiento o aquiescencia. Estos reciben además un tratamiento diferente a la tortura, en cuanto a las obligaciones de los Estados y medidas de aplicación¹³.

¹³ Conforme al art. 16 de la Convención, los Estados se comprometen: 1) a la educación e información del personal encargado de la aplicación de la ley o

A la luz de la Convención no es fácil distinguir entre torturas y los demás malos tratos conceptos que, a la postre, aparecen para la mayor parte de la doctrina como aspectos de una misma realidad, con una mera diferencia de grado: la gravedad de los dolores o sufrimientos físicos o mentales causados. No es ésta, con todo, la única posibilidad interpretativa que permite la Convención¹⁴. Por contra, del art.16 cabe deducir que los malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no sólo difieren de la tortura en cuanto a la intensidad de los dolores o sufrimientos producidos, sino que constituyen un concepto más amplio, que no requiere para su integración ni la calidad funcional (o asimilada de los sujetos activos)¹⁵ —aunque el art. 16 de la Convención sólo se ocuparía de los malos tratos o penas causados por éstos—, ni los fines o motivación exigidos por la Convención para la tortura.

Una mayor elaboración de la distinción entre tortura y malos tratos inhumanos o degradantes puede hallarse —además de en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en aplicación de la enmienda octava a la Constitución¹⁶— en la labor del Comité de Derechos

que pueda participar en la custodia, interrogatorio o tratamiento de personas sujetas a cualquier forma de arresto, detención o prisión (art. 10); 2) al examen sistemático de las normas, instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio y de custodia y tratamiento (art. 11); 3) a la investigación pronta e imparcial (art. 12); y, 4) al reconocimiento del derecho, en todo caso, a presentar quejas, que deben ser examinadas pronta e imparcialmente por las autoridades competentes, al tiempo que se asegura la protección efectiva de quienes las presenten (o testifiquen) frente a posibles nuevos malos tratos o intimidación (art. 13)

14 J.L.DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito...*, cit., pp. 45 y ss.

15 Abarcando, por tanto, a empleados de instituciones privadas de enseñanza, profesionales de la medicina privada, o sujetos no funcionarios ni en ejercicio de funciones públicas, pero en situación de superioridad respecto de otros que se encuentran a su disposición. R.S.J.MACDONALD, "International Prohibitions Against Torture and Other Forms of Similar Treatment of Punishment", *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, 1989, pp. 397 y ss.

16 A.TORIO LOPEZ, "La prohibición constitucional de las penas o malos tratos inhumanos o degradantes (esquema para un estudio)", en A.BERISTAIN,

Humanos de la ONU (Pacto internacional de derechos civiles y políticos) y en la Jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo¹⁷.

Conforme a la opinión del Comité, la única vía de distinguir adecuadamente entre tortura y los demás tratos (art. 7 del Pacto) es atender a la naturaleza, finalidad y severidad de lo infligido. En general, y con base en esos criterios, el Comité¹⁸ distingue tres clases de actos: los “malos tratos”¹⁹, los “maltratos graves”²⁰ y las “torturas”²¹.

J.L.DE LA CUESTA (Comps.), *Los derechos humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, Bilbao, 1986, pp. 111 y ss. Ver también L.C. BERKSON, *The Concept of Cruel and Unusual Punishment*, Lexington (Mass.), 1975.

- 17 J.L.DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito...*, cit., pp. 47 y ss. Ver también, el repaso que hace J.BARQUIN SANZ, *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid, 1992, pp. 78 y ss.
- 18 C.VILLAN DURAN, “La Convención contra la tortura y su contribución a la definición del derecho a la integridad física y moral en el Derecho internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1985, pp. 392 y s.
- 19 “*Malos tratos*”: mantener incomunicado al detenido durante más de cinco meses, la mayor parte del tiempo atado y con los ojos vendados, y mantener en prisión a la víctima en condiciones tales que su salud quedó seriamente afectada.
- 20 “*Maltratos graves*”: el recibido por el afectado durante tres meses de detención en régimen de incomunicación, habiendo perdido como consecuencia 20 kilos de peso, y mantener incomunicado al detenido durante más de cien días, la mayor parte del tiempo con los ojos vendados y las manos atadas, sufriendo como consecuencia graves lesiones físicas (parálisis en un brazo, herida en una pierna y los ojos infectados), así como importante pérdida de peso.
- 21 “*Torturas*”: los graves tratos físicos y psicológicos a los que se sometió a la víctima (un pianista), incluida la amenaza de que le cortarían las manos con una sierra eléctrica; interrogar a la víctima utilizando golpes, descargas eléctricas y simulacros de ejecución; someter al detenido al método llamado ‘plantones’, golpes y privación de comida durante tres meses; ser el detenido golpeado físicamente, resultando con fractura de mandíbula; mantener a la víctima totalmente incomunicada con el mundo exterior durante cincuenta días; y padecer lesiones permanentes como consecuencia del maltrato recibido en detención, lo que se evidencia en que una de las piernas de la víctima es más corta que la otra.

Para la Comisión y Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo²², el art. 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. Siendo esto así, cada concepto —que no deja de estar relacionado con los demás en una escala gradual de gravedad— disfruta de cierta autonomía, manteniendo un marco propio de aplicación.

La prohibición de los “*tratamientos degradantes*” —esto es, los que humillan al individuo gravemente ante los demás o ante sí mismo o le obligan a actuar contra su voluntad o conciencia— sirve a juicio de la jurisprudencia europea (fundamentalmente de la Comisión) para proteger a los individuos frente a los castigos corporales (disciplinarios o como pena) o respecto de un régimen de detención humillante y en lamentables condiciones materiales o lleno de medidas vejatorias de orden racista o comprometiendo gravemente la salud del detenido, pero también contra la discriminación racial, el descrédito social (transexual alemana que no lograba el reconocimiento jurídico de su nuevo sexo) o los castigos corporales acompaña-

22 Entre los casos que han estudiado la Comisión y el Tribunal, destacan por su repercusión los siguientes: *Irlanda v. Reino Unido*, *Tyler*, *Campbell y Cosans*, *Tomasi v. Francia*, *Class v. Alemania*, *Ribbitsch v. Austria* y *Aksoy v. Turquía*. También resulta de interés el Caso *Sargin y Yagci v. Turquía*, que no llegó al Tribunal. F.SUDRE, “La notion de ‘peines en traitements inhumains ou dégradants’ dans la Jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l’homme”, *Revue Générale de Droit International Public*, 88, 1984, pp. 825 y ss. Ver también A.CASSESE, “Prohibition of Torture and Inhumand and Degrading Treatment or Punishment”, en *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht 1993, pp. 229 y ss.; J.L.DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito...*, cit., pp. 50 y ss.; L.KELLBERG, “The Case-law of the European Commission of Human Rights on Art.3 of the ECHR”, *The International Fight Against Torture. La lutte Internationale contre la torture*, Baden-Baden, 1991, pp. 97 y ss.; M.L.MAQUEDA ABREU, “La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes”, *Anuario de Derecho Penal*, 1986, pp. 428 y ss.; A.TORIO LOPEZ, “La prohibición constitucional...”, cit., pp. 177 y ss.

dos de humillación pública o para la tutela de los derechos de detenidos y presos frente al tratamiento médico, determinadas condiciones de detención, medidas vejatorias...

Por su parte, la interdicción de los “*tratamientos inhumanos*” —los que provocan grandes sufrimientos mentales o físicos injustificables que alcancen cierta intensidad—, junto a su ámbito natural de aplicación (brutalidades o sevicias en el marco de interrogatorios policiales, técnicas de “interrogatorio profundo”, supuestos de aislamiento celular absoluto no justificado por razones de seguridad y de malos tratos a los detenidos), presenta igualmente otras potencialidades; v.gr., frente a supuestos de expulsión, extradición o devolución a lugares donde el sujeto puede quedar sometido a violaciones del art. 3²³ o casos de duración excesiva de la detención. Son en especial “tratos inhumanos”, a juicio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso *Irlanda v. Reino Unido*)²⁴, las cinco técnicas de “interrogatorio profundo” empleadas por los miembros del Ejército británico y el *Royal Ulster Constabulary* en Irlanda del Norte: obligar al detenido a permanecer durante largo tiempo en pie contra la pared, con las piernas y brazos separados y apoyado en la pared sobre los dedos de las manos; mantenerlo encapuchado, salvo durante los interrogatorios; tenerlo en locales con ruido agudo intenso; privación de sueño; y privación parcial de alimentos.

Finalmente, la “*tortura*” viene a ser una forma particularmente aborrecible de tratamiento inhumano dirigida a la obtención de información o confesión o a infligir un castigo y que el Convenio “ha querido estigmatizar especialmente”²⁵.

23 P. e., por el largo y angustioso plazo de espera en condiciones extremas, habitual en el país de destino respecto de la ejecución de la pena de muerte, susceptible de aplicarse al supuesto en cuestión; porque el sujeto está en fase terminal de SIDA y su traslado al país de origen conlleva un peligro real de muerte en circunstancias lamentables; por el alto riesgo de sufrir actos violentos, físicos o psíquicos.

24 Para la Comisión Europea de Derechos Humanos, por unanimidad, “torturas”; Caso *Irlanda v. Reino Unido*.

25 S. 18 de enero de 1978 del Tribunal europeo (Caso *Irlanda contra Reino Unido*), CORTES GENERALES, *Tribunal europeo de Derechos Humanos*.

Ahora bien, aun cuando cada concepto mantenga su propio espacio específico de aplicación, no dejan de estar plenamente interrelacionados y hasta jerarquizados, conforme a su intensidad y gravedad: no hay tratamiento inhumano que no sea también degradante; no hay tortura que no sea al mismo tiempo tratamiento inhumano y degradante (Caso *griego*). Esta interrelación y jerarquización de los tres conceptos permite a la jurisprudencia europea operar con cierta flexibilidad, clasificando las conductas en una u otra categoría conforme a su intensidad y las circunstancias del caso concreto²⁶, e incluso —lo que parece mucho más criticable—, a la luz del “contexto sociopolítico” particular en el que se produzcan las prácticas sometidas a enjuiciamiento²⁷.

C) Tortura y causas de justificación

Los apdos. 2 y 3 del art. 2 de la Convención²⁸ se dirigen a impedir la justificación de la tortura. La fórmula, que encuen-

25 años de Jurisprudencia (1959-1983, Madrid, 1985, p. 403. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la única sentencia en que ha apreciado tortura (S.18 diciembre 1996, Caso *Aksoy v. Turquía*) ha considerado por tal los graves sufrimientos causados a la víctima mediante la aplicación del método de la suspensión por los brazos con la finalidad de obtener confesiones o informaciones y que llevaron a la parálisis temporal de ambas extremidades.

- 26 Duración, efectos físicos y mentales del tratamiento, así como otras circunstancias como el sexo, la edad, el estado de salud de la víctima...
- 27 Esto ha comenzado, con todo, a ser matizado por el propio Tribunal a partir del Caso *Tomasi v. Francia* (S.27 agosto 1992) y que ha encontrado su reafirmación en otras sentencias como la de 4 diciembre 1995 (*Ribitsch v. Austria*) y la de 18 diciembre 1996 (*Aksoy v. Turquía*).
- 28 “2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.
3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”.

tra antecedentes en otros textos internacionales²⁹, no plantea duda alguna respecto de la imposibilidad de justificación o tolerancia de la práctica de la tortura con base en circunstancias excepcionales. Presenta, además, el atractivo de referirse de manera explícita a la imposibilidad de justificación de la tortura por obediencia debida. Esta referencia suscita, sin embargo, la cuestión de si, desde el prisma penal, es posible la justificación de actos particulares de tortura con base en otras causas de justificación: legítima defensa, estado de necesidad..., no excluidas de manera expresa por la Convención³⁰.

En efecto, a pesar de lo postulado por importantes sectores³¹, no es fácil deducir de la fórmula de la Convención una prohibición absoluta de la tortura desde el prisma penal. La consulta del Proyecto presentado por la Asociación Internacional de Derecho Penal³², unida al hecho de que la Convención ha preferido aludir sólo a la obediencia debida, entre las posibles eximentes conocidas por el Derecho Penal, apunta, en principio, en sentido contrario y parece dejar abierta la puerta a la posible justificación de actos de tortura en casos de grave y masiva puesta

29 Art. 3,1 de los Convenios de Ginebra de 1949, art. 4,2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, art. 15 Convenio europeo de derechos humanos. Ver también, art. 27 de la Convención americana sobre derechos humanos.

30 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional", *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989, pp. 695 y ss.

31 Por todos, AMNESTY INTERNATIONAL, *Tortura. Informe de Amnistía Internacional*, Madrid, 1984, p. 26; A.BERISTAIN, "Dos modificaciones de la Constitución: incondicional abolición de la pena de muerte e incondicional sanción de la tortura", en A. BERISTAIN, J.L.DE LA CUESTA, (Comps.), *La droga en la sociedad actual y Nuevos horizontes en Criminología*, San Sebastián, 1985, p. 212.

32 Que aludía expresamente a la imposibilidad de justificación o excusa de la tortura "por estado o amenaza de guerra o de conflicto armado, estado de necesidad o por cualquier otra circunstancia excepcional o por necesidad o urgencia alguna de obtención de informaciones o por cualquier otra razón". *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 48, 1977, pp. 268 y s.

en peligro de destrucción inmediata de bienes jurídico individuales únicamente conjurables a través de la obtención inmediata de una información que quien la detenta se niega a ofrecer.

Mucho más adecuado y estricto resulta, en este sentido, el Convenio de Roma de 1950³³. Este, al lado de la declaración de los correspondientes derechos, incluye las excepciones que pueden justificar su negación —en el caso de la prohibición de la tortura, ninguna— y aun cuando en su art. 15 autoriza que circunstancias como la guerra o peligros públicos puedan determinar la adopción de medidas contrarias al Convenio, excluye a la prohibición de la tortura de entre las disposiciones susceptibles de derogación por estas causas. De aquí que pueda afirmarse que en el marco europeo la prohibición de la tortura es realmente absoluta y no admite ninguna excepción ni justificación.

D) Obligaciones estatales y medidas internacionales de aplicación

Objeto de la Convención de 1984 no es sólo definir la tortura y los malos tratos, sino establecer un conjunto de obligaciones de los Estados y medidas de aplicación dirigidas a su prevención y persecución.

Los Estados se obligan, en efecto, a la adopción de medidas eficaces para la prevención de la tortura³⁴ y para la persecu-

33 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Consideraciones acerca del delito de tortura a la luz del Convenio de Roma de 1950", en EUSKO JAURLARITZA/GOBIERNO VASCO, *Giza Eskubideak European. Balantzea eta Perspektibak Deklarazio Unibertsalaren 40 Urte Ondoren / Los Derechos Humanos en Europa. Balance y Perspectivas 40 años después de la Declaración Universal / Les droits de l'homme en Europe. Bilan et Perspectives 40 ans après la Déclaration Universelle / The Human Rights in Europe. Balance and Prospects 40 years after the Universal Declaration (Donostia-San Sebastián, 12-14 diciembre 1988)*, Vitoria-Gasteiz, 1989, pp. 190 y ss.

34 Entre las que destacan la formación en derechos humanos de los órganos encargados de la aplicación de la ley y la regulación de los métodos de interrogatorio y de detención.

ción penal de los torturadores, mediante la investigación pronta e imparcial de los posibles supuestos de tortura y su castigo con penas graves por las legislaciones internas. Se prohíbe, además, la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas por tortura (salvo para perseguir al torturador). Se aprueban criterios de competencia (territorialidad y personalidad del torturador y de la víctima) y deberes de investigación y comunicación a los Estados competentes, de concesión de auxilio mutuo, persecución o extradición. Por lo que respecta a las víctimas, se garantizan los siguientes derechos: a ser protegidos, derechos de queja y recurso, así como derecho a la reparación, indemnización y readaptación. Los Estados se comprometen también a no entregar a personas a otros Estados si existen razones fundadas de peligro de sumisión a tortura en el Estado receptor.

En cuanto a los mecanismos de aplicación, la Convención crea un “Comité contra la tortura” —integrado por diez miembros— con objeto de controlar e investigar el respeto por los Estados de las obligaciones asumidas en el Convenio. Función del Comité es examinar y responder a los informes que se comprometen a remitir los Estados, así como investigar confidencialmente (con posibilidad de visitas) las denuncias “fiables” sobre prácticas de tortura en los Estados-Parte. (También el Relator Especial en cuestiones de tortura de las Naciones Unidas puede transmitir denuncias al Estado, hacer un llamamiento o acción urgente y realizar visitas in situ en cuestiones de tortura). Al Comité tienen acceso —para comunicaciones o denuncias— los Estados-Parte e incluso personas particulares (en principio, y salvo casos excepcionales, si agotadas las vías internas), pero su labor se limita a emitir un informe al Estado afectado y, en su caso, a incluir sus consideraciones en el informe y recomendaciones que presenta a los Estados-Parte y a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Las insuficiencias de este tímido mecanismo de aplicación, de actuación siempre *a posteriori* y escasa eficacia preventiva, han llevado a proponer ante las Naciones Unidas un

Protocolo facultativo de la Convención, dirigido a instaurar a nivel internacional un sistema de visitas³⁵. Origen del sistema —que ya fuera propuesto por GAUTIER a través de la Comisión internacional de Juristas y del Comité suizo contra la tortura³⁶— es el ya conocido mecanismo instaurado por los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977, que —respecto de los conflictos armados internacionales— atribuye al Comité Internacional de la Cruz Roja el deber de visitar, sin previo aviso, a prisioneros de guerra y demás personas protegidas en sus lugares de detención o de internamiento. El Comité Internacional de la Cruz Roja visita también a detenidos por razón del conflicto en supuestos de conflictos armados no internacionales e incluso en situaciones de grave perturbación del orden interno y otras situaciones de violencia interna³⁷.

Este sistema de visitas es aplicable ya, desde 1989, en el seno del Consejo de Europa a través de la Convención europea para la prevención de la tortura y de las penas o tratamientos inhumanos o degradantes (Estrasburgo, 26 junio 1987), que instituyó el Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratamientos inhumanos o degradantes, compuesto por un número de miembros idéntico al de Estados-Parte, elegidos por el Comité de Ministros del Consejo de Europa por mayoría absoluta. Tarea del Comité es organizar —con el apoyo de expertos y de otras personas— las visitas de los lugares de deten-

35 A.M.PENNEGARD, “Présentation du projet de Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants”, en *La mise en oeuvre de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CEPT). Bilan et perspectives après cinq ans d’activités du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT)*, Genève, 1995, pp. 83 y ss.

36 INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. SWIS COMMITTEE AGAINST TORTURE, *Torture: How to make the International Convention effective. A Draft Optional Protocol*, 2ª ed., Geneva, 1980.

37 F.COMTESSE, “Les activités du CICR en matière de visites aux personnes privées de liberté: Conditions et méthodologie”, en *La mise en oeuvre...*, cit., pp. 73 y ss.

ción, visitas que pueden ser periódicas, *ad hoc* o de seguimiento³⁸, y preparar un informe confidencial sobre los hechos constatados (que puede hacerse público con el consentimiento del Estado), así como un informe anual con recomendaciones.

Las ventajas de este sistema son los efectos positivos que se derivan del mero hecho de la visita y que suelen traducirse en la atribución de medios para la mejora de los lugares visitados, de la formación del personal, ciertos cambios en el régimen de detención... Además, a medida que va conociéndose el mecanismo crece su efecto preventivo o disuasor, en particular si se realizan visitas frecuentes. De todos modos, no pocas de las recomendaciones que se formulan quedan sin hacerse realidad³⁹.

III. LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA EN EL DERECHO ESPAÑOL: CONSTITUCIÓN DE 1978

Coherentemente con el contenido de su art. 10, que entre los fundamentos de orden político y de la paz social coloca en primer término a “la dignidad de la persona” y “los derechos inviolables que le son inherentes”, el art. 15 de la Constitución de 1978⁴⁰ declara expresamente la interdicción de la tortura y, en la línea del art. 3 del Convenio de Roma, de las demás penas o tratos inhumanos o degradantes⁴¹.

38 C.MOTTET, “Document préparatoire: La mise en oeuvre de la CEPT: Bilan et perspectives après cinq ans d’activités du CPT”, en *La mise en oeuvre...*, *cit.*, pp. 14 y s.

39 C.MOTTET, *ibidem*, pp. 17 y ss.

40 “Todos tiene 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”.

41 La abolición legal de la tortura en España derivó, a nivel constitucional (y prescindiendo de la Constitución de Bayona), del art. 303 del texto de Cádiz de 1812 -aunque por las vicisitudes de la época, sólo tuvo verdadera y propia efectividad legal a partir de la Real Cédula de 25 de julio de 1814, de Fernando VII.

A pesar de las posibles críticas⁴², la disposición del art. 15 de la Constitución no deja de tener una especial trascendencia. En primer lugar, por su colocación sistemática, en el núcleo central de la Constitución, cuya reforma precisa de una mayoría especial (aprobación del principio de reforma por mayoría de dos tercios, disolución de las Cámaras, ratificación de la decisión de reforma por las nuevas Cámaras elegidas, aprobación de la reforma por mayoría de dos tercios y referéndum) (art. 168).

Especial trascendencia, también, por las garantías de que disfruta, las máximas garantías constitucionales: además de la aplicación directa, la vinculación a todos los poderes públicos y reserva de ley, imposibilidad de suspensión bajo ninguna circunstancia y nulidad constitucional (y, por tanto, posibilidad de recurso de inconstitucionalidad y de amparo —ordinario y constitucional) de todos los actos legislativos, ejecutivos o judiciales que directa o indirectamente la contraríen.

Por último, aunque no en importancia, por lo que indica la experiencia de cláusulas similares del Derecho Comparado⁴³, así como por lo dispuesto en el art. 10,2, que remite a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales, entre las que se encuentra la prohibición de la tortura.

No ha pasado, además, desapercibido a la doctrina el hecho de que la Constitución indique “en ningún caso”, expresión que se considera suficiente base de apoyo para afirmar el carácter absoluto y sin excepción de la prohibición constitucional de

42 A.DEL TORO MARZAL, “El nuevo delito de tortura”, en S.MIR (ed.), *La reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, 1980, pp. 280 y s. Ver también BERISTAIN, quien censura la falta de “diversificación conceptual” entre la tortura y los demás tratos. “Dos modificaciones...”, *cit.*, p. 211.

43 Como la prohibición de las penas crueles o inusuales de la enmienda octava de la Constitución americana. Por todos, L.C.BERKSON, *The Concept...*, *cit.* Ver también A.TORIO, “La prohibición constitucional...”, *cit.* (y la bibliografía por él aportada).

la tortura en el Derecho español⁴⁴ y, en consecuencia, su no justificación penal en ningún caso (por legítima defensa, estado de necesidad o cumplimiento del deber).

IV. CODIGO PENAL: DELITOS DE TORTURA Y CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

La prohibición constitucional de la tortura y demás tratos encuentra su traducción más directa en el plano penal en los delitos de tortura y contra la integridad moral, contenidos en los arts. 173 a 177 del Código Penal de 1995 (Tít. VII, Libro II). Esta nueva regulación procede en parte del Código Penal anterior que, a partir de 1978, castigó los actos de tortura —aunque sin emplear esta denominación⁴⁵— a través del art. 204 bis.

A) Precedente: el artículo 204 bis

La inclusión del art. 204 bis en el viejo Código Penal se produjo con anterioridad a la aprobación de la Constitución, por Ley 31/1978, de 17 de julio (BOE núm.172 de 20 julio 1978), resultante de la Proposición de Ley de 20 de septiembre de 1977, presentada por el Grupo Socialista del Congreso⁴⁶. Objeto

44 A.DEL TORO MARZAL, “El nuevo delito...”, *cit.*, p. 281. Ver también M.L.MAQUEDA ABREU, “La tortura...”, *cit.*, pp. 471 y s.; J.M.TAMARIT SUMALLA, en G.QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, pp. 866 y s. Matizadamente en cuanto al apoyo constitucional, aunque defendiendo la no justificación en ningún caso, J.BARQUIN SANZ, *Los delitos...*, *cit.*, pp. 263 y ss.

45 Que sí se empleaba, con todo, en el art. 501-4 (robo con “torturas”) y, desde la reforma de 1989, por el art. 421,3 (lesiones con tortura).

46 El reflejo penal de la abolición de la tortura en el siglo XIX tuvo lugar en los primeros Códigos (1822, y 1848-50) a través de la tipificación del mal-

de esta Proposición fue explícitamente tipificar “las diversas formas de esta aberración delictiva”, a cuyo efecto proponía la introducción de diversos artículos en el Código Penal. El curso de los debates cambió, sin embargo, el rumbo de la propuesta que acabó en la inclusión de un único (y largo) nuevo artículo, el cual, a pesar de sus defectos e insuficiencias, fue objeto de una única reforma instrumentada en el seno de la L.O.3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código Penal⁴⁷.

En realidad, objeto de regulación por el art.204 bis no fueron ni sólo supuestos de tortura ni todas las modalidades de ésta. Con una estructura interna complicada y nada fácil de desentrañar se comprendían en su seno, junto a la sanción de los interrogatorios irregulares en materia penal (párrafo IV), que algunos consideraron el tipo básico de tortura⁴⁸, supuestos de tortura indagatoria —causación de dolores o sufrimientos físicos o mentales con el fin de obtener una confesión o declaración (párrafos I y II)— y de maltrato penitenciario (párrafo III); todos ellos completados por una fórmula de cierre (párrafo V), dirigida a sancionar los casos de tolerancia en la tortura y que funcionaba como cláusula de extensión de la pena de los autores en supuestos de autoría mediata con instrumento no cualificado y de participación de funcionarios en hechos de tortura cometidos

trato de palabra u obra o del empleo de violencia por parte de funcionarios, así como cualquier género de violencias injustas o de apremios ilegítimos cometidos en actos de servicio. Progresivamente, sin embargo, estas disposiciones específicas desaparecieron (salvo en el Código Penal de 1928), quedando tan sólo el art. 187,5 (privaciones indebidas o rigor innecesario impuestos a presos y sentenciados por funcionarios de prisiones).

47 J.BARQUIN SANZ, “Malos tratos de obra que constituyen tortura o tratos inhumanos o degradantes. Tratos degradantes consistentes en amenazas o coacciones leves”, en *Comentarios a la Legislación Penal, T.XIV, vol. I, La Ley orgánica de 21 de junio de 1989 de actualización del Código Penal*, Madrid, 1992, pp. 72 y ss.

48 J.BARQUIN SANZ, *Los delitos...*, cit., pp. 202 y ss.; J.BUSTOS RAMIREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 1986, p. 381; J.J.QUERALT JIMENEZ, *Derecho Penal español. Parte especial*, II, 2ª ed, Barcelona, 1992, p. 795.

por no funcionarios que, de otro modo, hubieran quedado impunes.

Discutida fue igualmente la cuestión del bien jurídico y, en conexión con ella, la consideración del art. 204 bis como un delito autónomo o como mera modalidad especial de delitos comunes, cualificada por la condición de los sujetos activos.

A juicio de quien esto escribe⁴⁹, el bien jurídico protegido por el artículo 204 bis era múltiple y debía identificarse, en primer lugar, con las garantías constitucionales, en particular, con “las garantías personales más básicas reconocidas por la Constitución (vida, incolumidad personal, libertad, en cuanto plasmación de los valores constitucionales “humanidad” y “dignidad”) de los afectados por las tres vertientes básicas —la policial, la judicial y la penitenciaria— del funcionamiento de la Justicia, también afectada, como la función pública, por los comportamientos delictivos”⁵⁰. Habida cuenta del bien jurídico protegido, su colocación sistemática entre los delitos contra las garantías constitucionales —delitos cometidos por los funcionarios contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes— se reputaba adecuada, aun cuando en el seno de éstas hubiera debido ocupar un lugar más destacado.

Las insuficiencias del art. 204 bis eran muchas y evidentes. Desde el prisma del cumplimiento de la Convención de 1984, el ocuparse sólo de la tortura indagatoria y del maltrato penitenciario (olvidando importantes modalidades de causación de dolores y sufrimientos graves, físicos o mentales) y remitir el resto de los supuestos de tortura a su sanción a través de lo dispuesto en el párrafo IV. Desde la perspectiva sancionatoria, por su benignidad, a pesar de la reforma de 1989, debido al contraste entre la importancia del bien jurídico protegido y de las conductas punibles y las sanciones previstas por el Código Penal

49 J.L.DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito...*, cit., pp. 109 y ss.

50 J.L.DE LA CUESTA ARZAMENDI, *ibídem*, pp. 122 y s.

para supuestos delictivos próximos (como los delitos contra la libertad de las partes del art. 325 bis).

A la vista de lo anterior, se extendió la demanda de introducción de una nueva tipificación delictiva dirigida a recoger las diversas modalidades de tortura, con una sanción penal adecuada a la gravedad de los comportamientos y a la importancia del bien jurídico protegido⁵¹.

B) El (Ante)Proyecto de 1994. Tramitación parlamentaria

La práctica unanimidad en la exigencia de una reformulación del delito de tortura no impidió que ésta pasara inadvertida en los diversos textos de reforma del Código aprobados en la década de los ochenta. Sólo la reforma de 1989 acabó distinguiendo, en el párrafo II del art. 204 bis, entre los actos de golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión y los de coacción, amenaza o vejación injusta leve, agravando la pena prevista para los primeros (en lo sucesivo, prisión menor en sus grados mínimo y medio e inhabilitación especial de seis años y un día a doce años) e introduciendo, al tiempo que agravios comparativos añadidos (esta vez con los supuestos del art. 204 bis I), nuevas dificultades en el adecuado entendimiento y comprensión del precepto⁵².

Tampoco las exigencias doctrinales se tradujeron en una importante revisión de la tipificación de la tortura en la mayor

51 Para una propuesta de líneas directrices, J.L.DE LA CUESTA ARZAMENDI, "La tortura...", *cit.*, pp. 159 y s. Ver también la propuesta de J.BARQUIN SANZ, "Malos tratos...", *cit.*, pp. 98 y s.; el mismo autor, *Los delitos...*, *cit.*, pp. 424 y ss.; de A.BERISTAIN en *Problemas criminológicos*, México, 1984, p. 244; y de M.L.MAQUEDA ABREU, "La tortura...", *cit.*, p. 467.

52 J.L.DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Actualización del Código penal y delito de tortura", *Actualidad Penal*, núm.40, 20 octubre-4 noviembre, 1990, pp. 455 y ss.

parte de los textos proyectados del nuevo Código Penal que, en general, se mostraron continuistas con la estructura del art. 204 bis, introduciendo algunas mejoras en el mismo⁵³.

La situación cambió con el Anteproyecto de 1994. Este incluyó un nuevo Título en el Libro II (Tít. VI), tras los delitos contra la libertad, con la rúbrica “De los delitos contra la integridad moral”, dirigido a tipificar como delito común la inflicción de un trato degradante con grave menoscabo de la integridad moral (art. 169 del Anteproyecto y del Proyecto). Al mismo tiempo, abrió una sección 3ª para “la tortura y otros tratos degradantes” entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (Capt. V, Tít.XVIII, Delitos contra la Constitución). Contenido de la nueva sección era la tipificación (como delitos de funcionarios, abusando de su cargo):

- de los atentados contra la integridad moral de una persona (art. 515, 518 del Proyecto),
- del delito de tortura (art. 514, 517 del Proyecto), rompiendo ya la estructura y sistemática del anterior art.204 bis, y
- de dos disposiciones comunes: una, extensiva de la penalidad para los supuestos de tolerancia en la tortura (art. 516, 519 del Proyecto); la otra, previendo la acumulación de penas (concurso real) para cuando al atentado a la integridad moral se añadieran lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero (art. 517, 520 del Proyecto)⁵⁴.

53 Ver así el art. 628 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980; art. 562 de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983; y el art. 551 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992.

54 El Anteproyecto cerraba la sección con el art. 518, que sancionaba al funcionario o autoridad que, a sabiendas, impidiera a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes. El texto de este artículo fue recogido, con mejor criterio, por el Proyecto en el último precepto de la sección 4ª (art. 526).

El art. 169 fue objeto de cuatro enmiendas de supresión en el Congreso, que se apoyaban en la ambigüedad y vaguedad de los conceptos y su difícil compatibilidad con los principios de legalidad, taxatividad y proporcionalidad⁵⁵. Estas enmiendas no fueron aceptadas por el Informe de la Ponencia⁵⁶.

Ninguna enmienda fue presentada contra los arts. 517 a 520⁵⁷. No obstante, el Pleno del Congreso decidió eliminar la sección 3ª del Capt. V, Tít. XVIII y remitir su contenido al Título VII del Libro II, que pasó a denominarse “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”. Igualmente redujo la pena prevista para el delito (común) de trato degradante (art. 173) y añadió la coletilla final del art. 177, referida a la exclusión de la regla del castigo separado de los hechos cuando el “atentado contra la integridad moral (...) ya se halle especialmente castigado por la Ley”⁵⁸.

En el Senado, los arts. 173 a 177 fueron objeto de cinco enmiendas. Las núms. 243 a 246 de la Sra. Boneta (G.P. Mixto), pidieron la supresión del art. 173 y la eliminación en los arts. 174, 175 y 177 de la expresión “integridad moral”, proponiendo su sustitución por “trato inhumano o degradante”. Estas enmiendas no fueron aceptadas por la Ponencia. Sí que resultó incorporada al texto del Informe la enmienda núm.317 del G.P. Socialista, al art. 174,1, que postuló la elevación de la pena de inhabilitación absoluta, pasando ésta a durar de ocho a doce años⁵⁹.

55 Enmiendas núm.43 del G.p. Vasco y Sr.Albistur (G.Mixto), núm.182 de la Sra. Rahola (G.Mixto), núm. 723 del G.p. IU-IC y núm.971 del G.p. Coalición Canaria. *B.O.CC.GG. Congreso de los Diputados. V Legislatura*, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 77-6, 6 marzo 1995.

56 *B.O.CC.GG. Congreso de los Diputados. V Legislatura*, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 77-8, 22 mayo 1995, p. 460

57 *B.O.CC.GG. Congreso de los Diputados. V Legislatura*, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 77-7, 5 abril 1995, p. 443.

58 *B.O.CC.GG. Congreso de los Diputados. V Legislatura*, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 77-13, 19 julio 1995, p. 695.

59 *B.O.CC.GG. Senado. V Legislatura*, Serie II: Proyectos de Ley, núm.87 c) 21 septiembre 1995 (texto de las enmiendas) y núm. 87 e), 9 octubre 1995 (Informe de la Ponencia), p. 354.

Con ciertas correcciones de estilo, el texto de la Ponencia del Senado acabó convirtiéndose en el definitivo.

B) Arts. 173 a 177 del nuevo Código Penal de 1995

Los arts. 173 a 177 (Tít. VII, Libro II) son, pues, los que se ocupan, en el Código Penal de 1995, de la regulación de los delitos de tortura y demás atentados contra la integridad moral, que se presenta como “sumamente novedosa”⁶⁰ y aplaudida por parte de la doctrina⁶¹, aunque igualmente cargada de dificultades⁶², ya destacadas en el debate parlamentario, por su cuestionada “oportunidad” y “acierto”⁶³ y, desde el prisma de la tipicidad, por su carácter “absolutamente abierto”⁶⁴, lo que, además de infringir el principio de taxatividad, dificulta a la postre la aprehensión no sólo de no pocos de los términos (en sí mismos,

60 J.L.GONZALEZ CUSSAC, “Delitos de tortura y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral)”, *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, Madrid, p. 71, También, C.CONDE-PUMPIDO TOURON, “El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución española: su tutela penal”, *La Ley*, núm.4197, 30 diciembre 1996, p. 1 ; J.A.LASCURAIN SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 504; G. PORTILLA CONTRERAS, en M. COBO DEL ROSAL (Dir.), *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, I, Madrid, 1996, p. 274; J.M.TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 857.

61 J.L.GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, *cit.*, pp. 71 y ss.; C. CONDE-PUMPIDO TOURON, en C.CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, T.II, arts. 138 a 385, Madrid, 1997, pp. 2108 y 2112; M.M.DIAZ PITA, “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XX, 1997, p. 99.

62 J.A.LASCURAIN SANCHEZ, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 504.

63 J.M.TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 858.

64 J.C.CARBONELL MATEU, J.L.GONZALEZ CUSSAC, en T.S.VIVES ANTON y OTROS, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia, 1996, p. 189.

conceptos jurídicos indeterminados, muy imprecisos)⁶⁵, sino también hasta del marco específico de aplicación de las nuevas figuras delictivas.

a) Bien jurídico protegido. Colocación sistemática

Si atendemos a la rúbrica del Título VII, bien jurídico común de todos⁶⁶ los delitos comprendidos por el mismo ha de ser la “integridad moral”, que la doctrina liga a conceptos como la “inviolabilidad de la persona”, “incolumidad” e “integridad personal”⁶⁷.

En realidad, la expresión “integridad moral” trae causa del art. 15 de la Constitución, que garantiza a todos, junto al derecho a la vida, el derecho “a la integridad física y moral”. Su inclusión en el texto constitucional se produjo en el curso de los debates parlamentarios con objeto de completar al derecho a la integridad física —inicialmente el mencionado (junto al derecho a la vida)— y lograr así una mejor definición del derecho a “la integridad de la personalidad humana” (Senador Zarazaga Burillo) que no queda agotada con la vertiente física, sino que también abarca la esfera psíquica⁶⁸. Ahora bien, siendo la “integridad moral” una expresión de mayor amplitud que la integridad psíquica, probablemente, como destacara ya RODRÍGUEZ MOURULLO⁶⁹, se acabó expresando “más de lo que se quería decir”.

65 De “extremada imprecisión” califica G.PORTILLA al concepto de “integridad moral”. *Curso..., cit.*, p. 274.

66 El Título VII lleva por rúbrica “De las torturas y *otros* delitos contra la integridad moral” (el subrayado, nuestro).

67 Respecto del conjunto, C.CONDE-PUMPIDO TOURON, “El derecho fundamental...” *cit.*, p. 2.

68 M.M.DÍAZ PITA, “El bien jurídico protegido...”, *cit.*, p. 55; F.MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, undéc.ed. Valencia, 1996 p. 159; G.PORTILLA CONTRERAS, en *Curso..., cit.*, pp. 275 y s.

69 “Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte”, en M.COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios a la Legislación Penal, T.I, Derecho Penal y Constitución*, Madrid, 1982, p. 80.

A la vista de la complejidad e imprecisión⁷⁰ del concepto y de su estrecha relación con la dignidad⁷¹ —concepto no menos difícil⁷² y difuso— y con otros bienes esenciales de la persona⁷³ ya protegidos por el Código, no es sencilla la tarea de delimitar lo que, desde el prisma penal, deba tenerse por “integridad moral”, en cuanto bien jurídico “autónomo”⁷⁴: esto es, como “categoría conceptual propia”⁷⁵, separada del complejo “integridad física y moral”⁷⁶ y distinta de otros bienes jurídicos tutelados, que —como exige, además, el contenido del art. 177— pueda verse atacada sin que necesaria y simultáneamente se afecten “otros bienes personalísimos”⁷⁷.

Un interesante punto de partida viene dado por el esfuerzo realizado en el marco de la jurisprudencia constitucional. Esta, en algunas sentencias⁷⁸, ha ido acotando el marco de protección constitucional de la integridad moral, como manifestación del derecho a la inviolabilidad de la persona, que protege a todos frente a “ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu” y “contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular” (STC 27 junio 1990). A través

70 G.PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., p. 274.

71 J.A.LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, cit., p. 504.

72 I.von MÜNCH, “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional” *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm.5, 1982, pp. 18 y ss.

73 G.RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios...*, cit., p. 81. También J.A.LASCURAIN SÁNCHEZ, *ibidem*, p. 504.

74 C.CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “El derecho fundamental...” cit., p. 2; G.PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., p. 268.

75 J.L.GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...” cit., p. 73.

76 Que RODRÍGUEZ MOURULLO, en una línea restrictiva, acababa identificando con la “incolumidad personal”, “Derecho...”, cit., pp. 81 y s.

77 J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...” cit., p. 74.

78 SSTC 75/1982 de 13 diciembre; 120/1990, de 27 junio; 137/1990, de 19 de julio; 57/1994, de 28 febrero; Autos: 419/420/421, de 28 noviembre 1990; M.M. DIAZ PITA, “El bien jurídico protegido...” cit., p. 61; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...” cit., p. 76; F.MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 161; G.PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., pp. 276 y s.

de la garantía de la integridad moral, la jurisprudencia constitucional ha destacado que se proscriben los “actos violentos contrarios a la voluntad de una persona” que vienen a transformarla en un “mero instrumento” (STC 11 abril 1985) y también “cualquier violencia de carácter intimidatorio”, incluso si derivada del derecho constitucional a la libertad de pensamiento, que de manifestarse “de forma coercitiva,... supondría una lesión del bien jurídico integridad moral” (STC 29 enero 1982). Son además características de los atentados contra la misma (en especial, si en el ámbito penitenciario)⁷⁹, la “causación de un sufrimiento de especial intensidad o provocar una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo”.

De la jurisprudencia constitucional, DIAZ PITA⁸⁰ extrae como “notas fundamentales” de los comportamientos susceptibles de atentar contra la integridad moral: 1) su carácter “normalmente violento”, contrario a la voluntad del sujeto pasivo; 2) ser generadores de “sufrimientos o padecimientos”; y 3) “además”, con “humillación”, “envilecimiento” de quien los viene a soportar. A continuación, configura la integridad moral como “un derecho complejo” (libre formación de la voluntad más dignidad) con base en esas características.

A mi juicio, la delimitación negativa de la integridad moral que realiza la jurisprudencia constitucional viene a conectarla “en su arranque”⁸¹, como bien jurídico, con la dignidad de la persona. Esta debe entenderse no ya como “idea inspiradora”⁸² o “valor básico (...) fundamentador”⁸³ de los derechos fun-

79 SSTC 65/1986, 2/1987, 89/1987, 120/1990, 137/1990; 150/1991 (antecedente: *Campbell y Cosans*, STE 25 febrero 1982 y *Tyrer* 25 abril 1978).

80 M.M. DIAZ PITA, “El bien jurídico protegido...”, *cit.*, p. 64.

81 M.M. DIAZ PITA, *ibidem*, p. 56; F.MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 159.

82 J.L. DIEZ RIPOLLES, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, *Cuadernos de Política Criminal*, 30,1986, p. 618.

83 A.E. PEREZ LUÑO, *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984, p. 318.

damentales⁸⁴, sino en cuanto garantía elemental de la propia personalidad del ser humano y de su libertad moral: al ser humano sólo se le puede asegurar el reconocimiento de su condición de tal y su libertad (libertad de autodeterminación personal y de actuar conforme a lo decidido)⁸⁵ si se le garantiza su inviolabilidad⁸⁶, su tratamiento como “persona” y no como “cosa”⁸⁷, como un “fin en sí mismo” (KANT), de aquí la interdicción de su consideración como un “puro o simple medio”⁸⁸ para la consecución de determinados fines (más o menos aceptables) y, simultáneamente, su protección frente a toda clase de ataques ofensivos, humillantes, degradatorios o envilecedores.

Núcleo central de los comportamientos agresores contra este bien jurídico ha de ser, por tanto, el violentar, contrariar ilegítimamente la libertad de (formación o exteriorización de la) voluntad del sujeto pasivo⁸⁹ (obligándole a hacer u omitir lo que no quiere o a soportar una situación no deseada), mediante actos de diverso signo y características, dirigidos a (o que conlleven) un cierto tratamiento instrumental del mismo, su cosificación. La jurisprudencia constitucional, en su tarea de delimitación negativa, ha entendido que esos actos deben, de algún modo, provocar sufrimientos o padecimientos y ser humillantes, vejato-

84 Lo que, desde el prisma penal, por su generalidad y amplitud sería “insuficiente”, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, *cit.*, pp. 74 y ss.

85 M.M. DIAZ PITA, “El bien jurídico protegido...”, *cit.*, p. 85; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, *cit.*, p. 77.

86 J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *ibídem*, p. 78. Hablan también de “indemnidad personal” o “incolumidad”, J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, en *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 189-190; D. LÓPEZ GARRIDO, M. GARCIA ARAN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 105 (también en sentido similar, para el art. 173, C. CONDE-PUMPIDO TOURON, en *Código Penal...*, *cit.*, p. 2115). Para TAMARIT los ataques a la integridad moral se presentan como una vía de intensificación del “injusto producido por la agresión al bien jurídico incolumidad corporal” (en *Comentarios...*, *cit.*, p. 860).

87 C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Madrid, 1976, p. 146.

88 *Grundlegung der Metaphysik der Sitten* (Hrsg. K. Vorländer), reimpresión de la 3ª ed., Hamburg, 1965, p. 58 y 62 y s.

89 Críticamente, G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, *cit.*, p. 276

rios, envilecedores, lo que resulta plenamente correcto. También parece requerir la jurisprudencia constitucional cierta violencia (con inclusión de la violencia de carácter intimidatorio). Con todo, esta última exigencia no pertenece tanto al ámbito de delimitación del bien jurídico integridad moral, cuanto al de los niveles de ataque punibles: fácilmente cabe imaginar actos no violentos (y que no supongan violencia intimidatoria) que contraríen de manera ilegítima la voluntad del sujeto pasivo —instrumentándolo, produciéndole sufrimientos o padecimientos y con humillación, vejación o envilecimiento⁹⁰— y que resulten de todo punto inaceptables desde el prisma de la integridad moral.

Aún más, sólo la configuración del bien jurídico integridad moral como ataque a la dignidad en el sentido expresado (esto es, en cuanto fundamento de la libertad moral y personalidad del ser humano) y que deje al margen la condición violenta o no de los ataques, permite entender adecuadamente las relaciones entre los nuevos delitos contra la integridad moral y las infracciones penales contra otros bienes personalísimos.

En efecto, una de las mayores dificultades que presenta la aceptación de la integridad moral como bien jurídico penalmente protegido no es tanto su merecimiento o susceptibilidad de protección, cuanto su necesidad de tratamiento autónomo⁹¹ y la “delimitación teórica y práctica”⁹² de los nuevos tipos delictivos, ante la existencia en el Código Penal de múltiples incriminaciones dirigidas a la protección de la integridad y la salud, de la libertad o del honor, las cuales, para un sector de la doctrina⁹³,

90 Piénsese en el aprovechamiento de situaciones formales o fácticas de superioridad o, incluso, en la utilización del engaño, v.gr. para conseguir que alguien coma excrementos (o algún alimento prohibido por su religión).

91 M.M. DIAZ PITA, “El bien jurídico protegido...”, *cit.*, p. 73; F.MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 160

92 J.L.GONZALEZ CUSSAC, “Delitos...”, *cit.*, p. 79.

93 G.PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, *cit.*, p. 279; A.SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 1997, p. 164.

habrían de resultar ya suficientes para la protección del bien jurídico integridad moral.

No es preciso partir de una comprensión identificatoria de los bienes jurídicos integridad física y salud para deslindar adecuadamente los atentados contra la integridad moral y las lesiones: no toda lesión o maltrato conlleva simultáneamente un atentado contra la integridad moral, aunque nada impide que pueda hacerlo; tampoco los ataques a la integridad moral tienen que constituir simultáneamente lesiones. Más problemática resulta la distinción entre los atentados a la integridad moral y los malos tratos de obra (art. 617,2). Un adecuado entendimiento de éstos que, partiendo de su condición de menoscabos de la integridad y salud personal que no exigen ni una primera asistencia facultativa, no los identifique con toda acción violenta⁹⁴, permite sin embargo encontrar una línea separatoria entre ambos conceptos⁹⁵, que pueden ser secantes, pero no coincidentes: ni el atentado a la integridad moral es inherente a la falta de malos tratos, ni para la concurrencia de los arts. 173 y ss. se precisa la afectación de la salud o integridad personal.

La libertad se protege, en general, en el Código Penal a través de los delitos recogidos en el Título VI, mediante las figuras de detenciones ilegales y secuestros (libertad de movimientos), amenazas (libertad en el proceso de decisión, frente a comportamientos intimidatorios) y coacciones (libertad de obrar externa frente a actos violentos). También el Título VII, al proteger la dignidad en el sentido indicado, está protegiendo la libertad (o, al menos, su presupuesto básico, elemental)⁹⁶. En este sentido, es amplio el parentesco entre ellos: de hecho, todas las agresiones a la integridad moral, en cuanto —por definición— deben suponer “violentar” ilegítimamente la voluntad ajena,

94 J.L.DIEZ RIPOLLES, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I*, Valencia, 1997, pp. 854, 340 y 822.

95 Ver, con todo, M.M.DIAZ PITA, “El bien jurídico protegido...”, *cit.*, p. 80.

96 Aún más, el Título VII está colocado entre el correspondiente a los delitos contra la libertad y el de los delitos contra la libertad sexual.

constituirán, de suyo, ataques a la libertad. No quiere esto decir que siempre que se dé un hecho contra la integridad moral estemos ante un ataque punible a la libertad. El Código Penal limita la tutela penal de algunos de los aspectos de la libertad a determinadas formas de ataque, dejando para otras ramas del Derecho el tratamiento jurídico de los demás supuestos (p.e. conseguir que a alguien por engaño haga algo). Tampoco todo atentado contra la libertad ha de ser simultáneamente ataque a la integridad moral. Aun cuando siempre pueda observarse cierta instrumentalización, son perfectamente imaginables delitos contra la libertad que no alcancen el componente humillante, vejatorio, envilecedor, exigido para las violaciones de la integridad moral.

Por su parte, los delitos contra el honor se recogen en el Título XI, en sus modalidades de calumnia e injuria. El art. 208 define la injuria de un modo amplio como “acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. A pesar de la referencia expresa a la dignidad y de la inclusión del atentado contra la propia estimación, también en este caso el ámbito de aplicación de los delitos contra la integridad moral puede distinguirse del propio de las infracciones contra el honor (a las que en cierto modo consumen). La dignidad protegida en la integridad moral tiene un carácter más elemental, “previo al honor”, independiente de su rol social o de su comportamiento y está garantizada de manera absoluta frente a cualquier “intromisión del poder público”⁹⁷. De otra parte, en los atentados contra la integridad moral, que siempre conllevan por definición un atentado al honor, estamos ante actos que contrarían o violentan ilegítimamente la voluntad del sujeto, al obligarle a hacer (u omitir) o a soportar una cosa, algo extraño a los conceptos de calumnia o injuria.

97 M.M. DÍAZ PITA, “El bien jurídico protegido...”, *cit.*, pp. 88 y ss.

En definitiva, la integridad moral constituye un nuevo bien jurídico susceptible de delimitación (aunque no sin dificultades) de los bienes jurídicos tradicionales conceptualmente más próximos y dice relación con el derecho a la dignidad en cuanto fundamento y garantía de la libertad y personalidad del ser humano. En este sentido, su inclusión entre los bienes jurídicos tutelados por el Código parece razonable, al asegurar el castigo de graves comportamientos que anteriormente podían quedar impunes⁹⁸ o, a lo sumo, relegados a su tratamiento como injurias, a pesar de su mayor gravedad y trascendencia, dejando en parte desprotegido este importante bien jurídico. Al mismo tiempo, por su condición elemental y previa a otros bienes jurídicos personalísimos, puede permitir un mejor y más adecuado cierre del conjunto de infracciones contra los mismos, al poder operar los tipos penales protectores de la integridad moral como “tipos residuales” o “cláusulas de recogida”⁹⁹ respecto de aquéllos.

Siendo nuclear a los ataques contra la integridad moral su carácter impositivo —el hecho de consistir en un violentar o ilegítimamente la voluntad de otro—, la presencia del consentimiento libre por parte del sujeto pasivo excluirá, en principio, el ataque mismo al bien jurídico y, por tanto, la tipicidad¹⁰⁰.

Colocación sistemática: Por lo que respecta al lugar que ocupan los delitos contra la integridad moral en el seno de Código Penal, ha resaltado la doctrina su importancia, cara a destacar “la relevancia” del bien jurídico que se tutela y la gravedad de los atentados contra el mismo¹⁰¹. También se entiende que la nueva distribución ayuda a la construcción de la integri-

98 J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, *cit.*, p. 79; J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 858.

99 J.L.GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, *cit.*, pp. 78 y s.

100 En el mismo sentido, J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 860. En contra, J.L.RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...”, *cit.*, p. 98.

101 C.CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “El derecho fundamental...” *cit.*, p. 1; M.M.DIAZ PITA, “El bien jurídico protegido...”, *cit.*, pp. 93 y s.

dad moral como una “categoría conceptual propia”, “autónoma e independiente del derecho a la vida, a la integridad física a la libertad y al honor”¹⁰², lo que a pesar de las dificultades merece una valoración positiva¹⁰³.

b) Contenido y estructura del Tít.VII

La valoración positiva de la apertura de un nuevo título para la tutela de la integridad moral no abarca a su contenido¹⁰⁴. Separados inicialmente (en el Proyecto) los atentados a la integridad moral cometidos por particulares de los realizados por funcionarios, y colocados éstos entre los delitos contra las garantías constitucionales, en el curso de los debates parlamentarios se optó por reconducirlos todos al Título VII del Libro II, resaltando así en el caso de los últimos su carácter de atentado contra la integridad moral.

La opción unificadora no parece, sin embargo, la mejor, por no contribuir en modo alguno ni a la mejor tutela del bien jurídico integridad moral, ni a la adecuada caracterización de los supuestos de tortura y demás tratos¹⁰⁵, los cuales ven difuminada su condición de ataque a las garantías constitucionales, en un sentido material¹⁰⁶, cuando ésta es su característica de primer orden: constituir un gravísimo abuso de poder con ataque plural a bienes jurídicos individuales por parte de los servidores públicos, los primeros llamados a respetarlos y garantizarlos¹⁰⁷.

102 J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, *cit.*, pp. 73 y s.

103 C.CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal...*, *cit.*, p. 2113; J.L.GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, *cit.*, p. 79. En contra, J.A.LAS-CURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 505; G.PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, *cit.*, pp. 279 y s.

104 En contra, C.CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal...*, *cit.*, p. 2113.

105 Ver, sin embargo, C.CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *ibidem*, p. 2113.

106 J.L.DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito...*, *cit.*, pp. 109 y ss.

107 A favor también de la incardinación de los supuestos de torturas entre los delitos contra la Constitución, en particular, contra las garantías constitucionales de las personas privadas de libertad, G.PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, *cit.*, pp. 279 y s.

Establecido lo anterior, procede analizar la estructura típica del nuevo Título VII, objeto de múltiples propuestas clasificatorias por parte de la doctrina¹⁰⁸. Siendo característica de todos los tipos delictivos comprendidos en el mismo su condición de atentados contra la integridad moral, lo lógico sería buscar la figura básica genérica o elemental, sobre la cual construir los demás tipos (cualificados, privilegiados...). Un cierto sector de la doctrina¹⁰⁹ ha creído encontrar el tipo básico en el art. 173¹¹⁰, tipificador de los supuestos de grave menoscabo de la integridad moral derivados de la inflicción a otro (por cualquiera) de un trato degradante. El esfuerzo plausible por estructurar de manera unitaria el contenido del Título VII con base en el art. 173 se ve, sin embargo, abocado inevitablemente al fracaso. Para ser el tipo básico o elemental de los delitos contra la integridad moral, el art. 173 debería definir el contenido común o base de todos ellos. Lamentablemente, esto no es así, al quedar fuera de su dictado típico determinados atentados contra la integridad moral que son penalmente relevantes si se cometen por determinados sujetos (así, funcionarios a través del art. 175).

Excluida la existencia de un tipo básico o elemental común, la estructuración típica del contenido del Título VII no puede sino atender a la diferente calidad de los sujetos activos de los diversos delitos. En consecuencia, ha de partir de la distinción entre los delitos contra la integridad moral cometidos por particulares y los propios de los funcionarios.

108 M.M. DIAZ PITA, "El bien jurídico protegido...", *cit.*, p. 37; C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal, cit.*, pp. 2115 y s.; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, "Delitos..." *cit.*, pp. 80 y ss.; J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 504; F.MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, cit.*, p. 157; G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, *cit.*, p. 284; A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, cit.*, pp. 164 y ss.; J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral", *Cuadernos de la Guardia Civil*, 15, 1996, p. 95.

109 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal, cit.*, p. 2115; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, "Delitos..." *cit.*, pp. 80 y ss.; J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 504.

110 Para MUÑOZ CONDE, comprensivo de los "atentados genéricos contra la integridad moral". *Derecho Penal, cit.*, p. 162.

El único delito común (desde el prisma de los sujetos activos) contra la integridad moral que recoge el Título VII es el delito de menoscabo grave de la integridad moral mediante la inflicción de un trato degradante (art. 173).

En cuanto a las figuras especiales (funcionarios), el contenido de los arts. 174 a 176 permite distinguir los supuestos expresamente calificados de tortura (art. 174,1), el maltrato penitenciario (art. 174,2) y el tipo subsidiario de atentado contra la integridad moral cometido por funcionario (art. 175), descripciones típicas a las que se añade la cláusula de extensión de la pena para los supuestos de tolerancia en la tortura (art. 176).

El art. 177 recoge, por último, una regla concursal común.

c) Particulares figuras delictivas

a') Grave menoscabo de la integridad moral cometido por particulares

Destaca TAMARIT SUMALLA¹¹¹ la “singularidad” de esta figura “de nuevo cuño”¹¹², que saca a los tratos degradantes de su marco habitual (relación Estado-ciudadanos) y los inserta en un “tipo común” (realizable por cualquiera) cuyo alcance y extensión excede de lo que, en principio, podría parecer más razonable: el castigo de actos similares a las torturas cometidos por quienes no detentan la posición funcional y otros abusos

111 En *Comentarios...*, cit., p. 860.

112 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal*, cit., p. 2114. Con todo, tanto este autor (p. 2115) como RODRÍGUEZ-VILLASANTE (“De las torturas...”, cit., pp. 93 y s.) encuentran precedentes en los textos siguientes: los arts. 76 y sobre todo, 106 del Código Penal Militar, art. 27,3 c) L.O. Fuerzas y Cuerpos Seguridad; art. 8,18 L.O.12/1991 del Servicio Militar; y art. 9,2 L.O.11/1991 Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. También, en cierto modo, puede citarse como precedente el art. 430,2 introducido por la reforma del Código Penal de 1989. J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, cit., p. 860

Establecido lo anterior, procede analizar la estructura típica del nuevo Título VII, objeto de múltiples propuestas clasificatorias por parte de la doctrina¹⁰⁸. Siendo característica de todos los tipos delictivos comprendidos en el mismo su condición de atentados contra la integridad moral, lo lógico sería buscar la figura básica genérica o elemental, sobre la cual construir los demás tipos (cualificados, privilegiados...). Un cierto sector de la doctrina¹⁰⁹ ha creído encontrar el tipo básico en el art. 173¹¹⁰, tipificador de los supuestos de grave menoscabo de la integridad moral derivados de la inflicción a otro (por cualquiera) de un trato degradante. El esfuerzo plausible por estructurar de manera unitaria el contenido del Título VII con base en el art. 173 se ve, sin embargo, abocado inevitablemente al fracaso. Para ser el tipo básico o elemental de los delitos contra la integridad moral, el art. 173 debería definir el contenido común o base de todos ellos. Lamentablemente, esto no es así, al quedar fuera de su dictado típico determinados atentados contra la integridad moral que son penalmente relevantes si se cometen por determinados sujetos (así, funcionarios a través del art. 175).

Excluida la existencia de un tipo básico o elemental común, la estructuración típica del contenido del Título VII no puede sino atender a la diferente calidad de los sujetos activos de los diversos delitos. En consecuencia, ha de partir de la distinción entre los delitos contra la integridad moral cometidos por particulares y los propios de los funcionarios.

108 M.M. DIAZ PITA, "El bien jurídico protegido...", *cit.*, p. 37; C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal, cit.*, pp. 2115 y s.; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, "Delitos..." *cit.*, pp. 80 y ss.; J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 504; F.MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, cit.*, p. 157; G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, *cit.*, p. 284; A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, cit.*, pp. 164 y ss.; J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral", *Cuadernos de la Guardia Civil*, 15, 1996, p. 95.

109 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal, cit.*, p. 2115; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, "Delitos..." *cit.*, pp. 80 y ss.; J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 504.

110 Para MUÑOZ CONDE, comprensivo de los "atentados genéricos contra la integridad moral". *Derecho Penal, cit.*, p. 162.

El único delito común (desde el prisma de los sujetos activos) contra la integridad moral que recoge el Título VII es el delito de menoscabo grave de la integridad moral mediante la inflicción de un trato degradante (art. 173).

En cuanto a las figuras especiales (funcionarios), el contenido de los arts. 174 a 176 permite distinguir los supuestos expresamente calificados de tortura (art. 174,1), el maltrato penitenciario (art. 174,2) y el tipo subsidiario de atentado contra la integridad moral cometido por funcionario (art. 175), descripciones típicas a las que se añade la cláusula de extensión de la pena para los supuestos de tolerancia en la tortura (art. 176).

El art. 177 recoge, por último, una regla concursal común.

c) Particulares figuras delictivas

a') Grave menoscabo de la integridad moral cometido por particulares

Destaca TAMARIT SUMALLA¹¹¹ la “singularidad” de esta figura “de nuevo cuño”¹¹², que saca a los tratos degradantes de su marco habitual (relación Estado-ciudadanos) y los inserta en un “tipo común” (realizable por cualquiera) cuyo alcance y extensión excede de lo que, en principio, podría parecer más razonable: el castigo de actos similares a las torturas cometidos por quienes no detentan la posición funcional y otros abusos

¹¹¹ En *Comentarios...*, *cit.*, p. 860.

¹¹² C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal*, *cit.*, p. 2114. Con todo, tanto este autor (p. 2115) como RODRÍGUEZ-VILLASANTE (“De las torturas...”, *cit.*, pp. 93 y s.) encuentran precedentes en los textos siguientes: los arts. 76 y sobre todo, 106 del Código Penal Militar, art. 27,3 c) L.O. Fuerzas y Cuerpos Seguridad; art. 8,18 L.O.12/1991 del Servicio Militar; y art. 9,2 L.O.11/1991 Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. También, en cierto modo, puede citarse como precedente el art. 430,2 introducido por la reforma del Código Penal de 1989. J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 860

y atentados contra la integridad moral producidos en el marco laboral, familiar o, en general, de lo privado, en situaciones claras de subordinación, susceptibles de abuso¹¹³: piénsese, por ejemplo, en residencias de la tercera edad, centros de enseñanza, centros sanitarios o, incluso, en la mera “superioridad fáctica derivada de una desigualdad de fuerzas o del número de personas presentes”¹¹⁴.

El tipo penal —dirigido sin duda a la protección del bien jurídico integridad moral, sin más— se presenta, en este sentido, si no plenamente “abierto”¹¹⁵, cargado al menos de “excesiva amplitud”¹¹⁶ e imprecisión¹¹⁷, derivadas en no poca medida del empleo de unos “términos más vagos de lo que sería deseable”¹¹⁸, con los importantes problemas interpretativos¹¹⁹ y de seguridad jurídica que ello suscita. Esto no obsta a que, como ya se ha dicho, no pueda ser tenida por la figura básica de todo el Título VII, el cual carece, en realidad, de una estructura unitaria. Por contra, estamos ante un tipo independiente¹²⁰ del resto de infracciones contra la integridad moral, aun cuando algunas de éstas presenten un ámbito típico en parte (no plenamente) abarcado por aquél. Tampoco es, en este sentido, un “tipo residual” respecto del resto de figuras del Título VII¹²¹ que, dejando a un

113 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código penal, cit.*, pp. 2121 y s.; J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios..., cit.*, p. 506.

114 J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios..., cit.*, p. 860.

115 J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, cit.*, p. 189; C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “El derecho fundamental...”, *cit.*, p. 2; A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, cit.*, p. 164. En contra, J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De las torturas...”, *cit.*, p. 96.

116 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código penal, cit.*, p. 2118.

117 J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios..., cit.*, pp. 505 y s.

118 M.M. DIAZ PITA, “El bien jurídico protegido...”, *cit.*, p. 50.

119 F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, cit.*, p. 162.

120 “Tipo autónomo”. J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De las torturas...”, *cit.*, p. 96.

121 Sin embargo, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, *cit.*, p. 80.

lado la condición funcional de los sujetos activos, describen comportamientos más amplios.

Sí que opera, sin embargo, como figura delictiva “residual” o “de cierre” en relación con otros tipos delictivos¹²² tuteladores de la vida, la integridad, libertad¹²³ o la libertad sexual.

Estamos ante un delito de lesión¹²⁴: el propio dictado típico exige el menoscabo (grave) del bien jurídico protegido.

Tipo objetivo: La conducta viene definida mediante la combinación de los términos “infligir”, “trato degradante” y “menoscabo grave de su integridad moral”. Así, los sujetos pasivos de la acción y del delito coinciden y han de ser personas físicas; la integridad moral no es patrimonio de las personas jurídicas¹²⁵, aun que lo sea de sus miembros.

Defiende TAMARIT SUMALLA que el delito es de mera actividad¹²⁶, pues la referencia al menoscabo de la integridad moral no puede considerarse un “resultado separado de la acción”, sino como una limitación (hasta “reiterativa”) del ámbito de lo punible a los comportamientos graves. Si bien desde el prisma *de lege ferenda* la configuración como tipo de mera actividad sería deseable¹²⁷, *de lege lata*, la exigencia típica de un menoscabo grave de la integridad moral, más allá de la inflicción del trato degradante, convierte a este delito en uno de resultado¹²⁸.

122 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código penal*, cit., p. 2113; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, cit., p. 80; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 163.

123 Opina DIAZ PITA que no es un tipo residual, sino “preferente” respecto de los delitos contra la libertad y el honor. “El bien jurídico protegido...”, cit., pp. 96 y 98 y s.

124 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal*, cit., p. 2118; J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, “De las torturas...”, cit., pp. 95 y s.

125 J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *ibidem*, p. 96.

126 En *Comentarios...*, cit., p. 861.

127 En el mismo sentido, G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., p. 296.

128 G. PORTILLA CONTRERAS, *ibidem*, p. 295; J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, “De las torturas...”, cit., p. 95.

“Infligir” es sinónimo de “imponer”, “ocasionar”, “producir”, lo que para algunos apunta a un comportamiento exclusivamente activo¹²⁹ y requeriría para la sanción de los comportamientos omisivos (p.e. cometidos en el marco de una organización) una fórmula similar a la prevista para los funcionarios por el art.176¹³⁰. Sin perjuicio del evidente interés que presentaría la inclusión de una cláusula semejante al art. 176, son, con todo, perfectamente imaginables comportamientos omisivos infractores de un deber de garantía que se traduzcan en la sumisión de una persona a tratos degradantes con grave menoscabo de la integridad moral¹³¹, cuya exclusión del ámbito típico con base en el término “infligir” resultaría inadmisibile.

El concepto “trato degradante” ha sido objeto de delimitación, como ya se ha visto *supra*, por la jurisprudencia europea de derechos humanos (y siguiendo a ésta por el Tribunal Constitucional), que, junto a la atribución de una esfera propia de aplicación, lo considera simultáneamente el nivel inferior de las conductas infractoras del art. 3 del Convenio. Esto no es “incompatible”¹³² con la exigencia de un menoscabo grave de la integridad moral, aun cuando ciertamente el segundo requisito dificulta la aplicación mimética respecto del art.173 del contenido de la jurisprudencia europea. En cualquier caso, mediante la elección de los tratos degradantes no queda duda alguna de que el legislador ha preferido tipificar como “núcleo”¹³³ de la

129 J.M. TAMARIT SUMALLA en *Comentarios...*, *cit.*, p. 861. También, J.L. RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De las torturas...”, *cit.*, p. 95.

130 J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 862.

131 CONDE-PUMPIDO TOURÓN (*Código Penal*, *cit.*, p. 2118) cita el ejemplo siguiente: mantener a un anciano impedido, ingresado en Residencia, indefinidamente en su lecho sin auxiliárle en sus necesidades fisiológicas por quien tiene encomendado hacerlo, de manera que acabe acostado sobre sus propios excrementos.

132 En contra, M.M. DIAZ PITA, “El bien jurídico protegido...”, *cit.*, p. 51, quien señala que el legislador debería haber aludido a “trato inhumano”, “segundo escalón de la escala de gravedad” (p. 52).

133 C.CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal*, *cit.*, p. 2118; J.L. RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De las torturas...”, *cit.*, p. 96.

conducta “lo mínimo”¹³⁴, por lo que tendrán cabida todas las conductas (como las “torturas” causadas por particulares u otras)¹³⁵ que superen ese umbral inferior.

Literalmente es “trato degradante” aquella conducta o sucesión de actos¹³⁶ que humillan, rebajan, envilecen¹³⁷. La jurisprudencia europea y constitucional entienden, como sabemos, que el trato degradante requiere la causación de padecimientos físicos o psíquicos de cierta intensidad infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con la intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto, reduciéndolo a la categoría de cosa. Por su parte, la jurisprudencia de la Sala 5ª en interpretación del art. 106 del Código Penal Militar¹³⁸ asimila el trato degradante a la “reducción de una persona a la condición de objeto, de fardo, de mera cosa, la utilización de la misma para el procaz divertimento de gentes, su anulación como persona libre, la negativa, en definitiva, de su condición de hombre”, distinguiéndolo netamente de “expresiones levemente injuriosas o incorrectas desprovistas de grave carga ofensiva”¹³⁹. La necesidad de distinguir entre tratos degradantes e injurias y demás atentados al honor también preocupa con carácter general a la doctrina, que tiende a excluir de su ámbito las meras agresiones verbales o las ame-

134 J.C. CARBONELL MATEU, J.L.GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios...*, *cit.*, pp. 892 y ss. Ver, con todo, J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De las torturas...”, *cit.*, p. 95.

135 C.CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal*, *cit.*, p. 2121.

136 Aunque el término “trato” pueda apuntar a una repetición de conductas, no es precisa una pluralidad de actos, basta con uno sólo. J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, en *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid 1988, p. 1410.

137 Destaca, en este sentido A.SERRANO GÓMEZ, su parentesco con la injuria. *Derecho Penal*, *cit.*, p. 164.

138 Así, STS 23 marzo 1993. C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “El derecho...”, *cit.*, p. 2; J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De las torturas...”, *cit.*, p. 97; J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 860.

139 STS 12 abril 1994. J.L.RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De las torturas...” *cit.*, p. 97.

nazas de futuro¹⁴⁰. En el delito del art. 173, los tratos degradantes han de ser, además aptos para producir como resultado un grave menoscabo de la integridad moral. Por ello cabe definir los tratos degradantes¹⁴¹, a efectos del art. 173, como los comportamientos incidentes en la esfera corporal o psíquica de otros, dirigidos a contrariar o negar radicalmente su voluntad, obligándole de manera ilegítima -mediante el empleo de fuerza física, intimidación o con aprovechamiento o abuso de situaciones de superioridad formal o fáctica o, incluso, por medio del engaño- a hacer u omitir algo o a soportar una situación o condiciones injustas y que, comportando normalmente¹⁴² cierto padecimiento físico y/o psíquico, sean potencialmente constitutivos de grave humillación o vejación de la víctima.

El trato degradante infligido debe, además, provocar como resultado¹⁴³, un grave menoscabo de la integridad moral del sujeto¹⁴⁴. Conforme a la delimitación anteriormente realizada del bien jurídico protegido en el Título VII, menoscaban la integridad moral las conductas que atentan "radicalmente"¹⁴⁵ contra la dignidad, en cuanto fundamento de la libertad moral y de la personalidad del ser humano, destacando entre ellas las que contrariando o negando radicalmente su voluntad rebajan a la persona a la condición de cosa, de medio y producen de este modo su vejación o humillación. El propio Código Penal ofrece en su art.174,1 ejemplos de actos contrarios a la integridad moral¹⁴⁶, aludiendo a la imposición de sufrimientos físicos o mentales, supresión o disminución de facultades de conoci-

140 J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, cit., p. 861.

141 En la línea de las propuestas de TAMARIT SUMALLA (*ibídem*, p. 861) y LASCURAIN SÁNCHEZ (en *Comentarios...*, cit. p. 506).

142 P. e., en supuestos de "tortura blanca" (J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, cit., p. 859) este requisito no será directamente exigible.

143 En contra, J.M. TAMARIT SUMALLA, *ibídem*, p. 861.

144 Requisito calificado "en buena medida" de "superfluo" por J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, "De la torturas...", cit., p. 97.

145 J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, cit., p. 506.

146 G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., p. 286; A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal*, cit., p. 164.

miento, discernimiento o decisión, con objeto de castigar a una persona o de lograr una confesión o información¹⁴⁷.

El menoscabo de la integridad moral debe ser *grave*¹⁴⁸. La doctrina¹⁴⁹ liga este carácter a la entidad del sentimiento de humillación, vejación o envilecimiento producido en el sujeto pasivo, aspecto al que habría de añadirse el grado de ataque a la libertad, y que el tribunal enjuiciador ponderará atendiendo a las características de la situación y a las propias del sujeto.

Tipo subjetivo: Desde el prisma subjetivo, el delito es claramente doloso, lo que exige que el sujeto activo conozca y quiera infligir un trato degradante menoscabando gravemente la integridad moral. Esto hace ciertamente “difícil” la admisión del dolo eventual¹⁵⁰, no previéndose por el Código, como es lógico, la sanción de la imprudencia.

Tipos de imperfecta realización y participación: Por su condición de delito de resultado es posible la tentativa¹⁵¹. No exige el Código Penal la intervención personal del autor¹⁵², por lo que caben la coautoría y las formas de participación¹⁵³.

147 Esto incluye, a juicio de PORTILLA CONTRERAS, simulacros de ejecución, interrogatorios que por su duración o intensidad provoquen en el detenido cansancio y desesperación, técnicas de privación de sueño, de la visión, de higiene, amenazas contra él o terceros —familiares o amigos— obligar al detenido a desnudarse, a masturbarse públicamente, etc. *Curso...*, cit., p. 286.

148 Remitiendo, pues, los casos de menoscabo no grave a las figuras comunes contra la libertad o el honor, incluida la falta del art.620,2. J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, cit., p. 81; G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., p. 296.

149 Por todos, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 163.

150 J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, cit., p. 862.

151 Para TAMARIT SUMALLA, que lo considera delito de mera actividad, sólo la “tentativa... inacabada”; *ibídem*, p. 861.

152 J.M. TAMARIT SUMALLA, *ibídem*, p. 861.

153 Indican CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC que lo normal será que la mera inflicción del trato degradante suponga “la consumación del hecho y la responsabilidad a título de autor”. *Derecho Penal*, cit., p. 190.

Por lo demás, dejando las cuestiones concursales para el comentario al art. 177, no parece posible el delito continuado, al tratarse de un bien jurídico de carácter eminentemente personal, lo cual no obsta a que —salvo que se produzca su ruptura por la separación temporal— puedan abarcarse diversos actos en unidad natural de acción¹⁵⁴.

Justificación y exculpación: La prohibición constitucional absoluta de la tortura y demás tratos, como atentados contra la integridad moral impide la justificación penal de los hechos típicos constitutivos de este delito que, por otra parte, en sí mismo, a la vista del contenido del bien jurídico integridad moral, se presenta conceptualmente incompatible con la presencia de causas de justificación.

Nada obsta a que puedan concurrir causas de inimputabilidad en el sujeto activo o, incluso, aunque excepcionalmente, de exculpación (piénsese, p.e., en el miedo insuperable -art. 20, 6^º). Ha de entenderse excluido el error invencible de prohibición, tanto directo como indirecto, si bien respecto del error indirecto vencible podría pensarse en alguna posibilidad, aunque muy remota, de aplicación.

Pena: prisión de seis meses a dos años. La misma (salvo en lo que respecta a la inhabilitación especial para empleo o cargo público) que la prevista para los atentados no graves contra la integridad moral cometidos por funcionario público (art. 175).

La pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo o para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho (o la suspensión de empleo o cargo público) puede imponerse como accesoria, atendiendo a la gravedad del delito, con base en el art. 56 si los empleos o cargos mencionados “hubieran tenido relación direc-

154 Algo que difícilmente será posible en casos de separación temporal. J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios.. cit.*, 862.

ta con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación”.

Asimismo, el art. 57 prevé que en estos delitos, atendida la gravedad de los hechos y el peligro representado por el delincuente, los tribunales puedan acordar “la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos”, por un plazo determinado que no puede exceder de cinco años.

b') **Atentados contra la integridad moral cometidos por funcionarios (arts.174-176)**

Al lado del grave menoscabo de la integridad moral cometido por particulares, el Título VII (Libro II) del Código Penal recoge una serie de atentados contra la integridad moral cometidos por funcionarios.

Característica de todos ellos es su **rasgo pluriofensivo**. Además del ataque al contenido material del bien jurídico individual integridad moral, su realización por funcionarios públicos con abuso de su cargo inmediatamente determina la afectación de otros bienes jurídicos no personales de gran entidad. Este es el caso de la función pública, que ve así pisoteados —y de manera más amplia que en el Código Penal anterior¹⁵⁵— principios elementales de su funcionamiento. Pero también la garantía constitucional que el reconocimiento formalizado del derecho a la integridad por parte del art. 15 CE conlleva, y cuyo sentido es asegurar un “marco infranqueable” para la intervención de la autoridad y del Estado como base misma “del funcionamiento de una colectividad democrática”¹⁵⁶. Esta garantía constitucional se ve directamente afectada cuando son los servidores públicos —¡los encargados de asegurarla en el día a día en nom-

155 F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, cit.*, p. 158.

156 J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *cit.*, p. 369.

bre de la colectividad y del Estado!—, los que precisamente la burlan y la niegan abusando de su cargo.

La grave afectación de las garantías constitucionales y de la función pública aconsejaba el mantenimiento de estas figuras entre las comprendidas en el Capítulo V del Tít.XXI (Libro II) del Código Penal¹⁵⁷. En el curso de los trabajos parlamentarios se consideró, sin embargo, más oportuno —aun a riesgo de difuminar los demás bienes jurídicos protegidos¹⁵⁸— el tratamiento unificado en el Tít. VII de todos los atentados contra la integridad moral, destacando así la violación material de este derecho fundamental frente al aspecto de negación de una garantía constitucional tan básica¹⁵⁹.

El conjunto de supuestos tipificados por los arts.173 a 176 como atentados contra la integridad moral cometidos por funcionarios puede estructurarse de la manera siguiente:

Tortura, en sentido estricto (art. 174,1)

Maltrato penitenciario asimilado a la tortura (art. 174,2)

Otros atentados contra la integridad moral cometidos por funcionarios (art. 175)

Tolerancia en la tortura y demás atentados contra la integridad moral (art. 176)

a”) Tortura en sentido estricto

La tortura, en sentido estricto, se tipifica por el nuevo Código Penal en el art. 174,1¹⁶⁰ que, expresamente ofrece una

157 En el mismo sentido, G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., pp. 279 y s.

158 J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, cit., pp. 863 y s.

159 Lo que ha merecido el aplauso de no pocos autores. C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal...*, cit., p. 2113; M.M. DIAZ PITA, “El bien jurídico protegido..”, cit., p. 48; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, cit., p. 79.

160 Para MUÑOZ CONDE, todo el art. 174 es “tortura en sentido estricto”, *Derecho Penal*, cit., p. 158.

“nueva definición legal de tortura”¹⁶¹, al consagrar como tal, de modo independiente o autónomo¹⁶² y con “nomen iuris específico”¹⁶³, las diversas modalidades delictivas que, como “tipo mixto”¹⁶⁴, describe. En orden a un mejor cumplimiento de la Convención de 1984, se contemplan en el art. 174,1, junto a los supuestos —ya incluidos en el anterior art. 204 bis— de tortura indagatoria (la dirigida a obtener una declaración o información), los casos de tortura con fines punitivos. Al margen de otras diferencias con su fuente inspiradora¹⁶⁵, fuera del art. 174,1 (aunque puedan tipificarse por otras vías que ofrece el mismo Título VII) quedan las torturas con objeto meramente intimidatorio o coactivo o las basadas en cualquier género de discriminación, que también forman parte de la definición “mínima” de tortura establecida por el art. 1 de la Convención; de otra parte, se incluye la sumisión a procedimientos disminuidores de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que de cualquier otro modo atenten a la integridad moral, aspectos no contemplados por aquélla, aunque sí, en parte, en otras normas internacionales vigentes en la materia, de aquí la afirmación doctrinal, no del todo exacta, de la correspondencia¹⁶⁶ con el concepto internacional de tortura.

Los supuestos de tortura tipificados por el art. 174,1 se distinguen por la gravedad del atentado a la integridad

161 J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, *cit.*, p. 81.

162 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal*, *cit.*, p. 2124; M.M. DIAZ PITA, “El bien jurídico protegido...”, *cit.*, p. 93; J.M. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 507; J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De las torturas...” *cit.*, p. 99.

163 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Código Penal*, *cit.*, p. 2124.

164 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal*, *cit.*, p. 2129. “Tipo mixto alternativo”, J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE, “De los delitos...”, *cit.*, p. 100.

165 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal*, *cit.*, p. 2124.

166 F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 166. Ver también, M.M. DIAZ PITA, “El bien jurídico protegido...”, *cit.*, p. 39; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, *cit.*, p. 175; J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 863.

moral¹⁶⁷, manteniendo en lo demás una descripción común. A pesar de los esfuerzos de algún autor¹⁶⁸, no cabe estructurarlos por criterios de especialidad: abarcando entre ambos el espectro total de lo que el art. 174,1 califica de tortura, sus respectivos marcos de aplicación, siendo yuxtapuestos no llegan ni a ser secantes¹⁶⁹.

Bienes jurídicos particularmente protegidos por este precepto son, además de la integridad moral, en el sentido ya expresado —y, en algunas de las modalidades típicas, la salud física y psíquica—, la función pública y las garantías personales más básicas, reconocidas por la Constitución, de los sometidos a la intervención de los poderes públicos. Ahora bien, frente a lo que sucedía en el art.204 bis, el art. 174,1 no exige que los hechos se produzcan ni “en el curso de la investigación policial o judicial”, ni en el “de un procedimiento penal o en la investigación del delito”, fórmula que, a pesar de los problemas suscitados por la diferentes expresiones empleadas en el párrafo I y IV, no dejaba de servir para una mejor delimitación del tipo respecto de los “encuentros entre un ciudadano y un funcionario”¹⁷⁰ penalmente relevantes a efectos del art. 204 bis. La eliminación de esta referencia, a la que la jurisprudencia denominó “elemento espacial o temporal”¹⁷¹, determina, en este sentido, una ampliación del marco de la esfera tutelada que ya no es sólo la Administración de Justicia, en sus tres vertientes básicas (la policial, la

167 G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., p. 284.

168 J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De las torturas...”, cit., p. 95. También, C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Código Penal*, cit., p. 2129.

169 En el mismo sentido, tampoco cabe considerar al art. 174 “tipo básico” respecto del art.175 (que sería entonces “privilegiado”), pues por su propio dictado típico este último se coloca como figura subsidiaria, excluyendo expresamente de su espectro el contenido del art. 174 que, en otro caso, hubiera quedado comprendido en el art. 175 y no viceversa. Ver, sin embargo, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 166.

170 J. BARQUÍN SANZ, *Los delitos...*, cit., p. 246.

171 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito...*, cit., p. 143. “Elemento situacional” para CONDE-PUMPIDO, en *Código Penal*, cit., p. 2131.

judicial y la penitenciaria), sino la Administración en general (también, por ejemplo, la docente, sanitaria o fiscal). Lo anterior no es óbice para que el tipo de tortura, aun cuando no lo exija expresamente el art. 174, I, requiera que el sujeto pasivo —que no es preciso que esté siendo interrogado¹⁷²— se encuentre en una situación de sujeción personal o de dependencia, cuanto menos de hecho, respeto del sujeto activo¹⁷³; esta situación, si no es completamente coincidente con los supuestos de privación de libertad o detención (e, incluso, retención)¹⁷⁴, ha de considerarse inherente al concepto mismo de tortura¹⁷⁵.

Tipo objetivo: La calidad funcional de los sujetos activos determina el carácter “especial” de este delito¹⁷⁶, un delito especial propio¹⁷⁷, pues ante el limitado alcance del art. 173 —y a pesar de que los ataques similares contra la integridad moral cometidos por particulares no habrán de quedar, a la postre, impunes por alcanzar al menos la calificación de injurias—, no existe una figura paralela común que comprenda todos sus supuestos.

El Código Penal dice que “comete tortura la autoridad o funcionario público...”. La definición internacional de tortura,

172 C. CONDE-PUMPIDO TOURON, *ibídem*, p. 2132.

173 “A su merced”, indicaba para la regulación anterior M.L. MAQUEDA ABREU, “La tortura.” *cit.*, p. 448. También M.M. DÍAZ PITA, “El bien jurídico protegido...”, *cit.*, p. 30 y pp. 49 y s.; F MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, cit.*, p. 167.

174 En contra, G. PORTILLA CONTRERAS entiende que sólo puede ser sujeto pasivo de este delito la “persona privada de libertad”, en *Curso...*, *cit.*, p. 286.

175 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito...*, *cit.*, p. 31.

176 Por todos, C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal, cit.*, p. 2129; J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 508; A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, cit.*, p. 168.

177 Opinan que se trata de un “delito especial impropio”, G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, *cit.*, p. 285; J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...”, *cit.*, pp. 99 y s.; J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 864.

que no se refiere a la autoridad¹⁷⁸, alude también a “persona(s) en el ejercicio de funciones públicas”, supuesto que encuentra perfecto acomodo en la definición que de funcionario público ofrece el art.24,2 del nuevo Código Penal¹⁷⁹. De otra parte, a través del art. 176 puede otorgarse adecuado tratamiento a los casos de responsabilidad funcional derivada de la tolerancia (manifestada en el consentimiento, aquiescencia o incluso en comportamientos más intensos -como la instigación-, que la suponen), si bien a falta de una cláusula suficientemente amplia de “actuar en lugar de otro”¹⁸⁰, no podrán calificarse de tortura (frente a la línea seguida por la Convención)¹⁸¹, sino, en su caso, conforme a la correspondiente figura común, los comportamientos de los extraños que actúen como instrumentos¹⁸².

Tiende la doctrina a identificar a los sujetos activos típicos con los funcionarios que participan en la tarea de “investigación y persecución de ilícitos penales”¹⁸³: miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad, policía judicial, jueces, fiscales y hasta funcionarios médicos que se ocupan del cuidado y atención de las personas detenidas o presas¹⁸⁴. Aun cuando esto sea lo habitual, la restricción en este sentido del dictado típico no me parece oportuna. Ciertamente es inherente al concepto de tortura, como se ha dicho, que el sujeto pasivo se encuentre en una

178 Referencia, por otra parte, “innecesaria”. G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., p. 285.

179 En el mismo sentido, C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal*, cit., p. 2126.

180 Que, como propone GRACIA MARTÍN, permita aplicar el tipo especial a quien, careciendo de las características especiales exigibles al agente, “hubiere asumido realmente el ejercicio de aquellas funciones y realizare en tal circunstancia la correspondiente acción u omisión”. *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, I, Zaragoza, 1985, p. 433.

181 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito...*, cit. pp. 38 y s.

182 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal*, cit., p. 2126.

183 J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, cit., p. 865.

184 G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., p. 285; J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...”, cit., p. 100; A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal*, cit., p. 168.

situación de sujeción personal, cuanto menos de hecho, respecto del sujeto activo, pero cabe imaginar supuestos que no suponen detención ni privación de libertad en los que se dé esa situación de sujeción¹⁸⁵ y en los que la realización de los comportamientos descritos por el art. 174,1 gravemente atentatorios de la integridad moral, merecerían, sin duda, la aplicación de las sanciones reservadas para la tortura¹⁸⁶.

Los funcionarios o autoridades deben actuar “abusando de su cargo”¹⁸⁷. Esto —que excluirá la aplicación de la agravante 7ª del art. 22¹⁸⁸— exigirá que el funcionario o autoridad estén ejerciendo de manera genérica o específica sus funciones¹⁸⁹, no actuando “por móviles privados”¹⁹⁰, y que, en ese marco, se constate un exceso o utilización desviada de las atribuciones o un aprovechamiento de los poderes inherentes al mismo (p.e., excediéndose de la coacción administrativa legítima)¹⁹¹ que permitan la ejecución de los hechos “con una mayor facilidad”¹⁹².

Del núcleo del plural comportamiento típico se deriva, desde el prisma objetivo, que estamos ante un delito de resultado¹⁹³. No basta con la sumisión del sujeto a determinadas “condiciones o procedimientos”. Es preciso que ello produzca como

185 Piénsese en un paciente respecto del médico funcionario que quiere conocer si tiene o no una peligrosa enfermedad. Considero, con todo, difícil que pueda darse esa situación, sin que concurra al menos retención, en el curso de la “represión de una manifestación”. Sin embargo, M.M. DIAZ PITA, “El bien jurídico protegido...”, *cit.*, p. 49.

186 Críticamente, C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal, cit.*, p. 2132.

187 Crítica SERRANO GÓMEZ esta referencia por “perturbadora”. *Derecho Penal, cit.*, p. 171.

188 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal, cit.*, pp. 2130 y s. También J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...”, *cit.*, p. 101.

189 J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios... cit.*, p. 508.

190 J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios... cit.*, p. 865.

191 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal, cit.*, p. 2145.

192 G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso... cit.*, p. 285.

193 G. PORTILLA CONTRERAS, *ibídem*, p. 286.

resultado, bien “sufrimientos físicos o mentales”, bien “la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión”, bien (y en general) un atentado “contra su integridad moral”. La configuración del delito de tortura como tipo de resultado plantea generalmente la cuestión de la clase de resultados que han de tipificarse como tales y, sobre todo, su entidad, algo perfectamente evitable si se estructura el delito como tipo de mera actividad consistente en el empleo —con determinados fines— de medios violentos o intimidatorios de cierta intensidad¹⁹⁴. El art.174,1 opta por otra solución: mezcla comportamientos y resultados con términos por otra parte nada concretos —“condiciones o procedimientos” (es de suponer que irregulares, esto es, prohibidos por las normas procesales y administrativas que rigen la detención, retención, interrogatorio, toma de declaración o la obtención de confesión o información)¹⁹⁵, “supresión o disminución” (¿hasta dónde?) de determinadas facultades— y que de suyo provocan “graves problemas de interpretación” y de apreciación, a la vista hasta de la realidad personal constatable en la práctica totalidad de los sometidos a investigación policial o judicial¹⁹⁶. Además, y para evitar el olvido de otras situaciones, lo hace a título “ejemplificativo”¹⁹⁷, terminando con una fórmula abierta (“que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral”), inaceptable desde el prisma de la exigencia de determinación típica y taxatividad.

194 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito...*, cit., pp. 43 y s. A favor también de la configuración del delito de tortura como delito de mera actividad, G.PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., pp. 286 y s.

195 Pero, ¿de qué “naturaleza”, “duración”, “circunstancias”?; A.SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal*, cit., p. 169.

196 A. SERRANO GÓMEZ, *ibidem*, p. 169. Recuerda este autor que la “Criminalística demuestra que toda persona sometida a una investigación policial o judicial ... por muy exquisito que sea el comportamiento ... sufre mentalmente” y “en el momento de la declaración o interrogatorio” presenta habitualmente una merma en sus facultades de conocimiento discernimiento o decisión (p. 170).

197 J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, cit., p. 508.

La amplitud del tipo es todavía mayor al eludirse toda exigencia mínima de intensidad o gravedad, no ya respecto del atentado a la integridad moral, sino al menos en cuanto a los sufrimientos físicos o mentales¹⁹⁸. Esto trata de corregirse desde algún sector doctrinal a través de la interpretación del término “atenten”, que obligaría a una cierta “entidad” en los comportamientos, superior a las vejaciones injustas¹⁹⁹, o mediante la referencia a la importancia²⁰⁰ de los sufrimientos requeridos, si bien no con ello se evitan todas las dificultades que se suscitan.

En cualquier caso, la doctrina ha valorado positivamente la ampliación del dictado típico respecto del art. 204 bis y el esfuerzo de adecuación al concepto internacional de tortura, abarcando comportamientos activos y omisivos o el empleo de medios químicos o psicológicos²⁰¹ y dando entrada, junto a la tortura (física y psíquica) indagatoria, a la punitiva y hasta a la tortura oblicua²⁰².

Tipo subjetivo: El delito de tortura es un delito doloso, con dolo directo²⁰³ respecto del atentado a la integridad moral, lo que no impide que pueda entrar en concurso con lesiones o daños por dolo eventual o incluso por imprudencia contra otros bienes jurídicos; un concurso a tratar conforme al art. 177.

198 Críticamente, J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, cit. p. 864.

199 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código penal*, cit., pp. 2127 y 2133.

200 J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos..”, cit., p. 102.

201 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Código penal*, cit., pp. 2130 y 2133; J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...”, cit., p. 101. Sin embargo, G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., p. 287.

202 J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZALEZ CUSSAC, *Derecho Penal*, cit., p. 191; C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal*, cit., pp. 2127 y 2132; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, cit., p. 81; J.A. LAS-CURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, cit., p. 508; J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, cit., p. 865.

203 G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., p. 289; A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal*, cit. p. 171.

Se trata, asimismo, de un delito de tendencia (en sentido amplio) como prueba el que se precise la finalidad indagatoria o de castigo al sujeto pasivo. Dentro de los delitos de tendencia, será delito de resultado cortado, por lo menos en cuanto a su vertiente indagatoria²⁰⁴. El “elemento subjetivo del injusto”²⁰⁵ resulta ampliado respecto del art. 204 bis (que, a su vez, aludía a la obtención de una “confesión o testimonio”)²⁰⁶, si bien no permite dar cabida en este tipo a la tortura gratuita²⁰⁷, ni alcanza a cubrir la totalidad de supuestos contemplados por el art. 1,1 del Convenio de 1984, que incluyen el “intimidar”, “coaccionar” o “cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación. La falta de referencia a la discriminación puede encontrar cierta justificación, como indica CONDE-PUMPIDO²⁰⁸, en la existencia en el Código de un “tratamiento autónomo... del bien jurídico igualdad”.

Tipos de imperfecta realización y participación: Siendo un delito de resultado no presenta dificultades la admisión de formas de imperfecta realización²⁰⁹.

En cuanto a la *autoría y participación* también son posibles la autoría mediata, la coautoría y la participación²¹⁰. La apli-

204 “Delito de resultado cortado”. C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal, cit.*, p. 2129. Ver también, J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...”, *cit.*, p. 99.

205 J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...”, *cit.*, p. 103; A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, cit.*, p. 168. “Especial elemento subjetivo” para MUÑOZ CONDE (*Derecho Penal, cit.*, p. 167), “especial elemento subjetivo del tipo” para DIAZ PITA (“El bien jurídico protegido...”, *cit.*, p. 39).

206 El nuevo Código Penal se refiere a una “confesión o información” y, a juicio de TAMARIT SUMALLA, “por razones sistemáticas”, deberán “tener relación con hechos de cierta trascendencia pública, sean o no constitutivos de delito”, una exigencia que, sin embargo, en modo alguno se deriva del tipo; en *Comentarios...*, *cit.*, p. 866.

207 G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, *cit.*, p. 289.

208 En *Código Penal, cit.*, p. 2128.

209 A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, cit.* p.172.

210 J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, en *Derecho Penal, cit.* p. 191; J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...”, *cit.*, p. 104.

cación del art. 176, prevista para los supuestos de tolerancia en la tortura, asegurará en todo caso la responsabilidad funcional a través del delito especial (y sin perjuicio de que los particulares cometan el delito común)²¹¹ de los supuestos de autoría mediata o incluso de participación de funcionarios en hechos “de tortura” cometidos por particulares.

Delito continuado: al igual que se indicó en los delitos de menoscabo grave a la integridad moral cometido por particulares, no es posible la apreciación del delito continuado por estar ante un bien jurídico eminentemente personal²¹².

Antijuridicidad y exculpación: también aquí, con mayor razón si cabe, la prohibición constitucional absoluta de la tortura (art. 15) impide apreciar causas de justificación. A similar conclusión llega la mayor parte de la doctrina la cual, al margen del dictado constitucional, afirma que no cabe aceptar en manera alguna la tortura, ni por circunstancias excepcionales, ni con base en el cumplimiento del deber o el estado de necesidad²¹³.

Algunos autores van aún más lejos y, respecto de la tortura, no aceptan ni causas de exculpación²¹⁴ o sólo “las causas de exención de la responsabilidad criminal relativas a la inimputabilidad”²¹⁵. Ahora bien, aun cuando sus posibilidades reales de aplicación hayan de imaginarse muy remotas y extrañas, tampoco aquí, como en los menoscabos graves de la integridad moral del art.173, a la vista de la amplitud del dictado típico y de la propia naturaleza de las causas de exculpación, parece

211 En su caso, del art. 173, G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso... cit.*, p. 291; J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios..., cit.*, p. 864.

212 J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...”, *cit.*, p. 104.

213 Por todos, J.A. LASCURAIN, en *Comentarios..., cit.*, p. 508. Llama, con todo, la atención las escasas referencias a la legítima defensa a favor de cuya admisión parece mostrarse, aunque no de manera explícita, A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, cit.*, p. 171.

214 G. PORTILLA CONTRERAS, *Curso..., cit.*, p. 290.

215 TAMARIT SUMALLA partiendo del art. 15 CE, en *Comentarios..., cit.*, pp. 866 y s.

razonable excluir absolutamente toda eficacia a las mismas (piénsese, por ejemplo, en el miedo insuperable), ni al error venible indirecto de prohibición.

Circunstancias modificativas: Inherente a la tortura es el abuso de superioridad (art. 22-2^a) y el prevalerse del carácter público del culpable (art. 22-7^a)²¹⁶.

Por lo que respecta a la inherencia de la alevosía, a mi juicio, la respuesta ha de ser negativa²¹⁷; sí puede considerarse inherente, al menos en los casos graves de tortura, el ensañamiento²¹⁸.

Penas: Las penas se determinan en función de la gravedad del atentado a la integridad moral, extendiéndose la prisión de dos a seis años, si el atentado es grave, y de uno a tres años, si no lo es. A ella se añade, en todo caso, la inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

Resulta curioso que coincida en parte el ámbito de las penas previstas para los hechos graves y para los que no lo son²¹⁹. En cualquier caso, las dificultades se suscitan principalmente a la hora de ofertar criterios de determinación de la gravedad²²⁰. Así, MUÑOZ CONDE propone la remisión a la “gradación que se maneja en Derecho internacional”, entendiendo que torturas graves son las internacionalmente consideradas torturas en sentido estricto²²¹. Conviene, con todo, no olvidar que el concepto

216 J.M. TAMARIT SUMALLA, *ibidem*, p. 865.; J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...”, *cit.*, p. 105.

217 A favor de la inherencia de la alevosía, J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *ibidem*, p. 105.

218 A favor de la inherencia, J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 865. En contra, J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...”, *cit.*, p. 105.

219 Críticamente, A. SERRANO GÓMEZ, que también considera excesivamente graves las penas previstas para los casos no graves. *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 169.

220 M.M. DIAZ PITA, “El bien jurídico protegido...”, *cit.*, p. 94.

221 *Derecho Penal*, *cit.*, p. 167.

de gravedad se emplea también en el art. 175 como criterio distintivo de las sanciones a imponer y el hecho de que, sobre todo en el caso de los sufrimientos mentales, se corre un gran riesgo de subjetivización. Esto contraría lo dispuesto en el art. 174,1 del Código Penal que, frente al criterio empleado en la jurisprudencia europea y como recuerda PORTILLA CONTRERAS²²², liga la gravedad de la tortura a la gravedad del atentado a la integridad moral²²³, como parece, además, razonable ante la eventualidad de que (a través de lo dispuesto en el art. 177) atender a la gravedad de los resultados producidos, al margen o junto a la afectación de la integridad moral, para determinar la gravedad de la tortura, pueda llevar a una doble valoración penal de esos mismos resultados.

b”) Maltrato penitenciario (inhumano o degradante)
asimilado a la tortura

Siendo evidente que el art. 174,2 se ocupa de tutelar específicamente el derecho (y garantía constitucional) a la integridad moral de los internos en centros penitenciarios o de protección o corrección de menores, frente a las autoridades o funcionarios que desempeñan sus funciones en su seno, grande es la controversia que suscita, en realidad, su contenido y alcance.

Por su propia naturaleza y características, el art. 174,1 abarca ya los hechos de tortura, en sentido estricto, cometidos en el ámbito penitenciario o en centros de menores por parte de autoridades o funcionarios públicos con abuso de su cargo. En este sentido, tienen razón cuantos comienzan afirmando, en principio, el carácter “superfluo”²²⁴ de este apartado, que procede del art. 204 bis III, pues vendría a someter a la misma pena a actos ya previstos por el art. 174,1.

222 En *Curso...*, *cit.*, p. 288.

223 En el mismo sentido, C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal*, *cit.*, p. 2134. En sentido crítico, J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...”, *cit.* p. 102.

224 Por todos, J.A. LASCURAIN, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 508.

Ahora bien, el principio de vigencia obliga al intérprete a no aceptar sin más el carácter aparentemente superfluo de los términos o preceptos aprobados por el legislador y a tratar de buscar el sentido que los haga realmente necesarios. Este puede hallarse en el entendimiento de la expresión “los actos a que se refiere el apartado anterior” como relativa a los comportamientos objetivos (y resultados) allí recogidos, pero con exclusión del elemento subjetivo del injusto caracterizador de la tortura indagatoria y punitiva. El esfuerzo encuentra su apoyo en el párrafo III del artículo 204 bis, que la doctrina mayoritaria²²⁵, contrastando su tenor literal con el de los dos primeros párrafos de aquel artículo, consideró que se integraba sí por los actos descritos en los párrafos anteriores, pero no por la finalidad de obtener una confesión o testimonio en ellos exigida. Pues bien, el citado apdo. III del art. 204 bis no es sólo precedente del art. 174,2 sino que su mismo tenor literal forma parte (con adiciones mínimas) del contenido de éste. En consecuencia, y a pesar de lo indicado por no pocos comentaristas —que identifican el término “actos” con la totalidad de los aspectos objetivos y subjetivos de la conducta tipificada en el apdo.1 (salvo, evidentemente, lo relativo a los sujetos activos y pasivo)²²⁶—, no parece absurdo mantener respecto del término “actos” del art. 174,2 la misma línea interpretativa que ya se siguiera en relación con el art. 204 bis III.

Un entendimiento de esta suerte del art. 174,2 lo llena, a mi juicio, de sentido, al destacar frente al resto de atentados contra la integridad moral cometidos por funcionarios (art. 175) los

225 Por todos, J. BARQUÍN SANZ, *Los delitos...*, cit. pp. 373 y ss.; J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito...*, cit., pp. 183 y ss. En contra, sin embargo, A. DEL TORO MARZAL, “El nuevo delito...”, cit., p. 291.

226 Expresamente, C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal*, cit., p. 2133; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, cit., p. 82; J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, cit., pp. 508 y s.; A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal*, cit., p. 172; J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, cit., pp. 864 y 866. En contra, respecto del nuevo Código, J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...” cit., p. 103.

producidos en el ámbito penitenciario y de corrección y protección de menores. Ello resulta perfectamente razonable²²⁷ si se tiene presente que son, éstos, espacios en los que se originan situaciones de sujeción especialmente intensas que añaden gravedad a las conductas contrarias al atentado contra la integridad moral, asimilándolo a efectos de pena a los supuestos de tortura indagatoria o punitiva, aunque no concurren estas finalidades. El hecho de que pueda haber situaciones similares no contempladas en el art. 174,2 y que merecerían un tratamiento semejante no es óbice, además, para afirmar la necesidad de una interpretación del precepto como la indicada, sino que debería servir de base para su mejora en orden a abarcar plenamente todos los supuestos materialmente equiparables.

Tampoco ha de considerarse obstáculo a lo anterior lo dispuesto por el art. 533, que viene a suceder en el nuevo Código al anterior art.187,5 del Código Penal. Su ámbito específico de aplicación consiste en la imposición a los reclusos o internos —por funcionario penitenciario o de centros de protección o corrección de menores— de “sanciones o privaciones indebidas” o el uso “con ellos de un rigor innecesario”²²⁸. Con independencia de que el art. 533 no menciona expresamente a todos los sujetos pasivos del art. 174,2 (no alude a los detenidos), ni contempla muchos de los resultados típicos del art. 174, la diferencia esencial²²⁹ deriva de que no requiere la afectación de la integridad moral de los reclusos o internos, algo que no tiene por qué ser inherente a la imposición de un “régimen riguroso”²³⁰, de

227 En contra, por todos, LASCURAIN SÁNCHEZ, quien entiende que “fuera el tenor literal, desnaturaliza el comportamiento como delito de tortura e introduce una diferencia punitiva difícilmente justificable”; en *Comentarios...*, cit., p. 509.

228 Pena: inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

229 Respecto de la regulación anterior, por todos, J. BARQUIN SANZ, *Los delitos...*, cit. pp. 388 y ss.; J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito...*, cit., pp. 184 y ss.

230 J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal*, cit., p. 191; G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., p. 291..

aquí que cuando concurra el citado atentado contra la integridad moral será de aplicación el art. 174,2 y no el art. 533.

En cuanto a sus dificultades de delimitación con el art. 175²³¹, no son tales, pues este último se coloca como expresamente subsidiario respecto de los contenidos del art. 174, 1 y 2²³².

Tipo de lo injusto: El tipo de lo injusto del art.174,2 coincide en la mayor parte de sus aspectos objetivos (particularmente, en lo referido a la conducta típica y resultados) con el de la tortura en sentido estricto, siendo, por tanto de aplicación lo allí indicado incluso respecto de las penas, y dejando a salvo lo relativo al elemento subjetivo del injusto requerido por el art. 174,1²³³. Siendo, como es, también un delito especial, se distancia, con todo, de éste en cuanto a la calidad de los sujetos activos y pasivos.

Sujetos activos son “la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores”, personas que —por cualquiera de los títulos del art. 24,2— participan, por tanto, en el desarrollo de las funciones públicas propias de lo penitenciario y de los centros (de internamiento) de protección o corrección de menores.

La regulación de la función penitenciaria se encuentra en la L.O. General Penitenciaria de 1979 y su Reglamento de 1996. Se contemplan ahí los fines de las “Instituciones penitenciarias” (art.1 Ley), los establecimientos penitenciarios (arts.7 y s.) y hasta “los funcionarios” (Tít.VI). No cabe duda de que será “funcionario de instituciones penitenciarias” quien desempeñe

231 J.C.CARBONELL MATEU, J.L.GONZALEZ CUSSAC, *Derecho Penal*, cit., p. 192; J.M.TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, cit., p. 865.

232 Destaca, por su parte, PORTILLA CONTRERAS que, respecto del art. 609, “práctica de torturas o tratos inhumanos con ocasión de un conflicto armado”, éste será en su caso el precepto especial”; en *Curso...*, cit., p. 292.

233 Indica, con todo, RODRIGUEZ-VILLASANTE que, frente a lo que sucedía en el 174,1 donde lo consideraba dudoso, en esta figura sí cabe el dolo eventual. “De los delitos...”, cit., p. 104.

las funciones penitenciarias definidas por la Ley y el Reglamento en los Establecimientos penitenciarios (de preventivos, de cumplimiento y especiales), con inclusión de sus unidades dependientes²³⁴. Al margen de los centros penitenciarios regulados por la Ley (y de las unidades extrapenitenciarias), existen, sin embargo, otras instituciones de detención (depósitos municipales, centros de detención de extranjeros y, en general, policiales) que, con una interpretación estricta del art. 174,2, quedarían fuera de su ámbito de protección. La cuestión resulta especialmente enojosa en el caso de los depósitos municipales, los cuales, conforme al nuevo Código Penal y al Real Decreto de 26 de abril de 1996, pueden servir para la ejecución de las penas de arresto de fin de semana. Por ello, frente a la interpretación anterior y, dado que el Código Penal alude a “instituciones penitenciarias” (y no a las “Instituciones” con mayúscula, como el art. 1 LOGP) y puesto que el propio Reglamento Penitenciario se refiere a los “depósitos municipales de detenidos a disposición judicial” (disp.adicional primera), cabría proponer un entendimiento de “institución penitenciaria”, en sentido material²³⁵, como toda aquella que se ocupa de la “retención y custodia” de las personas privadas de libertad por imposición de una pena o medida de seguridad o que se encuentran a disposición judicial. La solución deja, con todo, fuera a los centros de detención policiales respecto de los detenidos no puestos todavía a disposición judicial y, probablemente también, a los centros para extranjeros pendientes de expulsión, que merecerían sin duda un tratamiento similar al del art. 174,2.

En cuanto a los “centros de protección o corrección de menores”, para su delimitación, habrá que estar a lo dispuesto

234 En este sentido, respecto de la regulación anterior, J. BARQUIN SANZ, *Los delitos...*, cit., pp. 381 y ss., quien excluía además las actividades de custodia en el exterior de los establecimientos (p. 382).

235 Ver la línea de QUERALT, respecto del Código Penal, de partir de la distinción entre “detenido” y “preso” para tomar como referencia el título de la detención (y no en el lugar en que se llevaba a cabo) para determinar las actividades funcionalmente penitenciarias; *Derecho Penal español...*, cit., p. 803.

por la legislación vigente en la materia, tanto en general, como en la respectivas Comunidades Autónomas competentes en materia de protección de menores y de su organización y gestión.

Son *sujetos pasivos* expresamente mencionados por el art. 174,2 los “detenidos, internos o presos”. El nuevo Código Penal de 1995, con objeto de completar lo relativo a los centros de protección o corrección de menores, ha incluido la referencia a los “internos” que, en realidad, hace ya innecesarias las demás menciones, al comprender a todo sujeto sometido al régimen de internamiento del centro correspondiente: en el plano penitenciario, sea detenido a disposición judicial, sea preso preventivo o porque haya sido sentenciado a una pena (penado) o medida de seguridad.

c”) Otros atentados contra la integridad moral cometidos por funcionarios

El art. 175 tipifica de manera subsidiaria (subsidiaridad expresa)²³⁶ los atentados contra la integridad moral cometidos por funcionarios no tipificados por el art. 174. No constituye, por tanto, este delito especial el tipo básico de tortura²³⁷, ni resulta adecuado aplicarle esta denominación (“tortura”)²³⁸, pues, aun cuando quepan en su seno los supuestos de tortura no incardinables en el art. 174 (p.e., la “tortura gratuita”)²³⁹, no es éste su cometido esencial, sino la tipificación de los atentados contra la integridad moral, cometidos por funcionarios, no constitutivos

236 J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, cit.*, p. 192; G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, *cit.*, p. 193. “Residual o subsidiaria”, C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal, cit.*, p. 2140; “residual”. J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...”, *cit.*, p. 106.

237 Sin embargo, J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 504.

238 En contra, sin embargo, MUÑOZ CONDE (“tipo privilegiado de tortura”) (*Derecho Penal, cit.*, p. 169) o DÍAZ PITA (“tortura gratuita”) (“El bien jurídico protegido...”, *cit.*, p. 37).

239 G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, *cit.*, p. 293.

de tortura en sentido estricto (esto es, conforme al art. 174,1) o de malos tratos penitenciarios²⁴⁰.

La doctrina ha criticado con razón la regulación de este delito especial por su carácter “difuso”, “vago”²⁴¹, “abierto”²⁴², considerándolo el “máximo exponente de la desgraciada técnica legislativa empleada en este título”²⁴³.

La simplicidad del dictado típico hace que vuelvan a ser aplicables en este ámbito las consideraciones realizadas respecto de los artículos anteriores en cuanto a los sujetos activos (autoridad o funcionario, como en el art. 174,1) de este delito doloso²⁴⁴.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona física, como titular del derecho (y garantía) constitucional a la integridad moral, que —como se ha dicho— “no puede predicarse respecto de las personas jurídicas”²⁴⁵.

También aquí (como en el art. 174,1) los funcionarios deben actuar “abusando de su cargo”²⁴⁶, lo que excluirá la aplicación de la agravante 7ª del art. 22, pero siempre que lo sea “fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior”, “elemento negativo del tipo”²⁴⁷ que, conforme a lo indicado ya, alude no

240 Para CONDE-PUMPIDO TOURÓN se trata de dar cumplimiento al art. 16 de la Convención; en *Código Penal*, *cit.*, p. 2111. En sentido parecido, para PORTILLA CONTRERAS aquí se recogen los tratos inhumanos; en *Curso...*, *cit.*, p. 293.

241 Por todos, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 169.

242 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código penal*, *cit.*, p. 2144.

243 J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 867.

244 A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 165. A juicio de RODRÍGUEZ-VILLASANTE, se admite el dolo eventual. “Los delitos...”, *cit.*, p. 107.

245 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal*, *cit.*, p. 2144. Sin embargo, J.L. RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...”, *cit.*, p. 107.

246 “Elemento clave” para CONDE-PUMPIDO TOURON, en *Código Penal*, *cit.*, p. 2144.

247 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *ibídem*, p. 2146.

sólo a la ausencia de la finalidad indagatoria o punitiva requerida por el art. 174,1²⁴⁸, sino también al hecho de que el comportamiento tenga lugar fuera del ámbito penitenciario o de los centros de protección o corrección de menores.

La *conducta típica* se concentra nuclearmente en la expresión “atentare contra la “integridad moral”, castigándose si efectivamente se comete el atentado (delito de resultado)²⁴⁹, tanto si éste fuera grave como si no lo es. La expresión se contiene igualmente en el art. 174,1 y, como ya se ha indicado, merece duras críticas por su vaguedad y falta de contornos precisos, nada fáciles de delimitar y contrarios al “principio de tipicidad”²⁵⁰. Propone, en este sentido, CONDE-PUMPIDO un entendimiento del verbo “atentar”, como agresión de cierta entidad, que permita excluir del tipo penal las vejaciones injustas de carácter leve, las cuales, de otro modo, se convertirían en delictivas por el mero hecho de cometerse por funcionarios²⁵¹. A mi juicio, con ello se corre el riesgo de excluir del tipo penal a los comportamientos omisivos²⁵², lo que no resulta oportuno. Más adecuado es, en consecuencia, partir de una correcta definición del bien jurídico integridad moral y considerar que los actos contrarios a la misma han de constituir cuanto menos “tratos degradantes” (como en el art. 173, y aunque aquí —art. 175— no sea preciso el resultado de menoscabo grave de la integridad moral): esto es, conductas que contraríen o nieguen radicalmen-

248 C. CONDE-PUMPIDO TOURON, *ibídem*, p. 2146; J.L.GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, *cit.*, p. 169; J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 83; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *cit.* p. 169; J.L. RODRÍGUEZ- VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...”, *cit.* p. 107.

249 G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, *cit.*, p. 293; J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De las torturas...”, *cit.*, p. 107.

250 J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO “De las torturas...”, *cit.*, p. 107.

251 En *Código Penal*, *cit.*, p. 2145.

252 Para RODRÍGUEZ-VILLASANTE la presencia del verbo “atentar” obliga a entender que el art. 175 describe un “delito de acción”. “De los delitos...”, *cit.*, p. 106.

te la voluntad de otra persona, obligándole de manera ilegítima —mediante el empleo de fuerza física, intimidación o con aprovechamiento o abuso de situaciones de superioridad formal o fáctica o, incluso, por medio del engaño— a hacer u omitir algo o a soportar una situación o condiciones injustas y que, comportando normalmente cierto padecimiento físico y/o psíquico, sean potencialmente constitutivos de grave humillación o vejación de la víctima. Un entendimiento de esta suerte, unido al hecho de que en el art.175 no cabe exigir una situación de sujeción o de sometimiento de hecho similar a la de la tortura²⁵³, permitiría evitar los excesos a que puede llevar el tipo penal, sin dejar de dar cabida en el mismo a lo que la jurisprudencia europea ha considerado el marco “autónomo” de los tratos degradantes, a través del cual se llega a proteger a los individuos frente a actuaciones estatales abusivas gravemente humillantes o vejatorias.

Las *penas*²⁵⁴ se distinguen en atención a la gravedad del atentado contra la integridad moral y, siendo inferiores a las previstas por el art. 174 en los casos graves, se equiparan a las del art. 173 (salvo en lo que se refiere a la inhabilitación especial) en los supuestos en que el atentado no merezca ser calificado de grave²⁵⁵.

253 Por lo que no será inherente el abuso de superioridad. En contra, J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE, *ibidem*, p. 108.

254 Prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave; prisión de seis meses a dos años, si no lo es. En todo caso, inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.

255 PORTILLA CONTRERAS ha censurado la disminución de la pena que se produce en los atentados graves, respecto de la tortura en sentido estricto, por entender que, “en realidad, la pena debería ser cuando menos igual o incluso superior”; en *Curso*, *cit.*, p. 192. Critica la severidad de las penas, A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 165.

d'') Tolerancia²⁵⁶ funcional en la tortura y demás atentados contra la integridad moral

El art.176, que también procede del anterior art. 204 bis (párrafo V), mantiene la naturaleza y función que correspondía a éste²⁵⁷. A pesar de su dependencia formal respecto de los tipos delictivos ya estudiados, la figura mantiene un marco material propio²⁵⁸: la regulación especial de la infracción de los deberes de garantía que corresponden a los funcionarios²⁵⁹. Núcleo central del delito son, en consecuencia, conductas omisivas funcionariales²⁶⁰ para cuya tipificación podría haber servido la vía del art. 11²⁶¹. Más allá de lo anterior, entiendo, sin embargo, que el art. 176 no sólo contempla “comportamientos pasivos, de no impedimento de los actos punibles”, sino que permite abarcar otras muchas conductas funcionariales constitutivas de intervención mediata (e incluso directa) o accesoria²⁶² en hechos de

256 “Permisividad”, J.C. CARBONELL, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal, cit.*, p. 192.

257 Por todos, J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito...*, cit., pp. 189 y ss. También, J. BARQUIN SANZ, *Los delitos...*, cit., pp. 395 y s.

258 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código penal cit.*, p. 2150. También J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...”, cit., p. 109.

259 Particularmente relevantes en cuanto a los delitos contra la integridad moral en el caso de quienes se relacionan con detenidos o presos. G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., p. 294.

260 La doctrina utiliza en este sentido la referencia a la omisión o comisión por omisión para calificar al art.176. C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal, cit.*, p. 2149; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal cit.*, p. 170; J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...”, cit., p. 108; A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, cit.*, p. 172; J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, cit., p. 868. Ver por su parte la posición de G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., p. 294.

261 F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, cit.*, p. 170. Razón por la cual RODRÍGUEZ-VILLASANTE lo considera “superfluo”. “De los delitos...”, cit., p. 109.

262 Así, p. e., para los casos en que esas personas actúen “por su indicación”, J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, cit.*, p. 193.

otros funcionarios o de extraños²⁶³. Estas conductas, por las propias características de la definición típica de algunos preceptos²⁶⁴ o por su condición de delitos especiales (no realizables por extraños), podían correr el riesgo de quedar impunes o con un tratamiento penal inadmisibles. Pues bien, el art. 176 —que se comporta materialmente como una cláusula de extensión de las penas, creando un concepto específico de autor para los delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios²⁶⁵— garantiza la equiparación de su tratamiento, a nivel punitivo, al propio de las torturas y demás atentados contra la integridad moral cometidos por funcionarios, algo plenamente acertado y en línea con lo dispuesto por la Convención de 1984.

Sujetos activos son los funcionarios o autoridades. Al no existir una figura paralela común (ni combinando el art. 173 con el art. 11, en caso de infracción de deber) que cubra los mismos hechos cometidos por particulares, el delito debe considerarse especial propio²⁶⁶.

Los funcionarios han de actuar “faltando a los deberes de su cargo”. Son, pues, aquellos funcionarios en cuya esfera de influencia pueden producirse atentados contra la integridad moral y que tienen atribuida específicamente²⁶⁷ la función de velar, de garantizar los derechos elementales básicos de los ciudadanos, incluso frente a la actuación de otros²⁶⁸: fundamentalmente, autoridades y funcionarios policiales, del Ministerio

263 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito...*, cit., pp. 211 y 215 y ss.

264 P. e., si se entiende que no pueden cometerse por omisión, J.A. LASCURAIN SANCHEZ, en *Comentarios...*, cit., p. 510.

265 Respecto de la calificación preferente de autoría que en estos casos habrá de tener la participación funcional, J.A. LASCURAIN SANCHEZ, en *Comentarios...*, cit., p. 511.

266 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal*, cit., p. 2150. En contra, GONZÁLEZ CUSSAC lo considera “delito especial impropio”. “Delitos...”, cit., p. 83.

267 No basta la atribución funcional genérica derivada de la vinculación constitucional de todos los poderes públicos al respeto de los derechos y libertades fundamentales. J. BARQUÍN SANZ, *Los delitos...*, cit., p. 397.

268 G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., p. 294.

Fiscal, judiciales, del Ejército, de centros de internamiento...; pero no exclusivamente: también cabe pensar en funcionarios de centros sanitarios, escolares...²⁶⁹.

Núcleo de la *conducta típica* de este delito es “permitir que otras personas ejecuten los hechos previstos” en los “artículos precedentes”.

Aun cuando en alguna de sus acepciones el verbo “permitir” pueda significar “prestar el consentimiento”, el sentido del art. 176 lo conecta con “tolerar”²⁷⁰ aquello que debía impedirse y que, en consecuencia, de hecho, se consiente. El verbo es fundamentalmente omisivo —en realidad, estamos ante un delito de omisión²⁷¹ con equivalencia comisiva legalmente determinada²⁷²—, pero ello no quiere decir que el comportamiento funcional de tolerancia de los atentados contra la integridad moral tenga que ser pasivo. Tanto en los supuestos de participación como en casos de intervención directa o mediata cabe apreciar “vertientes omisivas”²⁷³ que pueden servir de base para la aplicación del art. 176.

Los funcionarios han de permitir “que otras personas ejecuten los hechos”. Como sucediera con el art. 204 bis V²⁷⁴, la determinación de si esas “otras personas” deben o no ser funcio-

269 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal*, *cit.*, p. 2151; J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 511.

270 Por todos, respecto del art. 204 bis, VIVES ANTON, en M.COBO DEL ROSAL y OTROS, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1988, p. 116. Respecto del nuevo Código Penal, J.L.RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De las torturas...”, *cit.*, p. 109. Sin embargo, CONDE-PUMPIDO lo identifica “con el consentimiento o aquiescencia”; en *Código penal*, *cit.*, p. 2152.

271 TAMARIT SUMALLA lo califica de “cooperación omisiva a un hecho típico con infracción de deber específico”; en *Comentarios...*, *cit.*, p. 868.

272 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito...*, *cit.*, pp. 190 y ss. También J. BARQUÍN SANZ, *Los delitos...*, *cit.*, pp. 406 y ss.

273 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito...*, *cit.*, p. 212. También, J. BARQUÍN SANZ, *Los delitos...*, *cit.*, p. 410.

274 J. BARQUÍN SANZ, *ibidem*, p. 400.

narios subordinados no deja de suscitar controversias. Personalmente no entiendo que ésta sea ninguna exigencia “implícita”²⁷⁵, sino que, en principio, como en el art. 204 bis V²⁷⁶ y coherentemente con la Convención de 1984, “otras personas” pueden serlo cualquiera, funcionarios (compañeros o incluso de grado inferior) o no funcionarios²⁷⁷. Otra cosa será que, en el supuesto concreto, el deber de garantía no alcance a exigir la evitación de esas conductas por funcionarios no subordinados o no funcionarios²⁷⁸.

En cuanto a “los hechos” a los que alude el art. 176, se trata de los comportamientos típicos allí previstos, sin atender a la condición funcional o de autoridad de los sujetos activos²⁷⁹.

El *delito* es claramente *doloso*²⁸⁰ y requiere del conocimiento de la situación de peligro y de los deberes del cargo²⁸¹.

Las *penas* son las “respectivamente establecidas en los artículos precedentes”. Claramente son, a estos efectos, “artículos precedentes” los arts. 174 y 175. Pero ¿ha de entenderse lo mismo respecto del art. 173? A pesar de lo afirmado desde algún sector²⁸², la respuesta ha de ser negativa. La remisión a las penas

275 Así, con base en el empleo del verbo “permitir” y no “no impedir” o “no denunciar”, J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios...*, cit., p. 869.

276 J. BARQUÍN SANZ, *Los delitos...*, cit., p. 401; J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito...*, cit., p. 190.

277 En el mismo sentido, para el art. 176, C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal*, cit., pp. 2152 y s.

278 En este orden de cosas no cabe responder con carácter general, sino que habrá de hacerse caso por caso, a la pregunta de LASCURAIN SÁNCHEZ de “si el deber de garantía puede comprender el de evitación de conductas delictivas de otras personas que actúan libremente”; en *Comentarios...*, cit., p. 510.

279 En el mismo sentido, respecto del art. 204 bis V, J. BARQUÍN SANZ, *Los delitos...*, cit., p. 402; J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito...*, cit., pp. 189 y s.

280 J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos...” cit., p. 110; A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal*, cit., pp. 166 y 173.

281 J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, cit., p. 511.

282 J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE, “De los delitos...” cit., p. 109; A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal*, cit., p. 165.

del art. 173 de los supuestos de tolerancia funcional en los atentados a la integridad moral cometidos por particulares llevaría a la inaplicación de las penas de inhabilitación absoluta o especial (como principales), además de dejar al descubierto los supuestos de tolerancia respecto de menoscabos no graves producidos por particulares (que sí serían punibles de tratase de tolerancia sobre funcionarios). En este sentido, la remisión tan sólo a los arts. 174 y 175, interpretando el término “hechos” del modo propuesto anteriormente, permite a mi juicio un tratamiento más coherente y equitativo de los supuestos de tolerancia funcional en los atentados contra la integridad moral cometidos por funcionarios o no.

d) Regla concursal común

Recoge el art. 177 una regla concursal²⁸³ común a los diversos delitos del Título VII que, al decir de los autores²⁸⁴, viene a reafirmar la importancia y “autonomía” del bien jurídico integridad moral. Dado, sin embargo, que la integridad moral se protege también en otros pasajes del Código, particularmente integrando figuras cualificadas de delitos contra la vida, integridad, agresiones sexuales..., se llega a afirmar que estamos ante una regla “hasta cierto punto superflua”²⁸⁵.

La disposición, que no supone excepción alguna del principio “ne bis in idem”²⁸⁶, obliga a castigar “los hechos sepa-

283 J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal*, cit. p. 193; G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit. p. 296.

284 J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, cit., p. 74; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 170; G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, cit., p. 296.

285 F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 170. “Absolutamente superflua” para TAMARIT SUMALLA, quien la critica duramente ante los riesgos que presenta de entender que los delitos no mencionados en el art. 177 no pueden entrar en concurso con los delitos contra la integridad moral; en *Comentarios...*, cit., p. 870.

286 J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos...”, cit., pp. 83 y s. En contra, sin embargo, “en algún supuesto”, A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal*, cit., p. 173.

radamente”: esto es, a sancionar “autónomamente” los delitos contra la integridad moral, aplicando la acumulación material²⁸⁷ de penas (frente a las reglas del concurso ideal)²⁸⁸, cuando junto al atentado contra la integridad moral se produzca, “además”²⁸⁹, “lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero”.

Un repaso a los supuestos recogidos por el art. 177 pone de manifiesto que no se mencionan todos los bienes personales, destacando la ausencia de la lesión o daño a la libertad o al honor. La omisión ha tratado de ser corregida por un sector de la doctrina²⁹⁰, manteniendo que el término “bienes” se refiere no a los bienes materiales, sino a “todos los llamados bienes personalísimos”. A mi juicio, esta “interpretación extensiva”²⁹¹ del término “bienes” no es precisa. La regla del art. 177 “en ningún momento refleja una opción excluyente”²⁹², por lo que fuera de su marco de aplicación recobran plena vigencia las reglas generales. Inherente a los delitos contra la integridad moral es la provocación de un sentimiento de humillación, vejación, envilecimiento del sujeto pasivo, por lo que la relación entre los delitos contra la integridad moral y los de injurias será de concurso de normas a resolver a través del art. 8,1 conforme a la regla de la consunción²⁹³. Cosa distinta sucede con los delitos contra la li-

287 “Simple acumulación de penas”, J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, cit.*, p. 193; G.PORTILLA CONTRERAS en *Curso..., cit.*, p. 296.

288 C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en *Código Penal, cit.*, pp. 2156 y 2155; J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “De los delitos..”, *cit.*, p. 110.

289 J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, *ibidem*, p. 111.

290 J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios... cit.*, p. 902. Siguiendo esta línea, G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso..., cit.*, p. 296.

291 En contra, J.A. LASCURAIN SANCHEZ, en *Comentarios..., cit.*, p. 512.

292 J.M. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios..., cit.*, p. 870.

293 En el mismo sentido, M.M. DIAZ PITA “El bien jurídico protegido”, *cit.*, pp. 92 y 97 y s.

bertad²⁹⁴. Este, como ya se ha visto más arriba, es también un bien jurídico atacado por los hechos contra la integridad moral. Ahora bien, la tutela que el Código Penal ofrece de la libertad no es una tutela completa, sino tan sólo parcial, contra conductas de empleo de la fuerza o intimidatorias, y puesto que la actuación coactiva o intimidatoria (aunque será lo frecuente) no es absolutamente indispensable para la concurrencia de los hechos típicos contrarios a la integridad moral, caso de intervenir simultáneamente la realización de un delito de detenciones ilegales, amenazas o coacciones el conflicto no será de normas, sino concurso de delitos a resolver a través de las reglas del concurso ideal; una solución preferible a la de la acumulación material de penas, dada la estrecha relación existente entre el bien jurídico protegido en los delitos contra la integridad moral y los que atacan a la libertad, y que evita la “incongruencia”²⁹⁵ a la que se llega apreciando también en este caso un conflicto de normas. No supone ningún obstáculo en este punto el que el art. 172 II castigue como coacciones agravadas las dirigidas a “impedir el ejercicio de un derecho fundamental”, pues, de concurrir el atentado a la integridad moral con el atentado a la libertad con objeto de impedir ese “ejercicio”, también habrá que apreciar ambas infracciones en concurso ideal²⁹⁶.

Quedan excluidos de la regla del art. 177, y por tanto sometidos al conflicto de normas²⁹⁷, los supuestos en que “aquél

294 En contra, DIAZ PITA que considera que el tratamiento debe ser el mismo que el explicado para la concurrencia con los tipos contra el honor; *ibídem*, pp. 84 y ss. y 97 y s. También para TAMARIT el delito contra la integridad moral “absorbe” las coacciones e incluso los malos tratos; en *Comentarios...*, cit. p. 861.

295 M.M. DIAZ PITA, “El bien jurídico protegido...” cit., pp. 85 y 98.

296 “Acumulativamente”, a juicio de DIEZ RIPOLLES (en *Comentarios...*, cit., p. 841). En contra, además de los autores anteriormente citados, J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios...*, cit., p. 890.

297 J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal*, cit., p. 193. Sin embargo, J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, cit., p. 512.

ya se halle especialmente castigado por la Ley”. La razón de la excepción proviene del hecho de que “lo normal” será que el atentado contra la integridad moral (“aquél”)²⁹⁸ acompañe a hechos contra la vida, integridad..., agravándolos por su crueldad, brutalidad, carácter vejatorio o envilecimiento²⁹⁹. Esto ha llevado al legislador a incluir en los delitos contra los bienes jurídicos mencionados los correspondientes tipos agravatorios o cualificados que, de concurrir, representarán ya una valoración especial que agotará el desvalor de las conductas afectadas. Este puede ser el caso de los arts. 139,3 (asesinato), 148,2 (lesiones con ensañamiento), 180,1 (agresiones sexuales con empleo de medios especialmente vejatorios)³⁰⁰. Evidentemente, si, de modo excepcional³⁰¹, el atentado contra la integridad moral no resulta incluíble en estos preceptos, “recobrará su autonomía”³⁰² para ser castigado conforme a la regla concursal del art. 177.

En cualquier caso, la regla concursal se prevé tanto para cuando la lesión o daño se produce sobre la víctima como cuando tiene lugar sobre un tercero (atentado a la integridad moral “oblicuo”), supuesto de concurso medial que se tratará, en consecuencia, al margen de lo dispuesto por el art. 77.

IV. CONCLUSIÓN

La inclusión en el mismo título del nuevo Código Penal de 1995 de todos los atentados contra la integridad moral, si bien puede servir para reforzar la tutela “autónoma” de este bien jurí-

298 J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “Los delitos...” *cit.*, p. 111.

299 J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 512.

300 M.M. DÍAZ PITA, “El bien jurídico protegido...”, *cit.*, p. 79; J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios...*, *cit.*, p. 513; cita también este autor los arts. 609, 611,6 y, 612,3 (*ibidem* p. 513).

301 J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Derecho...”, *cit.*, p. 83.

302 F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 171. Ver, también, G. PORTILLA CONTRERAS, en *Curso...*, *cit.*, p. 296.

dico, presenta ciertas dificultades por la pérdida de relevancia, como bien jurídico protegido, de las garantías constitucionales, particularmente en los atentados contra la integridad moral cometidos por funcionarios.

No es la integridad moral un bien jurídico fácilmente delimitable, aunque puede centrarse en la dignidad como fundamento de la libertad y personalidad de los seres humanos.

La nueva regulación distingue entre los atentados contra la integridad moral cometidos por particulares y los propios de los funcionarios, sin llegar a alcanzar una integración unitaria de los mismos. En ambos casos, y a la vista de los términos empleados por el legislador, resulta esencial determinar lo que se entienda por atentado a la integridad moral o trato degradante. Este debe considerarse, a efectos del art. 173, como aquel comportamiento incidente en la esfera corporal o psíquica de otro, dirigido a contrariar o negar radicalmente su voluntad, obligándole de manera ilegítima —mediante el empleo de fuerza física, intimidación o con aprovechamiento o abuso de situaciones de superioridad formal o fáctica o, incluso, por medio del engaño— a hacer u omitir algo o a soportar una situación o condiciones injustas, y que, comportando normalmente cierto padecimiento físico y/o psíquico, sea potencialmente constitutivo de grave humillación o vejación de la víctima.

Los delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios comprenden la tortura, el maltrato (inhumano o degradante) penitenciario y otros atentados contra la integridad moral, previéndose igualmente una cláusula de extensión de la pena de los autores para los supuestos de tolerancia funcional en la tortura o demás atentados contra la integridad moral. También aquí los términos empleados por el legislador para la definición de las conductas típicas se presentan demasiado vagos y difusos para satisfacer las exigencias del principio de tipicidad.

En cualquier caso, el art. 174,1 —con una técnica mejor que el anterior art. 204 bis— define el delito de tortura de modo

más acorde con el concepto internacional, dando cabida en el mismo a la tortura indagatoria y punitiva. Queda fuera la tortura gratuita, cuyo tratamiento ha de hacerse a través del art. 174,2 (de producirse en el ámbito penitenciario) o en el seno de los “otros atentados contra la integridad moral cometidos por funcionario” del art. 175. Frente a la técnica seguida (delito de resultado), el tipo básico de tortura debería plantearse como uno de mera actividad, consistente en la aplicación por acción u omisión de cualquier género de maltrato o, mejor, de violencia o intimidación sobre personas de algún modo sometidas a su poder de hecho por parte de un funcionario público, con el fin de obtener de ella o de un tercero cualquier género de declaración, de castigarlos, de intimidarle a él o a otros, coaccionarlos o humillarlos o por cualquier otra razón basada en cualquier tipo de discriminación. También debería haberse incluido una cláusula de actuar en nombre de otro para hacer responsables de tortura (quizá con alguna atenuación) a los particulares que se presen a la ejecución de esos actos en nombre o en lugar de los funcionarios.

Cierra la regulación del Título VII una regla concursal común dirigida a imponer la sanción separada de los hechos contra la integridad moral y los correspondientes delitos apreciables en razón de la lesión o daño intervenido a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima. Al margen quedan los ataques al honor (consumidos en los tipos contra la integridad moral) y contra la libertad. Estos últimos, de resultar punibles a través de los delitos de detenciones ilegales, amenazas o coacciones, habrán de apreciarse en concurso ideal con los atentados contra la integridad moral.