Mª DEL MAR DÍAZ PITA

Profesora titular de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral

Sumario

1. INTRODUCCIÓN. **2.** BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. **2.1.** Tortura. *2.1.1.* La función pública. *2.1.2.* Los derechos fundamentales de los ciudadanos. **2.2.** Atentado contra la integridad moral. *2.2.1.* La integridad moral como derecho fundamental. 2.2.1.1. La integridad moral en la doctrina constitucional. 2.2.1.2. La integridad moral en la jurisprudencia constitucional. *2.2.2.* La integridad moral como bien jurídico penalmente protegido. 2.2.2.1. Aproximación al concepto de bien jurídico. 2.2.2.2. Delimitación de la integridad moral como bien jurídico protegido. a. integridad física vs. integridad moral. b. libertad vs. integridad moral. c. honor vs. integridad moral. **2.3.** Toma de postura. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

1. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor del tan esperado "Código penal de la democracia" ha obligado a una revisión, en algunos casos profunda, de la mayoría de los tipos delictivos tradicionales. En otra ocasiones, la aparición de delitos "ex novo", determinará en un futuro su análisis, tanto desde la perspectiva doctrinal como desde la Jurisprudencia.

En el tema que nos ocupa, el delito de tortura, nos encontramos con un caso que podríamos calificar de "intermedio". En efecto, el delito de tortura no es una figura desconocida en nuestro ordenamiento, pues el art. 204 bis del Código penal TR de 1973, introducido por la Ley 3/1978, de 17 de julio, lo preveía expresamente, si bien su regulación se basaba en la remisión, para la determinación de las conductas delictivas, a otros delitos contenidos a lo largo del articulado de aquel cuerpo legal.

Este art. 204 bis ubicaba sistemáticamente el delito de tortura, como delito cometido por funcionario, dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado aunque, como decimos, las distintas modalidades delictivas se establecían por remisión a otros tipos, como el de homicidio, lesiones o coacciones. El delito de tortura, como delito especial, sólo podía configurarse, pues, como una conducta llevada a cabo exclusivamente por funcionarios, bien en el ámbito del desarrollo de una investigación policial o judicial, bien en el ámbito de la administración penitenciaria.

La regulación que nos ofrece el recién estrenado Código penal experimenta, por una parte, un desdoblamiento de conductas y, por otro, la ampliación de lo que se puede entender por tortura en sentido estricto. Este desdoblamiento al que hacemos referencia consiste en la distinción entre tortura como delito especial cometido por funcionario y atentado contra la integridad moral como delito común, cuyo sujeto activo puede ser, como de todos es sabido, cualquiera. En cuanto a la ampliación respecto de la tortura en sentido estricto ésta se manifiesta en la desaparición de la expresión "en el curso de una investigación" para dar paso a un mayor número de situaciones en las que un ciudadano puede encontrarse en manos o a merced del funcionario, es decir, en un estado de dependencia de hecho entre ambos.

Este desdoblamiento de conductas, tortura por un lado y atentado contra la integridad moral, por otro, nos lleva a la cuestión de si en este nuevo Título VII se protege un solo bien jurídico o si, por el contrario, y dependiendo de la conducta de que se trate, nos encontramos ante una duplicidad de bienes jurídicos merecedores de protección por el ordenamiento penal.

Esta cuestión no será fácil de resolver si tenemos en cuenta los siguientes datos: en primer lugar, el cambio de ubicación sistemática del delito de tortura, que abandona el ámbito de los delitos cometidos por funcionarios para situarse entre los delitos contra la libertad y los delitos contra la libertad sexual; en segundo lugar, la introducción de la nueva figura del atentado contra la integridad moral; en tercer lugar, la utilización de la terminología usual en Derecho Internacional sobre la figura de la tortura pero sin que los contenidos de la misma en los arts. 173 y ss se correspondan con los contenidos que los instrumentos internacionales contemplan; por último, la cláusula concursal del art. 177 viene a complicar aún más la cuestión puesto que, como ya veremos en su momento, el ámbito de aplicación de este delito se verá sensiblemente recortado.

Pero antes de pasar directamente al análisis del punto central de este trabajo, estimo necesario una aproximación al fenómeno de la tortura y, por ende, a la necesidad de persecución y castigo de esta figura que, desgracidadamente, parece haberse convertido, sobre todo en algunos paises y en algunos momentos históricos, en el instrumento favorito de las autoridades para controlar a los ciudadanos "disidentes" o para obtener información de los mismos.

La práctica de la tortura, tal y como hoy la entendemos, encuentra sus antecedentes remotos en el Derecho romano, como método de investigación y de obtención de una confesión por parte del sometido a estos tratos. La quaestio o tortura se configuraba, pues, como el sufrimiento corporal aplicado a una persona para obtener la verdad[1]. La tortura, como práctica legal, se insertaba como un paso más en el procedimiento judicial, como un instrumento más de la investigación. Así se mantuvo a lo largo de la Edad Media, si bien reservada como método de investigación para los llamados crímenes excepcionales, es decir, aquellos "tan peligrosos para la sociedad y tan abominables para Dios que se daba enorme libertad al proceso para su enjuiciamiento"[2].

La legalidad de la tortura como parte del procedimiento se mantiene hasta finales del siglo XVIII, en el que, con la inspiración de las ideas ilustradas, esta práctica aparece como abominable y finalmente queda abolida en un período de tiempo entre 1734, fecha de su abolición en Suecia, hasta 1828, fecha de su abolición en Gotha. En nuestro país, la abolición formal viene de la mano de la desaparición de la Inquisición con la conquista napoleónica pues aunque con Fernando VII esta institu-

1 Para una investigación desde una perspectiva histórica, ver Peters, La tortura, Madrid, 1985; y especificamente refida a nuestro país, Tomás y Valiente, La tortura en España, 2ª ed., Barcelona, 1994; Torío López, La prohibición constitucional de penas y tratos inhumanos o degradantes, en PJ, 1986, págs. 71 y ss.

2 Peters, ob. cit., págs. 19 y ss. Normalmente, la tortura se reservaba para casos de hechicería, disensión religiosa o delitos de lesa majestad.

ción recobra su vigencia, la práctica de la tortura continúa, afortunadamente, proscrita.

Aunque este periodo histórico no deja de ser interesante, vamos a centrar nuestra atención en la tortura como práctica estatal en el siglo XX, sobre todo en la actualidad, como instrumento de control y método de información, así como la respuesta de la comunidad internacional en forma de prohibiciones expresas de la misma.

La tortura, como sometimiento de un sujeto a sufrimientos físicos o psíquicos, recobra su efectividad en paises como la Unión Soviética y la Alemania nazi, es decir, en paises con regímenes totalitarios, como respuesta a una filosofía cuyo pilar básico lo encontramos en la instrumentalización del individuo en función de los intereses, bien del Estado, bien del Partido en el poder, como ente superior y encarnación del pueblo. Toda disidencia respecto del Estado se interpreta como disidencia respecto del pueblo, con la calificación de crimen político, que no es otra cosa que la secularización del delito de lesa majestad. Como consecuencia de la gravedad de estos crímenes, aparecen los tribunales especiales, cuya única misión es enjuiciar dichos delitos, utilizando para ello cualquier método de investigación sea cual sea la brutalidad de los mismos[3]. El más famoso de todos ellos, autorizado por las más altas instancias del poder es el llamado "Tercer Grado", que, tal y como se define en las reglamentaciones nazis, no es otra cosa que la tortura, nuevamente institucionalizada y que será utilizado "contra comunistas,

3 Peters, ob. cit., pág. 172, en referencia a la Alemania nazi: "después de 1933, una serie de tribunales especiales, Sondergerichte, manejaron casos considerados demasiado importantes por el partido para se dejados al sistema judicial sobreviviente, en cuyos jueces no podía confiarse que hallasen un veredicto políticamente aceptable. En 1934, fue creado el Volksgerichthof, un tribunal que se ocupaba de los casos de traición y sólo parcialmente estaba compuesto por juristas profesionales, pues el resto de sus miembros provenían de organizaciones del Partido y carecían de toda preparación y experiencia jurídicas. No había apelación de las decisiones del Volksgerichthof, y raramente se mostraba algún favor hacia el acusado".

marxistas, Testigos de Jehová, saboteadores, terroristas, miembros de movimientos de resistencia, elementos antisociales, elementos refractarios o vagabundos polacos o soviéticos"[4]. En el colmo del cinismo, la reglamentación exige "autorización preliminar" para su aplicación.

Tras la conclusión de la guerra y la constatación de las brutalidades que, tanto por parte de un bando como de otro, se llevaron a cabo, aparece de nuevo una corriente, esta vez más organizada, cuyo objetivo final, no exento de optimismo, es desterrar, de una vez por todas, estas prácticas que asombraron, por su crueldad, al mundo en general. Una vez constituida la Organización de Naciones Unidas, como heredera de la extinta Sociedad de Naciones, los trabajos internacionales en defensa de los derechos fundamentales de la persona, comienzan a adoptar forma jurídica y a ser ratificados por todos los miembros de la comunidad internacional.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, de 19 de Diciembre de 1966, van sentando las bases de la proscripción internacional de la tortura que más tarde quedaría de forma expresa consagrada en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecho en Nueva York el 10 de Diciembre de 1984.

La plasmación en instrumentos internacionales y la ratificación de los mismos por parte de los Estados miembros de la ONU[5] ha tenido también su expresión en la legislación interna, adoptándose, para su prohibición, normalmente y casi en su literalidad, la definición que de tortura aparece reflejada en el art. 1 de la Convención.

---

4 Peters, ob. cit., pags. 174 y ss.

5 En concreto en nuestro país, la Convención contra la tortura fue ratificada por Instrumento de 19 de Octubre de 1987.

El hecho de que, tanto en esferas internacionales como internas, la tortura quede definitivamente prohibida no quiere decir, desgraciadamente, que esta práctica haya desaparecido. Si en un principio su utilización constituía una de las notas dominantes de los regímenes totalitarios, en la actualidad, un fenómeno que asola y desestabiliza regímenes democráticos ha desvelado la realidad de la pervivencia de la tortura también en estos paises que, en principio, están "fuera de sospecha": me refiero, naturalmente, al terrorismo y a la lucha, fuera de los cauces legales, contra el mismo.

En efecto, la práctica de la tortura en países con régimen democrático ha dado lugar a una, en mi opinión, perversa manipulación del nivel de gravedad que determinados tratos infligidos a detenidos o presos, integrantes de bandas terroristas, requieren para ser calificados, tanto por tribunales internacionales como internos, como casos de tortura.

Así, encontramos una diferenciación injustificada entre lo que se ha dado en llamar "terrorismo de Estado" y "lucha antiterrorista"; el primero de ellos, propio de paises con régimen totalitario y el segundo, característico de paises con régimen democrático que sufren problemas de terrorismo.

Por terrorismo de Estado se entienden las prácticas, constitutivas de tortura, que el aparato estatal utiliza para el mantenimiento de la afección al régimen y para la obtención de información, sobre todo de miembros de grupos de resistencia. La lucha antiterrorista, por su parte, presenta dos caras: una, la investigación, dentro de la legalidad, de grupos terroristas y de sus actividades y otra, más siniestra, de actividades, llevadas normalmente a cabo por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, demasiado lejos de la cobertura legal que un Estado democrático de derecho impone.

Si la primera de las modalidades, es decir, el terrorismo de Estado es denostado y denunciado por todos, el segundo de los casos encuentra, a veces, una justificación en virtud de la

desestabilización política y las secuelas de muerte, lesiones y daños que los atentados de estos grupos dejan como rastro. Y esta justificación ha llegado, incluso, a reflejarse en la amplitud de las exigencias para considerar una conducta como constitutiva de tortura. La postura, en mi opinión, más flagrante es la sostenida por Sudre, en interpretación de determinadas decisiones tanto de la Comisión como del Tribunal de Derechos Humanos del Consejo de Europa[6]. Según este autor, en la determinación de la gravedad de ciertos tratos que las autoridades pueden dispensar a personas pertenecientes a bandas terroristas, hay que tener en cuenta el llamado "criterio del contexto socio-político" para una "apreciación relativa del límite de intensidad" de lo que deba ser o no considerado como tortura, partiendo del art. 3 del Convenio europeo para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales, donde expresamente se prohíbe esta práctica.

Las líneas básicas de esta "apreciación relativa" basada en el "criterio del contexto socio-plítico" nos las describe Maqueda: "de un lado, como es obvio, permite hacer descender o elevar el límite de franqueamiento del artículo 3 en función de la gravedad, esta vez, de la amenaza que pesa sobre el cuerpo social: cuanto menos perceptible sea esta amenaza, menos elevado será el límite mínimo de sufrimiento requerido y más fácil será la calificación de "tratamiento" del art. 3; e, inversamente, cuanto más gravemente amenazada (por el terrorismo u otros factores de desestabilización) se vea la sociedad democrática en cuestión, más crecerán los límites de intensidad exigidos por el art. 3, así como la tolerancia hacia la violación de los derechos humanos implicados"[7].

---

6 Sudre, La notion de "peine et traitements inhumains u degradants" dans la jurisprudence de la Comission et de la Cour europeens des droits de l'homme, en Revue Generale de Droit International Public, t. 88, 1984, págs. 832 y ss.

7 Maqueda Abreu, La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes, en ADPDP, 1986, pág. 435.

Esta asombrosa interpretación y justificación de la utilización de un baremo distinto, dependiendo del grado de estabilidad de un sistema democrático, o lo que es lo mismo, una especie de política basada en el refrán popular "a grandes males, grandes remedios", me parece de todo punto inaceptable. En efecto no se trata aquí más que de la justificación del uso de la tortura en aquellos países con problemas graves de terrorismo, en cuyo caso estas conductas merecerían, todo lo más, la calificación de "trato inhumano", mientras que si nos encontramos en el contexto de un sistema dictatorial, cualquier atropello de los derechos fundamentales de los ciudadanos, constituiría, sin más, una conducta de tortura.

En mi opinión, por el contrario, es precisamente en el contexto de un país democrático, en el que en principio, la actuación de las autoridades está sometida al imperio de la Ley, donde con más escrupulosidad deben ser tratados y respetados los derechos fundamentales de los ciudadanos, siendo indiferente que éstos pertenezcan o no a un grupo terrorista, por mucho que sus atentados nos produzcan un sentimiento de repulsa que en ningún caso, debe conceder al Estado y a sus representantes, carta blanca para la comisión de hechos delictivos[8].

De la misma manera, como escenario específico, y quizás más propicio todavía para el desenvolvimiento de estas conductas, encontramos el ámbito penitenciario. Aislamientos en celdas de dimensiones reducidas y sin ninguna abertura al exte-

8 Pero, como Maqueda indica, ob. cit., pág. 435: "Lamentablemente, la doctrina y la jurisprudencia de los órganos de la Convención han confirmado hasta ahora la validez de esta interpretación teórica. [...] En lo que se refiere a la noción de penas o tratamientos degradantes, que es la que parece gozar de una mayor protección por su parte, ésta se manifiesta efectiva cuando se trata de conductas aisladas donde no se ventilan conflictos importantes que afecten a la seguridad del Estado (ciertas formas de discriminación racial o de descrédito social o incluso, supuestos de castigos corporales acompañados de humillación pública...) y va debilitándose a medida que están motivadas por supuestas necesidades de represión... de parte de personal policial o penitenciario que pueden ser justificadas en la defensa de 'los intereses de la sociedad'".

rior, "baños" en agua caliente que producen quemaduras de segundo y tercer grado, insultos, palizas, etc, pueden parecer argumentos de ciencia ficción pero, lamentablemente, son hechos reales[9].

Ante esta situación, como decíamos al comienzo de esta introducción, no sólo la comunidad internacional sino los Estados de forma individual, han acogido en su legislación penal la tortura como comportamiento delictivo autónomo.

Pero nuestro legislador, en el Código penal de 1995, ha ido todavía más allá, tipificando, por un lado, la tortura, tanto en su modalidad indagatoria como gratuita (art. 174 y 175) y, por otro, como absoluta novedad, el atentado contra la integridad moral (art. 173). Nos proponemos, a continuación, de la mano de esta nueva regulación, analizar el ámbito de protección que se pretende otorgar con la inclusión de estas conductas en el nuevo Título VII del Código penal bajo la rúbrica "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral".

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El núcleo fundamental del análisis de este trabajo lo constituye, como así lo indica su encabezamiento, la delimitación del bien jurídico protegido en los art. 173, 174 y 175 del Código penal de 1995. La rúbrica del título VII (de los delitos de tortura y contra la integridad moral) no nos resuelve, ni siquiera por aproximación, la cuestión a la que intentamos dar salida.

El estudio en torno a este punto lo vamos a llevar a cabo de forma diferenciada, distinguiendo entre lo que entendemos

9 Concretamente, estas conductas se dieron en una prisión del Estado de California, en los Estados Unidos, llamada Pelican Bay y aparecen recogidas, junto con otras brutalidades de los funcionarios de esta prisión en Bierma, Torture behind bars, San Francisco, 1994, págs. 21 y ss.

por bien jurídico protegido en el delito de tortura (arts. 174 y 175), por un la do, y, por otro lo que estimamos es objeto de protección en el delito de atentado contra la integridad moral (art. 173).

2.1. Tortura

El art. 174 contempla el delito de tortura en correspondencia con el concepto del mismo contenido en las distintas normas de carácter internacional. Así, por ejemplo, el art. 1.1. de la Convención de Naciones Unidas de 1984 declara que "A los efectos de esta convención , se entenderá por el término "tortura" 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 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".

La configuración de la tortura en derecho internacional exige, como se deriva de esta definición, tres elementos: en primer lugar, un elemento material; en segundo lugar, la cualificación del sujeto activo y, por último, un elemento teleológico[10]. El primero de ellos, es decir, el elemento material, se refiere a la causación de dolores o sufrimientos graves infligidos a una persona, ya afecten a su integridad física, ya a su integridad moral. El segundo de ellos, la cualificación del sujeto activo, exige el carácter funcionarial de la persona que, mediata o inmediatamente, lleva a cabo la mencionada causación de dolores o

10 Ver, al respecto, Villán Durán, La Convención contra la tortura y su contribución a la definición del derecho a la integridad física y moral en Derecho internacional, en Revista Española de Derecho Internacional, nº2, vol. XXXVII, 1985, págs. 386 y ss.

cimientos. Y, por fin, el elemento teleológico, que alude a unos fines u objetivos determinados, que se persiguen por parte del funcionario, como son, bien la obtención de una información, bien el castigo por la comisión, efectiva o solamente presupuesta, de determinados hechos.

La redacción literal del art. 174, se ajusta, en todos sus términos, a esta definición, cumpliendo, pues, con estas tres exigencias. Según este precepto, "comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral".

Como vemos, en lo que se refiere a la acción, el legislador contempla las conductas descritas en el art. 1.1 de la Convención, e incluso las amplía al sometimiento a condiciones y procedimientos, no sólo que causen sufrimientos físicos o mentales sino también que sean aptas para mermar la capacidad de conocer, discernir o decidir en la persona sometida a aquéllos.

En cuanto al segundo de los elementos de la definición internacional de tortura, el tipo contenido en el art. 174, requiere, efectivamente, que el sujeto activo sea "autoridad o funcionario público" (párr. 1º) o bien "autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores" (párr. 2º).

Por último, también concurre el elemento teleológico, al figurar la necesidad de que el objetivo perseguido por el sujeto activo sea "obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido". Este elemento teleológico no es más que un especial elemento subjetivo del tipo que caracte-

riza el delito de tortura frente a otros comportamientos de parecida naturaleza pero que no persiguen la obtención de información o la aplicación de un castigo. Este especial elemento subjetivo constituye, precisamente, la esencia de la llamada "tortura indagatoria"[11].

Por el contrario, la ausencia de este especial elemento subjetivo determina otra modalidad de tortura, la llamada "tortura gratuita", que también aparece incriminada, en el art. 175, pero como un tipo privilegiado respecto de la anterior modalidad. En este caso, aquellos tratos degradantes, llevados a cabo también por funcionario público, no se dirigen a la obtención de determinada información o a la aplicación de un castigo, sino que vendrían a ser expresión de actos humillantes, vejatorios, e incluso sádicos, sin ningún fin concreto más que la simple causación de sufrimientos al sujeto pasivo.

La exigencia irrenunciable de la cualidad funcionarial pero, a la vez, la lesión de bienes jurídicos individuales (como la integridad física, la vida, la libertad, etc), nos lleva a plantearnos el problema de cuál es el verdadero bien jurídico protegido en este tipo delictivo. Si hasta ahora esta cuestión se resolvía a favor de la aceptación de la función pública como bien jurídico protegido, el cambio de ubicación sistemática que este delito experimenta en el nuevo Código penal pone sobre la mesa la pregunta de si todavía se defiende el bien jurídico "función pública" o si, por el contrario, son otros los valores amparados por los arts. 174 y 175.

2.1.1. La función pública

La configuración de la tortura como delito contra los derechos fundamentales, llevada a cabo por funcionarios, es decir, la tortura tal y como aparecía regulada en el art. 204 bis

11 Al respecto, de la Cuesta Arzamendi, El delito de tortura, Barcelona, 1990, págs. 161 y ss.

del Código penal hoy derogado, parecía indicar que el interés protegido prima facie era la función pública, en el sentido de "resaltar en las conductas tipificadas su condición de abuso de poder, de actuación contraria a las garantías elementales de los ciudadanos [...]"[12]. La afección de bienes jurídicos individuales, como la vida, la integridad física o la libertad, si bien era innegable, quedaba, de alguna manera, relegada a un segundo plano, dejando la protección de forma inmediata de dichos bienes a otros títulos del Código penal.

La preferencia del bien jurídico función pública frente a los bienes jurídicos individuales afectados por estas conductas es doctrina dominante en la interpretación de los parágrafos 340 y 343 del StGB (Código penal alemán). En estos parágrafos se contiene la regulación de los delitos de "Körperverletzung im Amt" (lesiones cometidas por funcionarios) y "Aussageerpresung" (coacción para obtener una declaración) respectivamente. El primero de ellos, configurado como un delito especial impropio, conlleva una pena privativa de libertad de tres meses a cinco años. El segundo, por su parte, lleva aparejada una pena de uno a diez años de privación de libertad.

El delito recogido en el parágrafo 343 vendría a corresponder con el concepto de tortura en su versión indagatoria, puesto que lo que determina expresamente la configuración del mismo es la utilización de la violencia o la intimidación con el fin de obtener una declaración o con el fin de evitarla en el ámbito tanto de los procesos penales como de los administrativos. Se excluyen, pues, aquellos casos en los que la finalidad perseguida es aplicar un castigo al sujeto pasivo por hechos que haya cometido o que se sopeche que pudiera haber cometido así como la llamada tortura gratuita, es decir, aquella en la que el funcionario que lleva a cabo la conducta no persigue ningún fin en concreto.

12 De la Cuesta Arzamendi, El delito de tortura, Bracelona, 1990, págs. 116 y ss.

La acción del parágrafo 343 puede consistir en el maltrato físico (por ejemplo, propinar golpes, impedir el sueño, privar de alimentación, etc), el uso de cualquier violencia que suponga la merma de la capacidad de voluntad del sujeto activo (como por ejemplo, ejecer violencia sobre otras personas, aplicar sueros de la verdad, narcóticos, etc), la intimidación (como pueda ser la amenaza del uso de la violencia física) y, por último, lo que la doctrina alemana denomina "violencia moral", que no es otra cosa que la tortura psicológica (como, por ejemplo, la amenaza de persecución a los familiares, suministrar noticias falsas, obligar al sujeto a contemplar el cadáver de la víctima o cualquier otra situación psíquica de presión innecesaria desde el punto de vista de la investigación de unos determinados hechos)[13].

En cuanto al tipo subjetivo se exige, como especial elemento, la obtención de una declaración o la omisión de la misma por parte del sujeto pasivo, sin que sea necesario que se alcance este objetivo. La declaración debe ser referente a hechos, personas implicadas en los mismos, etc. Por último, indicar que el círculo de sujetos activos se reduce, al ser éste un delito especial, a los funcionarios, en concreto, a jueces, fiscales y policías, que son los encargados de llevar a cabo la investigación.

Pero lo que realmente nos interesa de la regulación del delito de coacción para la obtención de una declaración es la interpretación que, respecto al bien jurídico protegido, maneja la doctrina alemana. En este sentido, podemos afirmar que es unánime la postura que sostiene la defensa de la función pública como interés protegido en primera línea. Ello no obsta para reconocer que la libre expresión de la voluntad o, lo que es lo mismo, la libertad de decisión, también queda amparada, si bien de forma indirecta, en el tipo del parag. 343[14].

13 Ver, al respecto, Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 24ª ed., Munich, 1991, parg. 343, marg. 11 y ss. En el mismo sentido, Hirsch, en StGB Leipziger Kommentar, 10ª ed., Berlín, 1985, parag. 343, marg. II.3.

14 En este sentido, ver por todos, Schönke/Schröder, StGB Kommentar...cit., parag. 343, marg. 3. De la misma opinión, Dreher/Tröndle/Lackner, StGB Kommentar, 46ª ed., Berlín, 1993, parag. 343; Hirsch, en Leipziger Kommentar...cit., parag. 343, marg. 1.

Por tanto, con base en la ubicación sistemática de este delito dentro de los delitos cometidos por funcionarios, en el StGB, podemos concluir que nos encontramos ante tipos cualificados, respecto de, por ejemplo el delito común de coacciones, cuya cualificación se deriva, precisamente, del carácter funcionarial de los sujetos activos de este delito. Es, pues, el abuso de la función pública, la extralimitación en sus actividades por parte de los representantes del Estado, lo que justifica la mayor punición de este tipo. Es, pues, la función pública el bien jurídico que se ve directamente atacado por estas conductas, sin negar, por supuesto, la afección indirecta del bien jurídico libertad, cuyo titular es el sujeto pasivo sometido a estos tratos.

En esta línea, es decir, partiendo de la función pública o, mejor dicho, del abuso de funciones por parte de los representantes del Estado, podemos situar, ya en la doctrina española, la postura defendida por Queralt. Sin embargo, este autor parte de una concepción más amplia, en el sentido de que no es sólo la función pública, entendida como actividad normal de los funcionarios en el desempeño de sus cargos, lo que se ve afectado por las conductas constitutivas de tortura. Yendo más allá, mantiene este autor que es la propia existencia y consistencia del Estado de Derecho, la propia noción del Estado de Derecho lo que realmente se ve lesionado cuando un funcionario somete a un detenido o preso al trato contemplado en el art. 204 bis del Código penal hoy ya derogado[15].

Por el contrario, y en conconancia con la tesis mantenida por la doctrina alemana, Muñoz Conde sitúa el bien jurídico en la propia función pública como única explicación posible a la benignidad de las penas asignadas en este capítulo del Código penal ya derogado, en comparación con las penas previstas para conductas similares llevadas a cabo por particular: "Ello se debe quizás a que en los delitos cometidos por funcionarios se tipifica más que una lesión de los derechos de los particulares un

15 Queralt Jiménez, Derecho penal español, Parte especial, 2ª ed., Barcelona, 1992, págs. 768 y ss.

abuso de las funciones conferidas al funcionario respecto a esos derechos o un mal entendimiento de esta función"[16]. La única excepción en lo que a la gravedad de las penas se refiere es, precisamente, el delito contemplado en el 204 bis, es decir, el delito de tortura. Esta excepción puede apuntar, pues, a una multiplicidad de bienes jurídicos protegidos, que se pueden englobar bajo el concepto amplio de derechos o garantías fundamentales de los ciudadanos, junto con el abuso de la función pública, que vendría a explicar el porqué de este tratamiento más severo en comparación con otros delitos contra los derechos fundamentales de los ciudadanos cometidos por funcionarios. Esta constituye, precisamente, la tesis mayoritaria de la doctrina española, es decir, las garantías constitucionales básicas como verdadero bien jurídico protegido en el delito de tortura, tal como aparecía regulado en el art. 204 bis.

2.1.2. Los derechos fundamentales de los ciudadanos

Como acabamos de apuntar, podemos afirmar que la doctrina española, de forma mayoritaria, defiende los derechos fundamentales de los ciudadanos como bien jurídico protegido en el delito de tortura. A este respecto, podemos establecer una gradación de la amplitud que los distintos autores atribuyen al ámbito de protección del delito de tortura en su regulación anterior.

En primer lugar, parte Bustos Ramírez de la ubicación sistemática de la tortura como delito cometido por funcionario contra el ejercicio de los derechos de la persona, dentro del marco más amplio de los delitos contra la seguridad interior del Estado. A pesar de la misma, afirma este autor que las conductas constitutivas de tortura no atentan contra la seguridad interior del Estado en el sentido de que la capacidad y estructura del

16 Muñoz Conde, Derecho penal, parte especial, 10ª ed., Valencia, 1995, págs. 654 y ss.

Estado como aparato de control en realidad no se ve afectada. Lo que sí se ve amenazado es la diversidad de mecanismos de aseguramiento para el ejercicio de los derechos fundamentales de los que cada persona disfruta en un Estado democrático y de Derecho. Y estos mecanismos de aseguramiento conforman un ámbito de relación social previo, formalizado en la Constitución y en las leyes, constituido por las garantías constitucionales y legales que permiten el ejercicio de estos derechos básicos. Estas garantías constitucionales establecen una relación entre Estado y ciudadano, constituyendo, a la vez, una limitación a la intervención estatal. Partiendo de esta premisa, acciones como la tortura lo que hacen es atacar dichas garantías, suponiendo, también, un abuso de poder por parte de los funcionarios públicos[17].

En esta línea podemos situar la tesis de Rodríguez Devesa quien, junto con el reconocimiento de la protección, si bien indirecta, de bienes jurídicos individuales, ya prevista en otros lugares del Código, sitúa el ámbito de protección en las garantías que amparan a los ciudadanos frente a las intromisiones arbitrarias de la Administración[18].

Partiendo también de la premisa de la lesión de bienes jurídicos individuales, como la libertad, la salud, la humanidad o la dignidad, junto con la función pública, De la Cuesta reduce la amplitud del bien jurídico protegido en el delito de tortura a las garantías personales más básicas, reconocidas constitucionalmente, pero sólo aquellas que están en estrecha relación con un presupuesto base: la sujeción de hecho que las conductas descritas en el tipo de tortura suponen para el sujeto pasivo respecto del funcionrio. En efecto, al exigir el art. 204 bis que la tortura se lleve a cabo a lo largo del desarrollo de una investigación judicial o policial, la premisa básica de la que habremos de par-

17 Bustos Ramírez, Manual de Derecho penal, parte especial, 2ª ed., Barcelona, 1991, págs. 368 y ss.

18 Rodríguez Devesa, Derecho penal español, parte especial, 18ª ed., Madrid, 1995, págs. 767 y ss.

tir es la sumisión al poder de hecho de los representantes del Estado en la que la vícitma se encuentra[19].

Como quiera que la dicción literal del art. 204 bis no nos deja otra salida, hemos de excluir otras situaciones, en las que el funcionario puede poner en práctica conductas constitutivas de tortura pero que no entrarían en la descripción del tipo si no se insertan en el proceso de investigación exigido. Por lo tanto, las garantías constitucionales deben referirse a esta situación de dependencia, lo cual obliga a reducirlas a tres: garantías penales, garantías procesales y garantías penitenciarias. Estas garantías, en las que subyace la dignidad de la persona, en concreto del detenido o preso, se ven mermadas por el comportamiento del funcionario quien, a su vez, abusa del poder que le está conferido.

Resumiendo y utilizando las palabras de De la Cuesta, el bien jurídico protegido en el delito de tortura, tal y como aparecía regulado en el art. 204 bis lo constituirúían "las garantías personales más básicas, reconocidas por la Constitución de los afectados por las tres vertientes básicas —la policial, la judicial y la penitenciaria— del funcionamiento de la Administración de Justicia, que también se ve afectada en cuanto actividad estatal por los comportamientos allí definidos"[20].

En el mismo sentido se pronuncia Maqueda Abreu. Destaca esta autora dos puntos, en mi opinión, fundamentales para la correcta comprensión de la configuración de la tortura. En primer lugar, la premisa básica de la que, como hemos apuntado, también parte De la Cuesta: la relación de sometimiento de hecho del sujeto pasivo respecto del funcionario, si bien Maqueda sostiene que la misma no debe quedar reducida a aquellas situaciones insertas en el desarrollo de una investigación policial o judicial, puesto que los casos de sometimiento de hecho

19 De la Cuesta Arzamendi, El delito de tortura, Barcelona, 1990, págs. 115 y ss.

20 De la Cuesta, El delito de tortura...cit., pág. 123.

ciudadano-funcionario pueden ser más numerosos que los exclusivamente referidos a este contexto[21].

El segundo de los puntos señalados se refiere de forma más directa al bien jurídico protegido. Maqueda parte del innegable abuso de poder que la tortura significa. Sin embargo, el hecho de que esto sea así, no significa que el bien jurídico protegido en primera línea sea la función pública, sino antes bien, la manipulación de la función pública en conexión estrecha con los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es decir, "cuando aquí se utiliza la noción de abuso por parte de los funcionarios públicos no es respecto del Estado como ente integrador de la función pública, pues no es su prestigio ni la estimación de su imagen lo que importa, sino, referida a los particulares, por el ataque cualificado que su actuación ilícita comporta para los derechos más fundamentales de éstos, lo que en definitiva supone también para todo el cuerpo social la frustración de su expectativa de que aquéllos que están a su servicio se comporten de acuerdo con la legalidad constitucional vigente"[22].

Por último, resalta Maqueda otra cuestión como es la del carácter de delito especial de la tortura, cuyo ámbito propio no puede ser otro que el de la relación funcionario-ciudadano[23].

---

21 Maqueda Abreu, La tortura y otros tratos...cit., pág. 448: "el intento de delimitar esta forma particular de conducta a partir de su inserción en un contexto preciso, por lo demás históricamente reservado a ella, que es el de la relación Estado-individuo, adecuando posteriormente su ámbito a las situaciones en las que la dominación característica de aquella relación se hace más absoluta y es más insoportable el estado de indefensión, de inseguridad del particular, lo que no implica en **todo caso** la exigencia adicional de que el mismo se halle en el curso de un proceso legal de investigación policial o judicial o bien de anticipo o ejecución de una pena judicialmente impuesta".

22 Maqueda Abreu, La tortura y otros tratos...cit., pág. 450.

23 En contra Del Toro Marzal, El nuevo delito de tortura, en Mir Puig (ed.), La reforma del Derecho penal, Barcelona, 1980, págs. 265 y ss. En efecto este autor afirma que mantener el carácter de delito especial de la tortura es tanto como acusar de alguna manera a todos los funcionarios de torturadores. En mi opinión, este autor desconoce la trayectoria histórica, etimológica y jurídica de este delito y obvia, a la vez la realidad de la existencia de los distintos tipos que protegen suficientemente bienes jurídicos individuales cuando el ataque contra los mismos los lleva a cabo un particular.

Como defensor de un ámbito aún más estrecho, dentro de las garantías constitucionales como bien jurídico protegido, encontramos la postura de Bueno Arús. Este autor reduce de forma excesiva, el ámbito de protección previsto en el delito de tortura refiriéndolo, en exclusiva, a las garantías procesales del sujeto sometido a una investigación policial o judicial[24].

Hasta aquí, las distintas posiciones doctrinales en torno al bien jurídico protegido en el delito de tortura en la regulación del ya derogado art. 204 bis. Sin embargo, en lo que a los art. 174 y 175 se refiere, debemos comprobar si las mismas se ajustan o no a la regulación del Código penal de 1995.

Debemos partir, en primer lugar, de tres diferencias fundamentales: el cambio de ubicación sistemática, por un lado, la ampliación de las conductas, por otro y, por último, la extensión de las posibles situaciones en las que el delito de tortura se puede verificar.

Respecto del primero de estos puntos, es decir, el cambio de ubicación sistemática, apunta, en mi opinión, a una intención del legislador de resaltar, como sostenía Maqueda, la protección de los derechos fundamentales del ciudadano que se ven atacados, eso sí, por conductas ejercidas por funcionarios en el desempeño de sus cargos. Ello podría significar que si bien el legislador del 95 no priva del carácter de delito especial a la tortura, sí antepone los derechos fundamentales de la persona como ámbito de protección frente al abuso de poder por parte de los funcionarios, como representantes del Estado. Intención, desde mi punto de vista, absolutamente plausible, dada la importancia de estas garantías y derechos previstos en la Constitución.

24 Bueno Arús, Los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, en Documentación Jurídica, 37/40, vol. 2, Enero/Dic, 1983, págs. 595 y ss.

En segundo lugar, en cuanto a la ampliación de las conductas, también viene el legislador a dar la razón a Maqueda, cuando exige que las conductas constitutivas de tortura no sean sólo aquellas dirigidas a obtener una información o a aplicar, por anticipado, un castigo. También deben incluirse en las mismas los tratos ejercidos por los funcionarios con el solo objetivo de producir un sufrimiento innnecesario en el sujeto pasivo[25]. Buena prueba de ello es la dicción literal del art. 175, en el que no es preciso la presencia del especial elemento subjetivo del injusto que caracteriza a la tortura indagatoria del artículo anterior.

Por último, el concepto que hemos manejado de "dependencia de hecho entre sujeto pasivo y funcionario", como contexto propio de la ejecución de la tortura también ha sido tenido en cuenta por el legislador del 95, al suprimir la cláusula del desarrollo de una investigación, lo que permite incluir dentro de las posibles conductas de tortura, aquellos tratos degradantes que tengan lugar, por ejemplo, en la represión de una manifestación.

Resumiendo, en cuanto a la nueva regulación del delito de tortura, afirmamos que el bien jurídico protegido viene a coincidir por el propugnado por Maqueda, es decir, los derechos fundamentales de los ciudadanos, en primera línea, junto con el abuso de poder del funcionario, en estrecha conexión con los anteriores. El cambio de ubicación sistemática de este delito, aun sin dejar de ser un delito especial, avala tal afirmación. Las posibilidades de ataque a este bien jurídico se extenderán a todas aquellas situaciones en las que el ciudadano, titular de estos derechos fundamentales, se encuentre en una relación de sujeción o de sometimiento de hecho al funcionario, sin que sea

25 Maqueda Abreu, La tortura y otros tratos... cit., pág. 447: "En efecto, parece difícil ignorar —y de hecho nadie lo ignora— que la realización de violencias físicas o psíquicas sobre detenidos y presos puede obedecer a motivaciones distintas de la de obtener una confesión o testimonio, tales como intimidar, castigar, desacreditar o humillar, sin que por ello pierdan si naturaleza de torturas".

estrictamente necesario que se den lugar en el curso de una investigación policial o judicial. Además, las conductas típicas abarcarán no sólo la tortura indagatoria, es decir, aquella en la que el funcionario persigue la obtención de una información, como sería el caso de la regulación alemana, sino también la tortura gratuita, o sea, aquella que supone un ejercicio de sadismo por parte del funcionario sin ningún fin en especial.

El ámbito propio de las relaciones ciudadano-Estado se reflejan en el mantenimiento del delito de tortura como delito especial, sin que ello deba significar que todos los funcionarios sean torturadores. Lo que sí significa es que, desde un punto de vista técnico penal, **sólo** los funcionarios pueden ser torturadores. Cuando estas conductas sean llevadas a cabo por particulares, nos encontraremos ante el delito de atentado contra la integridad moral, de cuyo bien jurídico pasamos a ocuparnos a continuación.

2.2. Atentado contra la integridad moral

En el art. 173 se regula el "atentado contra la integridad moral". La redacción de este artículo, que precede en su ubicación sistemática al delito de tortura y descrito en unos términos más vagos de lo que sería deseable, va a dar lugar, en mi opinión a muchas dificultades interpretativas. El mencionado artículo dice así: "El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años".

Los problemas interpretativos a los que hacemos alusión se pueden centrar en tres puntos fundamentales: en primer lugar, la delimitación de la acción; en segundo lugar, la utilización de la terminología propia del Derecho internacional, pero con contenidos distintos; y, por último, el punto central de nuestro estudio: el contenido del bien jurídico "integridad moral".

En lo que se refiere a la acción, el legislador opta en este caso, por la utilización de un cláusula general de "trato degra-

dante", sin especificar en qué consiste o en qué puede consistir dicho trato, al contrario de lo que ocurre en el delito de tortura en el que el legislador hace referencia expresa al sometimiento al sujeto pasivo a "condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier modo atenten contra su integridad moral". Destaca ya en una primera aproximación, la parquedad de los términos empleados para la descripción de la acción en el art. 173 frente a la profusión de las modalidades delictivas contenidas en el art. 174.

El problema surge, no tanto por la parquedad que apuntábamos cuanto por la desafortunada combinación de dos expresiones que, en Derecho internacional, resultan incompatibles. En efecto, tanto en la doctrina como en los instrumentos internacionales, las modalidades de conductas atentatorias contra la integridad moral son tres: trato degradante, trato inhumano y, por último, tortura. Estas tres modalidades constituyen a la vez, una escala de gravedad, cuya base la encontramos en la primera (trato degradante) para culminar con la tortura, que representa el estadio de mayor gravedad[26]. Pues bien, el legislador de 1995 combina, en la redacción del art. 173 las expresiones "trato degradante" por un lado, y "menoscabo grave a la integridad moral" por otro. Es decir, por una parte, la conducta que exprese la menor gravedad en la escala de Derecho internacional y por otra la exigencia de que que esta conducta produzca una lesión grave de la integridad moral del sujeto pasivo.

Ante esta situación, debemos abandonar esta clasificación internacional, o mejor dicho, los distintos contenidos de esta clasificación internacional, si queremos dar un sentido lógi-

26 Así, el TEDH, en sentencia de 18 de Enero de 1978 (caso Irlanda vs. Reino Unido) incluye, dentro del concepto de trato inhumano, aquellas conductas que producen un sufrimiento físico y moral de menos gravedad que la tortura propiamente dicha y dentro de concepto de trato degadante aquellas otras que creen un sentimiento de terror en el sujeto que las sufre.

co a la voluntad del legislador en lo que a estos casos se refiere. Bien es cierto que el Derecho penal mantiene una independencia en sus presupuestos respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho civil o el Derecho Administrativo, de manera que conceptos manejados en las mismas, como propiedad, patrimonio o funcionario, tienen un alcance distinto en Derecho penal. Pero, de todos modos, el legislador podría haber optado, bien por la elección de otros términos, de manera que quedara patente la separación entre la conducta incriminada en el art. 173 y la conducta de trato degradante tal y como se interpreta en Derecho internacional; o bien, haber utilizado, para potenciar el dato de la mayor gravedad que, aparentemente exige el art. 173, la expresión "trato inhumano", cuyo contenido aparece más delimitado como segundo escalón de gravedad[27].

Una segunda opción sería la de renunciar a cualquier interpretación con base en los conceptos del Derecho internacional para, en una interpretación sistemática del art. 173 en relación con el 174, dotar del mismo contenido a la acción de trato degradante en consonancia con la descripción de la acción de tortura, justificando la aplicación de una pena más leve en función de la ausencia del carácter funcionarial del sujeto activo y en la ausencia, también, de un objetivo especial (obtención de una información o aplicación de un castigo).

El tercer problema que señalábamos es la delimitación del contenido de la integridad moral. Para llevar a cabo con unos márgenes fiables de efectividad dicha tarea, no podemos por menos que comenzar por el análisis del concepto "integridad moral" desde una perspectiva constitucional, por ser, precisamente, la integridad moral uno de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución, concretamente en el art.

27 En contra, Carbonell y González Cussac, en Vives Anttón (coord.), en Comentarios al Código penal de 1995, Valencia, 1996, págs. 892 y ss: "En realidad el legislador ha tipificado lo mínimo, esto es, el trato degradante, que incluye también el trato inhumano, pues todo trato inhumano es siempre un trato degradante".

15. A partir de la interpretación constitucional podremos abordar el problema de la integridad moral como bien jurídico protegido penalmente.

2.2.1. La integridad moral como derecho fundamental

Dice el art. 15 de la Constitución española de 1978 "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

El art. 15 encabeza la sección 1ª (De los derechos fundamentales y de las libertades públicas) del Capítulo segundo (Derechos y libertades) del Título primero (De los derechos y deberes fundamentales) de la Constitución. Es decir, nos encontramos ante un derecho fundamental susceptible, en virtud del art. 41.1 de la LO 2/79 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional, de amparo constitucional, sin perjuicio de la tutela general encomendada a los Tribunales ordinarios de justicia. Este amparo, como de todos es sabido, otorga la protección a los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades fundamentales originados por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional así como de sus funcionarios o agentes (art. 41.2 de la LO del TC). La pretensión perseguida por la interposición de un recurso de amparo, en caso de su otorgamiento será, exclusivamente, el restablecimiento del derecho violado.

Como derecho fundamental consagrado en la Constitución debemos, como siguiente paso, intentar delimitar el contenido del mismo, para poder pasar a considerar si este contenido en su totalidad o sólo en parte, es lo que se protege con la tipi-

ficación del art. 173 del Código penal de 1995. Para el acometimiento de esta labor, analizaremos, en primer lugar, las distintas posturas doctrinales para, con posterioridad exponer la doctrina del Tribunal Constitucional en lo que a esta materia se refiere.

2.2.1.1. La integridad moral en la doctrina constitucional

Fijar el contenido o ámbito de poder del derecho fundamental a la integridad moral no consiste en otra cosa que en delinear el conjunto de facultades que el mencionado derecho confiere a su titular, es decir, establecer un contenido mínimo y esencial con virtualidad jurídica, de manera que aparezca justificada su inclusión y tratamiento constitucional como uno de los derechos fundamentales de los que goza todo ciudadano en nuestro país.

Esta tarea, a priori, podría parecer relativamente fácil de acometer. Pero, como dice Moreno García, "en materia de derechos fundamentales, esta tarea de delimitación del alcance jurídico de una libertad es siempre notablemente dificultosa y delicada. La principal dificultad emana de la propia naturaleza de las normas constitucionales sobre derechos y libertades. Como es sabido, éstas son, por lo general, normas jurídicas de estructura muy abierta y adolecedoras de una considerable indeterminación"[28].

Efectivamente (y la integridad moral no es una excepción) las normas contenidas en la Constitución y los derechos allí declarados, aparecen como marcos generales de determinados ámbitos de la persona y de la sociedad merecedores de un especial protección, por su importancia y su vulnerabilidad. Pero la técnica utilizada, como no podía ser de otra manera, otorga a estos derechos y libertades unos contornos poco claros,

28 Moreno García, Significado constitucional de la libertad ideológica, en Anuario de Derecho constitucional y parlamentario, nº7, Murcia, 1995, págs. 104 y ss.

cuyos límites deberá, ya con más precisión, establecer el legislador.

Quizás, como acercamiento al contenido del derecho a la integridad moral, sería adecuado remontarnos al momento mismo de la redacción del art. 15 de la Constitución y a los problemas que de la misma surgieron. En efecto, en un principio, el art. 15 se limitaba a defender el "derecho a la vida y a la integridad físca" exclusivamente. Fue en la Comisión del Senado y, concretamente, como enmienda defendida por el senador Zarazaga Burillo, donde se introdujo el término "moral" junto con la integridad física, con el argumento de que, en realidad, lo que se trataba de amparar en este art. 15 era la "integridad de la personalidad humana", concepto que debe incluir, no sólo la integridad física, sino también la integridad moral de forma expresa[29].

En palabras de Rodríguez Mourullo, "con este reconocimiento del derecho a la 'integridad física y moral' seguramente quisieron los parlamentarios constituyentes garantizar la 'integridad personal' pero la fórmula elegida fue poco afortunada. La expresión 'integridad física' dice menos de lo que en principio se quiso decir con ella y, precisamente para colmar sus carencias, se le añadió luego el término 'moral', que, sin duda, dice más de lo que se quería decir"[30].

Encontramos, por tanto, ya una primera aproximación al derecho a la integridad moral como parte, junto con la integridad física, de un concepto más amplio cual es el de la "integridad personal". Esta primera aproximación, sin embargo, no nos arroja ninguna luz sobre el contenido mínimo con virtualidad jurídica de este derecho; simplemente, lo sitúa, en términos de igualdad junto con la integridad física[31], como contenido, a su vez, de la integridad personal.

29 Ver, al respecto, Rodríguez Mourullo, en Alzaga (ed.), Comentarios a la Constitución española de 1978, Madrid, 1984, vol. II, págs. 316 y ss.

30 Rodríguez Mourullo, ob. cit., pág. 316.

31 Cuyo contenido sí está más claramente delimitado tanto en la doctrina constitucional como en la penal. Esta cuestión, sin embargo, encuentra mejor acomodo en un epígrafe posterior al que nos remitimos.

La doctrina constitucional normalmente, al tratar la cuestión que nos ocupa, parte de un derecho más amplio, consagrado, igualmente, en nuestra Constitución. Me refiero al derecho a la dignidad de la persona. Así, el art. 10 de nuestra Ley Fundamental declara que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden jurídico y de la paz social".

Con base en este derecho, en el que se asienta la organización jurídica y social, dice Sánchez Goyanes que "la integridad moral es un concepto complejo que se enlaza con el pricipio de la dignidad de la persona y sus derechos inviolables, reconocidos constitucionalmente como fundamento del orden político y la paz social"[32].

Una segunda postura nos la ofrece García Morillo. Este autor propone una definición del derecho a la integridad moral en los siguientes términos: "entendemos que puede definirse como el derecho de la persona a no ser sometida contra su voluntad a tratamientos susceptibles de anular, modificar o herir su voluntad, ideas, pensamientos o sentimientos[33].

Por último, encontramos otra postura que emprende también la labor de delimitar el contenido del derecho a la integridad moral, pero esta vez en conexión estrecha con la interdicción de la tortura o de cualquier trato inhumano o degradante. Según Vassalli, el derecho a la integridad moral comprendería el derecho de todo ciudadano a no ser sometido a procedimientos tendentes a anular el pensamiento y la voluntad. O, en otros términos, comprendería el "derecho al miedo", entendido como el que asiste a toda persona de no ser sometido a tratamientos

32 Sánchez Goyanes, El sistema constitucional español, Madrid, 1981, págs. 157 y ss.

33 García Morillo, en J. de Esteban/López Guerra, Régimen Constitucional español, Barcelona, 1980, pág. 144.

capaces de penetrar en su subconsciente o generar actitudes de temor sobre su persona o la de sus allegados[34].

Tenemos, pues, varias posturas que apuntan hacia ese contenido mínimo y esencial de la integridad moral como derecho fundamental constitucionalmente consagrado: en primer lugar, la integridad moral entendida como expresión de la dignidad humana y como parte integrante del concepto más amplio de "integridad personal"; en segundo lugar, la integridad moral configurada de modo negativo, como el derecho a no ser sometido a tratamientos contrarios a la voluntad del titular de este derecho; y, por último, en relación directa a la tortura, la integridad moral como "derecho al miedo". Analicemos, siquiera someramente, cada una de ellas.

La integridad moral como expresión de la dignidad y parte de la integridad personal nos devuelve a un derecho todavía más difuso, si cabe, que el propio que estamos tratando. En efecto, la dignidad de la persona se puede abordar desde las más variadas perspectivas: psicológica, filosófica, moral o religiosa[35]. No es este, desde luego, el marco más adecuado para tener todas ellas en cuenta. Pero, quizás, la definición de Garrido Falla nos pueda ofrecer un marco más reducido. Los términos utilizados por este autor para definir la dignidad humana son los siguientes: "por dignidad humana hay que entender la propia cualidad de ser humano y el respeto a esa cualidad que todos tenemos por el hecho de ser personas. O sea, la superioridad o importancia que se le concede a una persona por el simple hecho de serlo y con independencia de la forma en que se comporte"[36].

34 Vassalli, La libertá personale nel sistema delle libertá costituzionale, cit. en Mortati, Instituzioni di Diritto Pubblico, Padua, 1969, pág. 952.

35 El estudio de la dignidad humana desde varias de estas perspectivas lo podemos encontrar en González Pérez, La dignidad de la persona, Madrid, 1986.

36 Garrido Falla, Comentarios a la Constitución, Madrid, 1980, pág. 137. La dignidad como valor fundamental de la personalidad humana, independiente de cualquier circunstancia, aparece ya en la filosofía de Kant, cuya doctrina se puede resumir en una frase, a mi juicio, muy ilustrativa: las cosas tienen precio; el hombre, dignidad. En este sentido, también, Maunzdürig, Grundgesetz, Kommentar, art. I.1, nº17.

La integridad moral, en función de lo antes dicho, sería expresión de esa cualidad, de esa superioridad y, por tanto, merecedora de respeto, sean cuales sean las circunstancias de un determinado sujeto con independencia de los comportamientos que observe.

La segunda de las opciones, es decir, la integridad moral como el derecho a no ser sometidos a tratamientos contrarios a la voluntad del titular del derecho nos da una idea de la integridad moral como un derecho complejo. Este derecho complejo estaría conformado por distintos valores, como la voluntad, las propias ideas, los pensamientos y los sentimientos de un individuo. El derecho a la integridad moral significaría el derecho que asiste a todos a configurar, conformar y mantener dichas ideas, pensamientos y sentimientos siguiendo los dictados de la voluntad de cada uno, sin que nadie esté legitimado para alterar, por medio de procedimientos contrarios a la voluntad de su titular, dicha configuración. Por lo tanto, valores de carácter espiritual, como el mantenimiento de unas determinadas ideas o conceptos, o una particular forma de pensar no podrán ser alterados, contra la voluntad de una persona, utilizando medios cuyo fin se dirige, precisamente, a esta alteración. El concepto de voluntad, pues, se convierte en el punto central de esta definición como criterio rector de la conformación de ideas, pensamiento y sentimientos, que no podrán ser modificados con métodos contrarios a esa voluntad.

Por último, aludíamos a la defínción de integridad moral en estrecha relación o como la otra cara de la moneda de la interdicción de la tortura. Si la tortura se caracteriza por ser un procedimiento dirigido a "penetrar" en el subconsciente de una persona creando una situación de temor, bien sobre la persona misma sometida a ese procedimiento, bien sobre sus allegados, la integridad moral vendría a ser, precisamente, el derecho a no ser sometido a este tipo de procedimientos. Nos encontramos, pues, ante una delimitación de carácter negativo, demasiado estrecha quizás, al referirse, de forma exclusiva, al concepto de

tortura: la integridad moral sería, según esta definición, el derecho a no ser torturado.

Resumiendo, la integridad moral, como derecho fundamental, vendría a ser una de las expresiones de la dignidad humana, en el sentido de la posibilidad de configurar, de forma voluntaria, los pensamientos, las ideas o los sentimientos sin que nadie pueda alterar dicha configuración utilizando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad, entre los cuales, como forma más grave, podríamos incluir la tortura u otros tratos inhumanos y degradantes.

Hasta aquí hemos analizado las escasas y difusas definiciones que se manejan en la doctrina constitucional. Vamos a pasar ahora a revisar las sentencias más ilustrativas que el Tribunal Constitucional ha dictado en relación a la vulneración de los derechos contenidos en el art. 15 de la Constitución.

2.2.1.2. La integridad moral en la jurisprudencia constitucional

En el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional partimos ya con una desventaja. En efecto, el Tribunal Constitucional nunca ha declarado, de forma expresa, el ámbito concreto que el derecho fundamental a la integridad moral abarca. En las sentencias que vamos a analizar no se ventilan asuntos expresamente relacionados con el tema que nos ocupa, si bien se refieren al mismo de forma tangencial. Con base en estas sentencias podremos, de todos modos, acercarnos al concepto de integridad moral que, normalmente de forma negativa, maneja el Tribunal Constitucional. Las sentencias a que nos referimos son de fecha 29 de enero de 1982, 11 de abril de 1985, 27 de junio de 1990 y 28 de febrero de 1994.

La primera de las citadas sentencias, es decir, la de 29 de enero de 1982, al igual que el resto tiene como punto central de análisis determinadas actuaciones calificadas por el tribunal de

instancia como constitutivas de una falta de coacciones, mientras que los recurrentes en amparo sostienen la tesis de que dichas actuaciones no son más que expresiones del derecho constitucionalmente declarado a la libre reunión y manifestación (arts. 20 y 21 de la Constitución). Como decimos, el asunto central de esta sentencia no guarda relación con el art. 15 de la Constitución, puesto que no es de su eventual vulneración de lo que se trata en la misma.

Sin embargo, en el Fundamento jurídico 5 sí se hace una alusión al derecho a la integridad moral en los términos que siguen: "hemos de afirmar que ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (arts. 10 y 15 de la Constitución) que han de respetar no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos, de acuerdo con los arts. 9 y 10 de la Norma Fundamental. Un límite a cada derecho es respetar el derecho de los demás [...]".

La segunda de las sentencias que hemos tomado como punto de partida de la interpretación del derecho a la integridad moral es la S.TC de 11 de abril de 1985. Esta sentencia, de sobra conocida, ventiló el espinoso asunto de la constittucionalidad o inconstitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica por la que se introdujo en el Código penal hoy ya derogado, el art. 417 bis, o sea, el precepto relativo a las tres indicaciones o supuestos en los que el aborto quedará despenalizado (aborto ético, aborto eugenésico y aborto terapéutico). No vamos a entrar a comentar esta sentencia, en lo que al fondo del asunto se refiere, puesto que la despenalización o no del aborto no constituye el tema de nuestra investigación. Pero lo que sí nos interesa son las consideraciones que el Tribunal Constitucional realiza al analizar el supuesto del aborto ético, es decir, aquellos casos en los que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación.

Concretamente, en el Fundamento jurídico 11 b), dice el Alto Tribunal: "en cuanto a la indicación prevista en el número 2 —que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación y siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas— basta considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársela como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso y obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos".

En tercer lugar, la sentencia seleccionada, de 27 de junio de 1990 se ocupó de un tema no menos complicado y discutido que el del aborto, como es el asunto de la alimentación forzosa a presos en huelga de hambre por parte de la Administración penitenciaria y, en el caso concreto, a presos pertenecientes al colectivo GRAPO. En este supuesto, el Tribunal Constitucional sí que entra a valorar si estas actuaciones de la Administración penitenciaria constituyen ejemplos de tortura o de trato degradante y, por tanto, si atentan contra el derecho fundamental a la integridad moral.

En el Fundamento jurídico 8 se analiza el posible contenido de este derecho de la forma que sigue: "este mismo precepto contitucional [se refiere, evidentemente, al art. 15 de la CE] garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.

Por ello, este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los demás variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional".

Y esta justificación constitucional viene dada en dos puntos. Así, continúa el Fundamento jurídico 8 diciendo que "con el cumplimiento de ese deber del Estado [se refiere el Tribunal al deber que atañe al Estado frente a personas que se encuentran en una situación de especial vinculación respecto de la Administración, como es el caso de los presos] no se degrada el derecho a la integridad física y moral de los reclusos, pues la restricción que al mismo constituye la asistencia médica obligatoria se conecta causalmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es 'un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional' y 'supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible' (STC 53/1985)". Para finalizar, en el Fundamento jurídico 9 diciendo que "no es la coercitividad de trato más allá de lo proporcionado, sino su desmedida severidad, su innecesario rigor y su carácter vejatorio lo que a los efectos de la prohibición constitucional resulta relevante".

Por último, la sentencia de 28 de febrero de 1994 se ocupa de la cuestión de la calificación o no como trato degradante de registros personales a reclusos llevados a cabo por funcionarios de la Administración penitenciaria. A este respecto, declara el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 4 a) que "en el ámbito penitenciario para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes es necesario que éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel deter-

minado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena"[37].

Como apuntábamos al comenzar este epígrafe, el problema del que partimos consiste en que el Tribunal Constitucional no acomete la delimitación positiva del contenido mínimo del derecho a la integridad moral. Antes bien, el Tribunal opta por establecer qué tipo de actuaciones son lesivas para el mismo, pero sin hacer referencia expresa al contenido que dicho derecho abarca. Así, en la primera de las sentencias sitúa el Tribunal Constitucional el límite negativo de la integridad moral en la proscripción de cualquier violencia o de cualquier acto de carácter intimidatorio que pueda derivarse del ejercicio del derecho, igualmente reconocido en la Constitución, a la reunión y manifestación; la libertad de expresión y la libertad de manifestación en cualquiera de sus manifestaciones será lícita en tanto esta manifestación no se realice de forma coercitiva, pues, de lo contrario, estaríamos ante una lesión del derecho a la integridad moral.

En la segunda de las sentencias considera la violación no sólo como un acto violento y contrario a la voluntad de la mujer, sino un acto que vulnera la integridad moral de la misma, por la carga de humillación y vejación que tal delito lleva implícita;

37 Esta concepción de tratos inhumanos o degradantes en el ámbito penitenciario en función de la humillación o sensación de envilecimiento que algunas actuaciones de estos funcionarios puede provocar como criterio delimitativo ha sido manejado en múltiples ocasiones por el Tribunal Constitucional. Así, en SS.TC 65/1986, 2/1987, 89/1987, 120/1990, 137/1990 o 150/1991, se hace referencia a estos criterios del envilecimiento o la humillación. El antecendente de este criterio, pero en el ámbito escolar, lo encontramos en la sentencia sobre el caso Campbell y Cosans, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 25 de febrero de 1982. En este caso, se denuncia por parte de los padres de dos escolares escoceses el posible trato degradante o inhumano al que los mencionados escolares se veían sometidos por parte de sus profesores. En el fundamento de derecho 28, que a su vez se remite al caso Tyrer de 25 de abril de 1978, se exige para la calificación de una conducta como trato degradante el ocasionamiento "al interesado —ante los demás o ante sí mismo— de una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad".

por su parte, en la tercera de las sentencias aludidas, estima el Tribunal que la calificación de una conducta como trato degradante y, por lo tanto, como lesivo para la integridad moral, es merecida en la medida en que dicha conducta de lugar a un sentimiento de humillación o envilecimiento en el sujeto pasivo, reiterando dicho criterio, en consonancia con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la última de las sentencias que hemos traído a colación.

Podemos extraer, de la doctrina del Tribunal Constitucional tres notas fundamentales: en primer lugar, un acto, normalmente violento, que contraríe la voluntad del sujeto pasivo; en segundo lugar, que este acto provoque sufrimientos o padecimiento y, en tercer lugar, que además suponga una humillación o envilecimiento de la persona que los sufra.

Si por voluntad entendemos la libre configuración de las decisiones que una persona puede adoptar, por sufrimiento o padecimiento aquella sensación de dolor, físico o psíquico y por humillación o vejación el abatimiento del orgullo de una persona, en un sentido lato, podríamos cofigurar la integridad moral como un derecho complejo, que acogería en su seno conceptos tales como, en sentido positivo, la libre formación de la voluntad, el mantenimiento de la dignidad de la persona, y, en sentido negativo, el derecho a no ser sometidos a actos violentos, y el derecho a no ser sometidos a actos contrarios a esa voluntad libre y a esa dignidad de la que todos estamos investidos como personas.

Como contenido del derecho fundamental a la integridad moral, no oponemos ninguna objeción a esta posible conclusión extraída de la jurisprudencia constitucional. El problema se plantea, sin embargo, en el momento en que traslademos este contenido al ámbito penal. En efecto, valores tales como la libertad, la voluntad o la dignidad conforman, precisamente, bienes jurídicos ya protegidos, incluso con más dureza, en otros tipos penales, como el delito de coacciones, el delito de amenazas o el delito de injurias. Precisamente, este problema constituye el núcleo central del análisis del epígrafe siguiente.

2.2.2. La integridad moral como bien jurídico penalmente protegido

En efecto, como apuntábamos líneas más arriba, la delimitación de los contornos del derecho a la integridad moral en la esfera constitucional puede basarse en un conglomerado de valores distintos, todos ellos dignos y merecedores de esa especial consideración. Pero en Derecho penal, muchos de los valores que el Tribunal Constitucional incluye, aunque sea de modo indirecto, dentro de la integridad moral, encuentran mejor acomodo e incluso más protección a través de la tipificación de otros delitos distintos del atentado contra la integridad moral tal y como aparece regulado el art. 173 del Código penal de 1995.

Se trata, en este epígrafe, ni más ni menos, de separar la integridad moral como derecho fundamental de la integridad moral como bien jurídico protegido. Y, a partir de ahí, considerar si, efectivamente, estos valores están ya suficientemente protegidos en otros preceptos del Código penal o si, por el contrario, es necesario una regulación expresa y autónoma para la protección de este bien jurídico. Como paso previo, estimo necesario un acercamiento al concepto y función del bien jurídico en Derecho penal.

2.2.2.1. Aproximación al concepto de bien jurídico

Este paso previo de acercamiento al concepto de bien jurídico no va a consistir en una análisis exhaustivo del mismo por varias razones: en primer lugar, porque una análisis de este tipo sería inabarcable; en segundo lugar, porque se trata aquí de encontrar un concepto operativo de bien jurídico, en el sentido de que nos ayude a establecer el límite entre derecho fundamental a la integridad moral e integridad moral como bien jurídico penalmente protegido y comprobar, así, si el contenido del mismo coincide con el ámbito de protección de otros tipos penales.

Desde la formulación del concepto de bien jurídico por Feuerbach hasta las últimas posiciones en torno a este tema, el bien jurídico ha formado parte integrante y básica de la teoría del delito. El bien jurídico como espacio delimitado de protección y el bien jurídico como freno a la política criminal son papeles que este concepto ha desempeñado y desempeña en la doctrina penal.

Como punto de partida, no podemos, sin embargo, pasar por alto esta primera formulación del concepto de bien jurídico que, como decíamos, llevó a cabo Feuerbach[38]. Situado en el contexto de la herencia del Iluminismo, concibe este autor el bien jurídico como aquellas condiciones de vida en común de las que el Estado es garante. En consecuencia, cualquier acción que lesione o ponga en peligro dichas condiciones de vida en común, entre las que se encuentran los derechos subjetivos de los ciudadanos, será objeto de protección por parte del Derecho penal. Este, a su vez, se erige en instrumento de garantía de estos derechos y condiciones y, además constituye el límite a la potestad punitiva del Estado[39].

A partir de esta concepción, ilustres penalistas como Birnbaum[40], Binding[41], von Listz[42] y ya en nuestro siglo, concretamente en la segunda posguerra mundial Mayer[43], Welzel[44]

38 Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, Giessen, 1832.

39 Ver al respecto, Hormazábal Malaree, Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, 1991, págs. 13 y ss.

40 Birnbaum, Über das Erfordenis eines Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, en Archiv des Criminalrechts, Nueva edición, T.15, págs. 149 y ss.

41 Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 3ª ed., t.I, Leipzig, 1916.

42 Von Liszt, Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft, en ZStW, 8, 1888, págs. 134 y ss.

43 Mayer, Strafrecht, AT, Stuttgart, 1967.

44 Welzel, Über den sustantiellen Begriff des Strafgesetzes, en Festschrift für Kohlrausch, Berlín, 1944.

hasta nuestros días, con autores como Roxin[45], Hassemer[46] y Jakobs[47], se han ocupado de esta cuestión, orientando el contenido del concepto de bien jurídico en función del contexto sociológico, filosófico y jurídico vigentes en cada época.

Estos tres últimos autores representan las más nuevas corrientes dogmáticas del derecho penal alemán y, como no podía ser de otra manera, su concepción del bien jurídico responde a su concepción del Derecho penal en su globalidad. Así, Roxin se encuadra dentro de aquella corriente de pensamiento que sitúa el bien jurídico en un marco constitucional[48]: "Según Roxin, en la medida que la Ley Fundamental en su art. 20 II 1 establece que todo poder estatal emana del pueblo, no podría ponerse en duda que la actividad estatal no puede tener otro fin que el de asegurar las condiciones de vida en común de todos los ciudadanos, lo que realiza conminando con pena, bajo determinadas condiciones, la violación de bienes jurídicos. Por ello concibe los bienes jurídicos como 'aquellas condiciones valiosas en que se concretan los presupuestos de la vida en común' en función de garantizar el orden pacífico. Así señala Roxin, el estado como garante de las condiciones de vida social, debe proteger los bienes jurídicos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio etc... Pero agrega que además de esta contribución conservadora de bienes jurídicos preexistentes, debe cumplir otra función , que es la de lograr los objetivos de promoción y ayuda social que se plantea el Estado social y democrático de derecho"[49].

45 Roxin, Sentido y límites de la pena estatal, en Problemas básicos del derecho penal, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976, págs. 11 y ss.

46 Hassemer, Fundamentos del Derecho penal, trad. Muñoz Conde/ Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, págs. 36 y ss.

47 Jakobs, Strafrecht, AT, 2ª ed., Berlín, 1992.

48 En esta corriente también podemos situar autores com Sax, Grudsätze der Strafrechtspflege, en Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechtte, 2ª ed., Berlín, 1972; así como Rudolphi, Die Verschiedene Aspekte des Rechtsgutbegriffs, en Festschrift für Honig, Göttingen, 1970. Sobre esta teoría, ver el análisis llevado a cabo por Hormazábal Malaree, ob. cit., págs. 12 y ss.

49 Hormazábal Malaree, ob. cit., pág.122 y 123.

Por su parte, defiende Hassemer que la misisón del Derecho penal no consiste en otra cosa que la protección de bienes jurídicos, deduciendo el concepto de los mismos como intereses generales desde el punto de vista de los de la persona, derivando los bienes sociales y estatales de los del individuo[50]. Hassemer, pues, sostiene una concepción personalista del bien jurídico, basada más en los intereses de la persona como individuo que en valores abstractos, sociales o estatales que no tienen una conexión directa con el ciudadano.

Por último, Jakobs, como máximo exponente del funcionalismo en Derecho penal, desplaza la importancia del bien jurídico y su protección como misión del Derecho penal para situarla en el reforzamiento del mantenimiento de la vigencia de la norma. La vigencia de la norma se sitúa, así, en el punto central de la protección que el derecho penal supone; el bien jurídico, por el contrario, queda relegado a simple contenido de algunas normas (no todas) cuya defensa viene justificada, de forma indirecta, en tanto el ataque al bien jurídico de que se trate supone (y esto es lo fundamental) un ataque a la vigencia de la norma que lo contiene[51].

En cuanto a la doctrina española, vamos a destacar, también a tres autores: Muñoz Conde[52], Mir Puig[53] y Hormazábal[54].

El primero de ellos, identifica el bien jurídico con los "presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social". Estos presupuestos, sin embargo, deberán gozar de un contenido material, huyendo así de un concepto estrictamente formal que permita, a la clase dominante, imponer

50 Hassemer/Muñoz Conde, Introducción a la Criminología y al Derecho penal, Valencia, 1989, págs. 103 y ss.

51 Jakobs, ob. cit., págs. 123 y ss.

52 Muñoz Conde, Derecho penal y control social, Jerez de la Frontera, 1985, págs. 19 y ss.

53 Mir Puig, Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del Ius puniendi, en Estudios penales y Criminológicos, XIV, Santiago de Compostela, 1991, págs. 203 y ss.

54 Hormazábal Malaree, ob. cit., págs. 139 y ss.

sus valores y sus principios como valores y principios generales necesitados de la protección penal. Este contenido material permitirá mantener una postura crítica frente a los bienes jurídicos tutelados y a la forma de tutelarlos, posición crítica insostenible si se parte de concepciones más formalistas, en función exclusivamente de la defensa del sistema como tal[55].

Por su parte, Mir Puig parte de la "nocividad social" como legitimación de la respuesta penal pero sitúa el contenido de los bienes jurídicos con base en las categorías de funcional o disfuncional para el sistema social. La defensa de este sistema social constituye, pues, para este autor, la auténtica misión del Derecho penal[56].

Por último, Hormazábal Malaree propone una teoría material del bien jurídico en los siguientes términos: el bien jurídico protegido se configura como un producto social surgido de un sistema concreto de relaciones sociales en un período determinado, es decir, el bien jurídico, como ámbito de protección del Derecho penal aparece condicionado históricamente. Y estas relaciones sociales concretas se presentan como relaciones de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen, a su vez, de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno[57]. "Así por ejemplo, la vida, la libertad, sin perjuicio de sus valoraciones desde otras perspectivas, —biológica, filosófica, etc.—, en cuanto objetos protegidos por una norma penal lo están como relación social concreta en una sociedad democrática, esto es, en cuanto relación o vinculación entre personas. Cuando el tipo castiga el homicidio, está castigando una relación específica que niega la relación social concreta vida. Cuando castiga la coacción, está castigando una relación social que niega el bien jurí-

55 Muñoz Conde, Derecho penal y control social... cit., págs. 20 y ss.

56 Mir Puig, Derecho penal, parte general, 4ª ed., Barcelona, 1996, págs. 122 y ss.

57 Hormazábal Malaree, ob. cit., págs. 144 y ss. en el mismo sentido, Bustos, Manual de Derecho penal, PG, 4ª ed., 1993, págs. y ss.

dico libertad en la forma específica establecida en el tipo de las coacciones"[58].

La primera de las funciones del concepto de bien jurídico en la teoría del delito es, por tanto, la delimitación del ámbito de protección que la norma penal debe otorgar. Condiciones mínimas de la vida en sociedad, parcelas funcionales del sistema social, relaciones sociales, sea cual sea el concepto de bien jurídico del que se parte, lo cierto es que a todos estos conceptos se les asigna, por parte de sus defensores, la misma función: la determinación del contorno de la vida social, en el marco de un Estado social y democrático de derecho, que el Derecho penal está abocado a defender. A partir de aquí, la cuestión a resolver sería el establecimiento de ciertos criterios que nos indiquen, precisamente, los límites de este contorno, en aras de la fijación del objeto protegido por la norma penal.

Dos son estos criterios, normalmente manejados por la doctrina, en este punto: por un lado, la importancia social del bien merecedor de tutela jurídico penal y, por otro, la necesidad de protección de este bien por el Derecho penal[59].

Establecer qué sector de la vida social o qué relación social es importante para el mantenimiento de la convivencia pacífica no resulta, tampoco, tarea fácil. En efecto, para la selección y la jerarquización de los valores o los intereses susceptibles de ser protegidos por el Derecho penal no existe un "catálogo" o una "lista" en los que figuren, por su importancia, los bienes jurídicos penalmente protegidos o que debieran serlo. Sin embargo, ya que partimos del marco de un Estado social y democrático de derecho, contamos con un instrumento imprescindible, por su valor indicativo en cuanto a los bienes jurídico-penales. Me refiero, evidentemente, a la Constitución. En efecto, la Constitución nos ofrece este primer punto de partida a la hora de seleccionar parcelas, interses, valores y bienes a los que

58 Hormazábal Malaree, ob. cit., pág. 152.

59 Al respecto, Mir Puig, Bien jurídico cit., págs. 209 y ss.

el Derecho penal debe otorgar su especial protección. Pero, como hemos dicho, la Constitución debe servir como criterio relevante, en cuanto su valor indicativo de la importancia de bienes jurídicos es innegable. Lo que no podemos hacer, sin embargo, es acudir, exclusivamente , a la Constitución como criterio de selección y jerarquización[60].

Partiendo, pues, de la valoración constitucional, debemos continuar en el sentido de restringir aún más el círculo de candidatos a la protección del Derecho penal. Es decir, debemos pasar de la categoría de bien jurídico, como valor fundamental para la convivencia en sociedad, a la categoría de bien jurídico penal, como susceptible y necesitado de esta especial protección. En este punto, la atención a las necesidades del individuo antes que a la conservación y funcionamiento de un determinado sistema social vendrá impuesta por la propia estructura de un Estado democrático de derecho en el que la dignidad del individuo se erige como principio fundamental del mismo[61].

La protección del Derecho penal se conforma, así, como función político criminal limitadora del ius puniendi, cuya titularidad ostenta el Estado. Es decir, partiendo de la importancia de un bien jurídico, por el hecho de figurar entre las parcelas de la vida social consagradas en la Constitución, el despliegue de

60 En este sentido, Mir Puig, Bien jurídico...cit., pág. 210: "Es innegable, por de pronto, que el reconocimiento constitucional de un bien debe servir de criterio relevante para decidir si nos hallamos en presencia de un interés fundamental para la vida social que reclame protección penal. Sin embargo, la cuestión no puede resolverse de plano con el solo recurso a la Constitución, que tampoco en este punto constituye la varita mágica que algunos creen". Igualmente defiende esta postura Zugaldía Espinar, Fundamentos de Derecho penal, 3ª ed., Valencia, 1993, págs. 48 y ss.

61 En este sentido, Hormazábal Malaree, Bien jurídico...cit., pág. 162: "[...] al quedar la satisfacción de una necesidad humana asociada a la protección de un bien jurídico, el hombre, por encima de un sistema social de normas y reglas de conducta, pasa a constituirse en el centro de la protección penal". También, Terradillos Basoco, La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 63, 1981, págs. 139 y ss.

la respuesta penal quedará limitado a determinados sectores que por su importancia y por su especial vulnerabilidad, aparecen como necesitados de esa especial protección que el Derecho penal supone. En palabras de Mir Puig, "no basta que un bien posea suficiente importancia social para que deba protegerse penalmente. Es preciso que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos: si basta la intervención administrativa, o la civil, no habrá que elevar el bien al rango de bien jurídico penal"[62].

2.2.2.2.Delimitación de la integridad moral como bien jurídico penalmente protegido

Una vez afirmado lo anterior, es decir, la distinción bien jurídico-bien jurídico penalmente protegido en función de la importancia y de la necesidad de protección penal que el bien jurídico de que se trate presenta, vamos a adentrarnos en la siguiente cuestión. Y esta no es otra que, por una parte, comprobar si, efectivamente, en el bien jurídico "integridad moral" confluyen estos requisitos a los que hemos hecho alusión y, por otra parte, constatar si el contenido del bien jurídico "integridad moral" aparece o no protegido en otros tipos penales o si, por el contrario, la integridad moral constituye un aliud respecto de otros bienes jurídicos.

El primer problema, es decir, la importancia del bien jurídico como valor a proteger por el Derecho penal resulta innegable. En efecto, como hemos analizado en el epígrafe anterior, la integridad moral aparece, junto con la integridad física, como derecho fundamental protegido en nuestra Constitución. El valor indicativo de la importancia de un bien jurídico que la Constitución supone queda evidenciado, en lo que a la integridad moral se refiere, en la mención expresa de tal derecho fundamental en el art. 15 del nuestro texto constitucional.

62 Mir Puig, Bien jurídico... cit., pág. 214 y ss.

La integridad moral, por tanto, aparece como un sector de la vida social, que, en principio, es candidato idóneo a la protección del Derecho penal. Pero recordemos que la inclusión en la Constitución de un determinado derecho, si bien revela la innegable importancia del mismo, no constiuye un criterio exclusivo y suficiente para afirmar la necesidad de protección por el Derecho penal. Este valor indicativo debe completarse con el criterio de la necesidad de protección por parte del derecho penal cuando otras formas de repuesta al conflicto en torno a ese bien jurídico, como el Derecho civil o el Derecho Administrativo, se manifiestan insuficientes o inadecuadas para la resolución del mismo.

Pero puede darse el caso de que, en función de la delimitación del contenido de un determinado bien jurídico, éste aparezca ya protegido por el Derecho penal. Y este puede que sea el caso de la integridad moral. En lo referente a la integridad moral, no es que estemos ante un bien jurídico que no merezca, por su importancia, la protección del Derecho penal. Es que puede que estemos ante un bien jurídico que, en sus diversas manifestaciones, **ya está** protegido por el Derecho penal. En este caso, pues, no se trata de no elevar el bien jurídico integridad moral, consagrado constitucionalmente, a la categoría de bien jurídico penal. De lo que se trata es de evitar posibles duplicidades en cuanto a su defensa. O, por el contrario, puede que estemos ante un espacio, hasta ahora sin protección, con lo cual estaría plenamente justificada la inclusión del art. 173 como delito autónomo. De manera que, llegados a este punto, se hace imprescindible delimitar el contenido del bien jurídico integridad moral y el ámbito de protección del art. 173 tal y como aparece redactado en el Código penal de 1995, teniendo en cuenta, además, la cláusula concursal contenida en el art. 177 que parece indicar que, efectivamente, el bien jurídico integridad moral es algo distinto y autónomo susceptible y necesitado de protección penal.

Para esta delimitación, vamos a partir de la definición extraída tanto de la doctrina como de la jurisprudencia constitu-

cional. A continuación y con una sistemática negativa, iremos comparando el posible contenido de la integridad moral frente a otros bienes jurídico, en concreto, la integridad física, la libertad y el honor.

La integridad moral, como derecho fundamental, la hemos definido como una de las expresiones de la dignidad humana, en el sentido de configurar, de forma voluntaria, pensamientos, ideas o sentimientos sin que nadie pueda alterar dicha configuración utilizando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad, atentatoriaos de la dignidad humana entre los cuales, como forma más grave, se encuentra la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes.

Nuestro primer acercamiento se centrará en el establecimiento del límite entre integridad física e integridad moral, como partes integrantes del concepto más amplio de dignidad, tal y como aparece establecido en el art. 15 de la Constitución.

a. integridad física vs. integridad moral

La delimitación entre integridad física e integridad moral sea, quizás, la más fácil de llevar a cabo en lo que al delineamiento de los contornos de la integridad moral como bien jurídico protegido autónomo se refiere, por lo menos, tal y como se dota de contenido a la integridad física en la doctrina actual.

En efecto, la doctrina engloba dentro del bien jurídico integridad física, como ámbito de protección en el delito de lesiones, un concepto amplio de la misma, bajo la denominación de "salud personal" que abarca tanto la integridad corporal como la ausencia de enfermedad[63].

Sin embargo, esta interpretación, como decimos, es reciente y se fundamenta en la regulación del delito de lesiones tanto en la versión de la reforma de 1989 operada sobre el hoy ya derogado Código penal, TR de 1973, como en la del recién

63 Ver, por todos, Berdugo Gómez de la Torre, El delito de lesiones, Salamanca, 1982.

estrenado Código penal de 1995. Tanto una como la otra abarcan, dentro de las posibles modalidades de comisión, no sólo aquellas que suponen la pérdida o inutilización de la sustancia corporal, sino también aquellas que representan la causación de una enfermedad grave, bien de tipo físico, bien de tipo psíquico[64].

La integridad física como bien jurídico protegido en el delito de lesiones ha estado, pues, dotada de un distinto contenido, según aparecían variaciones y ampliaciones de las modalidades comisivas del mismo. Pero fundamentalmente podemos destacar tres versiones de este contenido. En primer lugar, la integridad física entendida como integridad corporal. En segundo lugar, la integridad física interpretada como bienestar personal. Y, por último, la integridad física como salud personal. Analicemos brevemente cada una de ellas.

La interpretación del bien jurídico integridad física basada en un concepto estricto de integridad corporal respondía al entendimiento de la misma como mantenimiento de la sustancia corporal en su totalidad. En palabras de Berdugo "tras esta postura subyace un concepto mecanicista y decimonónico de lesión, de realización exclusivamente a través de medios violentos, y que se corresponde con la interpretación que reduce las vías de comisión de este delito al 'hiriere, golpease o maltratare' del vigente art. 420"[65].

64 Así el ya derogado art. 420 decía que "el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o salud física o mental, siempre que las lesiones requieran para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico será castigado con la pena de prisión menor". En la misma línea, el art. 147 del Código penal de 1995 dice que "el que, por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años...".

65 Se refiere Berdugo a la dicción literal del art. 420 antes de la reforma de 1989. En efecto, la redacción de este artículo y la jurisprudencia abundaron en la idea del bien jurídico integridad física referido en exclusiva al cuerpo como entidad total, interpretando, en correspondencia, el delito de lesiones

La estrechez de esta interpretación, llevó a un sector de la doctrina a ampliar dicho contenido más allá del mantenimiento de la sustancia corporal. Y ello con base al razonamiento según el cual, la integridad física suponía algo más que un cuerpo "completo"; la integridad física supone, también, un cuerpo "sano", un cuerpo "saludable". Pasamos así a la segunda de las posibles interpretaciones, o sea, a la salud como valor protegido en el delito de lesiones.

A partir de esta posición, no sólo la sustancia corporal sino también la ausencia de enfermedad, física o psíquica, conforman el contenido completo de la integridad física. La salud, pues, y la integridad corporal vendrían a ser aspectos de un bien jurídico más amplio, protegido en el delito de lesiones, que estaría destinado a tutelar al individuo "frente a la enfermedad y frente al detrimento de su salud psíquica"[66], junto con la defensa del cuerpo como soporte físico íntegro de dicho individuo.

Por su parte, la integridad física como bienestar personal excede, por su amplitud, los términos de la regulación española del delito de lesiones, por cuanto procede de la doctrina alemana. En la redacción del StGB, el delito de lesiones no sólo incluye las conductas lesivas en sentido estricto sino que, además contempla lo que en nuestra regulación constituye la falta de malos tratos. Así, el bien jurídico "bienestar personal" se extiende al bienestar corporal o incolumidad aunque los ataques contra la misma no supongan un menoscabo de la salud[67].

---

como aquellos ataques, normalmente violentos, contra el cuerpo, dirigidos al menoscabo del mismo, es decir, a la amputación de algún miembro o a la causación de heridas o erosiones de gravedad. Ver por todos, al respecto, sobre esta doctrina tradicional, Pacheco, El Código penal concordado y comentado, III, 2ª ed., Madrid, 1856, págs. 336 y ss.

66 Berdugo, ob. cit., pág. 16.

67 En este sentido, Hirsch, en Leipziger Kommentar, 10ª ed., Berlín, 1985, parag. 223, marg. 8 y 9; Artz, Strafrecht, BT, Bielefeld, 1977, págs. 84 y ss. De todos modos, la doctrina alemana exige una cierta gravedad del mal trato y no, como apunta Berdugo, una simple molestia.

Partimos, por tanto, del bien jurídico integridad física como salud. Y compartimos la definición propuesta por Berdugo: "La salud es el estado en el que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones, entendiendo por función el ejercicio de un órgano o aparato. Estado que, por otra parte, constituye una de las condiciones previas que posibilitan una concreta relación de participación en el correspondiente sistema social"[68]. El menoscabo de la salud, como este estado previo para el mantenimiento de determinadas relaciones, bien provocando la pérdida o inutilización de un parte del cuerpo, bien dando lugar al padecimiento de una enfermedad, física o psíquica, es decir, la alteración del cuerpo o de sus funciones, constituyen la esencia del delito de lesiones. Por el contrario, "la disminución de la integridad corporal, que no suponga el menoscabo de la salud, el corte de pelo o de la barba, por ejemplo, no sería relevante como conducta subsumible en las lesiones"[69].

La delimitación de este bien jurídico respecto del bien jurídico "integridad moral", si partimos de la definición de carácter provisional que proponíamos en epígrafes anteriores no resulta, efectivamente, tarea difícil. Si el primero de ellos se refiere a esa realidad física que supone el cuerpo y al desarrollo de las funciones que el mismo permite, la integridad moral ostenta un carácter más ideal, en cuanto a la libre conformación de la voluntad de un individuo, de sus ideas o de sus convicciones.

Lo que sí se puede producir es una "superposición" de ataques a estos bienes jurídicos. O sea, la alteración de esta libre configuración de la voluntad, de las ideas, de los pensamientos a través de medios que son perfectamente subsumibles en el tipo de lesiones y que, además, den lugar a un sentimiento de humillación o envilecimiento del que los sufre.

68 Berdugo, ob. cit., pág. 22.

69 Berdugo, ob. cit., pág. 25.

Un segundo supuesto sería aquel en el que, precisamente termina el ámbito de protección del delito de lesiones. Tomemos el ejemplo que Berdugo utiliza para delimitar el bien jurídico integridad física: el corte de pelo o el corte de la barba, supòngamos, a un soldado recién incorporado al servicio militar, a un estudiante o a una persona que profese la religión judía, que se ve sometido a este tratamiento

¿Qué soluciones ofrece el Código penal de 1995? ¿Pueden ser estos ejemplos casos de atentados graves contra la integridad moral?.

Vayamos por partes. En el primero de los casos propuestos, no estamos más que ante el problema de dar solución a la posibilidad del concurso entre lesiones, como atentado contra la integridad física y atentado contra la integridad moral en tanto la acción de que se trate produzca, además de un menoscabo de la salud, otro resultado distinto. La solución que en principio podríamos adoptar es la del concurso medial. En efecto, si tenemos en cuenta que el ejemplo del que partimos se refiere a una acción, lesiva para la integridad física, pero cuyo objetivo final es degradar o envilecer al sujeto pasivo, estaríamos ante un solo hecho, constitutivo de dos infracciones pero en el que una de ellas es medio necesario para cometer la otra. En virtud del art. 77 del Código penal de 1995, la pena a imponer, en estos casos, sería la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que pudiera exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

Pero esta solución es inviable, aunque en teoría pudiera parecer más correcta. Y ello es así por la inclusión, en el art. 177 de la siguiente claúsula: "Si los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los

hechos separadamente con la pena que corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél se halle especialmente castigado por la Ley"[70].

Y, precisamente, en el caso de las lesiones, encontramos el tipo agravado del art. 148.2°. En este tipo, la pena a imponer se eleva a prisión de dos a cinco años cuando, entre otras circunstancias, hubiere mediado ensañamiento. Siguiendo una interpretación sistemática, por ensañamiento hay que entender el aumento, deliberada e inhumanamente, del sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito (art. 22. 5ª del Código penal de 1995).

Por lo tanto, la situación es la que sigue: en aquellos casos en los que el sujeto activo lleva a cabo una acción constitutiva de un delito de lesiones, en sus distintos tipos, mediando ensañamiento, es decir, produciendo sufrimientos innecesarios de forma inhumana, o lo que es lo mismo, humillando o envileciendo a su víctima, la aplicación del art. 173 quedará excluida por la propia dicción del art. 177. Teniendo en cuenta que siempre que haya humillación se podrá apreciar el tipo agravado de ensañamiento, la operatividad en este caso del delito de atentado contra la integridad moral es ciertamente escasa.

El segundo de los supuestos al que hacíamos alusión era aquel caso en el que la acción del sujeto activo no podía ser calificada como delito de lesiones, puesto que, aqunque en puridad nos encontramos ante una conducta que supone el menoscabo de la integridad física (cortar la barba o el pelo), este menoscabo no tiene repercusión en el bien jurídico salud tal y como aquí se interpreta, siguiendo la postura de Berdugo.

70 Un caso de castigo expreso en la Ley sería, por ejemplo, el tipo agravado de agresiones sexuales del art. 180. 1ª, es decir, cuando la violencia o intimidación ejercidas para llevar a cabo la agresión sexual revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. En estos casos, si entendemos la causación de una humillación al sujeto pasivo como constitutivo de atentado contra la integridad moral, una agresión sexual (en mi opinión, ya de por sí lo suficientemente vejatoria) realizada en estas condiciones excluiría la posibilidad de aplicar la pena prevista en el art. 173.

En estos casos sí que podríamos afirmar que nos encontramos ante un atentado contra la integridad moral por consistir la acción en un comportamiento vejatorio (pensemos en la importancia de la longitud del pelo o de la barba para personas que profesan una determinada religión o para estudiantes que son sometidos a estos tratos en presencia del resto de sus compañeros). Si la calificación como atentado contra la integridad moral puede, en principio, estar fuera de discusión, el problema se plantea a la hora de decidir si, como exige el tipo del art. 173, estamos o no ante un trato degradante que constituya un menoscabo **grave** de la integridad moral. Hay que tener en cuenta, como punto de partida, que nos movemos en un marco punitivo de pena de prisión cuya duración puede oscilar entre los seis meses y los dos años.

O, lo que es lo mismo, se trata aquí de decidir si la inclusión de este nuevo tipo es o no un acierto por parte del legislador. Pero quizás sea un poco precipitado emitir una opinión al respecto con la sola delimitación entre los dos bienes jurídicos de que nos acabamos de ocupar. Se impone, pues, continuar con esta delimitación analizando otros bienes jurídicos que también se pueden ver involucrados en una conducta de estas características, como por ejemplo, la libertad y el honor.

b. libertad vs. integridad moral

El bien jurídico libertad aparece, en nuestra regulación, protegido a través de la tipificación de los delitos de amenazas y coacciones. Concretamente, en el Código penal de 1995, ambos tipos, junto con las detenciones ilegales y la nueva figura del secuestro, constituyen el contenido del Título VI, delitos contra la libertad, que precede inmediatamente a los delitos de tortura y atentado contra la integridad moral.

Si los delitos de detenciones ilegales y secuestros suponen la lesión de un aspecto de la libertad del individuo, como es la libertad ambulatoria[71], los delitos de amenazas y coacciones

71 ver, por todos, Muñoz Conde, Derecho penal, PE, 10ª ed., Valencia, 1995, págs. y ss.

protegen otro aspecto de la misma, no menos importante, como es la posibilidad de adoptar y poner en práctica una decisión voluntaria, sin interferencias violentas o intimidatorias[72].

Libertad, en este contexto, equivale a la capacidad de obrar de la que todos gozamos, la capacidad de autodeterminación que a todos nos asiste, la configuración libre de la voluntad, en suma, a la hora de decidir y de actuar conforme a esa decisión[73]. Pero este aspecto de la libertad hay que situarlo, en el ámbito de los delitos de coacciones y amenazas, en el contexto restringido de la libertad personal frente a otros ciudadanos. Es decir, con la incriminación de conductas constitutivas de amenazas y coacciones nos movemos en el marco de las relaciones entre ciudadanos y no en el de las relaciones entre el ciudadano y la Administración.

Como segunda nota distintiva, hay que apuntar que la tipificación de las amenazas y las coacciones pretenden la protección directa de este aspecto de la libertad. Como dice García Pablos, el objeto de protección primario, específico, inmediato y excluyente de estos tipos lo conforma la libertad personal, aunque la comisión de otros delitos suponga también, de forma indirecta, el ataque a la libertad[74].

En cuanto a las formas de ataque y a los objetos del mismo, podemos distinguir tres secuencias: por un lado, aquellos ataques contra la capacidad misma de actuar; en segundo lugar, los ataques contra la formación de una decisión; y, por último, los ataques contra la actuación de la voluntad. Tres secuencias que constituyen el acto global de toma de decisión libre y de

72 Ver, al respecto, García Pablos, Sobre el delito de coacciones, en Estudios penales y criminológicos, XIV, Santiago de Compostela, 1991, págs. 203 y ss y Mir Puig, El delito de coacciones en el Código penal, en ADPCP, 1977, págs. 269 y ss.

73 Así, Binding, Deutsches Strafrecht, 2ª ed., Leipzig, 1902, págs. 102 y ss., por ejemplo sostiene que , en realidad, los delitos contra la libertad son delitos contra la voluntad.

74 García Pablos, Sobre el delito de coacciones, en Estudios penales y criminológicos VI, Santiago de Compostela, 1983, págs. 105 y ss.

actuación en consecuencia, partiendo del primer estadio, es decir, la capacidad misma de decidir. No vamos a entrar en discusiones acerca de cuál de estas secuencias se preserva en el delito de coacciones y cuál en el delito de amenazas puesto que, como en epígrafes anteriores hemos puesto de manifiesto, el objeto central de nuestro trabajo no se dirige tanto a la investigación en profundidad de cada uno de los bienes jurídicos que pueden entrar en conflicto con la integridad moral, cuanto a la comprobación, partiendo de posturas, en gran medida ya asentadas en la doctrina, de qué es lo que resta de este "nuevo" bien jurídico contemplado en el art. 173.

Si estimamos que el bien jurídico "libertad" hace referencia a estas tres facetas y que su protección viene asignada a los delitos de coacciones y amenazas, podemos afirmar que todas aquellas acciones que interfieran, de forma intimidatoria o violenta, todo este proceso de decisión, desde la capacidad misma de voluntad hasta la puesta en práctica de la decisión adoptada, constituirán supuestos subsumibles en los arts. 169 y 172 del Código penal de 1995.

Este punto de partida nos sitúa en el problema que realmente nos interesa: la posible colisión entre los delitos contra la libertad y el delito de atentado contra la integridad moral. Este problema se ve agravado, además, por dos cuestiones: en primer lugar, la ausencia de estos delitos en los contemplados en el art. 177, con un régimen de concurso especial; en segundo lugar, la introducción, como novedad, en el párrafo segundo del art. 172 de un tipo agravado de coacciones consistente en impedir el ejercicio de un derecho fundamental. Analicemos estas dos cuestiones.

Para la resolución de la primera, partamos de un supuesto en el que, por ejemplo, se lleve a cabo una acción que, por una parte, afecta a la libre configuración de la voluntad, en cualquiera de sus tres secuencias y que, además, genera un sentimiento de humillación en el sujeto pasivo. Por ejemplo, situaciones como obligar a una persona de religión musulmana a

comer carne de cerdo, obligar a una persona de religión judía a trabajar en sábado, obligar a un soldado a desnudarse delante de sus compañeros, etc. ¿Cómo resolver estas situaciones? Si hemos definido la integridad moral como la posibilidad de configurar, de forma voluntaria, los sentimientos, las ideas y los pensamientos, sin que nadie pueda alterar esta configuración, hemos de admitir que este concepto se asemeja mucho a la libertad personal como bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad. La única nota de distinción que puede separar uno de otro es, no tanto el contenido de los mismos, como las formas de ataque de que ambos pueden ser objeto. Así, en los atentados contra la integridad moral, las conductas se dirigen no sólo a alterar esta libre configuración de la voluntad de la que es titular el sujeto pasivo sino que, además, dichas conductas producen un sentimiento de humillación o vejación en quien las sufre. En los ejemplos que hemos propuesto, si mediara violencia, nos encontraríamos ante una conducta en la que, efectivamente, se compele a una persona a efectuar lo que no quiere, es decir, nos encontramos ante un caso claro de coacción. Pero es que, además, dicha conducta supone, teniendo en cuenta las especiales características de los casos propuestos, la producción de un sentimiento de humillación para los sujetos pasivos.

En otras palabras, las conductas que representen una alteración de la voluntad por medios violentos pueden ser subsumidas en el supuesto de hecho del art. 172 y, de la misma manera, desde el momento en que la integridad moral se interpreta como libre y voluntaria configuración de ideas, pensamientos y sentimientos, en el supuesto de hecho del art. 173. Pero aquellas conductas, como las descritas en los ejemplos, que no sólo atacan esta libre autodeterminación sino que representan un plus respecto de las coacciones, por suponer para el sujeto pasivo un sentimiento de humillación o vejación, sólo encuentran una correcta calificación en el delito de atentado contra la integridad moral.

O lo que es lo mismo, en estos casos, la colisión entre los arts. 172 y 173 no es tal, en el sentido de que no podemos resol-

ver acudiendo al expediente del concurso ideal. Antes bien, la solución correcta en estos casos, es recurrir al concurso de leyes, tal y como aparece regulado en el art. 8 del Código penal de 1995, concretamente, al criterio de la consunción. En palabras de Cid Moliné, existe concurso aparente por consunción cuando entre las dos normas que pueden venir en aplicación media una relación de interferencia de manera que las acciones subsumibles en el supuesto de hecho de la norma A son también subsumibles en la norma B, pero con la aplicación exclusiva de la norma A se colma el desvalor de una determinada acción subsumible en varias normas[75]. Trasladado al problema que nos ocupa, acciones que representen un menoscabo para la libertad de autodeterminación, en el sentido de obligar a alguien por la fuerza a hacer algo que no quiere encajan, sin lugar a dudas en el supuesto de hecho del art. 172. Pero si, además, ello conlleva un sentimiento de humillación, la aplicación del art. 173 será preferente porque en él se contiene el desvalor que supone el menoscabo de la libertad junto con la producción de ese sentimiento humillante.

El ámbito de aplicación, por tanto, del delito de atentado contra la integridad moral, se restringe a aquellos comportamientos que, por un lado, se dirigen a doblegar la voluntad del sujeto pasivo y, por otro a la causación de una vejación. Esta sea, quizás, la nota distintiva que concede autonomía a la integridad moral como bien jurídico penalmente protegido. El problema que se plantea, una vez afirmado este ámbito de autonomía, es la inexplicable asignación de una pena más leve al delito de atentado contra la integridad moral frente a las penas previstas para los delitos contra la libertad. En efecto, si partimos de la premisa de que en los primeros se ampara tanto la libertad, en el sentido de libertad personal, como ese sentimiento de humillación, lo que en principio configura un bien jurídico de contenido más amplio, no se justifica el marco punitivo más estrecho con que aparecen conminados dichos delitos.

75 Cid Moliné, Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos, en ADPCP, 1994, págs. 40 y ss.

Por otra parte y como apuntábamos líneas más arriba, la cuestión se complica, respecto de los ejemplos que proponíamos, si tenemos en cuenta la introducción de un tipo agravado de coacciones, cuando éstas consisten en impedir el ejercicio de un derecho fundamental. En efecto, cuando se obliga a un musulmán a ingerir carne de cerdo, nos encontramos, por una parte, una lesión clara de la libertad, consistente en obligar a alguien a hacer algo que no quiere; en segundo lugar, un atentado contra la integridad moral, por suponer esta acción una humillación y, por último una lesión de un derecho fundamental, como es la libertad ideológica, religiosa o de culto, consagrada en el art. 16 de la Constitución. En el tipo agravado de coacciones, la pena a imponer sería la de prisión de seis meses a tres años, prevista en el tipo básico, pero en su mitad superior. El propio párrafo 2° del art. 172 prevé la excepción de que el ataque a un derecho fundamental estuviera previsto en otro precepto del Código y tuviera señalada pena mayor, en cuyo caso la aplicación del art. 172 cede ante la regulación más grave. Pero en lo que se refiere a la integridad moral, no es éste el caso, puesto que, como hemos venido repitiendo, la pena prevista en el art. 173 es de seis meses a dos años de prisión.

Resumiendo, la situación es la que sigue: en primer lugar, de la comparación entre los conceptos manejados como contenido tanto del bien jurídico libertad como del bien jurídico integridad moral podemos deducir que este es, precisamente, el espacio donde el bien jurídico integridad moral se revela como autónomo. En efecto, si la libertad como bien jurídico protegido consiste en la libre autodeterminación, en la libertad de obrar, desde la conformación de la voluntad hasta la actuación de la misma, el bien jurídico integridad moral comprendería no sólo este aspecto, sino algo más, como es ese derecho a no ser humillado o sometido a actos vejatorios. Ante esta diferenciación, aquellos actos que atenten contra estos dos aspectos encontrarán, por la vía del concurso de leyes, un mejor acomodo en el delito del art. 173, puesto que éste englobaría el desvalor de la coacción o de la amenaza (condicional) y, a su vez, la protección de ese derecho a no ser humillado.

Si la teoría puede ser plausible, la realidad de la regulación nos vuelve a colocar ante un callejón sin salida: si partimos de un delito que puede abarcar acciones cuyo desvalor es, por decirlo de alguna manera, doble ¿por qué razón la pena a imponer es menor que la prevista para los delitos de amenazas y coacciones, que sólo defiende el primero de los aspectos?

Y el problema no se detiene ahí. Cuando en estas acciones se vea, también, involucrado un derecho fundamental, el precepto a aplicar debe ser el párrafo segundo del art. 172, puesto que el mismo sólo admite la excepción de la aplicación de otro precepto cuando éste, de forma expresa, lleve asignada una pena de mayor gravedad. Y el art. 173 no entra dentro de estos supuestos.

Por lo tanto, afirmamos aquí el ámbito de autonomía del bien jurídico integridad moral que reside en el sentimiento de humillación o de envilecimiento junto con la libre determinación o configuración de la voluntad, pero dejamos apuntada la incongruencia respecto de las penas previstas en los delitos contra la libertad y los atentados contra la integridad moral.

Esta incongruencia desaparece, sin embargo, al seguir nuestra investigación a través de la comparación entre los delitos contra el honor y los atentados contra la integridad moral.

c. honor vs. integridad moral

El sentimiento de humillación que, como decimos, caracteriza el ámbito de autonomía de los delitos contra la integridad moral, nos devuelve, de alguna manera, a otro concepto, como es el honor, bien jurídico protegido en los delitos de injurias y de calumnias. Según el art. 208 del Código penal de 1995, "es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público como graves".En cuanto a la pena, el art.

209 prevé la pena de multa de seis a catorce meses cuando las injurias sean graves.

Respecto del bien jurídico honor podemos diferenciar, siguiendo a Berdugo, un componente estático y un componenete dinámico del mismo, que, precisamente, es lo que nos dará la clave para establecer la delimitación entre el honor y la integridad moral.

El componente estático no es otra cosa que el entendimiento del mismo como emanación de la dignidad humana. En este sentido, honor se equipara, de alguna manera, a la dignidad y en función de esta equiparación podemos afirmar que todos tienen derecho al honor por el mero hecho de ser personas. El honor, así, es el mismo para todos los integrantes de la comunidad, sin que se puedan establecer grados ni escalas en función de ninguna circunstancia[76].

El componente dinámico, por su parte, hace referencia a la llamada "heteroestima" o fama, en el sentido de que, dependiendo del papel o rol que cada individuo desarrolle en el seno de la sociedad, mayor o menor será el reconocimiento que el resto de los miembros dispensen a ese individuo en particular. Es decir, son las diferentes posiciones y situaciones de los individuos, o lo que es lo mismo, el nivel de participación de un sujeto en la vida social, lo que determina, a su vez, el nivel de reconocimiento que la sociedad le otorga a dicho individuo[77].

En consonancia con lo antes dicho, los ataques al honor se determinarán de manera circunstancial, en función, precisamente, de ese distinto nivel de reconocimiento que a cada per-

76 Al respecto ver, Berdugo Gómez de la Torre, Revisión del contenido del bien jurídico honor, en ADPCP, 1984, págs. 305 y ss; en el mismo sentido, Muñoz Conde, Derecho penal, PE,... cit., págs. 121 y ss; Asúa Batarrita, La tutela jurídica del honor. Consideraciones políticocriminales en relación a la L.O. 1/1982, en Homenaje a Fernández Albor, Santiago de Compostela, 1989, págs. 23 y ss.

77 En este sentido, Berdugo, Revisión...cit., págs. 309 y ss; Vives, en Comentarios al Código penal ...cit., págs. 1025 y ss.

sona le correspponde según su participación social. Así, como dice Vives, "el trato adecuado a la dignidad de un niño no lo es para una persona adulta, y viceversa. Lo que puede resultar lesivo para la dignidad de un particular puede no serlo para una personalidad pública. Incluso para un mismo individuo, lo que en ciertas circunstancias puede constituir una ofensa no la integra en otras, etc."[78].

La redacción del art. 208 del Código penal de 1995 viene a recoger todos estos aspectos que hemos comentado con anterioridad. Así, junto con la mención de la dignidad de una persona, se hace también alusión al menoscabo de la fama o de la propia estimación como formas de lesión de la dignidad. Por lo tanto, partimos aquí del concepto de dignidad como fuente del honor, que se manifiesta en la fama de una persona, como heteroestima, honor externo o reconocimiento de una persona por parte de los miembros de la sociedad, por un lado, y, por otro, la propia estimación, como autoestima, honor interno o propia consideración de cada uno que se proyecta en la anterior.

El componenete estático del honor como emanación de la dignidad coincide, en gran medida, con parte del contenido que hemos asignado a la integridad moral como derecho fundamental protegido en el art. 15 de nuestra Constitución. Al igual que el honor, la integridad moral viene a ser también expresión de la dignidad. Al igual que el honor, la integridad moral es un derecho que corresponde a todos los ciudadanos por el hecho mismo de ser personas. La integridad moral, sin embargo, tendría un carácter más general que el honor y, a la vez, más básico. Si hemos dicho que el aspecto interno del honor se corresponde con la propia estimación que cada uno tiene de sí mismo, en atención también, de alguna manera, a la posición que cada uno ocupa en la sociedad (que tiene su reflejo en la heteroestima), la integridad moral sería, por así decirlo, el paso previo al honor, sin atención a ninguna circunstancia externa, como el

78 Vives Antón, Comentarios al Código penal de 1995, tomo I, Valencia, 1996, págs. 1026 y ss.

papel o el rol social, tan sólo el derecho que corresponde a cada persona por el hecho de serlo.

La diferencia más clara se detecta en la comparación entre el segundo aspecto del honor, el componente dinámico del mismo, como reconocimiento de la sociedad respecto de una persona en función del papel que la misma ocupa en las relaciones sociales. Si hemos afirmado que el nivel de reconocimiento encuentra una correspondencia en este nivel de participación, en la integridad moral esto no es así. En efecto, la integridad moral corresponde a cada persona por el hecho de serlo, siendo indiferente el comportamiento que observe, el papel que juegue en la sociedad o el nivel de participación en la misma. El ejemplo más claro de esta diferencia lo encontramos en la distinta repercusión que el hecho de que una persona cometa un delito tiene para el honor y para la integridad moral.

Según Berdugo "por principio, la realización de comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico tendrá siempre una incidencia negativa sobre el honor. De donde, en ningún caso, podrá afirmarse que de un hecho delictivo se deriva un aumento de las expectativas de reconocimiento de su autor, con independencia de la valoración que dicho comportamiento merezca en determinados sectores sociales. Al contrario, a efectos de su tutela jurídica, el contenido de las relaciones de reconocimiento habrá variado y esas expectativas habrán sufrido una disminución"[79].

Es decir, la repercusión de la comisión de un hecho delictivo en el honor de una persona es negativa, en el sentido de que las expectativas de reconocimiento, o lo que es lo mismo, el honor externo o heteroestima, se verán seriamente mermados, porque la comisión de un delito representa un papel desvalorado y disfuncional en el seno de la sociedad. Por lo tanto, la sociedad

79 Berdugo, Revisión del contenido del bien jurídico honor, en ADPCP, 1984, pág. 312.

reacciona a través de la reprobación de dicho comportamiento, que se manifiesta en el menoscabo del honor del delincuente.

Por el contrario, la repercusión de la comisión de un delito en la integridad moral del delincuente es nula. El hecho de cometer un delito no disminuye un ápice el contenido de la integridad moral como derecho fundamental constitucionalmente reconocido para ese individuo. La prueba más clara de esta afirmación es la expresa proscripción de la tortura o del sometimiento a penas inhumanas o degradantes que se consagra tanto en el propio art. 15 de la Constitución como en el párrafo segundo del art. 174 del Código penal de 1995: "En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de los detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior".

De la misma manera, los ataques contra la integridad moral no se determinan de forma circunstancial, como hemos afirmado que ocurría respecto de los ataques al honor. En efecto, si estos últimos dependen, para su valoración, de la distinta condición del sujeto que los sufre (si es un niño o un adulto, si es un particular o una personalidad pública, etc.), los ataques contra la integridad moral serán objetivamente lesivos para cualquiera en cualquier circunstancia, mermando su capacidad de decisión y provocando un sentimiento de humillación que está más allá de la condición particular de la persona sometida a un trato vejatorio.

Por último hay que apuntar, como una diferencia más entre honor e integridad moral, el distinto tratamiento que el propio ordenamiento jurídico dispensa a ambos bienes jurídicos desde la perspectiva del poder público. Así, si respecto del honor el poder público está legitimado para una intromisión, si bien limitada, en el mismo en determinadas circunstancias, respecto de la integridad moral cualquier intromisión del poder público está expresamente prohibida. Me refiero, evidentemente, al menoscabo del honor que la imposición de una sanción

penal comporta. En palabras de Vives Antón, "la pena supone una restricción del haz de derechos que emanan de la dignidad y proyecta sobre el individuo la reprobación de la comunidad, de modo que incide directamente sobre la autoestima.[...] La imposición de la pena criminal respeta el 'contenido esencial' de la dignidad de la persona, si bien implica, sin duda, una ingerencia en la misma"[80].

Pues bien, esta ingerencia, aún respetando el contenido mínimo de la dignidad, que la pena supone, está descartada respecto de la integridad moral. Como apuntábamos líneas más arriba, ni siquiera la comisión de un delito y, por supuesto, la consecuencia de la misma, es decir, la imposición de una pena, pueden suponer nunca la lesión de la integridad moral. Con base en este presupuesto, tanto la Constitución como el Código penal contienen la prohibición expresa de cualquier trato que signifique ir más allá de la limitación de derechos intrínseca que toda sanción penal lleva aparejada.

En resumen, podemos establecer tres difrencias básicas entre el bien jurídico honor y el el bien jurídico integridad moral. En primer lugar, el contenido esencial de ambos, con ser los dos manifestaciones de la dignidad humana, parece apuntar a un carácter más básico y menos condicionado del correspondiente a la integridad moral frente al del honor. Ello se expresa en el hecho de que los ataques contra la integridad moral no tendrán una determinación circunstancial, como sí la tienen los ataques al honor. En segundo lugar, la incolumidad de la integridad moral se mantiene aún en circunstancias extremas, como pueda ser, por ejemplo, la comisión de un delito, cosa que no ocurre en el honor, que sí se verá afectado en la medidad en que dicho comportamiento recibirá la reprobación de la sociedad. Por último, también detectamos diferencias respecto de la amplitud del campo de ingerencia del poder público en la esfera de ambos bienes. Si en el del honor, el poder público podrá interferir en

80 Vives Antón, en Comentarios cit., pág. 1028 y ss.

casos graves, en la integridad moral está posibilidad está de todo punto descartada.

Como consecuencia, podemos afirmar la mayor importancia del bien jurídico integridad moral frente al honor. En efecto, esta importancia encuentra su expresión en el hecho del mantenimiento del contenido de la integridad moral de todos los ciudadanos, independientemente de sus circunstancias personales o de los comportamientos que lleven a cabo, aunque éstos sean, incluso, delictivos.

La diferente valoración que aquí hemos hecho encuentra una congruente respuesta por parte del legislador en el tratamiento punitivo que asigna a los atentados contra la integridad moral y a las injurias. Si los primeros llevan aparejados una pena de prisión de seis meses a dos años, las segundas están conminadas sólo con una pena de multa, cuya extensión, cuando se hagan con publicidad, será de seis a catorce meses. En el caso de que una acción pueda ser constitutiva de ambos delitos, me inclino por resolver, en los casos más graves, a través de las reglas del concurso de leyes, aplicando el principio de consunción: si, generalmente, conductas que supongan un trato degradante repercutirán también en el honor, considero preferible, en aquellos supuestos en que esta lesión suponga también el envilecimiento de cualquier persona, sin atender a su situación personal, aplicar el art. 173, puesto que en estos casos sí es innegable que el desvalor del trato degradante abarca el desvalor de la injuria. La gravedad de la pena, en estos casos, se corresponde mejor a la gravedad de la lesión, que afecta tanto al honor como a la integridad moral.

2.3. Toma de postura

Siguiendo la pauta que preside este trabajo, es decir, el análisis por separado de los delitos de tortura y de atentado contra la integridad moral, vamos a exponer, en este último epígrafe, las conclusiones a las que se puede llegar derivadas de la

nueva regulación de ambos, contenida en los arts. 173 y ss. del Código penal de 1995.

Comenzando por el delito de tortura, el punto de partida no puede ser otro que el reconocimiento de la necesidad de una regulación expresa de estas conductas como delito autónomo y, a la vez, como delito especial. Y esta necesidad se deriva de la amarga realidad con la que nos hemos encontrado en nuestro país en los últimos años. En efecto, organizaciones como los GAL, acciones como la muerte de los etarras Lasa y Zabala o las actividades que, presuntamente, se llevaban a cabo en Intxaurrondo nos demuestran que, como apuntábamos al principio de esta exposición, los casos de tortura se dan y se dan, además, en paises democráticos que, como el nuestro, se ven sometidos a la barbarie de grupos terroristas. Pero, como también decíamos líneas más arriba, la existencia de estos grupos no debe llevar nunca al intento, por parte del Estado y de sus representantes, de terminar con esta situación acudiendo a mecanismos de represión que no sean los estrictamente previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

La necesidad de protección y el merecimiento de protección en el ámbito en el que nos encontramos es claro. En efecto, estamos hablando de derechos fundamentales, constitucionalmente consagrados como pilares básicos del sistema democrático, y estamos hablando, también, de ataques contra esos derechos llevados a cabo por representantes de ese mismo sistema democrático. La intervención expresa del Derecho penal se revela, por tanto, como absolutamente acertada y necesaria.

Pero es que, además, el cambio de ubicación sistemática que el delito de tortura experimenta, pasando de estar incluido dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado, a situarse tras los delitos contra la libertad, dentro de los delitos contra las personas, nos indica que, efectivamente, el legislador pretende resaltar en esta nueva regulación, la importancia fundamental de estos derechos y garantías constitucionalmente amparadas, por encima de la función pública, aunque en estre-

cha conexión con la misma, al ser este delito, una clara expresión de un abuso por parte de sus detentadores. Los derechos fundamentales de los ciudadanos se erigen así en el bien jurídico protegido en los arts. 174 y 175, sin que ello signifique el abandono de la estructura del tipo de tortura como delito especial.

Y es que el legislador, acertadamente, potencia los derechos fundamentales como bien jurídico protegido a través del cambio sistemático que indicábamos, pero sin perder de vista el hecho de que el delito de tortura es un delito propio de funcionarios. Nuestro legislador, así, sigue la línea de los instrumentos internacionales de proscripción de la tortura, llevando a cabo una generosa redacción de las conductas típicas incluidas en estos dos artículos. El contexto de la relación Estado-individuo se mantiene pero abandonando el marco, demasiado estrecho, del curso de una investigación policial o judicial, permitiendo de este modo ampliar este delito a todas aquellas situaciones de dependencia de hecho entre un ciudadano y un funcionario, aunque dicha situación no esté inserta en el desarrollo de una investigación.

También considero plausible la ampliación de las conductas típicas, dando cabida no sólo a la tortura indagatoria, sino también a la tortura gratuita, con lo cual quedan previstas todas las posibles formas de aparición de esta conducta delictiva.

Los previsibles problemas de interpretación en lo que a ambos artículos se refiere se plantearán respecto del término grave, que utiliza el legislador para asignar una pena distinta tanto en la modalidad de tortura indagatoria (dos a seis años de prisión si es grave, uno a tres años de prisión si no lo es) como en la de tortura gratuita (dos a cuatro años de prisión si es grave, seis meses a dos años si no lo es). Esta división bipartita en función de la gravedad del trato infligido al sujeto pasivo hace que la regulación española se desvíe de lo previsto en los instrumentos internacionales, que distinguen tres escalones de gravedad: la tortura propiamente dicha, los tratos inhumanos y los tra-

tos degradantes. Los puntos de partida de esta interpretación deberán ser, desde una perspectiva objetiva, los medios utilizados y los efectos producidos y, desde una perspectiva subjetiva, las condiciones personales del sujeto pasivo, en cuanto a su edad, resistencia, estado físico, etc.

Si la valoración de la nueva regulación del delito de tortura puede ser positiva, la regulación contenida en el art. 173 ya no lo es tanto. Y ello, por varias razones que vamos a pasar a sistematizar en dos grandes bloques: en primer lugar, la imprecisión del contenido del bien jurídico protegido; en segundo lugar, la desafortunada combinación de los art. 173 y 177 que llevarán, en la práctica, casi a la imposibilidad de aplicación del primero.

Comenzando por el bien jurídico, tras la comparación de la integridad moral con otros bienes jurídicos con los que puede entrar en colisión, como la integridad física, la libertad y el honor, podemos concluir que el contenido del mismo, que justificaría la tipificación autónoma del delito del art. 173 sería el sentimiento de humillación o de vejación que determinadas conductas producirían en el sujeto pasivo.

En efecto, el campo de la posible aplicación del delito de atentado contra la integridad moral que resulta de la comparación a la que aludíamos sería el siguiente: respecto de la integridad física, entendida como salud, es decir, como concepto que abarca tanto la integridad corporal como la ausencia de enfermedad, física o psíquica, el ámbito que quedaría a la integridad moral correspondería a aquellos supuestos en los que se llevaran a cabo conductas que supongan un menoscabo de la salud física o psíquica pero no de una entidad suficiente como para ser calificadas de lesiones. Es decir, comportamientos vejatorios o humillantes para el sujeto pasivo que también representan un ataque contra la integridad física pero cuya intensidad no permite la calificación de tales ataques como delitos de lesiones estrictamente considerados. Al respecto, poníamos como ejemplo el corte de la barba en personas que profesen determinadas religiones o también maltratos psicológicos que no lleguen a

dejar secuelas graves, como la producción de una enfermedad psíquica.

Respecto de la comparación con el bien jurídico libertad, la proximidad entre ambos, teniendo en cuenta el componente de libre expresión y conformación de la voluntad que, junto con el sentimiento de humillación, configura el contenido esencial mínimo de la integridad moral, el único punto de diferenciación que podemos afirmar es, precisamente, este sentimiento del que hablamos. De este modo, partiendo del tronco común de la dignidad, del que se derivan tanto la libertad, como bien jurídico protegido en los delitos de amenazas y coacciones, como la integridad moral, la superposición entre ambos es evidente, quedando, como decimos, como único punto de divergencia el sentimiento de humillación que los atentados contra la integridad moral siempre implican, cosa que no ocurre necesariamente en los delitos de coacciones y amenazas.

Por último, la diferencia entre los bienes jurídicos integridad moral y honor resulta más fácil de establecer, por cuanto el carácter básico y libre de condicionamientos del primero en relación al segundo, la ausencia de determinación circunstancial de los ataques contra el primero, al contrario de los que ocurre en los ataques contra el segundo y la imposibilidad de injerencia por parte del poder público en la esfera del primero, bajo ninguna circunstancia, nos ofrece un contenido de la integridad moral más amplio, en comparación con el contenido del honor, en el sentido de ser aquella expresión de la dignidad humana, que corresponde a todos los ciudadanos por el hecho de ser personas y que no varía en función de la posición de cada uno o de su participación en la vida social, como sí ocurre en el honor.

El contenido, por tanto, del bien jurídico integridad moral aparece como residual, respecto del bien jurídico integridad física y como prioritario respecto de los bienes jurídicos libertad y honor. Respecto de la libertad, por contener la integridad algo más, como sería el sentimiento de humillación ; y respecto del honor, por ser más amplio y básico que aquél.

Esta diferente valoración encuentra una congruente expresión en la distinta gravedad de las penas asignadas por el legislador a los delitos de lesiones, por un lado y al delito de injurias, por otro. No ocurre así respecto de los delitos de amenazas y coacciones. Y al analizar este problema entramos ya en la segunda de las grandes críticas que se pueden elevar contra este nuevo delito de atentado contra la integridad moral, que no es otra que la previsible inaplicación en la práctica de este precepto, en atención a la regla concursal contenida en el art. 177 del Código penal de 1995.

Esta regla concursal obliga a tratar según las reglas del concurso real aquellas situaciones en las que, además del atentado a la integridad moral, se produjere daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o un tercero, salvo en aquellos casos en los que el ataque a la integridad moral se halle especialmente castigado por la ley. Con esta excepción quedan, pues, excluidos los casos de asesinato (art. 139, 3°), los casos de lesiones con ensañamiento (art. 148.2°) y los casos de agresiones sexuales utilizando medios especialmente vejatorios (art. 180.1°). El ensañamiento como circunstancia del asesinato y del tipo agravado de lesiones y el tipo agravado de agresiones sexuales contienen ya, dada la especial crueldad y el sentimiento de humillación que todos suponen, el desvalor del atentado contra la integridad moral. Por tanto, cuando se lleven a cabo estas tres figuras delictivas, la aplicación del art. 173 estará vedada.

Esta regla de concurso, sin embargo, no es operativa para los casos de amenazas, coacciones e injurias, puesto que no aparecen expresamente mencionados en el art. 177. Quiere ello decir que cuando el ataque contra la integridad moral implique un ataque contra la libertad o contra el honor, deberemos acudir a las reglas generales del concurso contenidas en los art. 8 (concurso de leyes), 73 (concurso real) o 77 (concurso ideal).

En mi opinión, atendiendo al contenido que hemos intentado delimitar en la integridad moral, los puntos de conexión

entre ésta y la libertad, por un lado así como el honor, por otro, nos obliga a inclinarnos por la solución de este posible conflicto acudiendo a las reglas del concurso de leyes. En función de las mismas, la regla más adecuada nos parece la del principio de consunción. En efecto, si hemos dicho que el atentado contra la integridad moral implica un menoscabo de la libertad del individuo y, además, la producción siempre de un sentimiento de humillación, cuando una conducta suponga ambos efectos, el precepto que deberá venir en aplicación será el art. 173, puesto que consume el desvalor del ataque a la libertad y el desvalor de la producción de ese sentimiento de humillación. Lo que en teoría podría parecer correcto resulta incongruente en la práctica. Y ello porque la pena asignada a los delitos de amenazas y coacciones, que, como hemos dicho, representan sólo un ataque contra la libertad, es sensiblemente más grave que la prevista para el delito de atentado contra la integridad moral, que conlleva, además del ataque a la libertad, la producción del sentimiento de humillación del que venimos hablando.

No ocurre lo mismo en el delito de injurias, cuya pena, en comparación con la del art. 173, se ajusta de forma más congruente a la postura que aquí mantenemos, en relación al carácter más amplio del contenido de la integridad moral frente al contenido del honor. En los casos en los que una conducta suponga el ataque a ambos, sí será la solución correcta calificarla como atentado contra la integridad moral ya que la pena prevista para este delito representa una respuesta adecuada tanto a la lesión del honor como a la lesión de la integridad moral.

Para finalizar, diremos que, tal y como hemos dotado de contenido al bien jurídico integridad moral y atendiendo a la cláusula de concurso del art. 177, este delito queda configurado como un tipo residual respecto de los delitos contra la vida, la integridad física y la libertad sexual (es decir, homicidio, lesiones y agresiones sexuales). Sin embargo, en relación con los delitos contra la libertad y contra el honor (coacciones, amenazas e injurias) la calificación de conductas que suponen a la vez un ataque contra la libertad o el honor y la producción de un sen-

timiento de humillación debería ser la de atentado contra la integridad moral. Lo que ocurre es que, en el caso de las coacciones, el sujeto activo recibiría un tratamiento privilegiado sin justificación alguna.

En cualquier caso, nos encontramos ante una especial atención por parte del legislador penal hacia un derecho fundamental consagrado en la Constitución, lo cual merece todas las alabanzas. Quizás la técnica utilizada para tan loable fin no haya sido la mejor de todas y ello conduzca, en un futuro, a una escasa aplicación del art. 173. Pero, de todas formas, todos estos problemas que hemos dejado apuntados encontrarán a buen seguro una salida a través de la interpretación que tanto Jueces y Tribunales como teóricos del Derecho realizarán de estos preceptos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ASUA BATARRITA: La tutela jurídica del honor. Consideraciones políticocriminales en relación a la L.O. 1/1982, en *Homenaje a Fernández Albor,* Santiago de Compostela, 1989, págs. 23 y ss.

BARQUIN SANZ: *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes,* Madrid, 1992.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE: Revisión del contenido del bien jurídico honor, en *ADPCP,* 1984, págs. 305 y ss.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE: *El delito de lesiones,* Salamanca, 1982.

BIERMA: T*orture behind bars,* San Francisco, 1994.

BINDING: *Die Normen und ihre Übertretung,* 3ª ed., t. I, Leipzig, 1916.

BIRNBAUM: Über das Erfordenis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, en *Archiv des Criminalrechts,* nueva edición, t. 15, págs. 149 y ss.

BUENO ARUS: Los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizada por la Constitución en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983, en *Documentación jurídica* 37/40, vol. 2, Enero/Diciembre, 1983.

BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho penal,* Parte general, 4ª ed., Barcelona, 1994.

BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho penal,* Parte especial, 2ª ed., Barcelona, 1991.

CID MOLINE: Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos, en *ADPCP,* 1994, págs. 40 y ss.

DE LA CUESTA ARZAMENDI: *El delito de tortura,* Barcelona, 1990.

DREHER/TRöNDLE/LACKNER: *StGB Kommentar,* 46ª ed., Berlín, 1993.

FEUEREBACH: Lehrbuch des gemeinen in *Deutschland gültigen Peinlichen Rechts,* Giessen, 1832.

GARCIA MORILLO: en J. de Esteban/López Guerra, *Régimen constitucional español,* Barcelona, 1980.

GARCIA PABLOS DE MOLINA: Sobre el delito de coacciones, en *Estudios penales y criminológicos,* XIV, Santiago de Compostela, 1991, págs. 203 y ss.

GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución,* Madrid, 1980.

GONZALEZ PEREZ: *La dignidad de la persona,* Madrid, 1986.

HASSEMER: *Fundamentos del Derecho penal* (trad. Arroyo Zapatero/ Muñoz Conde), Barcelona, 1984.

HASSEMER/MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal,* Valencia, 1989.

HORMAZABAL MALAREE: *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho,* Barcelona, 1991.

JAKOBS: *Strafrecht AT,* 2ª ed., Berlín, 1992.

LEIPZIGER KOMMENTAR, 10ª ed., Berlín, 1979/85.

Von LISZT: Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft, en *ZStW 8,* 1888, págs. 134 y ss.

LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN: *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador,* Madrid, 1996.

MAQUEDA ABREU: La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes, en *ADPCP,* 1986, págs. 435 y ss.

MAYER: Strafrecht, *AT,* Stuttgart, 1967.

MIR PUIG: El delito de coacciones en el Código penal, en *ADPCP,* 1977, págs. 269 y ss.

MIR PUIG: *Derecho penal, parte general,* 4ª ed., Barcelona, 19960.

MIR PUIG: Bien jurídico y bien jurídico penal como límites al Ius puniendi, en *Estudios penales y criminológicos,* XIV, Santiago de Compostela, 1991, págs. 203 y ss.

MORENO GARCIA: Significado constitucional de la libertad ideológica, en *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario,* nº 7, Murcia, 1995, págs. 104 y ss.

MUÑOZ CONDE: *Derecho penal y control social,* Jerez de la Frontera, 1985.

MUÑOZ CONDE: *Derecho penal,* parte especial, 10ª ed., Valencia, 1995.

MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN: *Derecho penal,* parte general, 2ª ed., Valencia, 1996.

ORTS BERENGUER (coord.): *Compendio de Derecho penal,* parte especial, Valencia, 1994.

PETERS: La tortura, Madrid, 1985.

QUERALT JIMENEZ: *Derecho penal español,* parte especial, 2ª ed., Barcelona, 1992.

RODRIGUEZ DEVESA: *Derecho penal español,* parte especial, 18ª ed., Madrid, 1995.

RODRIGUEZ MOURULLO: en Alzaga (ed.), *Comentarios a la Constitución española de 1978,* Madrid, 1984, vol. II, págs. 316 y ss.

ROXIN: *Sentido y límites de la pena estatal, en Problemas básicos del Derecho penal* (trad. Luzón Peña), Madrid, 1976, págs. 11 y ss.

RUDOLPHI: Die verschiedene Aspekte des Rechtsgutbegriffs, en *Festschrift für Honig,* Göttingen, 1970.

SANCHEZ GOYANES: E*l sistema constitucional español,* Madrid, 1981.

SAX: Grundsätze der Strafrechtspflege, en *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte,* 2ª ed., Berlín, 1972.

SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB Kommentar,* 24ª ed., Berlín, 1991.

SUDRE: La notion de "peine et traitements inhumains u degradants" dans la jurisprudence de la Comission et de la Cour europeens des droits de l'homme, en *Revue Generale de Droit International Public,* t. 88, 1984, págs. 832 y ss.

TERRADILLOS BASOCO: La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Comlutense,* nº63, 1981, págs. 125 y ss.

TOMAS Y VALIENTE: *La tortura en España,* 2ª ed., Barcelona, 1994.

TORIO LOPEZ: La prohibición constitucional de penas y tratos inhumanos o degradantes, en *Poder Judicial,* 1986, págs. 71 y ss.

DEL TORO MARZAL: El nuevo delito de tortura, en Mir Puig (ed.), *La Reforma del Derecho penal,* Bellaterra, Barcelona, 1980, págs. 265 y ss.

VASSALLI: La libertá personale nel sistema delle libertá constituzionale, cit. en Mortati, *Instituzioni di Diritto Pubblico,* Padua, 1969.

VILLAN DURAN: La Convención contra la tortura y su contribución a la definición del derecho a la integridad física y moral en Derecho Internacional, en *Revista española de Derecho internacional,* nº2, vol. XXXVII, 1985, págs. 386 y ss.

VIVES ANTON (coord.): *Comentarios al Código penal de 1995,* Valencia, 1996.

WELZEL: Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, en *Festschrift für Kohlrausch,* Berlín, 1944.

ZUGALDIA ESPINAR: *Fundamentos de Derecho penal,* 3ª ed., Valencia, 1993.