

DE LAS TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

JOSE LUIS RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO

Doctor en Derecho. General Consejeroogado.
Presidente del Tribunal Militar Central

Artículos 173, 174, 175, 176 y 177

CONCORDANCIAS. Artículos 10 y 15 de la Constitución española. Artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10-12-1948. Artículos 7 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19-12-1966. Convención contra tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 10-12-1984. Artículo 3 del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4-11-1950. Convención europea para la prevención de la Tortura de 26-11-1987. Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 7-4-1970 (San José de Costa Rica). Artículos 57, 169, 180, 208, 450, 533, 609, 611, 612 y 620.2.º del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995. Artículos 204 bis, 204 bis a), 421.3 y 501.4 del Código Penal, texto refundido de 1973. Artículos 76, 77, 78, 106, 182 y 137 del Código Penal Militar. Artículos 521 a 526 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Artículos 7, 14, 99, 168, 171 y 198 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Artículos. 5.3 y 27.3.c) de la Ley Orgánica 2/1986. Artículos. 8.14 y 15, 9.11 y 18, y 59.3 de la Ley Orgánica 12/1985. Artículos 7.1, 8.1, 14 y 15 y 9.2 de la Ley Orgánica 11/1991. Artículo. 208.6 y 7 del Real Decreto 1346/1984. Artículos 2, 5 y 6 del "Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" de 17-12-1979 (Resolución 169/34 de la Asamblea General de la ONU). Declaración sobre la Policía (Resolución 690/1969 de la Asamblea

Parlamentaria del Consejo de Europa), apartado A, números 3 y 14.

INTRODUCCION

En la Exposición de Motivos del nuevo Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se destaca el especial relieve que se ha dado a la tutela de los derechos fundamentales, diseñando "con especial mesura" el recurso al instrumento punitivo que se ejemplifica en la "tutela específica de la integridad moral", contenido en el Título objeto de este comentario.

El fundamento básico de la protección hay que buscarlo, sin duda, en el artículo 15 de la Constitución española que prohíbe —en todo caso— la tortura y las penas, o tratos inhumanos o degradantes. Este precepto es una consecuencia del derecho a la integridad física y moral que, como dice SERRANO ALBERCA, supone el derecho a no ser dañado en el propio cuerpo, ni física ni moralmente, a través de torturas o tratos inhumanos o degradantes. Para ALZAGA esta prohibición está basada en consideraciones morales de toda evidencia, que en última instancia se resumen en la consideración de la dignidad de la persona humana. También RODRIGUEZ MOURULLO deriva del principio de la dignidad de la persona humana, que es inviolable, esta prohibición constitucional que comprende los malos tratos y las penas que, por su crueldad o contenido vejatorio o humillante, atentan contra la dignidad de la persona, su vida o integridad física o moral. El Código Penal Militar castiga, dentro del abuso de autoridad, el trato degradante o inhumano (art. 106), siendo la primera norma penal española que tipifica expresamente este comportamiento cuando no se producen lesiones o muerte.

RODRIGUEZ DEVESA encuentra en el abuso del poder la "ratio iuris" que da la primacía al ataque a las libertades y derechos consagrados por la Constitución por quien están llamados a defenderla, calificando así el delito de torturas del artículo 204 bis del Código Penal.

El Código de Conducta de las Naciones Unidas prohíbe de modo absoluto un tipo de

abuso policial grave: la tortura. Así, el artículo 5 dispone: "Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Con razón destaca BERISTAIN la radicalidad absoluta con la que el Código prohíbe la tortura, formulando una tajante condena e impidiendo su justificación en circunstancias especiales (la tortura no se puede justificar nunca).

Por otra parte, el propósito de lograr una declaración de la verdad con independencia de la voluntad del sujeto, puede lograrse por métodos modernos no violentos, utilizando aparatos mecánicos (detector de mentiras) o químicos (sueros de la verdad). Aunque estos nuevos medios se diferencian de la tortura, han recibido la misma repulsa que ésta por el desconocimiento de la dignidad del hombre y violación de su intimidad, tratándolo como una cosa.

Los conocimientos médicos con experiencia forense permiten la detección de abusos (tortura física y psicológica o métodos de tortura "blancos"), por lo que son un instrumento eficaz en la prevención de la tortura (MORENTIN CAMPILLO), aunque hoy muchas técnicas van dirigidas a no dejar huellas objetivas que puedan ser detectadas en un examen corporal o dejar secuelas inespecíficas.

La Declaración sobre la Policía del Consejo de Europa contiene también una drástica prohibición de la tortura: "Las ejecuciones sumarias, la tortura y las otras penas o tratamientos inhumanos o degradantes quedan prohibidas en cualquier circunstancia. Todo funcionario de policía tiene el deber de no ejecutar o de ignorar toda orden o instrucción que implique estos actos".

El artículo 6 del Código de Conducta de las Naciones Unidas dispone: "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley asegurarán la plena protección de la salud de las per-

sonas bajo custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise".

El tratamiento de detenidos, según la Ley Orgánica 2/1986, se regula en el artículo 5.3 de la forma siguiente: a) Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán identificarse en el momento de la detención. b) Velarán por la vida y la integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas. c) Observarán los trámites, plazos y requisitos legales sobre la detención de una persona (garantías procesales).

LEGISLACION EXTRANJERA Y ANTECEDENTES EN ESPAÑA

En las Constituciones de algunos países se ha plasmado la prohibición expresa de la tortura o de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así, en la Enmienda VIII a la Constitución de los Estados Unidos de América se dispone que no se infligirán penas crueles y desusadas. El artículo 13 de la Constitución de la República italiana establece que está castigado todo acto de violencia física o moral sobre las personas sometidas a restricciones de libertad y el artículo 27 prohíbe las penas consistentes en actos contrarios al sentimiento de humanidad. El Código Penal italiano tipifica los delitos de abusos de autoridad contra arrestados y detenidos, registros o inspección personal arbitraria (art. 609).

La Constitución de Grecia (1975) en su artículo 7 proscribió también la tortura, toda sevicia corporal, atentados a la salud o presión psicológica y cualquier otro atentado a la dignidad humana. Por su parte la Constitución de Portugal (1976) proclama que nadie podrá ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, degradantes o inhumanos (art. 26). En el Código Penal de Austria (1974) se castiga al funcionario que infiera malos tratos psíquicos o físicos a un preso o a una persona sometida por otra razón a custodia oficial, que esté bajo su poder o a la que tiene acceso oficial (§ 312).

Los delitos que comentamos encuentran su fundamento en el moderno movimiento internacional en pro de los Derechos Humanos y recibe la máxima consagración normativa en la Constitución española de 1978. Los antecedentes, incluso de las expresiones concretas que se utilizan (torturas, tratos degradantes), hay que buscarlos en el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948), artículos 7, 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos de 1966, artículos 3 y 5 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales de 1950, artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 7-4-1970 y el Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984. En esta última norma, ratificada por España por Instrumento de 19 de octubre de 1987, se define la tortura (art. 1) y se adquiere el compromiso por parte del Estado de impedir la (art. 2) y tipificarla como delito (art. 4), así como de prohibir "otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura", cuando sean cometidos por funcionarios públicos o por personas en el ejercicio de funciones oficiales, por su instigación o con su aquiescencia (art. 16).

La consecuencia de este precepto, una vez tipificada la tortura en el artículo 204 bis del Código Penal, fue castigar como falta muy grave disciplinaria para los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía: "El abuso de sus atribuciones y la práctica de tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios y vejatorios a las personas que se encuentren bajo su custodia" en el artículo 27.3.c) de la L.O. 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Sin embargo, no sería justo silenciar que también el Derecho penal y disciplinario militar había arbitrado, en sus textos más recientes (Leyes Orgánicas 12/1985 y 13/1985), la debida protección contra estos graves abusos, si bien dentro de las infracciones que afectan a la disciplina conocidas como "abuso de autoridad". Y así, los artículos 103 y —muy

especialmente— 106 del Código Penal Militar incriminan, respectivamente, el abuso de las facultades de mando y los tratos “degradantes e inhumanos” a los inferiores. Por otra parte, los números 13, 14, 15 y 17 del artículo 8 (faltas leves) y los números 11, 14 y 19 del artículo 9 (faltas graves), todos ellos de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario Militar, castigaron los abusos de autoridad o atribuciones de menor entidad. Tipificación que completó recientemente la L.O. 13/1991, del Servicio Militar, que modificó el artículo 9.18 para sancionar las “acciones que supongan vejación o menosprecio a subordinados o compañeros”.

Recientemente las normas disciplinarias de la Guardia Civil han tipificado los atentados contra la integridad moral y así la Ley Orgánica 11/1991 considera falta grave “El atentado grave a la dignidad de los ciudadanos, en el desempeño del servicio o vistiendo de uniforme” (art. 8.1.^o) y falta muy grave “El abuso de sus atribuciones y la práctica de tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios o vejatorios a las personas que se encuentren bajo su custodia” (art. 9.2.^o).

Por último, y como antecedente inmediato del Título del nuevo Código Penal (1995) que comentamos, debemos citar la Ley 31/1978, de 17 de julio, que modificó el Texto Refundido del Código Penal de 1973 para introducir el delito de torturas (art. 204 bis), al que se le añadieron los artículos 204 bis a), 421.3.^o (lesiones agravadas por torturas) y 501.4.^o (robo con torturas) por las Leyes Orgánicas 8/1983 y 3/1989.

COMENTARIO GENERAL

En la Exposición de Motivos del Código Penal se pone de relieve, como hemos visto, la novedad que significa la tutela específica de la integridad moral, concepto que puede considerarse el denominador común de todo el Título, aunque su epígrafe haga referencia a la tortura como el más característico —y grave— ataque al bien jurídico protegido por esta familia de delitos. Por ello creemos afortunada la modificación del “nomen iuris” del título que en el Anteproyecto de 1994 se

denominaba “De la tortura y otros tratos degradantes”. En relación con este texto, en el Informe del Consejo General del Poder Judicial se destaca que esta serie de figuras delictivas tiene como denominador común el constituir distintas modalidades de la conducta calificada como tortura en sentido técnico, es decir, los actos perpetrados por autoridades o funcionarios (no por particulares) encaminados a infligir dolor o sufrimiento a los sometidos a una investigación con el fin de obtener una confesión o información o de castigarlos.

Quizá recogiendo algunas posturas doctrinales, los delitos de tortura y contra la integridad moral en el nuevo Código Penal han sido agrupados en un título autónomo y excluidos de los “delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes” (Código Penal de 1973) o de “los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales” (Código Penal de 1995).

Ciertamente no podía ser de otro modo, al haberse incluido en el título que comentamos el delito de “trato degradante” cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona aunque no tenga la condición de autoridad o funcionario público.

Por otra parte, importa destacar que una cosa es la dignidad de la persona, valor jurídico fundamental a que hace referencia el artículo 10.1 de la Constitución como germen o núcleo de unos derechos “que le son inherentes”, “prius” lógico y ontológico para la existencia de los demás derechos (Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional), y cuestión diferente —aunque íntimamente vinculada— el derecho a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la norma fundamental. La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás (Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional). Mediante el derecho a la integridad moral se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino contra toda intervención que carezca de su consentimiento (Sentencia 120/1990 del Tribunal Constitucio-

nal). El bien jurídico protegido en estos delitos es, por tanto, la integridad moral de las personas derivada de su dignidad, que implica la exigencia de respeto por parte de todos, en particular de las autoridades y funcionarios públicos.

De la doctrina constitucional deduce MUÑOZ CONDE que son lesivos para la integridad moral los actos violentos que contrarían la voluntad del sujeto pasivo, produciéndole sufrimientos y humillaciones. Supone, en definitiva, un atentado contra la voluntad como libre determinación de la persona o un ataque a la inviolabilidad de la persona humana y al derecho a ser tratado como un ser humano libre (GONZALEZ CUSSAC).

En la estructura del Título que analizamos podemos distinguir:

- a) El delito común de trato degradante (art. 173).
- b) El delito especial de tortura, con un tipo básico, un tipo agravado y un tipo específico (art. 174).
- c) El tipo especial residual de atentado contra la integridad moral de las personas (art. 175).
- d) El tipo especial de comisión por omisión (art. 176).
- e) Las reglas concursales (art. 177).

EL DELITO COMUN DE TRATO DEGRADANTE (art. 173)

A. Encuadramiento sistemático y caracteres de este delito

En la sistemática del nuevo Código Penal de 1995 se ha superado la postura clásica del anterior texto penal que consideró a la tortura y figuras afines como un delito propio de los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, incluido dentro del Título relativo a los "Delitos contra la seguridad interior del Estado". El nuevo texto punitivo abandona este primitivo criterio, no sólo porque ahora se tipifica un delito común —es decir, cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona—, sino porque el Título VII ("De las torturas y otros

delitos contra la integridad moral") se sitúa dentro de la secuencia de los clásicos "delitos contra las personas" que ahora encabeza la parte especial del nuevo Código Penal: "Del homicidio y sus formas" (Tít. I), "Del aborto" (Tít. II), "De las lesiones" (Tít. III), "De las lesiones al feto" (Tít. IV), "Delitos relativos a la manipulación genética" (Tít. V), "Delitos contra la libertad" (Tít. VI) y "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral" (Tít. VII), entre otros.

Correspondió al Derecho Penal Militar el mérito de tipificar por primera vez en España como constitutivos de un ilícito penal los "Tratos inhumanos y degradantes", al castigar el artículo 106 del Código Penal Militar de 1985 (diez años antes que el texto punitivo común) como delito de abuso de autoridad la conducta del superior que "tratase a un inferior de manera degradante o inhumana". La norma estaba, evidentemente, tomada del parágrafo 31 (trato degradante) de la Ley penal militar alemana de 1974 (CALDERON SUSIN, MILLAN GARRIDO). La expresión concreta "trato degradante" hay que buscarla en el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950), artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos (1966) y artículo 15 de la Constitución española. A la vista de tales textos, resulta incomprendible que se tipifiquen en este artículo 173 del nuevo Código Penal únicamente los "tratos degradantes" y no los "tratos inhumanos".

En cuanto a los caracteres de este delito, debemos destacar que —en nuestra opinión— es un delito de resultado pues la consumación exige el "menoscabo grave de la integridad moral de la víctima". El precepto describe un delito de acción, pues es difícil imaginar un "trato degradante" consistente en una conducta omisiva, que podría integrar supuestos de menor gravedad como las discriminaciones. Es, sin duda, un delito de lesión, pues comporta un daño efectivo al bien jurídico protegido: la integridad moral de la persona que sufre el trato degradante. No estamos, en mi

opinión, ante un tipo abierto puesto que, aunque la descripción del tipo utiliza la expresión "trato degradante", no constituye un elemento normativo que haga necesario buscar fuera del tipo penal alguna característica de la anti-juricidad, por más que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se haya cuidado de definir tal concepto.

Podemos hablar de un delito simple o uniofensivo, al proteger la norma un único bien jurídico (la integridad moral). Por otra parte, se describe una sola acción ("infringir un trato degradante") y un resultado ("grave menoscabo de la integridad moral"), por lo que podemos calificarlo como un delito de un acto o delito simple, pues puede bastar un solo acto para consumar la acción incriminada y producir el resultado típico.

El sujeto activo del delito —y también el sujeto pasivo— puede ser cualquier persona física, lo que implica que nos encontramos ante un delito común. Es, además, un delito de consumación normal, pues sólo cuando la acción típica (trato degradante) alcanza determinada intensidad (produciendo el resultado de menoscabar gravemente la integridad moral del sujeto pasivo) se lesiona el bien jurídico protegido. La acción que describe el tipo penal es susceptible sólo de comisión dolosa, pues el verbo "infligir" (un trato degradante) es claramente intencional, por lo que no se concibe la comisión culposa. Por último, es un delito autónomo y no una simple variante de un tipo básico, claramente diferenciado de las demás infracciones comprendidas dentro del mismo Título, caracterizadas por el hecho de que el sujeto activo ha de ser un funcionario público o Autoridad.

B. Sujeto activo y pasivo

Ya hemos advertido que el artículo 173 no cualifica el sujeto activo del delito de trato degradante, pues emplea la expresión "el que" al iniciar la descripción típica. MAQUEDA ABREU, analizando la posible ampliación del marco típico de la tortura, criticó una propuesta legislativa que comprendía a los particulares como sujetos activos de esta singular figura delictiva, que —en su opinión— debía seguir siendo un delito de funcionarios.

Razonando que el Código Penal contiene instrumentos adecuados para valorar estas conductas cuando provengan de particulares, argumento que completa con el rechazo del "robo acompañado de tortura" del artículo 501.4 del anterior Código Penal. Entendemos que esta postura crítica no es posible mantenerla en relación con el tipo delictivo que comentamos, pues se trata la incriminación expresa del menoscabo grave de la integridad moral de las personas, ocasionado por un trato degradante, que no debe quedar impune en un estado de derecho cualquiera que sea su autor, si se quiere dar la adecuada tutela penal a un bien jurídico de tanto valor como la integridad moral de la persona humana. Y ello justifica, para GONZALEZ CUSSAC, este tipo residual que califica como figura común de trato degradante.

El sujeto pasivo del delito (como titular del interés jurídicamente protegido), el sujeto pasivo de la acción (sujeto sobre el que recae la acción delictiva) y el perjudicado por la infracción ha de ser la persona física que sufre el trato degradante y el menoscabo grave de su integridad moral, sin que sea posible que reúnan tales condiciones las personas jurídicas privadas o públicas.

C. Acción típica

En la descripción de este delito debemos distinguir una acción típica propiamente dicha —consistente en infligir a otra persona un trato degradante— y el resultado incriminado (menoscabo grave de la integridad moral de una persona).

El verbo típico, que describe la acción dolosa, es "infligir" que —según el Diccionario de la Lengua Española— procede del latín *infligere* (herir, golpear) y significa "Hablando de daños, causarlos, y de castigos, imponerlos". De manera que se puede decir que el verbo típico ha sido cuidadosamente elegido para destacar el sentido doloso de la acción típica.

Pero, realmente, el núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión "trato degradante". "Tratar" significa relacionarse con otra persona y así se describe la existente conexión entre el sujeto activo y pasivo de la acción.

Cabe preguntarse si lo que se castiga es una conducta o sucesión de actos que, al repetirse, constituyen un "trato". Se exigirían así varios actos degradantes, para integrar el delito. No creemos, sin embargo, que sea necesaria una conducta, aunque seguramente será el supuesto más frecuente. Para nosotros, el trato hace referencia más a la intensidad o indignidad de la acción que a su duración temporal o repetición. De forma que un solo acto (brutal, cruel, humillante o deshonoroso) puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello.

Literalmente "degradante" viene de degradado, que significa rebajado a grado o rango inferior. Rebaja en el plano de la estimación, reputación o dignidad. Hacer despreciar, envilecer o humillar. Dar un trato degradante es humillar, deshonrar, despreciar o envilecer a una persona, afectando a su dignidad humana. En opinión de un Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son acciones degradantes: cortar el pelo al rape, embadurnar con alquitrán y plumas, ensuciar con inmundicias, cubrir de estiércol, obligar a desfilar desnudo ante extraños, comer excrementos o vestir de forma ridícula o despreciable.

La jurisprudencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo se ha visto obligada a fijar unos criterios de calidad e intensidad que permitan decidir en qué momento un trato desconsiderado o abusivo deja de ser una falta de educación social (o falta disciplinaria) para convertirse en un verdadero trato degradante o inhumano. Y así, la calificación de una práctica como malos tratos ha de hacerse atendiendo a un mínimo de gravedad, a un trato que se pueda considerar como poco humano, vejatorio, que suponga infringir un sufrimiento que no tenga relación con la pedagogía militar o implique acciones o expresiones injuriosas, que alcancen determinada intensidad dependiente de las circunstancias del hecho (Sentencia de 14 de septiembre de 1992; Ponente: Sr. SANCHEZ DEL RIO SIERRA). Debe ser calificado como trato degradante —añade la Sentencia de 23 de marzo de 1993 (Ponente: Sr. JIMENEZ VILLAREJO)— en cuanto implica la reducción de una persona a la condición de objeto, de fardo, de mera

cosa, la utilización de la misma para el procaz divertimento de gentes, su anulación como persona libre, la negativa, en definitiva, de su dignidad de hombre. Y la sentencia de la misma Sala de 12 de abril de 1994 (Ponente: Sr. JIMENEZ VILLAREJO) diferencia el "trato degradante" con las expresiones levemente injuriosas o incorrectas desprovistas de grave carga ofensiva.

Hemos calificado este delito como de resultado, pues la acción típica consistente en infligir a una persona un trato degradante debe alcanzar la intensidad suficiente para "menoscabar gravemente su integridad moral". La producción de esta consecuencia, dentro de la adecuada relación de causalidad, nos lleva al análisis de las condiciones personales de la víctima, planteándonos si se puede producir este resultado cuando caben dudas sobre la integridad moral del sujeto pasivo. Sin embargo, debemos recordar que la dignidad es inherente al hombre, de tal forma que es independiente de su existencia real en el pasado y en el presente de una persona determinada. Si debemos respeto a la integridad moral de todas las personas (aun de las "indignas"), resulta —en buena medida— superflua la exigencia de resultado en este delito, pues ni siquiera es útil para medir el grado de intensidad de la acción típica. Y ello porque la propia noción de "trato degradante" implica —según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— un menoscabo grave de la integridad moral o dignidad de la víctima.

D. Culpabilidad y exención de responsabilidad

No se puede dudar del carácter intencional de este delito: infligir un trato degradante significa, además, una especial perversidad cuando —por las relaciones con la víctima— se busca la impunidad de tan grave conducta.

Es impensable que la realización de estos actos parezca lícita a su autor, desconociendo las más elementales reglas de convivencia y humanidad. Ello excluye la comisión por culpa o negligencia y el error de prohibición.

Por lo que se refiere a las causas de exclusión de la responsabilidad, resulta verdadera-

mente difícil admitir una causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo) para legitimar esta conducta.

Así lo ha declarado, de forma terminante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de Irlanda contra el Reino Unido: El Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, cualquiera que sean los actos de la víctima. El artículo 3 no establece ninguna excepción y, conforme al artículo 15.2, no admite derogación siquiera en el caso de un peligro público que amenace la vida de la nación.

Tampoco puede ser fundamento de la exclusión de la responsabilidad el consentimiento del ofendido o víctima de la conducta sancionable y ello porque —con independencia del carácter irrenunciable de los derechos humanos fundamentales— el bien jurídico protegido en esta falta es la dignidad de la persona y su integridad moral, y, sólo en último lugar, el honor de las personas.

E. Problemas concursales

Cuestión llena de dificultades es la distinción de esta infracción con los delitos —comunes y militares— relacionados con la protección de la dignidad de la persona humana y derechos del hombre.

La primera delimitación ha de hacerse con el delito de tortura y con el atentado contra la integridad moral, cometidos por Autoridad o funcionarios públicos. La misma diferenciación ha de plantearse con el artículo 182 del Código Penal Militar (coacciones, violencia, intimidación o cualquier otro delito, cometidos en un procedimiento judicial militar, con el fin de obtener o impedir confesión, testimonio, informe o traducción).

Especiales problemas presenta esta infracción cuando la comparamos con los delitos militares de abuso de autoridad, en los supuestos de personas que tengan la condición de militares subordinados al superior culpable de la conducta degradante. Nos inclinamos siempre por la aplicación de los delitos castrenses previstos en los artículos 103 (tipo

básico del abuso de autoridad), 104 (maltrato de obra a inferior) o 106 (trato degradante o inhumano). La identidad entre este último delito y el que estudiamos, sitúa la distinción entre ambos en la condición del culpable y de la víctima: existirá delito militar si se da la relación jerárquica castrense (superior-inferior), por ejemplo, entre un miembro de la Guardia Civil y otro militar subordinado. A tales efectos es decisiva la definición de "superior" contenida en el artículo 12 del Código Penal Militar.

Tampoco ofrece dudas la preeminencia de los artículos 76, 77 y 78 (delitos contra las Leyes y Usos de la Guerra) del Código Penal Militar, normas incriminadoras de los delitos contra las personas protegidas en caso de conflicto armado (Derecho Internacional Humanitario), como prisioneros de guerra, heridos, enfermos, náufragos o personas civiles; incluso el artículo 76 utiliza la expresión "trato inhumano" referido a los prisioneros de guerra. Y lo mismo cabe decir en relación con los delitos previstos en los artículos 608 y siguientes del nuevo Código Penal.

La gravedad de la conducta prevista en el delito que comentamos sirve para diferenciarla de otras infracciones disciplinarias (graves y leves) también previstas en la L.O. 11/1991.

Así, la condición de la víctima (personas bajo custodia) la distingue de la falta del artículo 8.1 de la misma ley: atentado grave a la dignidad de los ciudadanos en el desempeño del servicio o vistiendo uniforme. No cabe duda que la práctica de tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios o vejatorios constituye un "atentado grave a la dignidad de los ciudadanos", que se convierte en la falta muy grave prevista en el artículo 9.2 de la citada L.O. 11/1991 si tales "ciudadanos" se encuentran bajo custodia.

F. Penalidad

Consecuentemente con las características de este delito común, se castiga con una pena privativa de libertad (prisión de seis meses a dos años) inferior a la prevista para el delito de tortura y al atentado grave contra la integridad moral —cometidos por autoridad o funcionario— e idéntica a la establecida para el

tipo residual de atentado no grave contra la integridad moral de una persona cometido por autoridad o funcionario.

Resulta, por otra parte, congruente con el desvalor de las acciones que se incriminan el que se haya prescindido de la pena de arresto de fin de semana, multa o privación de derechos.

Sin embargo, no se debe dejar de señalar que la pena asignada a este delito, salvo que sea impuesta en su grado máximo (dos años de prisión), es susceptible de ser suspendida en su ejecución, atendiendo a la peligrosidad criminal del sujeto, conforme al artículo 80 del nuevo Código Penal. Por otra parte, el artículo 57 atribuye a los Jueces y Tribunales la facultad de acordar —en sus sentencias condenatorias por los delitos de torturas y contra la integridad moral— la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueran distintos, dentro del período de tiempo que el Juez o Tribunal señalen, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años.

EL DELITO DE TORTURA (art. 174)

A. Encuadramiento sistemático y caracteres de este delito

Si bien el artículo 174 del nuevo Código Penal regula este delito partiendo del texto del artículo 204 bis del Código Penal que se deroga (introducido por Ley 3/1978, en cumplimiento de la obligación contraída por España al ratificar la Convención contra la tortura de 1984), prescinde de configurar la tortura como un tipo agravado de otros delitos y le atribuye carácter autónomo (Informe del Consejo General del Poder Judicial), en su encuadramiento sistemático el delito de tortura ha abandonado su clásico emplazamiento entre los "Delitos de los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes" para situarse, como hemos visto, en el Título VII denominado "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral".

En cuanto a los caracteres de este delito, lo

primero que destaca es que el sujeto activo sólo puede ser una autoridad o funcionario público (en el tipo específico: un funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores), por lo que estamos ante un delito especial (DE LA CUESTA) impropio en la medida que tiene correspondencia con delitos comunes (MUÑOZ CONDE). Y ello porque lo característico de la estructura de lo injusto de los delitos especiales (en este caso, impropios) reside en la infracción de un deber que, respecto a determinados bienes jurídicos, tienen determinados sujetos (MAQUEDA ABREU).

Es un delito autónomo, integrado por un tipo básico, un tipo agravado y un tipo específico, diferenciado de otros resultados (MUÑOZ CONDE), cuya naturaleza independiente se sustenta —según DE LA CUESTA— en la amplitud de su dictado típico, en la especialidad de su marco de actuación y en el bien jurídico específicamente protegido. Según MAQUEDA ABREU es un delito de resultado cortado, pues el funcionario orienta su acción a la obtención de un resultado externo (obtener una confesión o información o castigar a una persona) cuya producción no se exige para la consumación. Pero, al mismo tiempo, en este tipo complejo se exige un resultado integrado por los sufrimientos físicos o mentales de la víctima, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, lo que ha llevado a caracterizar a la tortura como un delito de resultado (DE LA CUESTA). De forma que la complejidad del tipo, su estructura dolosa y la existencia de elementos subjetivos del injusto, lo configura como un delito de intención (POLAINO NAVARRETE) o de tendencia interna trascendente (GOMEZ BENITEZ), subtipo de los de resultado cortado (DE LA CUESTA).

Hemos repetido que se trata de un delito complejo integrado por una cualificación de la antijuricidad (conducta abusiva del funcionario), elementos subjetivos del injusto (finalidad de obtener una confesión o información o, simplemente, el castigo de la víctima), diversas acciones típicas (sometimiento a las condiciones o procedimientos que se describen) y diferentes resultados (producción de sufri-

mientos físicos o morales, supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o cualquier otro atentado contra la integridad moral). No es pues aventurado calificar este delito como un tipo mixto alternativo, pues basta la concurrencia de alguno de los elementos subjetivos, cualquiera de las acciones típicas o uno de los resultados para consumar la infracción.

La doctrina está de acuerdo con que este delito es eminentemente doloso y no susceptible de comisión por imprudencia. Fundamentan este criterio la exigencia del "abuso de su cargo" por parte del funcionario y las finalidades que constituyen los elementos subjetivos del injusto. Por mi parte estimo que —a la vista de los resultados típicos— es posible su comisión a título de dolo eventual y rechazables los supuestos de imprudencia cuyo castigo, por otra parte, veda el artículo 12 del nuevo Código Penal al no estar tipificada la conducta culposa.

B. Bien jurídico protegido y sujetos activo y pasivo

Partiendo del ya señalado carácter pluriofensivo de este delito, debemos destacar que el artículo 174 se encuentra dentro del Título VII "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral". Del "nomen iuris" se deriva pues que la "tortura" es uno de los delitos contra la integridad, dignidad de la persona humana o si se quiere de las garantías personales más elementales, reconocidas por la Constitución, de los afectados por las tres vertientes básicas —policial, judicial y penitenciaria— del funcionamiento de la Justicia (DE LA CUESTA). Para otros autores, la "ratio iuris" es el abuso de poder, que da primacía al ataque a las libertades y derechos consagrados por la Constitución (RODRIGUEZ DEVESA-SERRANO GOMEZ). En todo caso, al lado del bien jurídico preferentemente tutelado, se protegen también —como hemos visto— la libertad personal, la incolumidad o integridad física y mental, la función pública y las garantías procesales reconocidas en la Constitución, particularmente a las personas

sometidas a interrogatorios por autoridades o funcionarios públicos o a los detenidos, internos o presos.

No existen discrepancias doctrinales al calificar esta infracción penal como un delito especial impropio, puesto que el sujeto activo solo puede ser la autoridad o funcionario público y en las "torturas penitenciarias" la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o centros de protección o corrección de menores (MUÑOZ CONDE, RODRIGUEZ DEVESA-SERRANO GOMEZ, RODRIGUEZ RAMOS), quedando excluidos los particulares a quienes les serán de aplicación los respectivos delitos comunes (ALONSO PEREZ). Añade MAQUEDA ABREU que se trata de la infracción de un deber legal (extrapenal) inherente a la función, vinculada a la inobservancia de las normas que rigen el proceso de investigación policial o judicial o bien la custodia y vigilancia penitenciarias, rechazando mayores precisiones en la descripción del sujeto activo (por ejemplo: una referencia a la policía judicial o a los jueces y fiscales), sin perjuicio de la conveniencia de ampliar el marco típico de este delito. Criterio, por cierto, acogido por el artículo 174 que analizamos, que suprime la anterior referencia local al "curso de una investigación policial o judicial".

El artículo 24 del nuevo Código Penal nos proporciona el concepto de "autoridad" (el que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia) y de "funcionario público" (todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas) a efectos del indicado texto punitivo. Es indudable que se encuentran comprendidos en la definición los funcionarios médicos encargados de la atención de presos o detenidos, cuya inclusión entre los sujetos activos propone razonablemente la doctrina.

En principio, sujeto pasivo de esta infracción puede ser cualquier persona, ya sea un detenido o un testigo (ALONSO PEREZ), aunque del análisis de la acción típica debemos matizar que se debe tratar de una perso-

na sometida a interrogatorio policial o judicial, privada de libertad o sujeta de alguna manera a la autoridad del sujeto activo, de forma que sea posible someterla a las condiciones o procedimientos incriminados, con abuso de su cargo. En las llamadas torturas penitenciarias –tipo específico de este delito– el sujeto pasivo debe ser un detenido, interno o preso en instituciones penitenciarias o centros de protección o corrección de menores.

C. Acción típica

Introducción.

El artículo 174 del nuevo Código Penal describe el delito de torturas incriminando un tipo básico (primer párrafo del número 1 del precepto), que comienza con la frase: "comete tortura...", estableciendo mayor pena para el supuesto agravado (que se cualifica por la intensidad del atentado contra la integridad moral) y añadiendo un tipo específico donde se castiga con las mismas penas las torturas penitenciarias (número 2 del artículo).

En todos estos supuestos concurren los siguientes elementos:

- Sujetos activos especiales (autoridad o funcionario público).
- Abuso de su cargo por parte del sujeto activo.
- Elemento subjetivo del injusto, consistente en la finalidad de conseguir una confesión o información o castigar a cualquier persona por un hecho determinado o por meras sospechas.
- Verbo típico: someter a esa persona a las condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias (o de cualquier otro modo) produzcan el resultado típico previsto por el precepto.
- Resultado: ocasionar a la víctima sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión; o atentar de otro modo contra su integridad moral.

Tipo básico.

Analiza DE LA CUESTA la definición internacional de la tortura que, en la línea abierta por la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1975, está contenida en el artículo 1 de la Convención contra la tortura de 1984, según el cual se entiende por 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 se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimiento que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

El abuso del cargo por parte de la autoridad o funcionario constituye el primer requisito de la acción típica prevista en el artículo 174 del nuevo Código Penal. Se trata, como dice RODRIGUEZ DEVESA-SERRANO GOMEZ, de un abuso de la situación de inferioridad en que se encuentra el sujeto pasivo; en realidad es un prevalerse del carácter público del culpable que se tipifica como delito autónomo, en lugar de integrar la circunstancia de agravación del artículo 22-7.^º del nuevo Código Penal.

El verbo que describe la acción típica es, sin duda, someter a la víctima a condiciones o procedimientos que produzcan resultados previstos en la infracción, que pueden resumirse en la causación de sufrimientos, quebrantamiento de su voluntad o atentado contra su integridad moral, como consecuencia residual.

Estima con razón ALONSO PEREZ que el precepto parece incriminar el uso de métodos, químicos o psicológicos, que permitan adue-

ñarse de la voluntad del interrogado ("procedimientos que por su naturaleza... supongan... la supresión o disminución de su facultades de conocimiento, discernimiento o decisión"). Naturalmente ello no descarta la tipificación de los medios violentos –violencia física o mental– para vencer la resistencia del interrogado y anular total o parcialmente su voluntad, particularmente en la llamada tortura indagatoria o inquisitiva (dirigida a obtener una confesión o información), distinta de la tortura vindicativa (castigo por cualquier hecho que la víctima haya cometido o se sospeche que ha cometido).

La primera consecuencia es la más típica de la tortura y consiste en causar al sujeto pasivo "sufrimientos físicos y mentales". No exige el tipo delictivo la gravedad de tales dolores o sufrimientos, que si concurre integraría el supuesto cualificado castigado con mayor pena. Sin embargo, es preciso que los sufrimientos sean importantes, pues esta entidad del resultado sirve a la jurisprudencia y doctrina para distinguir la tortura de los tratos inhumanos o degradantes y de los antiguos "apremios". Es de alabar, por otra parte, que se contemplen los sufrimientos mentales o psíquicos al lado de los físicos, lo que incrimina las amenazas para lograr la sumisión de una persona (DE LA CUESTA). Compartimos con este autor sus reflexiones sobre la dificultad de valorar objetivamente la entidad del sufrimiento físico y mental, cuya gravedad nos remite a criterios eminentemente subjetivos-derivados de la capacidad individual de resistencia.

El segundo resultado está descrito con gran precisión en el texto punitivo y abarca tanto la supresión como la disminución (en términos apreciables) de las facultades de la víctima en orden al conocimiento, discernimiento (que quiere decir capacidad para distinguir una cosa de otra) o decisión. Es decir, supone el quebrantamiento de la voluntad del sujeto pasivo, el mayor atentado contra su libertad individual y el completo desconocimiento de las garantías procesales y de los derechos fundamentales de la persona.

El último resultado tiene un carácter residual frente a los anteriores, pues incrimina el

sometimiento de la víctima a condiciones o procedimientos que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. Tan genérica descripción dificulta la delimitación de este delito con el de trato degradante, menoscabando gravemente la integridad moral (art. 173) y con el artículo 175 que castiga los atentados contra la integridad moral de una persona cometidos por autoridad o funcionario.

Tipo agravado.

Lo que hemos llamado "tipo agravado" consiste en la previsión de una pena más elevada que la correspondiente al tipo básico (prisión de dos a seis años frente a uno a tres años), si el atentado fuera grave. Hay que entender que la gravedad del "atentado" contra la víctima hace referencia a todos los resultados de la conducta criminal, es decir: a sus sufrimientos físicos y mentales, a la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión y a cualquier otro atentado contra su integridad moral. Con sobrada razón apunta ALONSO PEREZ las dificultades para la calificación de la gravedad de los hechos, que se deja al arbitrio judicial su apreciación, extremo que puede resultar peligroso y debe ser ponderado por la jurisprudencia.

Pero existe otro problema mayor, consistente en la posible doble valoración penal de los resultados de la tortura. En efecto, cuando tal reprochable práctica produce –además del atentado a su integridad moral– un resultado lesivo para la víctima (por ejemplo, lesiones graves), se puede afirmar que el atentado es grave y, por tanto, se debe aplicar la penalidad agravada que contempla el tipo cualificado del artículo 174, a la que se añade el castigo separado de las lesiones conforme al artículo 177 del mismo Código Penal. Y tampoco resulta satisfactoria la solución de reducir la gravedad exigida por el tipo cualificado al atentado contra la integridad moral, con olvido de lesiones o daños a bienes tan relevantes para la calificación de la tortura como la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima.

Tipo específico: las torturas penitenciarias.

El número 2 del artículo 174 que comentamos, siguiendo la técnica del anterior artículo 204 bis, castiga con idénticas penas los mismos actos descritos en el tipo básico cuando los sujetos activos sean autoridades o funcionarios de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores y los pasivos detenidos, internos o presos. La novedad, respecto del texto precedente, es la inclusión entre los sujetos activos de las autoridades o funcionarios de centros de protección o corrección de menores y la consecuente adición, entre los sujetos pasivos, de los internos.

El tipo específico que analizamos se remite a "los actos a que se refiere el apartado anterior", es decir, a la acción típica básica consistente en someter a cualquier persona (en este caso a detenidos, internos o presos) 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. De forma que, de la interpretación del término "actos" empleado por el precepto, se deduce la no exigencia de las finalidades que integran el elemento subjetivo del tipo básico (ALONSO PEREZ).

Los artículos 521 a 526 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regulan el tratamiento de las personas detenidas y el régimen de los establecimientos penitenciarios se rige por la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria (modificada por Ley Orgánica 13/1995), y el Reglamento Penitenciario de 9 de febrero de 1996. En el ámbito de la Jurisdicción Militar está vigente el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, aprobado por Real Decreto 1396/1992. El artículo 4, número 2, apartado a) del Reglamento Penitenciario establece que los internos tendrán "Derecho a que la Administración penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud, sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a torturas, a malos tratos de pala-

bra o de obra, ni ser objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas".

El procedimiento ante los Juzgados de Menores —creados por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985— está regulado por la Ley Orgánica 4/1992 (que modificó la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948) y las medidas que puede adoptar el juez en su resolución son las previstas en la citada Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, entre las que se encuentra la puesta a disposición del menor de las Instituciones administrativas de protección de menores (art. 9) y el ingreso en un Centro de régimen abierto, semiabierto o cerrado o internamiento por uno a tres fines de semana (art. 17). En el nuevo Código Penal está prevista la aprobación de una futura ley reguladora de la responsabilidad penal del menor (art. 19).

D. Antijuricidad

El artículo 174 que comentamos se caracteriza por la exigencia de un elemento subjetivo del injusto constituido por la finalidad de obtener una confesión o información o castigar a una persona por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido. Tal elemento permite clasificar la tortura como indagatoria (o inquisitiva) o vindicativa.

Por otra parte, no compartimos la crítica que parte de la doctrina (MAQUEDA ABREU) dirige a este elemento finalista del delito de tortura, que considera superfluo. Por el contrario, estimamos que, precisamente, lo característico de la tortura son las finalidades perseguidas por los funcionarios obligados a respetar los derechos fundamentales de las personas y que —entre otras— se expresan en la definición convencional de la tortura: obtener información o una confesión (tortura inquisitiva o indagatoria) o castigar a una persona por un acto que haya cometido o que se sospecha ha cometido (tortura vindicativa).

E. Culpabilidad

Todo el interés que presentaba el problema de la comisión culposa del delito de tortura, por la imposibilidad de aplicar el artículo 565

del anterior Código Penal ante la existencia del comentado elemento subjetivo del injusto en los dos primeros párrafos del artículo 204 bis (RODRIGUEZ DEVESA-SERRANO GOMEZ, ALONSO PEREZ), desaparece con la aprobación del nuevo Código Penal que (en su artículo 12) establece que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley.

Asimismo resulta problemática la comisión doloso-eventual de estos delitos, pues si —como apunta MAQUEDA ABREU— se requiere que la conducta (someter a una persona a determinadas condiciones o procedimientos) y el resultado típico (producción de sufrimientos físicos o mentales, supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión u otro atentado contra la integridad moral) sean queridos como medio para obtener el fin (obtener una confesión o información o castigar a una persona), en la clásica estructura de los delitos de tendencia, aparece dudosa (DE LA CUESTA) la comisión a título de dolo eventual que —por definición— no puede abarcar la preordenación hacia las finalidades que constituyen el elemento subjetivo del injusto del tipo básico de tortura.

El dolo eventual, por el contrario, sí sería posible en el tipo específico de las torturas penitenciarias (art. 174.2), aunque otra conclusión se alcanzaría si el nuevo Código Penal hubiera sido más fiel a la definición internacional (convencional) de la tortura.

F. Formas de aparición. Grados de ejecución y de participación

Aunque no deja de ser polémica la punición de la tentativa en los delitos de tendencia o resultado cortado, el artículo 4 de la Convención sobre la tortura establece que los Estados deban castigar penalmente la tentativa de cometer tortura.

Por otro lado, la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1994 deniega la aplicación del delito continuado a los de torturas del artículo 204 bis del anterior Código Penal, argumentando que no es admi-

sible la continuidad delictiva del artículo 69 bis al tratarse de un bien eminentemente personal. Por ello, cuando terminaba un interrogatorio, fuera formal o informal, nacía un nuevo delito de torturas (ALONSO PEREZ). Del examen del artículo 74.3 del nuevo Código Penal (delito continuado) se llega a la misma conclusión desestimatoria.

En cuanto a la autoría y participación en el delito de tortura, hay que recordar que nos encontramos ante un delito especial impropio, cuyo sujeto activo ha de ser una autoridad o funcionario (cualificado en el tipo específico de torturas penitenciarias), de forma que el autor debe dominar o contribuir a dominar el curso del hecho. Con razón opina MAQUEDA ABREU que esto sucede tanto si realizan la tortura por propia mano (autoría directa) como si se sirven de otro como instrumento (autoría mediata) o ejecutan una parte esencial del plan delictivo común (coautoría), ya mediante la realización de actos típicos o de cooperación necesaria. Precisamente la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1993 calificó como cooperador necesario (art. 14.3 del Código Penal) a quien, dirigiendo un interrogatorio, permitió un maltrato calificado de tortura.

En el supuesto de participación en la tortura de "extranei" (personas no cualificadas como sujetos activos), entendemos con MAQUEDA ABREU que el funcionario o autoridad responderá del delito de torturas y el "extraneus" del delito común que hubiere realizado, salvo que este último fuera el inductor de las torturas. Y ello porque sólo los sujetos activos del delito previsto en el artículo 174 pueden cometer la vulneración de obligaciones específicas que se incrimina en el delito de torturas.

G. Circunstancias eximentes y modificativas de la responsabilidad

Predomina en nuestra doctrina un criterio muy restrictivo en la admisión de las causas de justificación respecto del delito de tortura. No es ajena a esta tendencia la terminante expresión ("en ningún caso") que acompaña a la prohibición de la tortura en el artículo 15 de

la Constitución española (DEL TORO), ni las limitaciones que establece el artículo 2 de la Convención de 1984 para la justificación de la tortura, prohibiendo su invocación en circunstancias excepcionales (estado de guerra, amenaza de guerra, inestabilidad política interna o situaciones de emergencia pública) y rechazando la exención por obediencia debida. Por otra parte, razona RODRIGUEZ DEVESA-SERRANO GOMEZ que, si la ausencia de causas de exclusión de la antijuricidad constituye un elemento negativo del tipo, la antijuricidad se excluye si el funcionario actúa en legítima defensa o cumpliendo las prescripciones legales. Sin embargo, hay que convenir con MAQUEDA ABREU que los principios de necesidad y menor lesividad posible (básicos de la legítima defensa) resultan incompatibles con la práctica de la tortura, por lo que no podrá invocarse la eximente de legítima defensa para repeler una revuelta en un establecimiento penitenciario, justificando la tortura que presupone el estado de indefensión del sujeto pasivo. Y tampoco es asumible justificar la tortura de una persona bajo control de la autoridad o funcionario, invocando el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Por lo que se refiere a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y concretamente a las agravantes, estimo que son inherentes al delito de tortura la alevosía, el abuso de superioridad y la circunstancia de prevalerse del carácter público del culpable (autoridad o funcionario que actúa abusando de su cargo). Por el contrario, entiendo que pueden ser apreciadas las agravantes de "cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, la raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca" (art. 22.4.^º) y de ensañamiento (DE LA CUESTA), es decir: "aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito" (art. 22.5.^º del nuevo Código Penal).

H. Problemas concursales y penalidad

Se debe delimitar el delito de tortura con los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, especialmente con el previsto en el artículo 533 del nuevo Código Penal, donde se castiga con pena muy inferior a la prevista para la tortura al funcionario penitenciario o de centros de protección o corrección de menores que impusiere a los reclusos o internos sanciones o privaciones indebidas, o usare con ellos de un rigor innecesario. Y también con el tipificado —y asimismo castigado con menor sanción— en el artículo 534, número 2, donde se incrimina a la autoridad o funcionario que, con ocasión de lícito registro de papeles, documentos o efectos de una persona, cometa cualquier vejación injusta.

Hay que deslindar el delito que analizamos de las amenazas de torturas (art. 169) y de los atentados contra la libertad sexual cuando la violencia o intimidación revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio (art. 180).

De mayor gravedad que la tortura son el delito de genocidio (art. 607), la tortura o tratos inhumanos infligidos a personas protegidas en caso de conflicto armado (art. 609) o, en la misma ocasión, las prácticas inhumanas o degradantes que entrañen ultraje contra la dignidad personal (art. 611.6.^º) y similares atentados (art. 612.3.^º).

Ya nos hemos referido a los delitos militares de abuso de autoridad previstos en los artículos 103 (tipo básico) y, particularmente, 106 (trato inhumano o degradante), castigados con menor pena que el tipo agravado de torturas, del que se distinguen al exigirse que el sujeto activo del delito castrense sea un militar que tenga la condición de superior. Por el contrario, sólo el ámbito material del delito (un procedimiento judicial militar) distingue la tortura del delito contra la Administración de la Justicia Militar previsto en el artículo 182 del Código Penal Militar.

En el campo disciplinario, infracciones que no alcanzan la gravedad de la tortura se tipifican como faltas graves ("atentado grave a la dignidad de los ciudadanos", artículo 8.1) y

muy graves ("tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios y vejatorios a las personas bajo custodia", artículo 9.2) en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil; o como faltas muy graves para los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ("tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios y vejatorios a las personas bajo custodia", artículo 27.3.c).

En cuanto a la penalidad, el tipo agravado ("cuando el atentado fuera grave") se castiga con la pena de prisión de dos a seis años y el tipo básico con uno a tres años de prisión. Hay que poner de relieve que, conforme al artículo 57 del nuevo Código Penal, los Jueces y Tribunales podrán acordar en sus sentencias —cuando condenen por un delito de torturas y contra la integridad moral— la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueran distintos, dentro del periodo de tiempo que señalen y sin que pueda exceder de cinco años.

No finalizan aquí las consecuencias jurídicas de este delito, pues el propio artículo 174 dispone que, además, se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a diez años. Esta pena privativa de derechos produce, según el artículo 41 del nuevo Código Penal, la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Y supone, asimismo, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

Por otra parte, constituye falta muy grave —que puede ser sancionada con la separación del servicio— para los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil "haber sido condenado por sentencia firme, en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad" (art. 9.10 de la L.O. 11/1991). Y la pena de inhabilitación absoluta implica la pérdida de la condición de militar de carrera (art. 65.1.d de la Ley 17/1989).

ATENTADO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL (art. 175)

A. Encuadramiento sistemático y caracteres de este delito

El artículo 175 del nuevo Código Penal describe un verdadero tipo residual de los delitos contra la integridad moral de las personas cometidos por autoridad o funcionario público. La infracción no se incluye entre los "Delitos de los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes", que sería su lugar más apropiado, para no romper la unidad del Título VII que incrimina de forma autónoma las torturas y otros delitos contra la integridad moral.

El delito guarda una gran analogía con el precedente delito de tortura (art. 174), de donde toma el sujeto activo, el abuso del cargo y uno de los resultados típicos (el atentado contra la integridad moral), prescindiendo de los demás elementos del delito de tortura precisamente para diferenciarse de éste y configurar un tipo residual. Este carácter se acentúa a la vista de las menores penas previstas en el precepto.

En cuanto a sus caracteres, debemos destacar que estamos ante un delito especial impropio, pues el sujeto activo sólo puede ser una autoridad o funcionario público. Con la particularidad de que, al no exigirse la concurrencia de la mayoría de las circunstancias que cualifican el delito de tortura, aumenta considerablemente el número de sus posibles autores.

La descripción típica corresponde a un delito de acción, pues el verbo "atentar" difícilmente admite la conducta omisiva, aunque el artículo 176 tipifica la comisión por omisión. Es un delito de lesión pues supone un daño efectivo al bien jurídico protegido que no es otro que la integridad moral de las personas, "nomen iuris" de todo el Título VII del nuevo Código Penal.

Por otra parte, es un delito autónomo, diferenciado del delito de tortura con quien guarda notable parecido y del que toma numerosos elementos típicos. Es un delito de resultado pues se exige para su consumación que se

produzca efectivamente un atentado contra la integridad moral de una persona. Puede ser caracterizado como un delito complejo al requerir un sujeto activo especial, un elemento positivo en la acción típica (el abuso del cargo), un elemento negativo del injusto (no concurrencia de los requisitos restantes del delito de tortura) y un verbo típico que produce un resultado lesivo (atentar contra la integridad moral de una persona). Se trata de una infracción uniofensiva al vulnerar un solo bien jurídico (la integridad moral).

La acción que se describe en el artículo 175 es susceptible sólo de comisión dolosa, pues el verbo *atentar* es claramente intencional y el abuso del cargo es incompatible con la comisión culposa aunque no con el dolo eventual.

Para el examen del sujeto activo nos remitimos a lo dicho al analizar el delito de tortura y, en cuanto al sujeto pasivo, puede serlo cualquier persona, incluso las jurídicas, pues se reconoce a éstas la titularidad del derecho a la integridad moral que no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, especialmente en aquellas cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental (Sentencia 64/1988 del Tribunal Constitucional). En un sentido más general, la Sentencia 137/1985 ha reconocido la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho privado y público, siempre que recaben para sí ámbitos de libertad, de los que deben disfrutar sus miembros o los demás ciudadanos.

B. Acción típica

La autoridad o funcionario público debe, en primer lugar, abusar de su cargo y tal elemento de la acción típica es literalmente idéntico al exigido en el delito de tortura, a cuyo comentario nos remitimos.

La expresión "fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior" delimita este tipo residual con el delito de tortura, de mayor gravedad. Significa que no deben concurrir todos

los supuestos que harían aplicable el delito previsto en el artículo 174 del nuevo Código Penal. Excluye, por tanto, la aplicabilidad del tipo residual la concurrencia del elemento subjetivo del injusto constituido por la finalidad de obtener una confesión o información (tortura indagatoria o inquisitiva) o castigar a una persona por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido (tortura vindicativa). Pero, aun cuando no se exija tal elemento, tampoco deben producirse —como consecuencia del sometimiento de la víctima a determinadas condiciones o procedimientos— dos de los resultados que caracterizan al tipo mixto alternativo de tortura: la perpetración de sufrimientos físicos o mentales o la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión del sujeto pasivo. Si, por el contrario, se produce el tercer resultado (atentado contra la integridad moral) y la ausencia del mencionado elemento subjetivo, nos encontramos ante el tipo residual que analizamos.

No obstante no deja de plantear problemas la expresión nuclear del artículo 175: *atentar* contra la integridad moral. El verbo típico "atentar" describe una conducta dolosa que nos recuerda el delito de atentado, hoy definido en el artículo 550 del nuevo Código Penal ("Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave..."). Se trata pues de un ataque, agresión, infracción u ofensa contra la integridad moral de una persona. Ahora bien, la expresión —por excesivamente amplia y abstracta— no parece responder a las exigencias mínimas de una descripción típica que satisfaga el principio de legalidad penal en su vertiente de tipicidad.

C. Circunstancias, problemas concursales y penalidad

Resulta muy problemática la concurrencia de una causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un

derecho, oficio o cargo) para legitimar la conducta abusiva de una autoridad o funcionario que atente contra la integridad moral de una persona. Y tampoco es aceptable la virtualidad exculpatoria del consentimiento del ofendido o sujeto pasivo de la acción punible, ya que el bien jurídico protegido (la integridad moral) es indisponible y el delito sólo afecta subsidiariamente al honor de las personas.

Son inherentes a este delito las circunstancias agravantes de abuso de superioridad y prevalerse del carácter público que tenga el culpable (art. 22, 2º y 7º del nuevo Código Penal) y puede ser apreciada la de "cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca (art. 22.4º).

La misma delimitación que se ha hecho entre el delito de tortura y otros delitos previstos en el nuevo Código Penal nos sirve para distinguir el tipo residual que comentamos de las infracciones penales tipificadas en los artículos 169 (amenazas de delitos contra la integridad moral), 180 (agresiones sexuales de carácter degradante o vejatorio), 533 (sanciones o privaciones indebidas o rigor innecesario con reclusos o internos), 634.2 (vejación injusta con motivo de un registro), 607 (genocidio), 609, 611.6.º y 612.3.º (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) y 620-2.º (vejación injusta leve).

Es necesario también realizar análoga referencia respecto de los delitos militares de abuso de autoridad (arts. 103 y 106) y contra la Administración de la Justicia Militar (art. 182, todos del Código Penal Militar). Y en la Ley Orgánica disciplinaria de la Guardia Civil, con la falta grave prevista en el artículo 8.1 (atentado grave a la dignidad de los ciudadanos) y muy grave tipificada en el artículo 9.2 (tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios o vejatorios a personas bajo custodia), conducta esta última que también castiga como falta muy grave el artículo 27.3.c) de la Ley Orgánica 2/1986, para los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

Por lo que se refiere a la penalidad, el ar-

tículo 175 distingue un tipo cualificado ("si el atentado fuera grave") castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, al que se le puede reprochar la ausencia de criterios objetivos para determinar la gravedad del atentado contra la integridad moral. Y un tipo básico sancionado con seis meses a dos años de prisión. Añade el precepto que se impondrá, en todo caso (es decir, en el supuesto del tipo básico y del cualificado), al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años. Esta inhabilitación especial produce, según el artículo 42 del nuevo Código Penal, la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere y de los honores que le sean anejos y la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena, debiendo especificarse en la sentencia los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación. Por otra parte, la pena de inhabilitación especial implica la pérdida de la condición de militar de carrera a los miembros de la Guardia Civil (art. 65.1.d de la Ley 17/1989).

Finalmente, el artículo 57 del nuevo Código Penal faculta a los Jueces y Tribunales para acordar en sus sentencias condenatorias por un delito contra la integridad moral, la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia, dentro del período de tiempo que señalen, sin que pueda exceder de cinco años.

EL TIPO ESPECIAL DE COMISION POR OMISION (art. 176)

A. Caracteres de este delito

Ya advertía, con razón, el Informe del Consejo General del Poder Judicial que no es obstáculo para la configuración de la tortura como actos perpetrados por autoridades o funcionarios, el mantenimiento en el texto del tipo de tortura cometida por otras personas distintas a la autoridad o funcionario autor directo, pues aparecen éstos en posición de garantes, que los hace responsables de los hechos cometidos por su instigación o con su

consentimiento, en la línea reconocida por el Convenio de 1984.

Sin embargo, hay que matizar que el delito previsto en el artículo 176 que comentamos abarca, en su modalidad de comisión por omisión, la ejecución (por otras personas) de los hechos previstos en los tres artículos precedentes, es decir, el delito común de trato degradante (art. 173), el delito de tortura (art. 174) y el tipo residual de atentado contra la integridad moral (art. 175). Es, naturalmente, la forma comisiva y el sujeto activo lo que lo diferencia de los delitos procedentes, de cuyos tipos toma las respectivas descripciones de las conductas incriminadas. El sujeto activo es necesariamente distinto del autor material del trato degradante, tortura o atentado contra la integridad moral, puesto que se trata de otra autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, tolera tales conductas. Y la forma comisiva se concreta en la comisión por omisión que describe el artículo 176: "...permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos" (arts. 173, 174 y 175). Estamos pues ante un delito autónomo y perfectamente diferenciado de las tres infracciones que le preceden, aunque tributario de tales delitos, de los que toma todos los elementos típicos —a excepción del sujeto activo y, naturalmente, la forma comisiva— y las penas respectivamente señaladas. La técnica legislativa supone una remisión a los efectos de conocer los "hechos" que la autoridad o funcionario no impide, faltando a los deberes de su cargo (DE LA CUESTA).

B. Acción típica

La doctrina (RODRIGUEZ DEVESA-SERRANO GOMEZ, MUÑOZ CONDE, DE LA CUESTA, MAQUEDA ABREU, VIVES ANTON, PUIG PEÑA, ALONSO PEREZ) califica la forma comisiva como de comisión por omisión, añadiendo que el tipo presupone que la autoridad o funcionario quedan situados en la posición de garante que les hace responsables de los hechos perpetrados por los autores directos, por omitir impedirlos pudiendo hacerlo (RODRIGUEZ DEVESA-SERRANO GOMEZ, VIVES ANTON). Sin embargo,

DE LA CUESTA matiza esta naturaleza desde la perspectiva de SILVA SANCHEZ, estimando que no se trata de un caso de omisión pura de garante expresamente tipificada, sino de una omisión referida a resultado legalmente tipificada y que se equipara directamente por la misma ley a la comisión. MAQUEDA ABREU estima que puede apreciarse autoría (en comisión por omisión) cuando el funcionario, teniendo la posibilidad de intervenir en el hecho (dominio "potencial") para evitarlo, no lo hace, en contra de lo que prescribe su deber de actuar. Añadiendo que se adopte un criterio formal para la determinación del deber de garante que tome como fuente la ley o una perspectiva material que descansa en la función de protección que compete a ciertas personas, no cabe dudar de la posición de garante del funcionario judicial, policial o penitenciario y su conducta debe ser calificada como autoría por comisión por omisión.

Justamente una cláusula general se introduce en el artículo 11 del nuevo Código Penal, que regula la comisión por omisión, en un precepto que adopta el criterio de la injerencia como fundamentador de la omisión impropia, según la teoría del deber jurídico y que ha sido calificado como manifestación de sectarismo doctrinal (GIMBERNAT ORDEIG). En todo caso, pese a la criticable oscuridad del precepto, es evidente que la conducta tipificada en el artículo 176 que analizamos satisface los requisitos establecidos en el citado artículo 11 para la comisión por omisión: 1º. La no evitación del resultado, al infringir un especial deber jurídico del autor, debe equivaler a su causación y 2º. Debe existir una específica obligación legal de actuar. Todo lo cual nos lleva a concluir que resulta superfluo el tipo previsto en el artículo 176.

En cuanto al verbo típico, entiende RODRIGUEZ DEVESA-SERRANO GOMEZ que "permitir" equivale a no impedir, no prohibir, pudiendo hacerlo, los hechos en cuestión, de forma que el núcleo del tipo está constituido por el "tolerar" la realización de las conductas punibles.

Este delito tiene una estructura dolosa, pues se exige que la autoridad o funcionario actúe "faltando a los deberes de su cargo" y conociendo los hechos previstos, es decir: los injustos típicos de trato degradante, tortura o atentado contra la integridad moral. Y además el verbo típico "permitir" describe una conducta que no puede cometerse por imprudencia.

LAS REGLAS CONCURSALES (art. 177)

Se trata de la regulación del concurso entre los delitos que integran el Título VII ("De las torturas y otros delitos contra la integridad moral") y los otros resultados (lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero) distintos del atentado a la integridad moral. Desechando la técnica propia de los delitos calificados por el resultado, el artículo 177 del nuevo Código Penal establece que se castigarán aquellos hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél (el referido resultado lesivo o dañoso) ya se halle especialmente castigado por la ley.

El artículo 177 parte de un supuesto: el carácter autónomo de todos los delitos previstos en el Título VII (trato degradante, tortura y atentado contra la integridad moral) que, sin embargo, trata conjuntamente al definir el "atentado a la integridad moral", como resultado común a todos ellos. Ahora bien, además de este resultado típico se pueden producir otras consecuencias de las conductas incriminadas y, justamente, cuando estos resultados consisten en la producción de lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, entra en juego la regla especial que constituye la razón de ser del precepto.

¿Qué quiere decir que los referidos resultados se castigarán separadamente? Contestar a esta pregunta es indagar en la utilidad de la norma que comentamos, pues no podemos concebir que el nuevo Código Penal simplemente reitera las reglas del concurso. Precisamente la "ratio" del precepto no puede ser otra que excluir la aplicación de las normas concursales. En primer lugar las propias

del concurso aparente de normas o leyes penales regulado en el artículo 8 del nuevo Código Penal (los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del Código y no comprendidos en los artículos 73 a 77). Como afirma COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON, cuando para el enjuiciamiento global de la conducta haya de recurrirse a la aplicación de dos o más figuras delictivas, los hechos serán constitutivos de dos o más delitos concurrentes, por lo que las diversas leyes aplicadas no entrarán en conflicto y ninguna de ellas quedará desplazada. Se trata de supuestos —como escribe SERRANO BUTRAGUEÑO— en los que hay posibilidad de aplicar más de un precepto legal, pero de tal forma que la aplicación de uno solo de los preceptos que entran en conflicto agota ya todo el desvalor jurídico penal del hecho. Parece evidente que el artículo 177 no se refiere al concurso o conflicto de leyes o normas penales y excluye implícitamente la aplicación de los criterios de especialidad, subsidiariedad, absorción o consunción y alternatividad del citado artículo 8.

Dentro de las normas del concurso de infracciones, que el nuevo Código Penal denomina reglas especiales para la aplicación de las penas, los artículos 73 a 77 se refieren al "concurso real", "delito continuado", "delito masa", "concurso ideal" y "concurso medial". Naturalmente el problema se presenta entre el "concurso real" (existencia de diversos hechos que integran una pluralidad de infracciones independientes) por un lado y por otra parte el "concurso ideal" (unidad de hecho y pluralidad de infracciones) y "concurso medial" (pluralidad de infracciones, cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra). La función del artículo 177 es clarificar que, en los supuestos de atentados contra la integridad moral, se excluyen las reglas del "concurso ideal" y del "concurso medial" (art. 77), así como del "delito continuado" (art. 74), mediante la técnica de romper la unidad de hecho para rechazar toda posibilidad de concurso ideal y, especialmente, toda conexidad entre la acción y los resultados lesivos con el fin de impedir la aplicación de los favorables efectos —en orden a la

aplicación de las penas (arts. 74 y 77)— del concurso medial y del delito continuado. Por ello, no le falta razón a ALONSO PEREZ cuando escribe que este precepto opta por el concurso real de delitos, con los que se impondrían todas las penas correspondientes a las diferentes infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, y, en otro caso, siguiendo el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo (art. 75). En el mismo sentido MUÑOZ CONDE y GONZALEZ CUSSAC entienden que se trata de una norma expresa para evitar la aplicación del concurso ideal o medial, excluyendo también el concurso de leyes y la regla de la absorción.

Finalmente, es preciso analizar el sentido de la oscura redacción de la frase final del precepto: "...excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley". Indudablemente se trata de excepcionar de la regla que determina el castigo separado de los resultados producidos "además" del atentado contra la integridad moral, los supuestos en que uno de tales resultados se encuentre específicamente castigado por la Ley. De forma que podría interpretarse que el pronombre "aquél" se refiere a "la lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero". Quizá esta norma hubiera tenido más sentido frente a los supuestos agravados del anterior Código Penal: lesiones con tortura (art. 421.3) o robo con torturas (art. 501.4), ya desaparecidos. Por ello estimamos que la locución "aquél" se refiere, no sólo a los resultados lesivos o dañosos, sino más precisamente al "atentado a la integridad moral". Así, en el delito de agresiones sexuales castigadas de forma agravada en el artículo 180 cuando "la violencia o intimidación ejercidas revista un carácter particularmente degradante o vejatorio" y en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado consistentes en hacer objeto a una persona protegida de tortura o tratos inhumanos (art. 609), realizar prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes (art. 611.6^a) y hacer objeto a una persona protegida de tratos humillantes o degradantes

(art. 612.3^a). Un límite infranqueable vendrá dado por el respeto del principio "non bis in idem".

Podría pensarse que el inciso final del artículo 177 excluye también del castigo separado de los resultados lesivos o dañosos que describe, cuando éstos se encuentren sancionados en el delito de tortura —con independencia del atentado contra la integridad moral— interpretando que los "sufrimientos físicos" a que alude pudieran integrar la mencionada lesión a la integridad física o a la salud. Sin embargo, no me parece aceptable esta postura, pues la expresión "atentado a la integridad moral" comprende, en mi criterio, todos los resultados lesivos de los delitos descritos en los artículos 173, 174 y 175; por lo que la regla concursal que obliga a la punición independiente —y por tanto su excepción— se refiere a los resultados causados además ("aún más"), es decir: que de ninguna manera puedan ser comprendidos dentro de los amplios términos que definen todo atentado, incluido el grave, contra la integridad moral.

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina: "La doctrina penal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estudio de casos". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, enero-abril 1990.
- ALONSO PEREZ, Francisco: "Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos". Tesis doctoral inédita. Madrid, mayo 1995.
- BARBERO SANTOS, Marino: "El respeto de los derechos humanos: Grandeza y servidumbre de la actividad policial (la situación en España)", en Estudios Penales y Criminológicos, Volumen IX, Universidad de Santiago de Compostela, 1986.
- HERISTAIN, Antonio: "La institución policial y su articulación con los derechos del ciudadano", Cuadernos de la Guardia Civil. Con el mismo contenido: "Código deontológico policial según las Naciones Unidas", en Estudios Penales y Criminológicos, Volumen VII, Universidad de Santiago de Compostela, 1984. "Derechos humanos de las víctimas del delito. Especial consideración de los torturados y aterrorizados", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Septiembre-Diciembre 1986.
- CONSEJO DE EUROPA: "Fuerzas de Seguridad en las democracias europeas", Fundación Encuentro, Centro Internacional de Estudios Europeos, Reunión de Estrasburgo de noviembre de 1990.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: "Anteproyecto de Código Penal 1994. Informe del Consejo General del Poder Judicial y voto concurrente formulado", Cuadernos del C.G. del Poder Judicial, 1991.
- CUESTA ARZUMENDI, José Luis de la: "El delito de tortura", Bosch, Barcelona, 1990.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "Prólogo" a la edición del nuevo Código Penal, publicada por Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- GONZALEZ CUSSAC, José Luis: "Delitos de tortura y otros tratos degradantes", Ponencia del "Congreso sobre el nuevo Código Penal", Consejo General del Poder Judicial, 4-7 de marzo de 1996, Madrid
- MAQUEDA ABREU, M.ª Luisa: "La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes", Anuario de D. Penal y Ciencias Penales, mayo-agosto 1986.
- MORENO CATENA, Victor: "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal", Revista "Poder Judicial", Numero Especial Justicia Penal, Madrid, 1987.
- MORENTIN CAMPILLO, Benito: "Valoración judicial de la tortura: aspectos médico-legales", en Actualidad Penal número 3, 15 a 21 de enero de 1996.
- PICTET, Jean: "Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario", Ginebra, 1986.
- POLAINO NAVARRETE, M: "Los elementos subjetivos del Injusto en el Código Penal español", Sevilla, 1972.
- RIVACOBA RIVACOBA, Manuel de: "Crisis y pervivencia de la tortura", en "Estudios Penales", Libro Homenaje al profesor J. Antón Oneca, Universidad de Salamanca, 1982.
- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: "Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte", en "Comentarios a la Legislación Penal", Tomo I, Edersa, Madrid, 1982.
- RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: "El abuso de autoridad como ilícito penal y disciplinario militar", en "La Jurisdicción Militar", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.
- SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, Celia: "El artículo 204 bis a) del Código Penal", "Estudios Penales", en memoria del profesor Agustín Fernández Albor, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.
- SILVA SANCHEZ, José María: "El delito de omisión. Concepto y sistema", Barcelona, 1986.
- VERRI: "Observaciones sobre la tortura", Traducción, prólogo y notas de RIVACOBA, 1977.