

El delito de tortura

Un estudio sobre los elementos del tipo del artículo 174 del Código penal

Rodrigo Silva Medina

TESI DOCTORAL UPF / 2013

DIRECTOR DE LA TESI

Dr. Ramon Ragués i Vallès

DEPARTAMENT DE DRET



AGRADECIMIENTOS

A pesar de que la elaboración de una tesis doctoral puede ser una tarea muy solitaria, su finalización no se debe exclusivamente a su ejecutor material. Detrás hay otros intervinientes que influyen, a veces sin saberlo, de diversas formas en el resultado. No podía ser de otra manera, considerando que el largo tiempo empleado en este trabajo requiere de más de un salvavidas.

Así, quiero agradecer, en primer lugar, a mi familia entera: a mi madre, Gabriela Medina, por su cariño; a mis hermanos y cuñados, Claudia, Julio, Alberto, Taida, Eduardo, Nathalie, Luis Enrique y Lilibet; a mis sobrinos, Alejandra, Patricia, Sofía, Guillermo, Angélica, Anabela y Gabriel; y muy especialmente a mi padre, Gustavo Silva, quien me apoyó y animó desde el comienzo y a lo largo de todo este recorrido a seguir y seguir y seguir hasta alcanzar la meta.

También quiero agradecer a mis compañeros de faena, tanto en «la pecera» como en «la ratonera». La presencia de ellos durante las largas jornadas de estudio representó para mí un gran apoyo porque fueron ejemplo de disciplina y constancia. Me atreveré a mencionar a algunos, dejando claro que se trata de una lista enunciativa y en orden alfabético: Jesús Becerra, Juan Pablo Cox, Regina Furtado, Felipe Gorigoitia, Miguel Lamadrid, Agustín Macagno, Iván Navas, Diego Seitún, Carlos Vázquez. Quiero manifestar mi eterna gratitud a Felipe de la Fuente y Leticia Morales. Sus consejos y observaciones fueron importantes aportaciones para darle forma definitiva a esta tesis.

Estar lejos de casa por tanto tiempo obliga hasta al más solitario de los llaneros a buscar familias sustitutas. Pues bien, quiero, en este sentido, agradecer a Marta, Federico, Juanito, Alex y Marzia. Ellos me acogieron y cuidaron (¡demasiado!) bien. Gracias, Marta, muchas gracias. Asimismo, y de manera especial, quiero agradecer (de nuevo) a Jesús Becerra y a toda su hermosa familia, no solo por su apoyo «en las buenas y en las malas», sino por haber sido, para mí, durante todos estos años, un verdadero hermano con todas las letras. Y, por supuesto, quiero recordar y agradecer con cariño a Katherinne Román, por darle razón y sentido a la voz «compañera».

A lo largo del camino tuve la dicha de conocer y querer a personas muy especiales, tanto en el ámbito académico como fuera de él. A todas les agradezco estar cerca: Montserrat Cabrera, Alba Jornet, Glòria Masana, Laila Michaud, Cristina Orso, Alicia Ozores, Aitana Pérez, Glòria Pujol, Sergio Salinas, Constanza Sánchez, David Sanjuán, Aleksandra Tymczewska, Elena Vallejo y demás amistades que saben que las quiero. Todos se han interesado por mi suerte y destino de manera muy sincera. Por eso, ¡gracias!

Es justicia agradecer a Lluïsa y Adela, por ser pacientes conmigo y con las excentricidades y cambios de humor de la burocracia venezolana. ¡Perdonen mil veces las molestias!

A propósito de Venezuela. Desde la distancia, este trabajo fue impulsado por las «buenas vibras» de muchas amistades. Recuerdo, en este momento, a Reinaldo Cabrera, Arazulis

Espejo, Marieva Caguaripano, Yelena Carpio, Sacha Fernández, Jorge González, Gorka Llona, Claudio Meneses, Luz Mejía, Gustavo Millán y Luis Vásquez. Un millón de gracias a todos por estar «pendientes».

Last but not least, quiero agradecer especialmente al tutor de esta tesis, Ramon Ragués. Su magisterio y paciencia, ejercido con mucho respeto y profesionalismo, me han guiado por aguas seguras hasta alcanzar este buen puerto.

RESUMEN

La interpretación del tipo del delito de tortura plantea una serie de dificultades que tienen como consecuencia que la aplicación de tal figura delictiva haya venido siendo poco segura por parte de la jurisprudencia. Las cuestiones relacionadas con los sujetos activos, la naturaleza de la conducta típica, los problemas derivados de las relaciones concursales y la codelincuencia, así como las dudas relativas al ámbito de protección del injusto, representan una serie de interrogantes que la seguridad jurídica exige solucionar para la aplicación del tipo contenido en el artículo 174 CP. Para resolver estos y otros problemas prácticos, en el presente trabajo se argumenta a favor de interpretar el mencionado delito como pluriofensivo, de mera actividad, de infracción de deber y vinculado al *ius puniendi*. Estas herramientas resultan útiles para la configuración de este delito que, lamentablemente, todavía tiene vigencia en la práctica judicial.

RESUM

La interpretació del tipus del delict de tortura planteja una sèrie de dificultats. A conseqüència, l'aplicació de aquesta figura delictiva és polèmica en la jurisprudència. Les qüestions relacionades amb els subjectes actius, la naturalesa de la conducta típica, els problemes derivats de les relacions concursals i la codelincuencia, junt amb els dubtes relatius a l'àmbit de protecció de l'injust, representen una sèrie d'interrogants. En raó de la seguretat jurídica, cal solucionar aquets aspectes per a l'aplicació del tipus recollit en l'article 174 CP. Per resoldre aquests i d'altres problemes pràctics, en el present treball s'argumenta a favor d'interpretar l'esmentat delict com pluriofensiu, de mera activitat, d'infracció de deure i vinculat al *ius puniendi*. Aquestes eines resulten útils per a la configuració d'aquest delict que encara és vigent en la pràctica judicial.

ÍNDICE

Abreviaturas	xiii
Introducción	17
Capítulo I. El bien jurídico protegido por el delito de tortura	19
I.1. La prohibición de la tortura en el ordenamiento jurídico español	19
A) Regulación constitucional: la integridad física y moral como derecho fundamental.....	20
a) Clasificación del derecho a la integridad física y moral	23
b) Contenido del derecho a la integridad física y moral.....	26
c) Diferencias entre la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes	28
B) Regulación legal: la previsión de la tortura en el Código penal.....	33
I.2. El bien jurídico protegido en el delito de tortura.....	36
A) Posiciones de la doctrina	38
a) Posiciones negadoras de la integridad moral.....	38
b) Posiciones afirmadoras de la integridad moral.....	38
c) Valoración preliminar	39
B) Bien jurídico individual: la integridad moral	41
a) Posiciones de la doctrina y la jurisprudencia sobre el concepto del bien jurídico integridad moral.....	41
b) Toma de posición	45
c) Diferencias entre la integridad moral y otros bienes jurídicos personales...	52
C) Bien jurídico colectivo: correcto ejercicio de la función pública	57
a) Posiciones de la doctrina y la jurisprudencia.....	57
b) Toma de posición	60
I.3. Conclusiones	63
Capítulo II. El sujeto activo del delito de tortura.....	65
II.1. Aspectos generales del artículo 24 CP	65
A) Concepto de autoridad desde la perspectiva del artículo 24 CP.....	66
a) Tener «mando»	67
b) Ejercer «jurisdicción propia».....	68
c) Corporación, tribunal u órgano colegiado.....	69
d) Miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Parlamento Europeo y los funcionarios del Ministerio Fiscal.....	70

e) Caso de los llamados «agentes de la autoridad».....	71
B) Concepto de funcionario público desde la perspectiva del artículo 24 CP.....	72
a) Las funciones públicas.....	73
b) Participación en la función pública en virtud de determinados títulos.....	76
II.2. El sujeto activo del delito de tortura	79
A) Aspectos generales	79
a) Casos de incompetencia relativa	83
b) Caso especial de los funcionarios penitenciarios	84
c) Casos de cuerpos paramilitares o parapoliciales	90
B) Los sujetos activos en concreto.....	91
a) Los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado	91
b) Los fiscales.....	94
c) Los jueces penales	95
d) Los funcionarios y empleados de instituciones penitenciarias y de los centros de protección o corrección de menores, públicos y privados.....	95
e) Los médicos forenses	97
f) Docentes y personal administrativo de los centros de enseñanza pública...	98
g) Cualquier funcionario público que tenga competencia para instruir o decidir los procedimientos disciplinarios y administrativo-sancionadores.....	101
II.3. Conclusiones.....	103
Capítulo III. El tipo objetivo del delito de tortura.....	105
III.1. Clasificación del tipo de tortura.....	105
A) El delito de tortura es un delito de mera actividad.....	105
B) El delito de tortura es un delito de lesión	107
C) El delito de tortura es un delito permanente	108
D) El delito de tortura es un delito de medios resultativos	109
E) El delito de tortura es un delito alternativo o mixto alternativo.....	110
F) El delito de tortura es un delito de comisión, susceptible de ser cometido por omisión	111
III.2. El tipo del delito de tortura.....	112
A) Parte objetiva del tipo de tortura.....	112
a) El alcance de la voz «someter» a otra persona	113
b) El alcance de las condiciones o procedimientos	114
c) Las aptitudes de las condiciones o procedimientos	137

d) La evaluación de la aptitud de las condiciones o procedimientos, ¿debe ser general o específica?	147
B) Gravedad.....	151
C) El abuso del cargo	153
III.3. Conclusiones	156
Capítulo IV. El tipo subjetivo del delito de tortura	157
IV.1. El dolo en el delito de tortura	157
A) Elementos descriptivos del tipo de tortura.....	159
B) Elementos normativos del tipo de tortura	160
a) Elementos normativos jurídicos del tipo de tortura	160
b) Elementos normativos sociales del tipo de tortura	163
IV.2. Los elementos subjetivos del tipo del delito de tortura	164
A) Aspectos generales de los elementos subjetivos del tipo en el delito de tortura	164
a) Importancia de la previsión de elementos subjetivos en el tipo de tortura	165
b) La previsión de finalidades específicas en el concepto de tortura según el Derecho internacional de los derechos humanos	166
c) Los elementos subjetivos del tipo de tortura, ¿deberían ampliarse o suprimirse?	172
d) ¿Es posible apreciar la concurrencia de los elementos subjetivos en los casos de motivaciones estrictamente privadas?	176
e) ¿Qué ocurre si en el comportamiento típico no concurre alguno de los elementos subjetivos del tipo?	177
f) ¿Qué clase de delito es el de tortura desde la perspectiva de los elementos subjetivos que lo integran?	178
B) Aspectos específicos: Los elementos subjetivos del tipo de tortura en concreto	179
a) Obtener una confesión.....	179
b) Obtener información	181
c) Castigar	182
d) Discriminar	188
IV.3. Conclusiones	194
Capítulo V. La autoría y participación en el delito de tortura.....	197
V.1. El delito de tortura como delito de infracción de deber	197
V.2. Autoría en el delito de tortura	202

A) Ejecuciones conjuntas a título de autor.....	202
B) Autorías a través de persona intermedia	211
a) Casos en los que la persona que ejecuta materialmente es un instrumento sin responsabilidad penal.....	212
b) Casos en los que el ejecutor material es responsable penalmente	220
C) Participación del <i>extraneus</i> en el delito de tortura.....	231
a) ¿Cuál es el título de participación que le corresponde al partícipe extraneus?	233
b) ¿Es admisible la participación en un hecho principal no doloso en el caso del delito de tortura?.....	236
c) ¿Cuáles son las consecuencias penológicas para el partícipe extraneus?....	238
d) El caso de los intervinientes extraneus en calidad de cómplices	239
V.3. Conclusiones.....	241
Capítulo VI. Problemas dogmáticos particulares: la tentativa y los concursos en el delito de tortura	243
VI.1. La tentativa en el delito de tortura	243
A) Actos preparatorios punibles	243
B) La tentativa en el delito de tortura	244
a) El comienzo de ejecución en el delito de tortura	245
b) Ejecución parcial o total en el delito de tortura	248
c) La parte subjetiva de la tentativa.....	252
C) El desistimiento voluntario en el delito de tortura	253
D) La tentativa inidónea.....	256
VI.2. Los concursos en el delito de tortura	257
A) Regulación general.....	257
B) Regulación específica: artículo 177 CP	259
a) La tortura y la salud e integridad física.....	266
b) La tortura y la libertad ambulatoria.....	270
c) La tortura y las amenazas y coacciones.....	272
d) La tortura y la libertad sexual.....	274
e) La tortura y los delitos contra la vida humana independiente.....	276
f) La tortura y los delitos de lesa humanidad.....	279
VI.3. Conclusiones	280
Conclusiones.....	283

Jurisprudencia citada.....	295
Bibliografía	305

ABREVIATURAS

§/§§	párrafo/s
AAP	Auto de Audiencia Provincial
<i>ADPCP</i>	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
<i>Alb. L. Rev.</i>	Albany Law Review
<i>Am. U. Int'l L. Rev.</i>	American University International Law Review
art./arts.	artículo/s
<i>ASILS Int'l L. J.</i>	Asils International Law Journal
BOE	Boletín Oficial del Estado
<i>Cal. W. Int'l L. J.</i>	California Western International Law Journal
<i>Can. J. L. & Jurisprudence</i>	Canadian Journal of Law and Jurisprudence
<i>Cardozo L. Rev.</i>	Cardozo Law Review
CCT	Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
CE	Constitución Española de 1978
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
Cfr.	Cónfer (véase)
CIPST	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
<i>Columb. Hum. Rts. L. Rev.</i>	Columbia Human Rights Law Review
coord./coords.	coordinador/es
CP	Código penal de 1995
<i>CPC</i>	Cuadernos de Política Criminal
DCT	Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
dir./dirs.	director/es
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ed.	edición
FJ	Fundamento jurídico
<i>Ind. L. J.</i>	Indiana Law Journal

<i>infra</i>	debajo
<i>JJIS</i>	Journal of the Institute of Justice and International Studies
LECRim	Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada mediante Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.
LFCS	Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, de Poder Judicial.
LPSC	Ley Orgánica 1/92, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana.
LRPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
<i>Phil. & Pub. Aff.</i>	Philosophy & Public Affairs
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas
<i>Rev.</i>	Revista
<i>Santa Clara L. Rev.</i>	Santa Clara Law Review
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>supra</i>	arriba
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>Third World L. J.</i>	Third World Law Journal
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia
trad.	traducción
TS	Tribunal Supremo
<i>U. Pa. L. Rev.</i>	University of Pennsylvania Law Review
v.	versus
<i>Va. L. Rev.</i>	Virginia Law Review
<i>Val. U. L. Rev.</i>	Valparaiso University Law Review

vol.

Wash. & Lee L. Rev.

volumen

Washington and Lee Law Review

INTRODUCCIÓN

Una de las conductas punibles de la Parte Especial del Código penal que despierta interés general pero que no ha gozado de la atención necesaria por parte de la dogmática jurídico-penal es el delito de tortura. Tal interés general o social se explica, entre otras razones, porque quienes realizan la conducta típica del delito de tortura detentan el monopolio del *ius puniendi* estatal, es decir, son los encargados de hacer cumplir la ley que obran al margen de ésta para instrumentalizar a las personas que se encuentran en su ámbito por diversas circunstancias. La vulneración de los derechos y garantías de los ciudadanos por parte de quienes deben protegerlas emite una señal de alarma importante a la colectividad.

Desde la perspectiva jurídico-penal, el tipo que describe el delito de tortura también tiene interés para el dogmático. Se trata de un tipo complejo que presenta no pocos problemas necesitados de claridad para su correcta aplicación en los casos concretos. En este sentido, el objetivo del presente trabajo de investigación es determinar el contenido del tipo del mencionado delito. Es decir, se busca determinar cómo está regulado el supuesto de hecho de la disposición penal que castiga la tortura, porque aun cuando han sido elaboradas monografías importantes sobre este tema, se impone realizar una actualización y profundización en diversos aspectos de la tipicidad.

Para empezar, el bien jurídico integridad moral que se protege con este delito no ha sido debidamente delimitado. En efecto, por ejemplo, algunos autores han confundido la integridad moral con la dignidad de la persona, lo que es inexacto, porque la dignidad de la persona es protegida por una diversidad de derechos fundamentales que están relacionados con diferentes bienes jurídicos individuales, e inútil, porque no aporta la claridad necesaria para delimitar el ámbito de protección del delito de tortura con respecto de otros delitos en los que también se protegería la dignidad de la persona. Por lo tanto, se requiere hacer un ejercicio de concreción en el estado actual de la discusión sobre el bien jurídico tutelado para facilitar la delimitación con otras figuras delictivas semejantes e interpretar mejor los casos concretos (capítulo I).

Luego está el problema del sujeto activo: ¿cuáles de todos los funcionarios públicos son susceptibles de ser autores del delito de tortura? Normalmente se entiende que los funcionarios de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado son los sujetos activos del delito de tortura, pero otros funcionarios públicos también podrían serlo dadas determinadas circunstancias del tipo, el bien jurídico protegido, las previsiones del Derecho internacional de los derechos humanos y el devenir histórico de esta figura delictiva (capítulo II).

Asimismo, también ha sido objeto de discusión el concepto jurídico-penal de tortura. Por ejemplo, ¿tienen la misma fuerza valorativa, aunque distintos niveles de intensidad, un incómodo interrogatorio a un detenido y una privación de alimentos en una celda de aislamiento? Resulta necesario analizar detenidamente en qué consisten las condiciones o procedimientos que constituyen el riesgo típico del delito de tortura. Para ello se toma en

consideración el aporte bibliográfico anglosajón, donde ha sido ampliamente debatido el asunto relativo a qué conducta puede o no considerarse tortura y cuáles son los parámetros necesarios para evaluar los casos concretos (capítulo III).

En relación con las finalidades de la tortura entendidas como elementos subjetivos del tipo, se observa que aparte de las finalidades clásicas de investigación y castigo, el Código penal español agrega en el artículo 174.1 la finalidad discriminatoria que es de nuevo cuño en el ámbito penal, lo que merece una atención especial. Además, los elementos subjetivos del tipo, que algunos han querido suprimir de la fase subjetiva del tipo, constituyen el eje que permite definir la conducta típica, determinar el ámbito de protección del delito y establecer los posibles autores y, por extensión, los *extranei* (capítulo IV). Con esto último, se resalta, además, que este delito es terreno fértil para la discusión relativa a la codelincuencia, porque pueden intervenir varios sujetos en el hecho típico, tanto *intranei* como *extranei*, lo que tiene consecuencias en materia de autoría y participación. Para ello resulta necesario, además, discutir si el delito de tortura, en tanto delito especial, es un delito que requiere el dominio del hecho para fundamentar la autoría o es un delito consistente en la infracción de un deber (capítulo V).

Por último, resulta necesario abarcar lo relativo a la tentativa y los concursos. La decisión sobre el comienzo de ejecución, la ejecución parcial o total y la consumación de la conducta típica depende, en buena medida, de si se entiende el delito de tortura como necesitado de un resultado externo para su perfeccionamiento, o si lo relevante es la modalidad de la conducta que se realiza, es decir, la idoneidad de la conducta para lesionar los bienes jurídicos sin que sea necesario esperar que se produzca un resultado. Ello genera consecuencias dogmáticas en la tentativa acabada e inacabada que deben ser abordadas. Y en relación con el concurso de delitos, resulta necesario analizar el alcance de la regla especial contenida en el artículo 177 CP, ya que existe una discusión en la doctrina sobre si dicha disposición excluye solamente la posibilidad de estimar los concursos de leyes, o si además de estos concursos también excluye la estimación de los concursos ideales y mediales. La primera postura abriría la posibilidad de prever concursos ideales entre el delito de tortura con los delitos que protegen la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero; mientras que la segunda postura obligaría solamente a considerar el concurso real frente a tales delitos (capítulo VI).

CAPÍTULO I. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE TORTURA

La tortura es un fenómeno al que el legislador penal ha querido hacer frente con el tipo delictivo que será analizado en la presente investigación. Pero este legislador no ha sido el único en preocuparse por dicho fenómeno: el constituyente también ha prohibido la tortura desde el punto de vista de los derechos fundamentales. Así, antes de estudiar lo relativo al bien jurídico protegido por este delito, se procederá a realizar un repaso a la regulación constitucional y legal de la tortura para establecer brevemente el marco normativo de la presente investigación y posteriormente, en el subtítulo I.2, se procederá a estudiar en profundidad el bien jurídico protegido en el delito de tortura. Así pues, en el siguiente subtítulo se procederá a examinar la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes prevista en la Constitución de 27 de diciembre de 1978 (CE), y, además, se hará una breve reseña del tipo penal contenido en el artículo 174 del Código penal de 1995 (CP)¹.

I.1. La prohibición de la tortura en el ordenamiento jurídico español

Para la presente investigación resulta de interés la doble prohibición de la tortura establecida tanto en el plano de los derechos fundamentales como en el plano del Derecho penal. El artículo 15 CE, que prevé la prohibición de la tortura, tiene una formulación similar a la contenida en los siguientes instrumentos internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)², la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (DCT)³, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (PIDCP)⁴ y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)⁵; aunque, a diferencia de los citados instrumentos internacionales, en la Constitución la prohibición de la tortura aparece como parte integrante del derecho a la integridad física y moral. A continuación, en el apartado A), se estudiará el derecho fundamental a la integridad física y moral para contemplar el marco constitucional de la prohibición de la tortura, lo que será de utilidad para el estudio del bien jurídico protegido por el delito de tortura.

En lo que se refiere al plano del Derecho penal, el tipo contenido en el artículo 174 CP contiene el mandato constitucional que penaliza la tortura y que será el objeto de estudio a lo largo de la presente investigación. En el apartado B) se revisará, de manera introductoria, la mencionada disposición penal para preparar el estudio del bien jurídico protegido.

¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código penal.

² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

³ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975.

⁴ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

⁵ Aprobado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.

A) Regulación constitucional: la integridad física y moral como derecho fundamental

La Constitución garantiza en el artículo 15 el derecho a la integridad física y moral. La mencionada disposición constitucional declara expresamente lo siguiente:

«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».

Se observa que esta disposición consagra dos derechos: el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral. Asimismo, contiene las principales manifestaciones de cada uno de los derechos mencionados: la abolición de la pena de muerte, salvo lo que se disponga para tiempos de guerra mediante ley orgánica, y la prohibición absoluta de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes⁶. En tanto contenido esencial del mencionado derecho, la prohibición de la tortura vincula a todos los poderes públicos, sin que sea posible ninguna legislación, decisión judicial o actuación administrativa que justifique la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes⁷.

Las Constituciones de países europeos como Alemania y Francia no prohíben expresamente la tortura. La Constitución alemana prevé en su artículo 2 que «cada uno tendrá derecho a la vida y a la integridad física», mientras que la Constitución francesa no contiene ninguna declaración de derechos (se ha creado un bloque de constitucionalidad que comprende el preámbulo de la Constitución francesa de 1946 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la que tampoco hay prohibición expresa). Sin embargo, la Constitución italiana establece en su artículo 13 que «se castigará toda violencia física o moral sobre las personas sujetas de cualquier modo a restricciones en su libertad», y la Constitución portuguesa también prevé la prohibición de la tortura en el texto del artículo 25: «Derecho a la integridad personal: 1. La integridad moral y física de las personas es inviolable. 2. Nadie puede ser sometido a tortura, ni a tratos o penas crueles, degradantes o inhumanos». Así, las Constituciones italiana y portuguesa no solamente recogen expresamente prohibiciones de la tortura, sino que además se refieren a la violencia o integridad moral, al lado de la física, tal como lo hace la Constitución española.

⁶ Díez-Picazo Giménez defiende que el derecho a la integridad física y moral, diferenciado plenamente del derecho a la vida, comprende dos facetas: el derecho a no sufrir tortura ni tratos inhumanos o degradantes, y el derecho a no ser objeto de intervenciones en la esfera física o psíquica sin el propio consentimiento (cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de derechos*, p. 236). En contra, Ruiz Vadiello sostiene que la tortura es una manifestación de protección del derecho a la vida, y no del derecho a la integridad física y moral (cfr. RUIZ VADILLO, «El derecho a la vida y a la integridad física», pp. 25-35). En la presente investigación se observa que la prohibición constitucional de la tortura no pretende proteger el sustrato o soporte físico de la persona, que es propio del derecho a la vida, sino que busca proteger la inviolabilidad de la persona, en el sentido de mantener indemne los aspectos físicos y morales de ésta, como se verá *infra* en el subapartado b).

⁷ De esta manera, y en atención a lo dispuesto en el artículo 53.1 CE, «la garantía del contenido esencial (...) se entiende establecida como límite para la actividad limitadora de los derechos, como “límite de límites”» (MARTÍN-RETORTILLO/DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales*, p. 125).

Asimismo, el carácter absoluto de la prohibición de la tortura se refuerza tanto por la expresión «en ningún caso» contenida en el artículo 15 CE, como por lo dispuesto en el artículo 55.1 CE, de donde se extrae que la mencionada prohibición incluso abarca los estados de excepción y de sitio, pues no está permitida su suspensión durante tales situaciones extremas. Es de resaltar que el derecho a la vida podría ser limitado por leyes militares en situaciones de guerra, en cambio el derecho a la integridad física y moral no podría serlo, por lo menos en lo que se refiere a la prohibición de la tortura y demás penas o tratos inhumanos o degradantes.

El artículo 53 CE establece que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I relativo a los derechos y deberes fundamentales, donde se encuentra el derecho a la integridad física y moral, vinculan a todos los poderes públicos y que el ejercicio de tales derechos solamente puede ser regulado mediante ley, debiendo el legislador sujetarse al contenido esencial del derecho. Por lo tanto, el mencionado derecho fundamental es impuesto al legislador y cualquier acto de éste que lo desconozca puede ser controlado mediante recurso o cuestión de inconstitucionalidad que deberá resolver el Tribunal Constitucional. Asimismo, el artículo 53.2 CE prevé que el derecho a la integridad física y moral puede ser objeto de amparo judicial y constitucional, tanto frente a los tribunales ordinarios como ante el Tribunal Constitucional, respectivamente.

Por otra parte, la propia Constitución, en tanto que texto con valor normativo directo, permite que los derechos fundamentales sean protegidos por cualquier tribunal o juzgado en cualquier procedimiento, sin necesidad de una previa legislación especial que los regule. Así, el derecho a la integridad física y moral constituye un derecho subjetivo por su mera incorporación a la Constitución. El Tribunal Constitucional ha establecido que la protección constitucional de la vida y la integridad personal (es decir, física y moral⁸) reconoce los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellas inferidas y establece un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad dirigido al legislador, que debe presidir e informar toda su actuación conforme tal mandato⁹.

En relación con la acepción «moral» de la expresión integridad física y moral, algunos autores han defendido que es equivalente a «psíquica», de tal manera que el artículo 15 CE protegería la integridad física y psíquica de las personas¹⁰. En este sentido, *Rodríguez Mourullo* sostiene que la alusión a la integridad física y moral responde al intento del

⁸ Por el momento se entenderá la noción «integridad personal» como constituida por la integridad física y moral, porque así parece entenderlo el Tribunal Constitucional. No obstante, *infra* subtítulo I.2., apartado B), c) c.1.) se revisarán los elementos de la integridad personal, del que se extraerá el componente moral.

⁹ Cfr. STC de 13 de noviembre de 2000 (ponente María Emilia Casas Baamonde), FJ 4.º.

¹⁰ Cfr. CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, pp. 93-94; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Artículo 15. Derecho a la vida», pp. 316-317. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha interpretado la integridad moral como integridad psíquica (STC de 19 de abril de 2004 [ponente Elisa Pérez Vera], FJ 8.º; STC de 29 de junio de 2009 [ponente Eugeni Gay Montalvo], FJ 6.º) y también la ha entendido como un término vinculado a la dignidad de la persona (STC de 2 de noviembre de 2004 [ponente María Emilia Casas Baamonde], FJ 13.º; STC de 20 de junio de 2011 [ponente Eugeni Gay Montalvo], FJ 3.º).

constituyente de garantizar la integridad personal en el sentido de incolumidad personal, que comprendería la integridad psíquica, la salud física y mental, y el derecho al bienestar corporal y psíquico¹¹.

Rodríguez Mesa sostiene que solo es posible llegar a la conclusión de *Rodríguez Mourullo* aplicando exclusivamente el método de interpretación constitucional teleológico, olvidando que toda interpretación requiere que los términos sean entendidos según las palabras empleadas en el texto, en la medida de lo posible. Es decir, la mencionada autora sostiene que el lenguaje es el marco de referencia de la actividad interpretativa, y solo en los casos en que haya contradicción entre la finalidad de la norma y el sentido gramatical de los términos es posible restringir o ampliar el significado de éstos. En el presente caso no existe divergencia alguna entre el tenor de la norma y la pretensión del constituyente, que buscaba la protección de algo más que la integridad psíquica del individuo¹². *Sánchez Goyanes* señaló, en 1981, que «la integridad moral es un concepto mucho más complejo, que se enlaza con el principio de la dignidad de la persona y de sus derechos inviolables, reconocidos constitucionalmente (Artículo 10) como fundamento del orden político y de la paz social. En definitiva, todo aquello que vulnera esos principios, que son la esencia de la integridad moral de la persona, debe ser reconocido como inconstitucional»¹³; por lo que ya en los primeros años de vigencia de la Constitución se estimaba que la pretensión del constituyente era proteger algo más que la integridad psíquica del individuo. Además, si el constituyente hubiera querido referirse a la integridad psíquica en el comentado artículo 15

¹¹ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Artículo 15. Derecho a la vida», pp. 316-317. Este autor cita al senador Zaragaza Burillo, que propuso la introducción del término «moral» en el artículo 15 CE: «además del derecho a la vida, el derecho a la integridad obviamente no debe limitarse a lo físico, sino que necesariamente debe extenderse al carácter moral. Aunque el precepto trata sin duda de tutelar todos aquellos elementos que componen la integridad de la personalidad humana, su redacción puede presentar a equívocos. Por tanto, creemos que, o se expresa en el texto la integridad de la personalidad humana, sin adjetivar a dicha integridad de “física” o, por el contrario, se ha de hablar también de la adjetivación de esa integridad como “moral”, que es lo que se propone con la presentación de la presente enmienda». Entre los equívocos a los que hace referencia el citado senador, según *Rodríguez Mourullo*, resalta el que la integridad física no comprende la integridad psíquica ni, en general, la salud, por lo que resulta menester que esos ámbitos sean los que se incluyan bajo el adjetivo «moral» (cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Artículo 15. Derecho a la vida», pp. 316-317). En relación con esto último, *Ruiz Vadillo* sostiene una posición contraria al defender que la integridad física sí abarca la integridad psíquica, y que la integridad moral «se dirige a proteger más específicamente el resto de los derechos inherentes a la personalidad», que, según el mencionado autor, serían los siguientes: «integridad, seguridad, libertad, honor, intimidad, reserva de la imagen, etc.» (cfr. RUIZ VADILLO, «El derecho a la vida y a la integridad física», pp. 41-42).

¹² Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 155. Asimismo, esta autora defiende que la cercanía entre el reconocimiento del derecho a la integridad moral y la prohibición de la tortura en el artículo 15 CE refleja la íntima relación del mencionado derecho con el principio de dignidad y con los aspectos esenciales de la persona (cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 156).

¹³ SÁNCHEZ GOYANES, *El sistema constitucional español*, p. 157. Por su parte, *Rodríguez Mesa* insiste que una interpretación contextual del término «moral» indica su íntima relación con el principio de dignidad y con los aspectos esenciales de la persona. Ello se deduce de la cercanía entre el reconocimiento del derecho a la integridad moral y la prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes (cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros atentados*, pp. 155-156).

CE, lo hubiera hecho expresamente como en efecto hizo en el artículo 49 CE, que se refiere a los derechos de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.

En esta línea, *Rodríguez Mesa* señala, al comentar el artículo 15 CE, que la integridad moral está relacionada con los aspectos más esenciales del ser humano, aunque aclara que no se debe confundir la integridad moral con la dignidad, por ser ésta un valor, recogido en el artículo 10.1 CE, mucho más amplio y que abarca a todos los derechos inherentes a la persona. Desde este punto de vista, la dignidad de la persona es anterior a todos los derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la integridad física y moral. La integridad moral sería, desde su perspectiva, la faceta de la dignidad cuando va referida a la esfera interna del individuo¹⁴. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho a la integridad física y moral es una proyección de la dignidad de la persona, que el artículo 10.1 CE consagra como valor fundamental¹⁵. Sobre la relación entre la dignidad humana, los derechos humanos y la integridad moral se profundizará más adelante, cuando se analice el contenido de ésta como bien jurídico tutelado por el Derecho penal, en el apartado B), b) del presente capítulo.

a) Clasificación del derecho a la integridad física y moral

Por su función, el derecho a la integridad física y moral es un derecho civil, en tanto que garantiza un ámbito de la autonomía de la persona en el que el Estado no debe interferir¹⁶. Mientras que por su estructura, este derecho fundamental constituye un derecho de defensa¹⁷, porque es uno de los derechos que tienen por principal objeto preservar de la intervención estatal una serie de posiciones, situaciones y actuaciones consideradas de primordial importancia o especialmente vulnerables¹⁸.

Los derechos de defensa suelen dividirse, a su vez, en derechos reaccionales y derechos de libertad. Los primeros prohíben toda intervención del poder público en una concreta posición, esfera o situación individual, generalmente poseída por el titular del derecho de modo inconsciente. En otras palabras, el titular de un derecho reaccional solo adquiere conciencia de su derecho cuando éste es afectado desde el exterior. Por su parte, los derechos de libertad impiden que se disuada, dificulte, prohíba o castigue el ejercicio consciente de determinados actos¹⁹. Así, el derecho a la integridad física y moral constituye

¹⁴ RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 157-161.

¹⁵ STC de 28 de febrero de 1994 (ponente Julio Diego González Campos), FJ 4.º.

¹⁶ Los derechos civiles suponen la atribución de unas facultades o pretensiones jurídicas a los particulares frente a los poderes públicos (cfr. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, p. 178).

¹⁷ Por su estructura, los derechos fundamentales se dividen en derechos de defensa y derechos de prestación. Los derechos de prestación tienden a garantizar que las necesidades básicas de todas las personas se encuentren cubiertas.

¹⁸ Cfr. ESCOBAR ROCA, *Introducción a la teoría jurídica*, pp. 55 y ss.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de derechos*, p. 45.

¹⁹ Cfr. ESCOBAR ROCA, *Introducción a la teoría jurídica*, pp. 55-56.

un derecho reaccional, ya que se trata de un derecho que se posee de manera inconsciente, como la vida o la intimidad: se puede exigir respeto por la integridad física y moral cuando un funcionario público causa sufrimiento abusando de su cargo, ya que la vigencia del derecho se pone en evidencia cuando éste se encuentra en peligro.

Aunque tradicionalmente se ha entendido que los derechos de defensa corresponden a la concepción liberal clásica que desconfía de la intervención estatal, esta idea ha sido superada en los últimos años en dos sentidos: la ampliación de los sujetos obligados y la configuración de obligaciones estatales positivas de protección²⁰.

En cuanto a la ampliación de los sujetos obligados, se viene imponiendo la idea de que el Estado no es el único peligro para la libertad individual. Así, los poderes privados deben ser controlados también, porque pueden afectar derechos como el de la integridad física y moral²¹.

En cuanto a la configuración de obligaciones estatales positivas de protección de los derechos de defensa, la función del Estado abarca, además de la mera abstención clásica, mandatos constitucionales para la configuración de un régimen general de protección de los derechos. Así, la garantía del derecho a la integridad física y moral exige que el Estado formule políticas públicas que tiendan a prevenir cualquier posibilidad de que se practiquen torturas y otros tratos inhumanos o degradantes por parte de sus funcionarios o agentes. Estas obligaciones positivas de protección se dirigen al legislador, a la Administración pública²² y a la Administración de justicia²³.

²⁰ Cfr. ESCOBAR ROCA, *Introducción a la teoría jurídica*, p. 57.

²¹ Cfr. ESCOBAR ROCA, *Introducción a la teoría jurídica*, p. 78; MOLAS I BATLLORI, *Derecho constitucional*, pp. 304-305.

²² Cfr. VILLÁN DURÁN, «La práctica de la tortura», p. 59. Ello implica que si el legislador o el administrador público no cumplen con los mandatos constitucionales de protección del derecho de defensa, los jueces podrían decidir las cuestiones que involucran las obligaciones positivas contenidas en los derechos de defensa, mediante los controles de constitucionalidad. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho a la integridad física y moral ha adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección (cfr. STC de 12 de septiembre de 2005 [ponente Pablo Pérez Trepms], FJ 4.º; STC de 2 de julio de 2007 [ponente María Emilia Casas Baamonde], FJ 2.º). Por ejemplo, el mencionado Tribunal ha dicho en el marco del derecho a la integridad física que, más allá de la mera inhibición respetuosa, a la Administración penitenciaria le es exigible una función activa para el cuidado de la vida, la integridad corporal y, en suma, la salud de los hombres y mujeres separados de la sociedad (cfr. STC de 25 de marzo de 1996 [ponente Rafael de Mendizábal Allende], FJ 2.º).

²³ El Tribunal Constitucional ha señalado que cuando se aprecie una violación al derecho a la integridad física y moral se debe efectuar una investigación efectiva y adecuada para el esclarecimiento de los hechos y el castigo de los responsables, incluso en las más difíciles circunstancias, como la lucha contra el terrorismo o el crimen; y si un detenido es puesto en libertad con evidencia de maltrato, las autoridades están obligadas a proporcionar las explicaciones necesarias sobre las heridas y que de no existir tales incurre en violación de la prohibición de la tortura (cfr. STC de 9 de febrero de 2004 [ponente Pablo García Manzano], FJ 2.º). Estos deberes positivos del Estado respecto de la prohibición de la tortura se relacionan con el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al defender que se vulnera el

Como ejemplo de lo anteriormente expuesto, las recomendaciones formuladas por el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas a los Estados partes constituyen una muestra de obligaciones positivas de protección que se acercan más a los derechos de organización y procedimiento que a los clásicos de defensa:

Los Estados parte deben capacitar a funcionarios judiciales y policiales para mejorar la eficacia de las investigaciones y adecuar las resoluciones judiciales a los estándares internacionales en la materia; organizar un registro nacional que recopile la información de los tribunales nacionales sobre los casos de torturas y malos tratos; adoptar medidas específicas para asegurara la integridad física de los miembros de todos los grupos vulnerables; adoptar medidas eficaces para mejorar las condiciones materiales en los establecimientos de reclusión, reducir el hacinamiento existente y garantizar debidamente las necesidades fundamentales de todas las personas privadas de libertad; establecer mecanismos nacionales de protección que tenga competencia para efectuar visitas periódicas a centros de detención; revisión de la legislación procesal penal con miras a establecer plazos máximos razonables de duración de la instrucción, de prisión preventiva y de la conclusión de los procesos penales; reforzar actividades de educación y promoción relativa a los derechos humanos en general destinadas a los funcionarios encargados de aplicar la ley, etc.²⁴.

derecho a la tutela judicial efectiva cuando la instrucción no se abre o se clausura ante la existencia de sospechas razonables de la posible comisión del delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas. En estos supuestos, el Tribunal Constitucional ha señalado que «para evaluar si existe una sospecha razonable de tortura y si tal sospecha es disipable, lo que convertiría en inconstitucional ex art. 24.1 CE el cierre de la investigación, deben tomarse en consideración las circunstancias concretas de cada caso, siendo preciso atender, entre otras circunstancias, a la probable escasez de pruebas existente en este tipo de delitos, lo que debe alentar, por un lado, la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otro, ante la dificultad de la víctima de aportar medios de prueba sobre su comisión, hacer aplicable el principio de prueba como razón suficiente para que se inicie la actividad judicial de instrucción. Del mismo modo, también se destaca que la cualificación oficial de los denunciados debe compensarse con la firmeza judicial frente a la posible resistencia o demora en la aportación de medios de prueba, con la especial atención a diligencias de prueba cuyo origen se sitúe al margen de las instituciones afectadas por la denuncia, y con la presunción a efectos indagatorios de que las lesiones que eventualmente presente el detenido tras su detención y que eran inexistentes antes de la misma son atribuibles a las personas encargadas de su custodia. Además, se pone énfasis en que constituye una exigencia de racionalidad que la valoración del testimonio judicial del denunciante, que es un medio de indagación particularmente idóneo de las denuncias por tortura o por tratos inhumanos o degradantes, y de sus declaraciones previas ante los médicos, la Policía o los órganos judiciales repare en que el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquélla y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica» (STC de 14 de abril de 2008 [ponente Pablo Pérez Trepms], FJ 2.º; STC de 23 junio de 2008 [ponente Vicente Conde Martín de Hijas], FJ 2.º; STC de 20 de octubre de 2008 [ponente Ramón Rodríguez Arribas], FJ 2.º; STC de 19 de julio de 2010 [ponente Pascual Sala Sánchez], FJ 2.º; STC de 18 de junio de 2012 [ponente Elisa Pérez Vera], FJ 2.º).

²⁴ Cfr. ASDI/IIDH/OACDH, «Compilación de observaciones finales», pp. 56 y ss.

b) Contenido del derecho a la integridad física y moral

En relación con el contenido y ámbito de protección del derecho a la integridad física y moral, el Tribunal Constitucional ha establecido que a través de este derecho «se protege la inviolabilidad de la persona, no solo 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»²⁵. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho a la integridad física y moral se vulnera cuando se impone a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad, cualesquiera que sean los motivos de esa negativa²⁶, y también cuando una persona es sometida a cualquier intervención sin previo consentimiento informado²⁷.

No obstante ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho a la integridad física no es absoluto. En efecto, el mencionado Tribunal ha señalado casos en los que este derecho se ha relativizado, por ejemplo, en la investigación de delitos y en las medidas de vigilancia y seguridad sobre personas privadas de libertad en establecimientos penitenciarios.

En lo que se refiere a la actuación del Estado en la investigación de delitos, el Tribunal Constitucional ha sostenido que durante el desarrollo de tal actividad se pueden llevar a cabo, por un lado, inspecciones o registros corporales (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, inspecciones anales o vaginales, etc.) y, por otro lado, intervenciones corporales, que pueden ser, a su vez, leves o graves (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.). Mientras que las inspecciones o registros corporales son susceptibles de afectar el derecho a la intimidad corporal previsto en el artículo 18 CE, según el Tribunal Constitucional las intervenciones corporales son susceptibles de afectar el derecho a la integridad física²⁸. En todo caso, las afectaciones a este derecho, por cuanto se efectúan normalmente contra el consentimiento de su titular, deben satisfacer los requisitos que conforman la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la proporcionalidad, «los cuales pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación

²⁵ STC de 27 de junio de 1990 (ponentes Fernando García-Mon y González Regueral, Eugenio Díaz Eimil, Vicente Gimeno Sendra), FJ 8.º; STC de 14 de julio de 1994 (ponente Fernando García-Mon y González Regueral), FJ 4.º; STC de 16 de diciembre de 1996 (ponente Vicente Gimeno Sendra), FJ 2.º; STC de 29 de mayo de 2001 (ponente Manuel Jiménez de Parga y Cabrera), FJ 5.º; STC de 12 de septiembre de 2005 (ponente Pablo Pérez Tremps), FJ 4.º; STC de 2 de julio de 2007 (ponente María Emilia Casas Baamonde), FJ 2.º; STC de 24 de septiembre de 2007 (ponente Manuel Aragón Reyes), FJ 3.º; STC de 28 de marzo de 2011 (ponente Elisa Pérez Vera), FJ 3.º; STC de 29 de septiembre de 2011 (ponente Ramón Rodríguez Arribas), FJ 5.º.

²⁶ Cfr. STC de 25 de marzo de 1996 (ponente Rafael de Mendizábal Allende), FJ 2.º.

²⁷ Cfr. STC de 28 de marzo de 2011 (ponente Elisa Pérez Vera), FJ 5.º.

²⁸ Cfr. STC de 16 de diciembre de 1996 (ponente Vicente Gimeno Sendra), FJ 2.º.

con un fin constitucionalmente legítimo. A todos ellos hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante» ya que sobre esta clase de trato pesa una prohibición absoluta²⁹.

A pesar de que el Tribunal Constitucional ha indicado que las inspecciones y registros corporales pueden lesionar el derecho a la intimidad corporal, también ha incluido tales situaciones cuando ha analizado las afectaciones a la integridad física y moral en el desarrollo de las medidas de vigilancia y seguridad sobre las personas privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional señaló, en un caso en el que se alegaba vulneración del derecho a la integridad física al haber sido sometido el actor a sesiones de rayos X supuestamente reiteradas y técnicamente incontroladas mientras se encontraba interno en un recinto penitenciario, que el derecho a la integridad física efectivamente podría verse afectado por actuaciones coactivas que, con justificación en las normas de seguridad penitenciaria, puedan determinar un riesgo inmediato o futuro para la salud³⁰. Sin embargo, si se constata que Administración penitenciaria adoptó la medida coactiva para velar por el orden y la seguridad del establecimiento en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso, no se puede decir que se haya vulnerado el derecho a la integridad física³¹. La mayoría de estos supuestos serán revisados en el siguiente subapartado.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional también ha establecido que para apreciar la vulneración del artículo 15 CE no es preciso que la lesión de la integridad física y moral se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse³².

De esta manera, la doctrina del Tribunal Constitucional sostiene que el derecho a la integridad física y moral versa sobre el derecho a mantener indemne los aspectos físicos y morales de todas las personas, es decir, a permanecer libre de daños, dolores y sufrimientos no consentidos que afecten el cuerpo (su apariencia externa), o el valor propio de la persona en tanto portadora de una esencia que persigue su desarrollo o realización. Cuando

²⁹ Cfr. STC de 16 de diciembre de 1996 (ponente Vicente Gimeno Sendra), FJ 4.º y 6.º. En este caso, por ejemplo, el Tribunal Constitucional estimó que cuando, en contra de la voluntad del recurrente, se extrae cabellos de diferentes partes de la cabeza y del pelo de las axilas a realizar por el médico forense para su posterior análisis se afecta, aunque levemente, el derecho a la integridad física, aunque este derecho puede ceder ante razones justificadas de interés general prevista en la ley, como el derivado de la investigación de un delito o la determinación de hechos relevantes para el proceso penal.

³⁰ Cfr. STC de 11 de marzo de 1996 (ponente José Gabaldón López), FJ 3.º.

³¹ Cfr. STC de 11 de marzo de 1996 (ponente José Gabaldón López), FJ 4.º.

³² Cfr. STC de 11 de marzo de 1996 (ponente José Gabaldón López), FJ 3.º; STC de 14 de enero de 2002 (ponente Pablo García Manzano), FJ 4.º; STC de 25 de noviembre de 2002 (ponente Guillermo Jiménez Sánchez), FJ 3.º; STC de 12 de septiembre de 2005 (ponente Pablo Pérez Tremps), FJ 4.º; STC de 2 de julio de 2007 (ponente María Emilia Casas Baamonde), FJ 2.º.

el derecho a la integridad física y moral entra en conflicto con otros intereses individuales o colectivos, como la determinación de los hechos relevantes para un proceso penal o la seguridad de los establecimientos penitenciarios, se podrán tomar medidas contrarias a la voluntad del sujeto, pero nunca se podrán ejecutar de manera tal que se humille o desprecie a la persona obligada, pues ello constituiría un ataque al núcleo duro del derecho a la integridad física y moral, es decir, a la prohibición de la tortura y a las penas o tratos inhumanos o degradantes. Por último, para estimar la vulneración del comentado derecho, es suficiente que exista un riesgo relevante que genere un peligro grave y cierto de su lesión, sin que sea necesario que se alcance un resultado.

c) Diferencias entre la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes

En lo que respecta a la distinción entre tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes, la Constitución no contempla las respectivas definiciones sobre las cuales se podrían identificar las diferencias. Considerando que según el artículo 10.2 CE los tratados internacionales deben orientar la interpretación constitucional, se pasa a revisar cómo se ha resuelto la distinción bajo estudio en el ámbito internacional.

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (DCT)³³ y en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT)³⁴ se prevén definiciones de tortura³⁵, en las que se destacan dos puntos

³³ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975.

³⁴ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984; y ratificada por España el 21 de octubre de 1987. El origen de esta importante Convención, cuya definición de la tortura ha influenciado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es el siguiente: a la luz de la DCT aprobada en 1975, en 1977 la Asamblea General de Naciones Unidas requirió a la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social que preparase un borrador de una convención que prohibiera la tortura. En su trigésima cuarta sesión en 1978, la Comisión de Derechos Humanos estableció un grupo de trabajo para que elaborara el borrador de la convención. Sin embargo fueron necesarios otros seis grupos de trabajo que se reunieron en cada sesión anual de la Comisión de Derechos Humanos entre 1978 y 1984. En estas reuniones los grupos de trabajo debatieron las disposiciones del borrador de la convención artículo por artículo a partir de un primer borrador propuesto por la delegación sueca. En su cuadragésima sesión en 1984, la Comisión de Derechos Humanos sometió a la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través del Consejo Económico y Social, el borrador de la CCT. La Asamblea General delegó el borrador al tercer comité, el cual recomendó su adopción. El 17 de diciembre de 1984, la Asamblea General de las Naciones Unidas votó la adopción de la CCT (BOTTERUD, *ASILS Int'l L. J.*, 1984, pp. 70-71).

³⁵ Para la DCT, tortura es: «Artículo 1: 1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos». Por su parte, en la CCT la tortura es definida en su artículo 1 de la siguiente manera: «Artículo 1: 1. A los efectos de

en común en referencia a la diferenciación con los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes³⁶: el primero, que las torturas son más graves que los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, al preverse que se trata de actos «que no lleguen a ser tortura»³⁷; y el segundo, que la tortura debe ser llevada a cabo siguiendo finalidades específicas, no así los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Así, pareciera que desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, la diferenciación entre tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes descansa en: a) una graduación de intensidad del sufrimiento según las circunstancias y, b) las finalidades del acto. La primera depende del caso concreto y de los criterios imperantes en un momento determinado, mientras que las finalidades específicas que son propias de la tortura constituyen un criterio objetivo y claramente verificable.

En la doctrina, *Díez-Picazo Giménez* ha definido trato degradante, trato inhumano y tortura. De estas definiciones se desprende el punto de vista del autor sobre las diferencias entre las mencionadas categorías normativas. Así, *Díez-Picazo Giménez* sostiene que los

la presente 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 se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. 2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance».

³⁶ Se especifica a este grupo de personas porque según un sector de la doctrina los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, a diferencia de las torturas, podrían ser cometidos por particulares sin instigación, consentimiento o aquiescencia de funcionarios públicos o de personas en ejercicio de funciones públicas (cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura*, pp. 46-47; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 74). No obstante ello, en la presente investigación se defiende que los argumentos históricos que impulsan a la comunidad internacional a prohibir la tortura son iguales a los de los tratos crueles, inhumanos o degradantes: evitar la impunidad de actos cometidos directamente o indirectamente por el poder público; por lo que el sujeto activo de los tratos crueles, inhumanos o degradantes también debe ser cualificado. De los actos cometidos por personas ajenas al poder público se encargan las legislaciones internas de los Estados, que estarán en libertad de denominar como consideren conveniente los actos que crean antijurídicos, pero los sujetos activos en el Derecho internacional de los derechos humanos son los Estados.

³⁷ Artículo 1.2 de la DCT: «La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante». Artículo 16 de la CCT: «1. Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción *otros actos* que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y *que no lleguen a ser tortura* tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. 2. La presente Convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohíban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes o que se refieran a la extradición o expulsión» (cursivas añadidas).

tratos degradantes son aquellos que persiguen humillar a la víctima ante los demás o ante sí misma; los tratos inhumanos son aquellos que tienden a doblegar la voluntad de la persona afectada forzándola a actuar contra su conciencia; y la tortura es la forma agravada y más cruel de los tratos inhumanos o degradantes³⁸. Por su parte, *Rodríguez Mesa* sostiene que los tratos degradantes son aquellos que colocan al sujeto pasivo por debajo de lo que exige su condición de persona, con independencia de la finalidad perseguida por el sujeto activo; los tratos inhumanos son los que infligen a una persona sufrimientos físicos o psíquicos de una determinada intensidad, también con independencia de la finalidad perseguida por el sujeto activo; y la tortura es aquella que significa para la víctima un sufrimiento físico o psíquico superior al que es propio de los tratos inhumanos y que se lleva a cabo persiguiendo alguna de las finalidades específicas³⁹.

El Tribunal Constitucional recoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁴⁰ en lo que respecta a la diferenciación entre tortura y las penas y tratos inhumanos o degradantes. Así, ha sostenido que se debe atender fundamentalmente a la intensidad de los sufrimientos infligidos a una persona, por lo que las nociones «tortura», «penas o tratos inhumanos» y «penas o tratos degradantes» son «nociones graduadas de una misma escala que en todos sus niveles entrañan, sean cuales fueran los fines, padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto paciente»⁴¹. La importancia que

³⁸ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de derechos*, p. 236.

³⁹ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 80-81. No obstante, esta autora sostiene posteriormente que si la conducta ha sido llevada a cabo con alguna de las finalidades previstas para la tortura será necesario distinguir si la conducta fue aplicada de forma sistemática, calculada y premeditada o no, es decir, independientemente de la cantidad de sufrimiento infligido. La autora sostiene que si la conducta responde a una de las finalidades propias de la tortura pero no fue llevada a cabo de forma sistemática, calculada y premeditada será, entonces, un trato inhumano o degradante. Ello contradice su propia postura que afirmaba que la diferencia cualitativa entre la tortura y los tratos inhumanos o degradantes era que éstos se infligen sin alguna de las finalidades propias de la tortura (cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 80-82).

⁴⁰ El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), aprobado por el Consejo de Europa en 1950 y en vigor en España desde su ratificación y posterior publicación en el BOE de 10 de octubre de 1979, instituyó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para asegurar el respeto de los compromisos adquiridos por los Estados al ratificar el CEDH. La doctrina del TEDH ha diferenciado conceptualmente tortura, trato degradante y trato inhumano desde la sentencia del caso Irlanda contra el Reino Unido: el trato degradante corresponde al escalón de menor intensidad en el sufrimiento cuando a la víctima se le da un tratamiento inferior de lo que exige su condición de persona sin que sea necesario un sufrimiento intenso (generar en la víctima sentimientos de temor, angustia e inferioridad capaz de humillarle o degradarle); mientras que el trato inhumano es un sufrimiento físico o psíquico de una determinada intensidad, lo cual implica un escalón superior en la intensidad del sufrimiento (sufrimiento intenso físico o mental); y por último la tortura, que constituye un ataque de especial intensidad que causa un sufrimiento muy serio y cruel (cfr. Irlanda v. Reino Unido, 18 de enero de 1978, § 167).

⁴¹ STC de 27 de junio de 1990 (ponentes Fernando García-Mon y González Regueral, Eugenio Díaz Eimil, Vicente Gimeno Sendra), FJ 9.º; STC de 19 de julio de 1990 (ponente Jesús Leguina Villa, José Luis de los Mozos y de los Mozos, Vicente Gimeno Sendra), FJ 7.º; STC de 28 de febrero de 1994 (ponente Julio Diego

el Tribunal Constitucional otorga a la intensidad de los sufrimientos infligidos a las víctimas para diferenciar las categorías normativas bajo estudio se refuerza cuando en otras decisiones se muestra especialmente atento a los medios utilizados por el sujeto activo, mientras que manifiesta claramente que los objetivos o finalidades que persiga éste no son relevantes⁴².

El criterio de la intensidad del sufrimiento para diferenciar los tres elementos normativos bajo estudio determina que la discusión se deba orientar hacia cómo calcular el nivel de intensidad que corresponde a cada figura. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha preferido analizar caso por caso la gravedad de las intensidades, agregando algunas definiciones para torturas, tratos inhumanos o degradantes, y penas inhumanas o degradantes que no han sido seguidas de forma consecuente por dicho Tribunal, revelando la dificultad para establecer parámetros concretos u objetivos de separación entre tales categorías normativas⁴³. Por ejemplo, en el ámbito penitenciario, el Tribunal Constitucional ha sostenido que los tratos inhumanos o degradantes deben acarrear «sufrimientos de una especial intensidad (pena inhumana) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena»⁴⁴, mientras que también ha usado la misma caracterización para identificar las torturas y las penas inhumanas o degradantes⁴⁵.

González Campo), FJ 4.º; STC de 14 de julio de 1994 (ponente Fernando García-Mon y González Regueral), FJ 5.º; STC de 3 de julio de 2006 (ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez), FJ 4.º.

⁴² Cfr. STC de 28 de febrero de 1994 (ponente Julio Diego González Campo), FJ 4.º; STC de 14 de enero de 2002 (ponente Pablo García Manzano), FJ 4.º; STC de 3 de julio de 2006 (ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez), FJ 4.º. Sin embargo, en una sentencia el Tribunal Constitucional ha sostenido que, además de los medios, son relevantes la duración, el objeto perseguido, la forma de ejecución y los efectos en la persona, con lo cual este Tribunal incurre en una contradicción al dar relevancia en la evaluación de la conducta al objeto perseguido, cuando en las demás sentencias ha sido conteste en rechazar dicho requisito (cfr. STC de 21 de enero de 1987 [ponente Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer], FJ 2.º).

⁴³ Desde la perspectiva de *Moreso Mateos*, conceptos como tratos inhumanos o degradantes son consideraciones morales incorporadas a normas jurídicas, lo que tiene como consecuencia que los jueces deben aplicar el Derecho identificado mediante el recurso a la moralidad en los casos concretos. El autor sostiene: «Así ocurre, según creo, en el caso de que los jueces hayan de decidir si determinadas sanciones son o no tratos inhumanos o degradantes: en dichos supuestos el razonamiento de los jueces deviene un razonamiento genuinamente moral» (MORESO MATEOS, «La ciudadela de la moral en la corte de los juristas», p. 116).

⁴⁴ STC de 22 de mayo de 1986 (ponente Angel Latorre Segura), FJ 4.º (se declaró que las penas de privación de libertad y de inhabilitación absoluta no pueden ser calificadas de inhumanas o degradantes); STC de 21 de enero de 1987 (ponente Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), FJ 2.º (se sostuvo que la sanción de aislamiento en celda *per se* no constituye una pena o trato inhumano o degradante, pero que las condiciones, circunstancias y duración de cumplimiento de tal sanción puede suponer la existencia de un trato inhumano o degradante cuando lleguen un nivel inaceptable de severidad); STC de 30 de marzo de 2000 (ponente Tomás S. Vives Antón), FJ 9.º y STC de 12 de junio de 2000 (ponente María Emilia Casas Baamonde), FJ 7.º (en ambas sentencias se desestimó la pretensión porque el recurrente no justificó la imposición de la pena de reclusión perpetua o *ergastolo* a los hechos que sustentan los mandamientos de prisión, ni tampoco expresó cuál sería el modo de cumplimiento de dicha pena ni el grado de sujeción que comporta, por lo que no desarrolló argumento alguno del que se derive el carácter supuestamente inhumano

En todo caso, resulta llamativo que el Tribunal Constitucional, al colocar a la tortura dentro de la misma escala de las penas y tratos inhumanos o degradantes, destaque que no tienen relevancia los fines de la conducta del agente en la diferenciación de estas categorías normativas, con lo cual se opone a las definiciones de tortura del Derecho internacional de los derechos humanos y de la doctrina, que resaltan la necesidad de apreciar en la tortura determinadas finalidades que no son exigidas para la configuración de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Precisamente, en atención a las definiciones del Derecho internacional de los derechos humanos pareciera que, desde la perspectiva de esta investigación, habría que considerar, con la dificultad que ello implica, una cierta escala de intensidades de sufrimiento en la que se colocarían cada uno de los conceptos bajo estudio, tomando en cuenta la presencia o no de determinadas finalidades del autor al desplegar su conducta. Así, una vez causado el dolor directamente o indirectamente a una persona por parte de un funcionario encargado

y degradante de dicha pena); STC de 14 de enero de 2002 (ponente Pablo García Manzano), FJ 4.º (se declaró que no constituye una pena o trato inhumano o degradante el ingreso en prisión la resolución judicial denegatoria de la suspensión de la entrada en prisión solicitada, cuando es fundada y razonada e identifica adecuadamente el contenido del derecho fundamental afectado); STC de 27 de junio de 1990 (ponentes Fernando García-Mon y González Regueral, Eugenio Díaz Eimil, Vicente Gimeno Sendra), FJ 9.º (se declaró que no constituye trato inhumano o degradante la alimentación forzada a una persona recluida en un centro penitenciario que lleva a cabo una huelga de hambre, cuando tal alimentación no se hace por vía oral y se realiza para prolongar la vida); STC de 28 de febrero de 1994 (ponente Julio Diego González Campo), FJ 4.º (se declaró que la medida ordenada que consiste en que el recluso, en contra de su voluntad, se desnudara y practicara varias flexiones no acarrea un sufrimiento de especial intensidad ni provoca una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo, ni por su finalidad, ni por su contenido, ni por los medios utilizados); STC de 8 de julio de 1996 (ponente Carles Viver Pi-Sunyer), FJ 2.º (se declaró que no constituye trato inhumano o degradante la privación de comunicaciones especiales y de tenencia de aparato de televisión en la celda); STC de 3 de julio de 2006 (ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez), FJ 4.º (se declaró que la obligación de desnudarse completamente para proporcionar la muestra para un análisis de orina a interno, dotado de una bata, con objeto de evitar la alteración de la misma, no supone, ni por su finalidad, ni por su contenido, o sus medios, un sufrimiento de especial intensidad que constituya un trato vejatorio y degradante); STC de 3 de junio de 1987 (ponente Francisco Rubio Llorente), FJ 2.º (se declaró que la abstinencia sexual, voluntaria o por resultado de privación legal de libertad no implica sumisión a un trato inhumano o degradante); STC de 28 de febrero de 1994 (ponente Julio Diego González Campo), FJ 4.º (se declaró que no se desprende que la orden impartida al prisionero [que se desnudara e hiciera flexiones para la práctica de un registro corporal, tras haber tenido una comunicación especial], ni por su finalidad ni por su mismo contenido o por los medios utilizados, hubiera podido acarrear un sufrimiento de especial intensidad o provocar una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo y constituir, por tanto, un trato vejatorio y degradante). En un caso en el que el recurrente era objeto de intervención corporal durante una investigación penal (es decir, no se trata de una persona bajo régimen penitenciario), el Tribunal Constitucional indicó que, *prima facie*, «no cabe entender que la extracción de cabellos de diferentes partes de la cabeza y del pelo de las axilas a realizar por el médico forense para su posterior análisis suponga, ni por su finalidad ni por la manera de llevarse a la práctica, un trato inhumano o degradante contrario al artículo 15 CE, graves calificativos que, según doctrina reiterada del mismo Tribunal, hay que reservar para aquellos tratos que impliquen padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre» (STC de 16 de diciembre de 1996 [ponente Vicente Gimeno Sendra], FJ 5.º).

⁴⁵ STC de 3 de julio de 2006 (ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez), FJ 4.º.

de hacer cumplir la ley, habrá que analizar los motivos que determinaron la conducta del sujeto activo. En caso de coincidir con algunos de los elementos teleológicos propios de la tortura, se debe verificar si la intensidad del sufrimiento físico o mental es lo suficientemente grave para excluir los tratos o penas inhumanas o degradantes. En caso positivo, se está en presencia de una tortura, y si no se alcanza la suficiente gravedad sería trato o pena inhumana o degradante. Si la conducta estaba impulsada por motivos diferentes a los señalados para estimar la tortura, se estaría en todo caso e independientemente de la intensidad del sufrimiento infligido en el campo de los tratos o penas inhumanas o degradantes. Por lo tanto, se sostiene que, desde la perspectiva constitucional, un sufrimiento intenso y motivado por determinadas finalidades es tortura, mientras que en los demás supuestos se estará en el ámbito de los tratos y penas inhumanas o degradantes.

B) Regulación legal: la previsión de la tortura en el Código penal

El delito de tortura tiene su precedente directo en la Ley 31/1978, de 17 de julio, que tipificó tal infracción⁴⁶ y la incorporó al Código penal de 1973 en el artículo 204 bis. Con anterioridad se habían previsto en los códigos penales algunos tipos que, más que reconocer un ámbito propio a la tortura, castigaban el abuso de poder. Así, en el Código penal de 1822 se incluyó un capítulo relativo a «los delitos y culpas de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», los Códigos penales de 1848 y 1850 también castigaban los apremios ilegítimos e innecesarios para el desempeño del servicio por parte de funcionarios públicos, en el Código penal de 1870 no hubo previsión alguna y en el Código penal de 1928 se volvió a prever como delito las violencias ilegítimas e innecesarias en el ejercicio de las actividades del cargo por parte de funcionarios públicos. Entre la derogación del Código penal de 1928 y la reforma de 1978, el Derecho penal no tuvo disposición expresa en relación con la tortura, aplicándose entonces, cuando el resultado de estos actos coincidía con una figura delictiva, el delito correspondiente con una agravante de superioridad⁴⁷.

El mencionado artículo 204 bis del Código penal anterior decía lo siguiente:

«La autoridad o funcionario público que, en el curso de la investigación policial o judicial, y con el fin de obtener una confesión o testimonio, cometiere alguno de los delitos previstos en los Capítulos uno y cuatro del Título ocho y Capítulo seis del Título doce de este código, será castigado con la pena señalada al delito en su grado máximo y, además, la de inhabilitación especial.

⁴⁶ Publicada en el BOE el 20 de julio de 1978, p. 17160. La tipificación de la tortura como delito fue producto de los Pactos de la Moncloa, que fueron firmados por el Gobierno de España, los partidos representados en el Parlamento, las asociaciones empresariales y el sindicato Comisiones Obreras, con la finalidad de estabilizar el proceso de transición al sistema democrático.

⁴⁷Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 129-132. En cambio, en el ámbito penitenciario sí han existido permanentemente figuras delictivas que han castigado los apremios indebidos a los internos desde que el Código penal de 1848 castigara las privaciones indebidas o el rigor innecesario a detenidos y presos, lo que constituye el antecedente lejano del actual delito previsto en el artículo 588 CP.

Si con el mismo fin ejecutaren alguno de los actos penados en los artículos quinientos ochenta y dos, quinientos ochenta y tres, número uno, y quinientos ochenta y cinco, el hecho se reputará delito y serán castigados con las penas de arresto mayor y suspensión.

En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias que cometiere, respecto de detenidos o presos, los actos a que se refieren los párrafos anteriores.

La autoridad o funcionario público que en el curso de un procedimiento judicial penal o en la investigación del delito sometieren al interrogado a condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad, será castigado con la pena de arresto mayor e inhabilitación especial.

Igualmente se impondrán las penas establecidas en los párrafos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiesen que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos».

Posteriormente, esta disposición sufrió una modificación en su párrafo segundo mediante la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, que quedó con el siguiente contenido:

«Si con el mismo fin ejecutaren algunos de los actos penados en el artículo 582, párrafo segundo, el hecho se reputará delito y será castigado con las penas de prisión menor en sus grados mínimos a medio e inhabilitación especial. Cuando los actos ejecutados sean algunos de los previstos en el artículo 585, el hecho se reputará igualmente delito y será castigado con las penas de arresto mayor y suspensión».

Este artículo fue criticado por la doctrina, principalmente porque destaca la falta de autonomía del precepto al adoptar la técnica de la remisión a otros comportamientos que, además, carecen de significación y aplicación en el marco de la tortura, por ejemplo, el parricidio, el homicidio y las lesiones en riña tumultuaria; las mutilaciones para eximirse del servicio militar o de servicio público de inexcusable cumplimiento; las lesiones por infracción grave de leyes y reglamentos de seguridad e higiene en el trabajo o también las coacciones para obligar a otros a iniciar o continuar una huelga, paro o cierre empresarial. Esto impidió que se estableciera un concepto propio de tortura⁴⁸.

La Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1994 previó un delito contra los tratos degradantes cometidos por particulares y un delito de tortura que se encontraba ubicado en un capítulo relativo a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, dentro del título referido a los delitos contra la Constitución.

⁴⁸ Cfr. MAQUEDA ABREU, *ADPCP*, 1986, p. 457. Asimismo, esta autora señala que la técnica de remisión que aplicó el legislador a otros comportamientos era de dudosa asimilación, por ejemplo, el homicidio con dolo directo (no parece lógico matar a otro con el fin de obtener del mismo una confesión o testimonio), el asesinato (por la misma razón y porque parece que circunstancias como la alevosía, la premeditación e incluso el ensañamiento están ya implícitas en el tipo de tortura), el auxilio o inducción al suicidio y las amenazas lucrativas o para atemorizar a los habitantes de una población.

Luego del correspondiente debate parlamentario se optó por unificarlos bajo un capítulo novedoso dedicado a los delitos contra la integridad moral⁴⁹.

Así, el artículo 174 del vigente Código penal quedó redactado de la siguiente manera:

«1. 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 sometiére 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. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiére, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior».

La disposición finalmente aprobada no abarcaba el caso de las torturas producidas por motivos de discriminación. Esto fue advertido a España por parte del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas en el vigésimo noveno período de sesiones del 11 al 22 de noviembre de 2002, por lo que se recomendó su reforma⁵⁰.

De esta manera, mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se incluyó el extremo exhortado por Naciones Unidas quedando el artículo 174 del CP de la siguiente manera:

«1. 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, *o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación*, la sometiére 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. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que

⁴⁹ Cfr. BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, pp. 25-35.

⁵⁰ «El Comité recomienda al Estado Parte que considere la posibilidad de mejorar la tipificación del delito de tortura en el artículo 174 del Código Penal para completar su total adecuación al artículo 1 de la Convención. En este sentido el Comité recomienda que el Estado Parte siga tomando medidas para evitar incidentes racistas o xenófobos» (<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/cat3.html> [última visita 13 de febrero de 2013]).

cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior» (cursivas añadidas).

Se observa que la definición de tortura contenida en el artículo 1 CCT ha influenciado a la definición jurídico-penal española en lo que se refiere a las finalidades que debe perseguir el sujeto activo. Asimismo, se destaca que la definición jurídico-penal contenida en el Código penal no se limita a prever como conducta típica la causación de dolores o sufrimientos graves físicos o mentales, tal como aparece estipulado en el artículo 1 CCT, sino que además abarca casos en los que se atenta contra la integridad moral de la víctima sin que sean necesarios tales dolores o sufrimientos graves físicos o mentales. En el capítulo III de la presente investigación se estudiará, con detalle, lo relativo a la conducta típica del delito de tortura.

En el siguiente subtítulo se analizará el bien jurídico que protege el artículo 174 CP, en tanto herramienta teleológica fundamental para la aplicación del precepto a los casos concretos por parte de los operadores jurídicos.

I.2. El bien jurídico protegido en el delito de tortura

La noción de bien jurídico viene siendo debatida en el Derecho penal desde su aportación por parte de *Birnbaum* en 1834⁵¹. La discusión sobre la evolución y el estado actual de la cuestión del bien jurídico-penal no es objetivo del presente trabajo; sin embargo, se debe tomar partido por alguna de las posiciones que se discuten para avanzar en la investigación.

El bien jurídico es útil para delimitar el Derecho penal, porque sirve como pauta de interpretación para la aplicación de los distintos tipos penales a los casos concretos fijando el ámbito de lo legalmente establecido. Ahora bien, ¿qué es bien jurídico-penal? En el presente trabajo se toma como punto de partida la definición de bien jurídico que ofrece *Roxin*, quien entiende que «son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema». Esta definición se encuentra dentro de las llamadas teorías constitucionales del bien jurídico, que intentan relacionar el bien jurídico con los valores constitucionales. *Roxin* destaca el

⁵¹ Este autor fue el primero en sostener que el delito no lesionaba un derecho subjetivo, sino un bien jurídico (cfr. ROXIN, *Derecho penal*, p. 55). Es de resaltar que el sentido inicial del bien jurídico propuesto por *Birnbaum* no estaba dirigido a limitar el *ius puniendi* del Estado, sino a justificar la incriminación de acciones contra la religión y la moral que habían sido descriminalizadas en el Código penal de Baviera de 1813, por lo que la noción de bien jurídico era expresión de expansión del Derecho penal (cfr. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico*, p. 15 y 290). En sentido contrario, *Hassemer* sostiene que el concepto de bien jurídico lo fundamentó y formuló *Paul Johann Anselm Feuerbach* «como arma contra la concepción moralizante del Derecho penal», de tal manera que una conducta solo puede ser declarada como delito cuando se prueba que lesiona intereses materiales de otras personas y no cuando tal conducta es infractora de normas éticas o divinas (cfr. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, p. 37); y que con posterioridad a éste, que aún hablaba de «intereses humanos», el concepto de bien jurídico fue desarrollado por *Birnbaum* y *von Liszt*, quienes sí hablaron de «bien jurídico» (cfr. HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 26).

carácter mutable de este concepto, en el sentido de que está abierto al cambio social y a los progresos científicos, dentro del marco constitucional⁵².

De la definición de *Roxin* se destaca que no todo interés, valor, bien, relación, circunstancia o finalidad son merecedores de protección penal, sino únicamente los que afectan al libre desarrollo del individuo en el marco de un sistema social. En este sentido, se comparte la perspectiva de que es necesaria la dimensión social del bien jurídico que sostiene *Mir Puig*, para quien los bienes jurídicos han de constituir una necesidad social y condición de las posibilidades de participación del individuo en los sistemas sociales⁵³.

En relación con el carácter «mutable» de la noción de bien jurídico aquí apoyada, en esta investigación se considera que se deben castigar conductas que acrediten su carácter lesivo para terceros, tanto desde una perspectiva individualista (lesiones a personas concretas e individuales) como la prohibición de conductas colectivamente lesivas que afecten la calidad de vida de las personas como conjunto⁵⁴. Estas lesiones deben referirse al menoscabo de los llamados «recursos» a cuya indemnidad tiene derecho otra persona. Los «recursos» a que se hace referencia constituyen un medio o una capacidad que, en circunstancias habituales, posee un cierto valor para el mantenimiento de un estándar de calidad de vida más o menos dilatado temporalmente, es decir, con cierta permanencia. La pretensión al «recurso» debe desprenderse del ordenamiento jurídico primario (Derecho civil, constitucional, etc.), o de presupuestos éticos, o de ambos⁵⁵. Por ejemplo, los derechos fundamentales⁵⁶, en tanto manifestaciones jurídicas del libre desarrollo del individuo y su participación en sistemas sociales, pueden ser identificados de forma directa con los bienes jurídico-penales, porque son esenciales para el individuo y su calidad de vida. Así, el legislador puede criminalizar conductas que tengan relación con los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuando tales conductas produzcan daño a otros.

Una vez realizado este breve esbozo meramente introductorio sobre la noción de bien jurídico que se defiende, se pasará a estudiar cuál es el bien jurídico tutelado en el artículo 174 CP. Para ello se hará un repaso sucinto de las opiniones de la doctrina española sobre este particular y, posteriormente, se sustentará la posición personal.

⁵² Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, pp. 58-59.

⁵³ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 163.

⁵⁴ Las conductas criminalizadas siempre deben ser sometidas al examen de si son o no lesivas, porque si los cambios sociales convierten a una conducta tipificada en neutral (por haber perdido su lesividad), debe ser descriminalizada.

⁵⁵ Cfr. VON HIRSCH, «El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”», pp. 41-43.

⁵⁶ En el presente trabajo se entiende que los derechos fundamentales son los derechos humanos que el poder constituyente ha considerado o seleccionado para gozar del mayor nivel de garantía constitucional (cfr. ESCOBAR ROCA, *Introducción a la teoría jurídica*, p. 27; PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, p. 46).

A) Posiciones de la doctrina

El artículo 174 CP se encuentra ubicado en el Libro II, Título VII, denominado «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral». De entrada pareciera que el bien jurídico tutelado por el delito de tortura es la integridad moral, considerando la rúbrica del mencionado Título. Sin embargo, en la doctrina española no hay unanimidad al respecto. Siguiendo la sistematización propuesta por *Rodríguez Mesa* en su obra⁵⁷, pero sin adoptarla plenamente, se clasificarán las posiciones de la doctrina teniendo como eje la admisión o no de la integridad moral como bien jurídico protegido en el artículo 174 CP.

a) Posiciones negadoras de la integridad moral

Para un sector de la doctrina el artículo 174 CP no protege el bien jurídico integridad moral de las personas, toda vez que este bien jurídico únicamente sería protegido por el artículo 173 CP correspondiente al delito de trato degradante cometido por un particular, mientras que el artículo 174 CP protegería otros bienes jurídicos vinculados con la relación Estado-ciudadano. Así, los bienes jurídicos protegidos por el delito de tortura serían:

1. El correcto funcionamiento de la Administración pública: *Muñoz Conde* sostiene que el bien jurídico protegido por el artículo 174 CP es el ejercicio correcto y legítimo de la función pública por parte de sus representantes en aras de la defensa de los derechos fundamentales. Se trataría de un delito contra la Administración pública, pero en el sentido de abuso de poder por parte de funcionarios hacia los particulares; es decir, no se pretende defender una imagen del Estado, sino derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los ataques por parte de representantes del Estado⁵⁸.

2. Los derechos fundamentales de los ciudadanos: *Díaz Pita* defiende que el bien jurídico protegido en el mencionado artículo serían «los derechos fundamentales de los ciudadanos, en primera línea, junto con el abuso de poder del funcionario», en estrecha conexión con los derechos fundamentales⁵⁹.

b) Posiciones afirmadoras de la integridad moral

Para una segunda línea doctrinal, el artículo 174 CP protege la integridad moral de las personas. Estos autores a su vez se dividirían de la siguiente manera:

1. Autores que consideran la integridad moral como el único bien jurídico protegido por el artículo 174 CP⁶⁰. Se afirma que ya no es posible sostener que el delito de tortura protege

⁵⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros atentados*, p. 189.

⁵⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, pp. 184-185.

⁵⁹ Cfr. DÍAZ PITA, «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura», p. 94.

⁶⁰ Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, «La tortura y otros delitos contra la integridad moral», p. 142; MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 22, y el mismo autor, «Artículos 173-177», pp. 47-48; BARQUÍN SANZ,

bienes colectivos, como serían las garantías constitucionales de los privados de libertad u otros semejantes, porque ya no se encuentra dentro de la sección de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, como era en el Código penal de 1973, ni dentro del capítulo relativo a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales en el Código penal vigente.

Asimismo, en el Título VII del Libro II del Código penal, que incluye el delito bajo estudio, se prevén otras figuras delictivas que pueden ser llevadas a cabo por particulares; y además, la conducta típica no requiere solamente que la autoridad o funcionario público infrinja una garantía legal o constitucional, sino que el tipo requiere que haya un atentado contra la integridad moral. Si el sujeto activo no atenta contra la integridad moral no se puede perfeccionar el delito de tortura, por eso la integridad moral es el bien jurídico protegido⁶¹.

2. Autores que indican que se trata de un delito pluriofensivo, es decir, que al lado de la integridad moral también se protegen otro u otros bienes jurídicos. Dentro de las propuestas de intereses que acompañarían a la integridad moral en la función de constituir el bien jurídico protegido por la tortura se puede observar que las que más se repiten son las garantías procesales, legales o constitucionales⁶², y la función pública⁶³. Asimismo, se han propuesto como bienes jurídicos que son protegidos por el delito bajo estudio la libertad personal⁶⁴ y la Administración de justicia⁶⁵.

c) Valoración preliminar

Como antes se advirtió, a pesar de que el legislador de 1995 incluyó el delito de tortura en el Título VII, del Libro II del Código penal, bajo el rótulo «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», ello no ha significado que la doctrina haya dejado de discutir acerca del bien jurídico tutelado en el delito de tortura.

Delitos contra la integridad moral, pp. 51-52 y 147-151; RAGUÉS I VALLÈS/FELIP I SABORIT, «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», pp. 105-106; JIMÉNEZ GARCÍA, «Artículo 174», p. 1263.

⁶¹ Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 22.

⁶² Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», pp. 86-87; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «De las torturas y de otros delitos contra la integridad moral», p. 116; GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos de tortura y otros tratos degradantes», p. 77; GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 69 y 74; DEL ROSAL BLASCO, «De las torturas y otros delitos», p. 217.

⁶³ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», pp. 86-87; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «De las torturas y de otros delitos contra la integridad moral», p. 116; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 208; REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 269.

⁶⁴ Cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «De las torturas y de otros delitos contra la integridad moral», p. 116; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 174», p. 259.

⁶⁵ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos de tortura y otros tratos degradantes», p. 77; GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 69 y 74.

La dificultad quizás provenga del término «integridad moral». La integridad moral es una expresión de difícil delimitación al ser relativamente novedosa en el campo del Derecho penal. De entrada el propio término «moral» produce cierta actitud defensiva por parte del penalista, debido a que existe consenso en cuanto a que el Derecho penal no debe proteger las concepciones «morales» dominantes⁶⁶. Asimismo, la integridad moral parece encontrarse muy ligada a la noción de dignidad, que en sí misma es sumamente compleja.

La novedad del bien jurídico integridad moral ha motivado que decisiones judiciales hayan puesto en entredicho la autonomía de la integridad moral como bien jurídico-penal cuando se ha estimado que solo puede ser lesionada directamente por el propio titular, y que cuando un tercero vulnera el mencionado bien jurídico lo hace indirectamente, es decir, a través de actos típicos de otros delitos⁶⁷. No obstante, la inclusión de la tortura bajo la rúbrica de los delitos contra la integridad moral obliga a hacer un esfuerzo de delimitación.

No se comparte la posición según la cual en el delito de tortura no se protege la integridad moral porque ésta solamente sería protegida por el delito de trato degradante previsto en el artículo 173.1 CP. Cuando un funcionario encargado de hacer cumplir la ley somete a una persona a procedimientos que le suponen sufrimientos físicos para obtener una información, también afecta la integridad moral de la víctima, independientemente de los fines públicos que persiga, es decir, la función pública desempeñada por el sujeto agente no obvia que haya una clara y directa afectación a la dimensión personalísima del individuo. En este sentido, algunas posiciones ya adelantaban, desde la inclusión del delito bajo estudio en el Código penal en 1978, que lo relevante en el delito de tortura tipificado en el anterior artículo 204 bis —ubicado sistemáticamente dentro de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes—, no era la seguridad interior del Estado⁶⁸, sino el carácter atentatorio contra la dignidad de la persona⁶⁹; por lo que incluso con la mencionada ubicación dentro del Código penal, esta figura típica evocaba cierta cercanía con los bienes jurídicos personalísimos.

Asimismo, de haber querido el legislador proteger únicamente el ejercicio correcto y legítimo de la función pública por parte de sus representantes, en el sentido de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos castigando el abuso de poder de la autoridad, habría colocado el delito de tortura en el capítulo correspondiente a los delitos cometidos

⁶⁶ Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, p. 54.

⁶⁷ Cfr. AAP Madrid, Sección 1.ª, de 8 marzo de 2005 (ponente Consuelo Romera Vaquero), FJ 1.º: «la dificultad de definir el resultado pues se es íntegro (sic) por un comportamiento del sujeto que conforma su moralidad y que solo él puede alterar por su decisión. Difícilmente puede ser menoscabada por la actuación de un tercero si no es a través de actos típicos de otros delitos que tienen prevista su tipicidad en otros artículos del Código Penal».

⁶⁸ La seguridad del Estado se entiende como «la preservación del funcionamiento del orden constitucional, el libre desarrollo de los órganos del Estado y el ejercicio pacífico de los derechos y de las libertades ciudadanas» (STC núm. 11/1981, de 8 de abril de 1981 [ponente Luis Díez-Picazo y Ponce de León], FJ 26º).

⁶⁹ Cfr. BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, p. 52.

por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, donde podrían entrar los delitos que se refieren al abuso de poder por parte de funcionarios públicos contra los particulares, en la línea propuesta por *Grima Lizandra*⁷⁰.

Por lo tanto, se estima necesario considerar la integridad moral como bien jurídico protegido por el delito de tortura y, en consecuencia, darle un contenido propio dada su novedad en la legislación penal y su necesidad de delimitación respecto de otros bienes jurídicos personales con los que podría colisionar en la aplicación judicial. Esta necesidad se evidencia con la regla concursal prevista en el artículo 177 CP, según la cual los delitos contra la integridad moral deben sancionarse sin perjuicio de la pena que corresponda a otros delitos contra la vida, la integridad física, la salud, la libertad sexual o los bienes de la víctima o de un tercero.

B) Bien jurídico individual: la integridad moral

Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales se han esforzado por dotar de contenido a la integridad moral, considerando la necesidad de precisar sus límites como bien jurídico-penal. En el presente apartado se hará un repaso del estado actual de la discusión sobre la concepción de la integridad moral como bien jurídico protegido por el Derecho penal y luego se esbozará la posición personal, que será confrontada con otros bienes jurídico-penales cercanos en cuanto a su contenido, para así delimitar de una manera más clara la concepción defendida en el presente trabajo.

a) Posiciones de la doctrina y la jurisprudencia sobre el concepto del bien jurídico integridad moral

De la revisión de las distintas posiciones de la doctrina y la jurisprudencia se desprende que existe una amplia variedad de matices en relación con el concepto del bien jurídico objeto de estudio, dificultando así cualquier intento de sistematización. Sin embargo, y con la finalidad de despejar el panorama de definiciones acerca de la integridad moral en tanto bien jurídico-penal, se expondrán las distintas tesis tomando en cuenta como eje la vinculación directa o indirecta con la noción de dignidad, aun cuando en la práctica no se vislumbren consecuencias importantes.

1. La mayoría de las propuestas relacionan directamente la integridad moral con la idea de dignidad. En este sentido, se suele considerar que ésta se encuentra en la base de la integridad moral y, si bien no hay un esfuerzo definitivo de conceptualización de la dignidad, se puede identificar dos sub-grupos de concepciones de la integridad moral que parten de la idea de dignidad.

Por un lado, en el primer subgrupo de concepciones se entiende la integridad moral, desde la perspectiva de la dignidad, como la libertad de autodeterminación o de voluntad, en el sentido de que abarca la capacidad de decidir o de ejercicio de la voluntad.

⁷⁰ Cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 74-75.

Así, un sector de la doctrina sostiene que la integridad moral es manifestación de la dignidad de la persona en lo que se refiere a la libertad de autodeterminación y de actuación conforme lo decidido. Esta libertad supone considerar a la persona como un ser libre, en el sentido de ser capaz de elección, con voluntad de autodeterminación⁷¹, es decir, que puede configurar de forma voluntaria pensamientos, ideas o sentimientos sin que sean alterados por nadie usando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad, entre los cuales, como su forma más grave, se encuentra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes⁷².

Por su parte, hay jurisprudencia del Tribunal Supremo que recurre a la noción de dignidad y la conecta con la voluntad. Así, dicho Tribunal ha sostenido que se atenta contra la integridad moral de una persona cuando se «veja su dignidad de ser humano recurriendo a formas de presión sobre su voluntad que pueden tal vez ser necesarias para seres que carezcan de razón pero no utilizables sin humillar la dignidad del hombre cuando para él se emplean»⁷³.

⁷¹ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos de tortura y otros tratos degradantes», p. 77; BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, pp. 57-58; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «De las torturas y de otros delitos contra la integridad moral», p. 102; GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 65-66, que asocia la integridad moral con la afirmación de la autonomía de la persona y la capacidad de autodeterminación para el libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, este autor subraya que la integridad moral protegida en la tortura está determinada por el sujeto activo, es decir, entiende la integridad moral protegida por el delito de tortura no solamente como un valor, sino también como límite del poder en la relación Estado-ciudadano (derecho de resistencia frente al Estado) (cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 70). Por su parte, *De la Cuesta Arzamendi* dice que la integridad moral es el fundamento y garantía de la libertad moral y la personalidad del ser humano (cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», pp. 71-75). Asimismo, este autor entiende que las agresiones a la integridad moral como bien jurídico-penal implican violentar, contrariar ilegalmente la libertad de voluntad del sujeto pasivo, obligándole a hacer u omitir lo que no quiere, o a soportar una situación no deseada, mediante actos que van dirigidos a su instrumentalización. Sin embargo este autor, al desarrollar lo relativo a la libertad —entendida como manifestación de la dignidad de la persona—, dice que se trata de la libertad de autodeterminación personal y la libertad de actuar conforme a lo decidido, citando a *Díaz Pita*. Pero esta autora efectivamente sostiene lo dicho, en relación con el bien jurídico libertad, que es el protegido por los delitos de amenazas y coacciones, justamente cuando intenta delimitar este bien jurídico de la integridad moral (cfr. DÍAZ PITA, «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura», p. 81). No obstante, *De la Cuesta Arzamendi* coincide con *Díaz Pita*, en el sentido de concebir que a través de la integridad moral se protege la libertad cuando ésta es afectada mediante vejaciones o humillaciones.

⁷² Cfr. DÍAZ PITA, «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura», p. 74.

⁷³ STS de 4 de mayo de 1998 (ponente Joaquín Martín Canivell), FJ 9.º; SAP Madrid, Sección 6.ª, de 10 de julio de 2002 (ponente Francisco Jesús Serrano Gassent), FJ 2.º; SAP Sevilla, Sección 4.ª, de 31 marzo de 2003 (ponente Margarita Barros Sansinforiano), FJ 2.º; SAP Cádiz, Sección 8.ª, de 7 febrero de 2003 (ponente Ignacio Rodríguez Bermúdez de Castro), FJ 1.º; AAP Madrid, Sección 1.ª, de 8 marzo de 2005 (ponente Consuelo Romera Vaquero), FJ 1.º. En este auto la integridad moral es equiparada con la dignidad, porque cuando explica qué es la degradación, establece que es un atentado a la dignidad. Asimismo, aun cuando previamente la audiencia había negado que la integridad moral comportara doblegar la voluntad de una persona, porque ello sería constitutivo de los delitos de amenazas u coacciones, luego concluye que la integridad moral comporta padecimientos infligidos de modo vejatorio con la intención de doblegar la voluntad del paciente.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha considerado que la integridad moral es un «atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto»⁷⁴. Asimismo, la jurisprudencia de las audiencias provinciales ha explicado además que la dignidad es humillada cuando se ejerce presión sobre la voluntad de la víctima de manera semejante a los seres que carecen de razón⁷⁵.

Por otro lado, el segundo subgrupo de concepciones que también acude a la dignidad para caracterizar la integridad moral como bien jurídico-penal vincula a ésta con atributos propios de la personalidad humana distintos a la libertad o capacidad de voluntad, aun cuando también coloca a la humillación o degradación como instrumento de ataque al comentado bien jurídico.

Así, algunas sentencias del Tribunal Supremo han sostenido que la integridad moral «comprende tanto las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio psicofísico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano, de suerte que cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutado por funcionario público abusando de su cargo que (...) causa humillación, quebranto degradante de tales componentes personales a través de dichos efectos (...) fuerce o compela al agredido o sufridor de aquéllos a actuar en una determinada dirección contra su voluntad o conciencia»⁷⁶. Desde este punto de vista, la integridad moral se encuentra sumamente emparentada con la integridad físico-psíquica y el honor, haciendo difícil establecer una distinción clara entre ambos bienes jurídicos y la integridad moral. En el subapartado c), relativo a las diferencias entre la integridad moral y otros bienes jurídicos personales, se ahondará al respecto.

2. Por otra parte, un sector de la doctrina y la jurisprudencia se ha pronunciado acerca de la integridad moral vinculándola con atributos intrínsecos de la personalidad, pero sin invocar directamente la idea de dignidad humana.

⁷⁴ STS de 3 octubre de 2001 (ponente Perfecto Andrés Ibáñez), FJ 6.º; STS de 2 noviembre de 2004 (ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), FJ 4.º.

⁷⁵ Cfr. SAP Sevilla, Sección 4.ª, de 31 marzo de 2003 (ponente Margarita Barros Sansinforiano), FJ 2.º; SAP Cádiz, Sección 8.ª, de 7 febrero de 2003 (ponente Ignacio Rodríguez Bermúdez de Castro), FJ 1.º.

⁷⁶ STS de 6 de abril de 2000 (ponente Roberto García-Calvo y Montiel), FJ 2.º; STS de 20 de julio de 2004 (ponente Joaquín Giménez García), FJ 2.º; STS de 2 de noviembre de 2004 (ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), FJ 4.º; STS de 5 de junio de 2003 (ponente Julián Sánchez Melgar), FJ 3.º; STS de 27 de marzo de 2013 (ponente Perfecto Andrés Ibáñez), FJ 2.º.

Así tenemos que parte de la jurisprudencia ha apuntado que la integridad moral está relacionada con la inviolabilidad de la persona⁷⁷, cuya violación se lleva a cabo cuando se cometen actos que envilecen, humillan, vejan o denigran⁷⁸. Se destaca que esta visión del bien jurídico integridad moral coincide con el concepto de integridad física y moral como derecho fundamental.

En este mismo sentido, *González Cussac* estima que el ámbito propio del bien jurídico integridad moral es la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho de la persona a no ser tratada como un objeto⁷⁹. Asimismo, para *Rodríguez Mesa* el contenido propio del bien jurídico-penal integridad moral se encuentra, en definitiva, en la inviolabilidad de la conciencia y el respeto de la condición de persona⁸⁰.

Por su parte, *Rebollo Vargas* señala que el contenido material de la integridad moral, desde el punto de vista negativo, tiene que ver con la ruptura del conjunto inescindible físico-moral en que se constituye la persona, lo cual se traduce en su cosificación o instrumentalización⁸¹.

Por último, dentro de este sector que no invoca a la dignidad expresamente como parte del concepto del bien jurídico integridad moral se encuentra *Muñoz Sánchez*. Este autor sostiene que la integridad moral constituye el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores⁸². En sentido semejante se pronuncia *Barquín Sanz*, que vincula la integridad moral con la integridad física y psíquica, además de la libertad como antes se indicó⁸³. Estos dos últimos autores se inclinan por asimilar la integridad moral con la integridad física o la integridad psíquica.

⁷⁷ Cfr. STS de 16 de abril de 2003 (ponente Julián Sánchez Melgar), FJ 5.º; STS de 2 noviembre de 2004, FJ 3.º; STS de 31 de enero de 2007 (ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), FJ 3.º; STS de 5 de junio de 2003 (ponente Julián Sánchez Melgar), FJ 3.º, SAP Madrid, Sección 16.ª, de 11 de noviembre de 2002, FJ 2.º; SAP Toledo, Sección 2.ª, de 19 diciembre de 2000 (ponente Juan Manuel de la Cruz Mora), FJ 1.º.

⁷⁸ Cfr. SAP Toledo, Sección 2.ª, de 19 diciembre de 2000, FJ 1.º.

⁷⁹ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos de tortura y otros tratos degradantes», p. 78. En el mismo sentido, DEL ROSAL BLASCO, «De las torturas y otros delitos», pp. 217-218.

⁸⁰ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 175. Si se observa la capacidad de rendimiento de la visión de esta autora sobre la integridad moral como bien jurídico-penal, se concluye que *Rodríguez Mesa* conecta la integridad moral con la libertad moral (para alcanzar sus fines morales y para su desarrollo como persona) y la libertad de decisión sin que se especifique cómo se derivan estas expresiones de la inviolabilidad de la conciencia o del respeto de la condición de persona. Ello se observa cuando la citada autora explica la «supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión» como una de las conductas descritas en el artículo 174 CP constitutivas del delito de tortura.

⁸¹ Cfr. REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 240.

⁸² Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, «Artículos 173-177», p. 50.

⁸³ Cfr. BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, pp. 57-58.

Como conclusión preliminar en relación con las posiciones de la doctrina y la jurisprudencia sobre el concepto integridad moral en tanto bien jurídico, se destaca que un sector invoca la dignidad como sustrato material de la integridad moral. No obstante ello, otro sector, aun cuando no la invoca directamente, acude a nociones como «inviolabilidad de la persona» o «inviolabilidad de la conciencia» que en definitiva constituyen atributos internos de la personalidad. Así, un primer factor común a todas las posturas esbozadas es que la integridad moral se refiere a una característica de la persona que no es visible externamente pero que parece formar parte de la esencia de ésta y que es vulnerable a los ataques de terceros, lo cual conecta con la otra característica común de las diferentes posturas, a saber, que el medio o instrumento necesario para atacar tal atributo de la personalidad —y que constituye a su vez una herramienta que se suele invocar con mucha frecuencia para diferenciarla de otros bienes jurídicos— es el producir en el sujeto pasivo sentimientos de humillación, vejación o degradación. Estos factores en común son los que se tomarán en cuenta para señalar la postura personal en cuanto al contenido del bien jurídico integridad moral.

b) Toma de posición

En primer lugar resulta necesario aclarar el significado de integridad moral como bien jurídico-penal. Ya se indicó que la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria han sostenido que el delito de tortura protege aspectos internos del individuo, tales como la libertad y autodeterminación, la capacidad de voluntad, la identidad individual, el equilibrio psico-físico, la autoestima, el respeto ajeno, la inviolabilidad de la personalidad y la conciencia. ¿Cómo sistematizar todas estas características de la personalidad del ser humano y entenderlas como contenido del bien jurídico integridad moral? Para ello resulta necesario hacer referencia a la noción de dignidad, tantas veces invocada por la doctrina y la jurisprudencia, porque todas estas características parecen provenir de aquella.

La dignidad de la persona se encuentra reconocida en el ordenamiento jurídico español en el artículo 10.1 CE, que prevé lo siguiente: «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 político y de la paz social». De esta disposición se desprende que, por un lado, la dignidad de la persona no constituye un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico español⁸⁴, y, por otro lado, hay derechos que están referidos a la dignidad al ser inherentes a ésta.

⁸⁴ En Alemania se ha discutido si la dignidad es un principio absoluto e intangible del que son expresión los derechos fundamentales, o si por el contrario es un derecho fundamental más y que los demás derechos fundamentales no son expresión de algo abstracto, sino que constituyen respuestas normativas dadas en la historia frente a diferentes amenazas. Esta discusión aparece en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, pp. 25-29.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, independiente de las concretas características particulares de ésta⁸⁵. Asimismo, el mencionado Tribunal ha declarado que la dignidad es un atributo de la persona que la convierte en un miembro libre y responsable de la comunidad jurídica y no en un mero objeto del ejercicio de los poderes públicos⁸⁶. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha declarado que la dignidad permanece inalterada en cualquier situación en que la persona se encuentre porque constituye un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar⁸⁷.

El contenido constitucional de la dignidad debe ponerse en relación con el planteamiento kantiano de dignidad, porque es el de mayor penetración o influencia en la filosofía desde la Ilustración. *Kant* entiende que los seres humanos tienen una naturaleza dual: pertenecen al mundo inteligible y al mundo sensible. En el ámbito de lo inteligible el ser humano es visto como persona, mientras que en el ámbito de lo sensible (mundo empírico) el ser humano es visto como parte del sistema de la naturaleza⁸⁸. En el mundo inteligible, los seres humanos son seres morales que tienen autonomía y capacidad para razonar. La persona sería un ser racional que puede dictarse leyes y elegir, determinar y perseguir fines. La autonomía y la capacidad de razonar de las personas, que no poseen los animales, son los fundamentos de la dignidad⁸⁹.

Ahora bien, más concretamente, *Kant* concibe a la humanidad como un conjunto de facultades exclusivas de los seres humanos; que éstos, en tanto agentes racionales, tienen la capacidad de establecer fines y que el ser humano, al ser un fin en sí mismo, se convierte en insustituible porque no puede autoenajenarse por ningún precio de mercado⁹⁰: «La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la

⁸⁵ Cfr. STC de 28 de febrero de 1994 (ponente Julio Diego González Campos), FJ 7.º; STC de 16 de diciembre de 1996 (ponente Vicente Gimeno Sendra), FJ 7.º; STC de 2 de noviembre de 2004 (ponente María Emilia Casas Baamonde), FJ 13.º.

⁸⁶ Cfr. STC de 16 de diciembre de 1996 (ponente Vicente Gimeno Sendra), FJ 7.º.

⁸⁷ Cfr. STC de 28 de febrero de 1994 (ponente Julio Diego González Campos), FJ 7.º; STC de 16 de diciembre de 1996 (ponente Vicente Gimeno Sendra), FJ 7.º.

⁸⁸ Cfr. PÉREZ TRIVIÑO, *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, pp. 19-21.

⁸⁹ Cfr. PÉREZ TRIVIÑO, *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, pp. 22-23 y 33. Siguiendo esta misma línea de pensamiento sobre la dignidad, *Peces-Barba Martínez* sostiene que la dignidad es un «valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo». En el desarrollo de su concepción de la dignidad, este autor destaca como una dimensión relevante de aquella la perspectiva de carácter «humanista y renacentista» que se refiere específicamente a los rasgos que caracterizan al ser humano y lo distinguen de los restantes animales. En este sentido, el dato relevante sería la noción de autonomía, en el sentido de capacidad de elección precedida de una deliberación racional sobre lo que procede hacer o decidir; y en el sentido de condición moral que dirige a los seres humanos «a buscar su independencia a través de la búsqueda del bien, de la virtud, de la felicidad o de la salvación» (cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona*, pp. 68-69). De esta manera, la dignidad de la persona humana podría verse afectada cuando se ataca su autonomía.

⁹⁰ Cfr. PÉREZ TRIVIÑO, *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, pp. 16-18.

vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas»⁹¹. Esta condición de superioridad de las personas frente a los demás seres del mundo (que pueden ser utilizados como medios) no puede entenderse meramente desde una perspectiva material: un enfermo en estado vegetativo no obra con autonomía alguna, pero ello no obsta que sea un ser digno. Como se indicó antes, la dignidad se ubica en el mundo inteligible. En este sentido se ha indicado que la dignidad es la versión moral del carácter inmaterial del ser humano⁹². Esta facultad inmaterial o metafísica que solamente poseen los seres humanos explica, además, que éstos no puedan tener un valor en el sentido de precio de mercado⁹³.

Una consecuencia de que todas las personas poseen este valor interno —dignidad— es la igualdad. Cada persona es un ser racional y autónomo que se encuentra igualmente subordinado a la ley moral⁹⁴. Así, ley moral es la fuente de igualdad porque frente a ella nadie tiene una especial posición o ventaja⁹⁵. De esta igualdad se desprende que entre los seres racionales no se justifican tratos desiguales entre iguales⁹⁶ y que los seres racionales se deben respeto recíproco, en el sentido de que cada persona está obligada a ser consciente de la dignidad de las otras personas y a mostrar determinados comportamientos y actitudes frente a los demás por poseer dignidad⁹⁷.

En este sentido, *Kant* sostiene que así como el hombre «no puede autoenajenarse por ningún precio (lo cual se opondría al deber de la autoestima), tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás como hombres, que es igualmente necesaria; es decir, que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo cual reside en él un deber que se refiere al respeto que se ha de

⁹¹ KANT, *La metafísica de las costumbres*, p. 335. Asimismo, Kant sostiene que «en el reino de los fines todo tiene o un *precio* o una *dignidad*. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo *equivalente*; en cambio lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una *dignidad*» (KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, p. 92).

⁹² SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Fundamentos de política criminal*, p. 113.

⁹³ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Fundamentos de política criminal*, p. 113.

⁹⁴ Según *Rosenkrantz*, hay dos concepciones de la autonomía, una sustancial y otra procedimental. La sustancial, que es la que interesa a la presente investigación, es la propuesta por *Kant*, que sostiene que la autonomía es una propiedad de la voluntad de los agentes morales que solo se permiten actuar sobre la base de principios sin estar determinados por causas empíricas (cfr. ROSENKRANTZ, «El valor de la autonomía», p. 14).

⁹⁵ Cfr. PÉREZ TRIVIÑO, *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, p. 24.

⁹⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Fundamentos de política criminal*, p. 112.

⁹⁷ Cfr. PÉREZ TRIVIÑO, «La relevancia de la dignidad humana. Un comentario», *Doxa*, 2007, p. 161. En este sentido, *Henry* sostiene que si se considera que las personas son capaces de dirigirse moralmente, son fines en sí mismos y merecedoras de respeto (cfr. HENRY, *U. Pa. L. Rev.*, 2011-2012, pp. 207-208). A mayor abundamiento, *Larenz* sostiene que de la concepción de *Kant* conforme a la cual la persona es un fin en sí mismo deriva la pretensión de toda persona al respeto de su dignidad y su obligación de respetar a los demás del mismo modo (cfr. LARENZ, *Derecho justo*, p. 56).

profesar necesariamente a cualquier otro hombre. (...) *Despreciar* (*contemnerè*) a otros, es decir, negarles el respeto que se debe al hombre en general, es, en cualquier circunstancia, contrario al deber; porque se trata de hombres. (...) Con todo, yo no puedo negar ni siquiera al vicioso, en tanto que hombre, el respeto que no puede quitársele, al menos en calidad de hombre; aunque con su acción se haga sin duda indigno de él. De ahí que pueda haber castigos ultrajantes, que deshonoran a la humanidad misma (como descuartizar, hacer que los perros despedacen al castigado, cortarle la nariz y las orejas), que no sólo son más dolorosos que la pérdida de los bienes y de la vida para quien es pundonoroso (para quien exige el respeto ajeno, cosa que todos deben hacer), sino que también hace sonrojarse al espectador por la vergüenza de pertenecer a una especie con la que se puede proceder así»⁹⁸.

Como contraste de lo anterior, no siempre se consideró la dignidad como un valor intrínseco de todas las personas, y ello era determinante para la aplicación de la tortura en los procesos judiciales. En el Imperio romano, a partir del siglo III, el rango superior de la sociedad romana estaba constituido por el rango senatorial y el rango ecuestre (los caballeros), quienes eran herederos de los antiguos privilegios de los patricios y los senadores. Uno de tales privilegios consistía en que eran portadores de dignidad, que había sido definida por *Cicerón* como el prestigio honroso, como el ser digno de respeto, deferencia y reverencia. Tal dignidad significaba, en los procesos judiciales, que quienes la portaban gozaban de credibilidad y no podían ser torturados, salvo en las causas por traición o por orden personal del Emperador. Los integrantes de esta clase social eran los *honestiores*. En cambio, los demás hombres libres, carentes de la dignidad del rango superior, eran conocidos como los *humiliores*, cuyas testimoniales solamente eran valoradas en los procesos judiciales cuando eran sometidos a tortura, porque carecían de credibilidad. La tortura debía confirmar el testimonio. De esta manera, en esta etapa del Imperio romano los límites entre los *humiliores* y los esclavos se hacían cada vez más borrosos en lo que respecta a la aplicación de la tortura judicial, porque carecían de dignidad. De todas maneras, para el siglo IV los *honestiores* también fueron sometidos a tortura en los procesos judiciales, al adicionarse otros delitos además de la traición y a la ampliación del significado de ésta⁹⁹.

El propio *Kant* señala los vicios¹⁰⁰ que vulneran el deber de respetar a los demás: la soberbia, la maledicencia y la burla. La soberbia es una ambición según la cual una persona exige a otras que se menosprecien al compararse con la primera, es decir, es soberbio quien está «ávido de honores de tener a otros por debajo y que se cree autorizado a desdeñarlos»; la maledicencia es la tendencia inmediata de alguien a propagar algo perjudicial para el respeto de los demás, lo cual supone no solo un menoscabo al honor ajeno, sino que además manifiesta una disminución del respeto por la humanidad en general; y la burla es la manía de criticar de un modo frívolo y la propensión de poner en ridículo a otros, es decir,

⁹⁸ KANT, *La metafísica de las costumbres*, pp. 335-336.

⁹⁹ Cfr. PETERS, *La tortura*, pp. 50-54.

¹⁰⁰ Para este autor, la omisión del deber que surge del respeto es un vicio (*vitium*) (cfr. KANT, *La metafísica de las costumbres*, p. 338).

convertir los defectos ajenos reales, o atribuidos como si fueran reales, en objeto inmediato de la propia diversión¹⁰¹.

Como desarrollo de la noción kantiana de dignidad, *Pérez Triviño* considera que se irrespeta la dignidad del otro cuando no se le permite perseguir los fines y propósitos que ha elegido autónomamente¹⁰². En este mismo sentido se pronuncia *Nino*, que concibe como principio de dignidad que las personas deben ser tratadas conforme sus decisiones, intenciones o manifestaciones del consentimiento¹⁰³. Esto significa, según este autor, que las voliciones de las personas deben ser tomadas en serio, es decir, se debe permitir que el individuo incorpore las consecuencias de sus decisiones al curso de su vida¹⁰⁴. Cuando se intenta condicionar a la persona sin dejarle perseguir los fines y propósitos que ha elegido autónomamente, se le niega lo que *Dworkin* ha señalado como la importancia distintiva de la vida de la persona¹⁰⁵.

Ahora bien, ¿cómo se protege a la dignidad si es atacada? Desde la perspectiva de la presente investigación, todos los derechos fundamentales son manifestaciones de salvaguardas frente a las distintas posibilidades de irrespeto a la dignidad. Con anterioridad se indicó que del artículo 10.1 CE se desprende que hay derechos que están referidos a la dignidad de la persona. Así, la Constitución prevé los derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad¹⁰⁶. De esta manera, la relación entre la dignidad y algunos derechos fundamentales consiste en que aquella se proyecta en éstos¹⁰⁷, porque la dignidad no es un derecho fundamental *per se*, y, en consecuencia, no se puede interponer una pretensión autónoma de amparo para su protección¹⁰⁸. En este sentido, el Tribunal Constitucional sostiene que la dignidad es un valor jurídico que constituye el germen o

¹⁰¹ Cfr. KANT, *La metafísica de las costumbres*, pp. 339-342.

¹⁰² Cfr. PÉREZ TRIVIÑO, *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, pp. 25-26. Asimismo se ha pronunciado *Osorio Iturmendi*, quien ha dicho que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás (cfr. OSORIO ITURMENDI, «Artículo 10», p. 46).

¹⁰³ Asimismo, según el autor, las creencias y opiniones de las personas también deben ser tomadas en serio en virtud del principio de dignidad, es decir, intentando que sean compatibles con otras creencias del mismo individuo y de otros. «Esto implica promover la adopción, cambio o abandono de creencias promoviendo argumentos en su favor o en su contra, es decir, operando sobre los factores que el individuo tomó en cuenta en la formación de la creencia u opinión» (NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 287-289).

¹⁰⁴ Cfr. NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 290.

¹⁰⁵ Cfr. DWORKIN, *El dominio de la vida*, p. 309.

¹⁰⁶ Cfr. STC de 16 de diciembre de 1996 (ponente Vicente Gimeno Sendra), FJ 7.º.

¹⁰⁷ Cfr. STC de 28 de febrero de 1994 (ponente Julio Diego González Campo), FJ 4.º.

¹⁰⁸ Cfr. STC de 28 de febrero de 1994 (ponente Julio Diego González Campo), FJ 3.º;

núcleo de unos derechos fundamentales que le son inherentes, y que uno de éstos es el derecho a la integridad física y moral¹⁰⁹.

Ahora bien, ya se adelantó que tal derecho a la integridad física y moral es, a su vez, la referencia constitucional del bien jurídico integridad moral; pero, ¿qué ámbito de la dignidad protegida por el derecho fundamental a la integridad moral se traspasa al bien jurídico-penal integridad moral, de tal manera que constituya su definición?

En este punto resulta imprescindible recordar cómo el Tribunal Supremo ha venido definiendo el bien jurídico-penal integridad moral, según lo esbozado en el subapartado anterior. El mencionado Tribunal ha sostenido:

1. Que es la libertad de autodeterminación o de voluntad, que abarca la capacidad de decidir o de ejercicio de la voluntad.
2. Que son facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio psicofísico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano.
3. Que es la inviolabilidad de la persona (asimilando lo establecido por el Tribunal Constitucional sobre el derecho a la integridad física y moral).

Desde el punto de vista de esta investigación, el bien jurídico integridad moral no puede ser entendido como la dignidad misma, es decir, no pueden ser equivalentes porque tampoco son equivalentes la dignidad y el derecho fundamental a la integridad física y moral, con lo cual se descarta la definición de bien jurídico integridad moral como la libertad de autodeterminación o de voluntad (capacidad de decidir o de ejercicio de la voluntad) porque ello significaría una confusión entre integridad moral y la esencia de la dignidad de la persona (autonomía)¹¹⁰. Tampoco es admisible la definición de integridad moral como la inviolabilidad de la persona (y como equilibrio psicofísico) porque la integridad moral se confundiría esta vez con el derecho a la integridad física y moral, con lo cual habría problemas de delimitación con el bien jurídico salud humana.

Por lo tanto, el ámbito de la dignidad que, mediante el derecho fundamental, pasa al bien jurídico objeto de estudio es semejante a lo que el Tribunal Supremo ha identificado como la identidad individual, la autoestima o el respeto ajeno que debe merecer todo ser humano.

¹⁰⁹ Cfr. STC de 11 abril de 1985 (ponentes Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant), FJ 3.º y 8.º; STC de 28 de febrero de 1994 (ponente Julio Diego González Campo), FJ 4.º. Incluso, el Tribunal Constitucional llega a sostener que los comportamientos que lesionan el derecho a la integridad física y moral afectan a la dignidad «bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo» (STC de 2 de noviembre de 2004 [ponente María Emilia Casas Baamonde], FJ 13.º). Los otros derechos inherentes a la dignidad de la persona, según esta sentencia, son el derecho a la libertad de ideas y de creencias (artículo 16 CE) y el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1 CE). El Tribunal Constitucional ha ratificado que el derecho a la intimidad personal se deriva de la dignidad humana (cfr. STC de 16 de diciembre de 1996 [ponente Vicente Gimeno Sendra], FJ 3.º).

¹¹⁰ Aun cuando se encuentran relacionadas, la integridad moral es una proyección de la libertad de autodeterminación o de voluntad de cada quien, que también se manifiesta a través de otros bienes jurídicos personales o individuales.

Estas facetas de la personalidad son expresión de una característica relevante y digna de protección de la dignidad como es la igualdad de humanidad, en el sentido de que toda persona debe reconocer la dignidad de la humanidad en todas las demás personas. Éste es el ámbito de la dignidad que es protegido por el bien jurídico bajo estudio desde la perspectiva de la presente investigación. Así, *la integridad moral protegida por el delito de tortura es el interés que toda persona tiene en recibir de los demás un trato mínimo que sea respetuoso con su condición de persona por constituir un ser moral.*

Ya se ha señalado que la doctrina considera que se respeta la dignidad de otro dejándole perseguir los fines y propósitos que ha elegido autónomamente. Tal respeto puede vulnerarse de distintas maneras y por tal motivo se ha previsto una serie de derechos fundamentales y bienes jurídico-penales individuales o personales para abarcar las distintas vías de afectar la dignidad. Cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha defendido que la dignidad es el germen de algunos derechos fundamentales, y que el condicionamiento de la autonomía de la persona y su razonabilidad puede materializarse mediante el irrespeto a la libertad de ideas y creencias; al libre desarrollo de la personalidad; al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y a la integridad física y moral¹¹¹. Cuando no se permite a alguien perseguir sus fines negándole el trato mínimo que toda persona se merece, ya sea porque se la instrumentaliza, humilla, denigra o de cualquier manera se le irrespeta su condición de persona moral, se está atacando la integridad moral de la persona y el Derecho penal ha previsto unos tipos para protegerla, dentro de los que se encuentra el tipo previsto en el delito de tortura.

Con esta definición de integridad moral, la presente investigación se acerca a la postura del Tribunal Supremo que sostiene que tal bien jurídico se refiere a la identidad individual, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano que con anterioridad se reseñó. En una sentencia, el mencionado Tribunal sostuvo claramente que la conciencia y reconocimiento del valor de persona que tienen todos los seres humanos es el motivo del respeto mutuo que, cuando es generalizado, hace simétricas las relaciones entre sujetos iguales en dignidad, al margen de cualquier rasgo diferencial¹¹².

Es de resaltar, además, que la noción de integridad moral defendida en esta investigación se subsume en la noción de bien jurídico susceptible de tutela por el Derecho penal. En efecto, la integridad moral constituye un derecho fundamental que bien puede considerarse un «recurso», es decir, un medio que es condición imprescindible para el libre desarrollo de la personalidad de los individuos en el entorno social¹¹³.

Se podría decir que la concepción aquí defendida de integridad moral podría confundirse con el bien jurídico-penal relativo al honor, intimidad personal y familiar y a la propia

¹¹¹ Cfr. STC de 11 de abril de 1985 (ponentes Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant), FJ 3.º y 8.º; STC de 28 de febrero de 1994 (ponente Julio Diego González Campo), FJ 4.º.

¹¹² Cfr. STS de 27 de marzo de 2013 (ponente Perfecto Andrés Ibáñez), FJ 2.º.

¹¹³ El Tribunal Supremo ha sostenido expresamente que el delito de tortura protege la integridad moral reconocida en el artículo 15 CE (cfr. STS de 23 de abril de 2001 [ponente Carlos Granados Pérez], FJ 1.º).

imagen y a la libertad; pero en el siguiente subapartado, en que se coloca en la balanza el bien jurídico integridad moral con otros bienes jurídicos vinculados también a la idea de dignidad, se harán las precisiones delimitadoras que terminarían por configurar el bien jurídico bajo estudio.

c) Diferencias entre la integridad moral y otros bienes jurídicos personales

Con la finalidad de concretar aun más el contenido de la integridad moral como bien jurídico protegido por el Derecho penal, es necesario que desde un punto de vista general se pongan en evidencia los límites que hay entre el mencionado bien jurídico y otros bienes jurídicos personales con los que pudiera eventualmente establecerse alguna confusión que cuestione la autonomía de la integridad moral.

c.1. Integridad moral y salud humana

La doctrina dominante indica que los tipos de lesiones protegen la salud humana en general, es decir, tanto la alteración del aspecto físico —pérdida o inutilización del cuerpo humano— como del normal funcionamiento del cuerpo humano —padecimiento de una enfermedad física o psíquica—¹¹⁴.

Así, la salud humana, entendida desde el Derecho penal, pretende proteger los aspectos físicos y psíquicos de la persona, en el sentido de que permanezcan íntegros y libres de enfermedades o anomalías provocadas por otros. Aunque pueda decirse que el ámbito de la salud humana en general es amplio, no alcanza a proteger la integridad moral. Ésta es afectada cuando el sujeto activo lleva a cabo una conducta humillante o degradante contra otra persona, es decir, cuando la desprecia otorgándole un trato que no se compadece con su valía como ser moral. De tal manera que, si bien durante la comisión del delito de tortura se puede afectar la salud del sujeto pasivo, y, asimismo, durante la comisión del delito de lesiones se puede afectar la integridad moral del sujeto pasivo; también se puede afectar a la integridad moral de una persona sin lesionar su salud y se puede lesionar la salud de una persona sin afectar su integridad moral.

Ello es así porque el bienestar físico o mental de una persona no se encuentra necesariamente vinculado con el debido respeto que tal persona merece por parte de los otros que deriva de la dignidad de la persona. En otras palabras, la integridad física y mental de una persona no incluye la integridad moral, sino que son componentes distintos y diferenciados de la integridad personal, entendida ésta en sentido amplio¹¹⁵. Se ha de

¹¹⁴ Cfr. DÍAZ PITA, «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura», p. 77; FELIP I SABORIT, «Las lesiones», p. 68. *García Arán* sostiene que el bien jurídico protegido por el delito de lesiones es la salud física y mental (cfr. GARCÍA ARÁN, «Título III. De las lesiones», p. 87); y *Gómez Martín* sostiene que el bien jurídico protegido por el delito de lesiones es la salud individual en un sentido global y subjetivo. En lo que respecta al sentido subjetivo, el autor aclara que el delito mencionado protege el bienestar físico y psíquico (cfr. GÓMEZ MARTÍN, «Título III. De las lesiones», p. 349).

¹¹⁵ Cfr. SAP Granada, Sección 2.ª, de 20 de enero de 2006 (ponente Pedro Ramos Almenara), FJ 1.º.

recordar que ambos bienes jurídicos son proyecciones directas del derecho a la integridad física y moral previsto en el artículo 15 CE, que, como se indicó, protege la inviolabilidad de la persona contra ataques o intervenciones dirigidas a lesionar el cuerpo (salud humana) y el espíritu (integridad moral).

c.2. Integridad moral y vida humana independiente

No es difícil imaginar que en el marco de la aplicación de torturas, la víctima sea llevada a tal punto de sufrimiento que le lleve a perder la vida. El homicidio, sancionado en los artículos 138, 142 y 621.2 CP, tutela jurídico-penalmente la vida humana independiente.

Resulta evidente que la integridad moral es muy distinta a la vida humana independiente, aun cuando en algún caso concreto podrían ser lesionadas simultáneamente cuando el funcionario público, impulsado por alguna de las finalidades señaladas en el artículo 174.1 CP, produce sufrimientos físicos de tal entidad que resulta la muerte del sujeto pasivo. Los problemas concretos en materia de concursos se estudiarán más adelante en la presente investigación¹¹⁶. Basta con decir, por ahora, que el atentado a la integridad moral no implica una lesión de la vida. De hecho, ambos bienes jurídicos protegen dimensiones distintas de la personalidad (aunque si se lesiona la vida, se lesiona el resto de los bienes jurídicos personales).

Cofré Lagos ha sostenido que los hombres y las mujeres están dotados, en primer lugar, de una estructura corpórea u orgánica; y sobre la corporeidad se levanta o erige una construcción espiritual y social que llamamos «persona»¹¹⁷. Pues bien, el bien jurídico «vida» pretende proteger el ser viviente o la corporeidad, que es el fundamento natural sin el cual no es posible la personalidad; mientras que la integridad moral, referida al trato respetuoso del valor intrínseco que toda persona posee como ser moral, se ocupa de una parte del sustrato espiritual y moral de la persona.

Así, la vida humana y la integridad moral son perfectamente delimitables. El sujeto activo del delito de tortura puede realizar una conducta que humilla o degrada a otra persona, en el sentido de que le confiere un trato que no se corresponde con el que merece una persona, pero sin que tal conducta constituya un riesgo para la vida humana. Y, al contrario, el sujeto activo puede matar a otra persona y mantener incólume su integridad moral. Es verdad que puede sostenerse que, en general, matar a otro no es una actitud respetuosa, pero en la presente investigación se destaca que una persona puede matar a otra sin que necesariamente irrespete la integridad moral de ésta: una muerte podría ser neutral, digna o indigna según los casos. En efecto, en el uso común del lenguaje se suele utilizar expresiones como «ha tenido una muerte digna» o «lo han matado como a un perro». De tal manera que el interés en recibir un trato deferente con la condición de persona no siempre se irrespeta en caso de riesgo típico para la vida.

¹¹⁶ Cfr. *infra* capítulo VI, subtítulo VI.2.

¹¹⁷ Cfr. COFRÉ LAGOS, *Rev. Derecho (Valdivia)*, 2004, p. 14.

c.3. Integridad moral y libertad

El Código penal protege la libertad en muchas de sus manifestaciones a lo largo de su articulado, pero hay un aspecto de ella que resulta de necesaria delimitación respecto del bien jurídico integridad moral.

En efecto, el sustrato de la libertad que se pretende proteger mediante las coacciones (artículos 172 y 620.2.º CP) es la libertad de obrar, es decir, el derecho a ejecutar externamente las decisiones previamente tomadas¹¹⁸, mientras que mediante las amenazas (artículos 169-171 y 620 CP) el bien jurídico protegido depende de si son condicionales o no. Las amenazas condicionales, según la doctrina, protegen la libertad en sentido interno, es decir, la libertad de escoger qué conducta se desea realizar sin presiones externas, mientras que las amenazas incondicionales protegen la seguridad o tranquilidad de la víctima¹¹⁹.

Por un lado, la libertad de obrar protegida por el delito de coacciones no se refiere al derecho a la exclusión de ciertos tratos despreciativos de la valía moral intrínseca de la persona, sino que consiste en la posibilidad de la persona de conducirse externamente de acuerdo con una decisión previamente adoptada. Es decir, el carácter humillante o degradante de la conducta, que es propio de la vulneración de la integridad moral, constituye un elemento que no es necesario para la configuración del delito que protege la libertad de obrar¹²⁰, ya que éste solo exige violencia externa. Se puede coaccionar a otro sin que necesariamente se le humille o degrade.

En cuanto a la faceta de la libertad protegida por las amenazas, referida a la capacidad de formación de una decisión propia y al sentimiento de seguridad, se observa que hay cierta coincidencia en relación con la integridad moral en cuanto a que ambos bienes jurídicos se refieren a la esfera interna de la persona: el sujeto activo quiere imponer al sujeto pasivo una conducta no querida, condicionando su realización a la causación de un mal. Sin embargo, la integridad moral requiere que su afectación se lleve a cabo mediante un trato que no se debe dispensar a otra persona porque implica una forma de instrumentalización. Por lo tanto, la integridad moral es una modalidad especializada de afectación a la libertad de escoger qué conducta se desea realizar sin presiones externas, protegida por el delito de amenazas condicionales.

Desde esta perspectiva, bien puede una persona ser amenazada sin que llegue a lesionarse su integridad moral. El delito de tortura exige un *plus* que consiste en la instrumentalización o cosificación, que generalmente se alcanza mediante la humillación o

¹¹⁸ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad», p. 94; CERVELLÓ DONDERIS, *El delito de coacciones*, p. 21; REBOLLO VARGAS, «Título VI. Delitos contra la libertad», p. 218; BOLEA BARDON, «Título VI. Delitos contra la libertad», p. 380.

¹¹⁹ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad», p. 98; BOLEA BARDON, «Título VI Delitos contra la libertad», p. 380; REBOLLO VARGAS, «Título VI. Delitos contra la libertad», p. 199.

¹²⁰ Cfr. DÍAZ PITA, «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura», p. 83. Es de resaltar que esta autora se refiere al bien jurídico integridad moral cuando analiza el artículo 173 CP.

vejación de la víctima; mientras que en el caso de las amenazas no se requiere que el sujeto activo ofrezca determinados tratos humillantes, toda vez que para su perfeccionamiento no se requiere la degradación del sujeto pasivo¹²¹.

c.4. Integridad moral y honor

El delito de injuria, previsto en el artículo 208 CP, consiste en «una acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona». La utilización de la palabra «dignidad» en la descripción típica del mencionado delito representa una complicación a la hora de delimitar el bien jurídico integridad moral respecto del honor. En tal sentido, se recuerda que la dignidad no puede ser circunscrita únicamente a su relación con un derecho, en este caso con el derecho al honor, sino que está en la base de diversos derechos fundamentales. Así, resulta necesario entender la expresión «dignidad» no como la autonomía y la capacidad de razonar de la persona que la diferencian de las demás creaciones de la naturaleza, sino como un reflejo de una concreta concepción jurídica del honor¹²².

La doctrina dominante ha estimado que el delito de injurias protege la fama y la propia estimación. La fama corresponde al honor externo, es decir, a la opinión que las personas se han granjeado en los demás o a su reputación. Por su parte, la propia estimación corresponde al honor interno, a la opinión que la persona tiene de sí misma y que forma parte de su sustrato personal¹²³. El Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho al honor «ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas»¹²⁴.

De lo indicado hasta ahora resulta clara la diferencia entre el honor y la integridad moral en lo que se refiere al honor externo. La integridad moral, aunque involucra un tipo de trato respetuoso con el ser moral intrínseco de toda persona que se vulnera mediante la degradación o la humillación, no afecta la buena reputación de una persona. En efecto, la heteroestima de una persona sometida a sufrimientos humillantes o degradantes en el marco de la tortura no solo puede permanecer incólume, sino que además puede verse mejorada cuando la tortura sobre una persona genera en los demás sentimientos de admiración.

Por otra parte, hay mayores dificultades para diferenciar el honor y la integridad moral cuando el primero alude a la autoestima, ya que ambos bienes jurídicos se relacionan con la dignidad de la persona. El llamado honor interno puede referirse, desde una concepción

¹²¹ En igual sentido, DÍAZ PITA, «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura», p. 83.

¹²² Cfr. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, «Título XI. Delitos contra el honor», p. 541.

¹²³ Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, «Delitos contra el honor», p. 162; BOLEA BARDON, «Título XI. Delitos contra el honor», p. 482; REBOLLO VARGAS, «Título XI. Delitos contra el honor», p. 503.

¹²⁴ STC de 15 de enero de 2007 (ponente María Emilia Casas Baamonde), FJ 3.º.

fáctica, a la autoestima que el propio sujeto se profese o, desde una perspectiva normativa, a la dignidad que todas las personas poseen en tanto seres racionales¹²⁵.

Si el honor interno se refiere a la propia autoestima del sujeto habría una clara diferencia entre el honor y la integridad moral: una persona sometida a tortura puede ver afectada su integridad moral (porque recibe un trato humillante para cualquier observador imparcial¹²⁶) aunque su autoestima permanezca intacta.

Por ejemplo, el caso del «lanzamiento de enanos» como forma de entretenimiento en los bares y otros lugares. En Francia, el Consejo de Estado determinó que el uso de seres humanos como proyectiles era degradante para todos los miembros de la sociedad porque violaba la superior dignidad humana, aun cuando el afectado alegó que había aceptado libremente participar en la actividad (estaba ejerciendo libremente su autonomía de la voluntad), y que además si se prohibía llevarla a cabo él quedaría desamparado por ser su única fuente de ingresos¹²⁷.

Si el honor interno se vincula a la dignidad y, en tal sentido, al merecimiento del debido respeto por el solo hecho de ser persona y con independencia de la forma o modo de vida¹²⁸ habría coincidencia con el bien jurídico integridad moral, porque los tratos deshumanizadores que vulneran la integridad moral afectan el trato respetuoso con la condición de persona que todos merecen por constituir seres morales. Quizás las únicas diferencias radiquen en los sujetos activos susceptibles de lesionar sendos bienes jurídicos y la presencia de elementos subjetivos del tipo en el delito de tortura, pero los dos bienes jurídicos pretenden proteger un tratamiento intersubjetivo respetuoso de las personas en tanto seres libres, racionales e iguales.

¹²⁵ Cfr. VIVES ANTÓN, «Título XI. Delitos contra el honor», p. 1026.

¹²⁶ Cfr. *infra* capítulo III, subtítulo III.2., apartado A), d).

¹²⁷ Cfr. HENRY, *U. Pa. L. Rev.*, 2011-2012, p. 222. Asimismo, en el estado de Florida de los Estados Unidos de América, donde está legalmente prohibido lanzar enanos como entretenimiento, un representante electo ha hecho un alegato que busca legalizar la mencionada práctica porque es atentatoria contra la libertad de las personas de dedicarse a la actividad económica de su preferencia (Diario El Mundo «Proponen restaurar en Florida el derecho», http://www.elmundo.es/america/2011/10/06/estados_unidos/1317937404.html [última visita, 16 de febrero de 2013]).

¹²⁸ Cfr. REBOLLO VARGAS, «Título XI. Delitos contra el honor», p. 503. En efecto, el honor interno entendido de modo normativo se vincula con el derecho del individuo de conservar la propia estima, en el sentido de recibir un tratamiento por parte de sus semejantes respetuoso con los valores dignidad, libertad, igualdad y pluralismo (cfr. FERNÁNDEZ PALMA, *El delito de injuria*, pp. 166-167). Asimismo, *Rebollo Vargas* sostiene que «el honor debe tamizarse a partir de los valores superiores de la Constitución, esto es, igualdad, pluralismo y libertad y, en cualquier caso, desde parámetros que no sean de índole fáctico-circunstancial» (REBOLLO VARGAS, «Título XI. Delitos contra el honor», p. 525). En el mismo sentido, *Quintero Olivares/Morales Prats* sostienen que «el honor es *dinámicamente igual para todos*, del mismo modo que *dinámicamente* se traduce, a su vez, en *derecho a la diferencia y a la diversidad* en cuanto se halla *articulado* con los *principios relativos a la libertad y el pluralismo*» (cursivas en el original) (QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, «Título XI. Delitos contra el honor», p. 528).

C) Bien jurídico colectivo: correcto ejercicio de la función pública

La integridad moral, en tanto vinculada a la dignidad de la persona, es el bien jurídico que afecta a todas las conductas del Título VII del Libro II del Código penal, que son infligir trato degradante con menoscabo en la integridad moral (artículo 173.1 CP); ejercer habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar o doméstico (artículo 173.2 CP); someter a otra persona a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias supongan sufrimientos físicos o mentales, supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atente contra su integridad moral (artículo 174 CP); y atentar contra la integridad moral de otra persona por parte de un funcionario público (artículo 175 CP).

Pero el tipo contenido en el artículo 174 CP no solamente afecta el bien jurídico integridad moral. El importante aumento de pena del delito de tortura en relación con el tipo básico previsto en el artículo 173.1 CP, así como su tipificación separada respecto de los demás tipos del mismo capítulo, revelan una especial gravedad del tipo que obliga al intérprete a señalar las razones de tal diferencia. A continuación serán revisadas las distintas posiciones que la doctrina y la jurisprudencia han adoptado al respecto y seguidamente se expondrá la posición personal.

a) Posiciones de la doctrina y la jurisprudencia

El delito de tortura tiene tres elementos de carácter público: el sujeto activo debe ser una autoridad o funcionario público, la conducta desempeñada por la autoridad o funcionario público debe desplegarse en abuso del cargo y las finalidades típicas de investigación y castigo que debe perseguir el sujeto activo constituyen funciones públicas por excelencia¹²⁹. Así, es evidente que el delito bajo estudio es uno de los delitos de funcionarios públicos en el ejercicio del cargo.

Ahora bien, en la presente investigación se observa que la doctrina que admite que el delito de tortura es pluriofensivo¹³⁰ no tiene una posición uniforme respecto de cuál es el bien jurídico que, junto a la integridad moral, protege dicha infracción. Por un lado, un sector de la doctrina sostiene que el delito de tortura protege el correcto o buen funcionamiento de la función pública, o de la Administración de justicia o la integridad del procedimiento público sancionador¹³¹. Asimismo, entre quienes defienden que dicho delito

¹²⁹ También en el tipo estudiado aparece como finalidad la discriminación. Sin embargo, cuando se analicen las finalidades típicas del delito de tortura se explicará que la interpretación más plausible en relación con la discriminación es que sea incorporada como finalidad dentro del marco de las actividades públicas de investigación y sanción—cfr. *infra* capítulo II, subtítulo II.2., apartado A) y capítulo IV, subtítulo IV.2., apartado B), d). Por lo tanto, la discriminación no es una función pública diferente a la investigación y la sanción.

¹³⁰ Cfr. *supra* subtítulo I.2., apartados A), b).

¹³¹ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 208; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», pp. 86-87; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «De las torturas y de otros delitos contra la integridad moral», p. 116; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 208; REBOLLO

protege el correcto o buen funcionamiento de la función pública, indican en su mayoría que no se trata del buen prestigio de ésta, sino más bien de la exigencia de que la Administración pública respete en todo momento los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Se destaca la posición de *Rodríguez Mesa*, quien sostiene que de todos los elementos presentes en el tipo de tortura que indican que éste constituye uno de los delitos de funcionarios públicos en el ejercicio del cargo, el relativo a las finalidades determina que el legislador haya querido proteger también un bien jurídico colectivo, porque se refieren directamente a las actividades de investigar y sancionar que son competencias exclusivas del ejercicio del poder público. Así, para la mencionada autora, el delito de tortura protege «el correcto ejercicio de la función pública en el desempeño de sus actividades indagatorias, sancionatorias y punitivas, en cuanto interés de la colectividad y del Estado en el mantenimiento de los principios democráticos»¹³².

Por otro lado, otro sector de la doctrina observa que el carácter público del sujeto activo, del abuso de poder y de las finalidades de la tortura significan que este delito, además de afectar a un sujeto individual, lesiona directamente los derechos humanos de las personas en su conjunto. Esta postura parece tomar en cuenta que la autoridad o funcionario público que abusa de su poder al investigar o sancionar actúa como representante del Estado, siendo éste el sujeto activo de todas las violaciones a los derechos fundamentales. Así, estos autores señalan que mediante el delito de tortura se trata de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, tanto en general como de manera más particularizada, a saber, la libertad personal, la integridad personal y las garantías procesales¹³³.

Como se podrá advertir, ambos sectores tienen en común la defensa de los derechos fundamentales. La diferencia estribaría en que unos argumentan que lo que se protege mediante el tipo penal bajo estudio son directamente los derechos fundamentales, señalando que el Derecho penal tutela de manera inmediata, a través de algunos de sus tipos, los derechos y garantías de los ciudadanos (garantías procesales, libertad personal, integridad personal, etc.), como sería el caso del tipo contenido en el artículo 174 CP, mientras que los otros también argumentan que el delito de tortura protege los mismos derechos, pero por vía mediata, es decir, argumentando que toda función pública, sea Administración pública o Administración de justicia, debe actuar apegada a la Constitución y a la legalidad formal y material, por lo que si ataca los derechos fundamentales de los ciudadanos debe ser sancionada a través de sus representantes funcionariales.

VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 269; GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos de tortura y otros tratos degradantes», p. 77; GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 69 y 74.

¹³² RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 203-208.

¹³³ Cfr. DÍAZ PITA, «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura», p. 49; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», pp. 86-89; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «De las torturas y de otros delitos contra la integridad moral», p. 116; GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos de tortura y otros tratos degradantes», p. 77; GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 69 y 74; DEL ROSAL BLASCO, «De las torturas y otros delitos», p. 217; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 174», p. 259.

Estos puntos de vista toman muy en serio la relación entre el Estado y los ciudadanos, toda vez que éstos pueden encontrarse en particular indefensión o inseguridad con respecto a los representantes de aquél, en el sentido de que al tratarse de una relación desigual, hay posibilidad de que ocurran situaciones de abuso de poder. Además, se debe tomar en cuenta que el Estado, a través de sus autoridades y funcionarios públicos, tiene el especial deber de garantizar y respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por lo tanto, hay dos fases que se deben tomar en cuenta en la relación vertical que se da entre el Estado y los ciudadanos: en la esfera normativa, el Estado debe garantizar la vigencia plena de los derechos fundamentales de todas las personas; y, en la esfera fáctica, el Estado, al manejar el monopolio del uso de la violencia, puede sucumbir ante el abuso y el atropello aprovechando la debilidad de las personas.

Por su parte, la jurisprudencia que ha interpretado el delito de tortura ha sostenido que el bien jurídico integridad moral es el protegido por el mencionado delito, es decir, no ha considerado la lesión a ningún bien jurídico de naturaleza colectiva o supraindividual. Incluso el Tribunal Supremo ha tomado en cuenta, en una sentencia reciente, la condición pública del sujeto activo, el uso reglamentario de la fuerza por parte de tal sujeto activo, la vulnerabilidad del sujeto pasivo y la condición humillante del trato recibido por éste; pero no estimó la concurrencia de un bien jurídico colectivo, sino de dos bienes jurídicos individuales¹³⁴. No obstante ello, en otra sentencia anterior el Tribunal Supremo ha apuntado, de manera tangencial e interpretando el delito previsto en el artículo 175 CP, que la ofensa se produce por la defraudación de la confianza y las expectativas de la sociedad¹³⁵. En las audiencias provinciales, en alguna sentencia se ha dejado la salvedad de que pueden también protegerse otros bienes jurídicos distintos a la integridad moral con el delito de tortura, sin establecer cuáles podrían ser¹³⁶.

En general, la jurisprudencia considera que el delito de tortura es un subtipo agravado del tipo básico previsto en el artículo 173 CP y que esta agravación lo es solo en función de las finalidades específicas que se contemplan en el artículo 174 CP, es decir, la condición de funcionario público del sujeto activo no significa nada en lo que se refiere al bien jurídico tutelado. Así lo ha señalado la Audiencia Provincial de Madrid al sostener que: «El delito de torturas es un subtipo agravado por la búsqueda de finalidades específicas previstas en el tipo penal, el fin de obtener una confesión o información o de castigarla por la comisión de un hecho o su sospecha, lo que nos sugiere que descartadas las finalidades del tipo agravado nos queda como núcleo del delito, la realización de actos degradantes y envilecedores»¹³⁷. Por ello, la jurisprudencia mayoritaria no se refiere al delito de tortura

¹³⁴ Cfr. STS de 27 de marzo de 2013 (ponente Perfecto Andrés Ibáñez), FJ 2.º.

¹³⁵ Cfr. STS de 28 de febrero de 2011 (ponente Enrique Bacigalupo Zapater), FJ 6.º.

¹³⁶ Cfr. AAP Tarragona, Sección 2.ª, de 9 octubre de 2000 (ponente Eduardo López Causape), FJ 1.º.

¹³⁷ AAP Madrid, Sección 1.ª, de 8 marzo de 2005 (ponente Consuelo Romera Vaquero), FJ 1.º.

como pluriofensivo, es decir, que junto a la integridad moral tutele otro bien jurídico adicional, ya sea individual o colectivo¹³⁸.

b) Toma de posición

En esta investigación se sostiene que, además de la integridad moral, el delito de tortura protege otro bien jurídico. El hecho de que la conducta típica exija que el sujeto activo sea un funcionario público, que actúe abusando de su cargo y que persiga finalidades públicas en su actuación revela que el legislador ha querido castigar un hecho que trasciende la sola vulneración a la integridad moral, lo cual coincide con la dimensión histórica de la tortura, que tradicionalmente se ha asociado con determinadas actividades estatales.

En virtud del mandato previsto en el artículo 10.1 CE, los derechos fundamentales son el antecedente lógico y ontológico de los bienes o valores sociales y jurídicos. De esta manera, todo el ordenamiento jurídico ha de estar orientado a realizar y desarrollar estos derechos, tanto de manera directa como indirecta, y de ello no se exime al Derecho penal. En este sentido, no parece adecuado decir que «la protección de los derechos fundamentales» constituya un bien jurídico individualizado y autónomo respecto de los demás. Mediante el delito de tortura no se protegen los derechos fundamentales, sino que en realidad éstos son protegidos por los delitos que tutelan los bienes jurídicos individuales.

Asimismo, tampoco parece admisible señalar las garantías procesales como bien jurídico protegido por el delito de tortura. Son varios los delitos que tienen relación con las garantías procesales, aunque no hay suficiente concreción cuando se invocan tales garantías como bien jurídico-penal. Las garantías procesales constituyen una categoría intermedia de dudosa recepción como bien jurídico-penal en general, toda vez que éste, en definitiva, debe ir dirigido a proteger una situación valiosa final, como la libertad, por ejemplo. En este sentido, se tiende a confundir la garantía con el contenido del derecho que aquella pretende proteger, resultando así que mediante el Derecho penal se pretende proteger aquello que a su vez protege el bien o valor último¹³⁹. Por ello, no se comparte la idea de que en el delito de tortura se protegen los derechos fundamentales de los ciudadanos o las garantías procesales, si por ello se entiende algo distinto a los bienes jurídicos individuales ya mencionados.

¹³⁸ Cfr. SAP Madrid, Sección 16.ª, de 11 de noviembre de 2002 (ponente Ramiro Ventura Faci), FJ 2.º; SAP Las Palmas, Sección 1.ª, de 31 marzo de 2004 (ponente María Oliva Morillo Ballesteros), FJ 2.º; SAP Las Palmas, Sección 1.ª, de 22 mayo de 2002 (ponente Antonio Juan Castro Feliciano), FJ 1.º.

¹³⁹ En igual sentido, BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, p. 148; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 194-195. Esta última sostiene que una vez que se ha dicho que la integridad moral del individuo (sustrato material de las garantías) es objeto de protección del delito de torturas, no tiene sentido que se protejan las garantías en sí mismas consideradas. No obstante, haciendo uso de una dudosa técnica legislativa —que no será evaluada en detalle por no ser objeto del presente trabajo— el Código penal prevé, dentro de los delitos contra la Constitución, los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las *garantías constitucionales*.

En general, la garantía es un mecanismo para proteger un derecho. «Las garantías de los derechos se encuentran fuera del contenido de los mismos. Especialmente en relación con el deber estatal de protección de los derechos de defensa, a veces se produce, bien una confusión, bien un trasvase de facultades desde el contenido a la garantía, o viceversa. Desde el punto de vista dogmático resulta más correcto entender que las instituciones cuyo fin es el mismo que el característico de otra figura son garantías de dicha figura, quedando por tanto fuera de su contenido. Por utilizar ejemplos (...) el procedimiento de rectificación sería una garantía del derecho al honor; el acceso a los medios públicos de comunicación, una garantía de la libertad de expresión; o el *habeas corpus*, una garantía de la libertad personal»¹⁴⁰.

En la presente investigación se estima que el elemento típico teleológico invita a considerar el delito de tortura como algo más que un simple ataque a la integridad moral. Así, el correcto ejercicio de la función pública constituye el fundamento del delito previsto en el artículo 174 CP¹⁴¹, además de la integridad moral. En efecto, constituye una condición primordial para la participación de los individuos en la sociedad que los funcionarios públicos mantengan un estándar de respeto mínimo a la legalidad y a la Constitución. Cuando autoridades o funcionarios públicos intencionalmente infligen sufrimientos a una persona, se entiende que es el Estado el que realiza tales actos, lo que afecta a la legitimidad de las instituciones democráticas.

La dañosidad material de la conducta constitutiva de tortura se concreta, entonces, en la desconfianza de los ciudadanos hacia las instituciones administrativas y judiciales, lo que socava una condición necesaria —la confianza— para la aceptación, credibilidad y la asunción de sus actos y disposiciones¹⁴². De allí que el fundamento de criminalización, y no solamente la mera agravación de la pena de un delito contra la integridad moral, lo constituya la confianza institucional de la ciudadanía en que el Estado ejecute correctamente sus funciones públicas¹⁴³.

Se prefiere señalar la «función pública» y su correcto ejercicio como objeto de protección por parte de este delito, porque la tortura requiere finalidades concretas, tales como el castigo, el recaudo de pruebas o la discriminación; y tales finalidades pueden ser perseguidas tanto por la Administración pública como por la Administración de justicia. Es decir, el término «función pública» abarca tanto la función administrativa como la función judicial de las autoridades y funcionarios del Estado, siendo que la tortura puede llevarse a cabo en cualquiera de estas funciones públicas. De esta manera se rechaza que el bien

¹⁴⁰ ESCOBAR ROCA, *Introducción a la teoría jurídica*, p. 123.

¹⁴¹ Por lo tanto, se sigue la propuesta de *Rodríguez Mesa* (cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 208) y del jurista argentino *Daniel Eduardo Rafecas* (cfr. RAFECAS, *La tortura y otras prácticas ilegales*, p. 77).

¹⁴² ASUA BATARRITA, «La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración», p. 19.

¹⁴³ *Asua Batarrita* sostiene que «el desvalor de las conductas de tortura se conforma de múltiples planos lesivos. No se trata meramente de un supuesto más grave de trato degradante, sino de una de las más graves perversiones de las garantías del Estado de Derecho, cuyo efecto en el desprestigio y en la pérdida de la confianza institucional es gravísimo» (ASUA BATARRITA, «La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración», p. 33).

jurídico protegido por el delito en estudio sea solamente el correcto ejercicio de la Administración de justicia.

El hecho de que por razones de técnica legislativa este delito no haya sido incluido dentro del Capítulo V del Título XXI del Libro II del Código penal, referido a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, no significa que el delito de tortura no esté fundamentado en estos términos. Sería absurdo repetir el tipo en cada capítulo en caso de que un delito tenga más de un bien jurídico-penal protegido. El legislador del Código penal de 1995 optó por darle importancia a la integridad moral como bien jurídico de novedosa creación, pero debe considerarse que el proyecto que dio origen al vigente Código penal estipulaba en su versión original que la tortura formaba parte de los delitos contra la Constitución, siguiendo la línea del artículo 204 bis del Código penal anterior.

Ahora bien, parece demasiado amplio suponer que con el delito de tortura se protege el correcto ejercicio de todas las actividades al servicio de los ciudadanos prestadas por las Administraciones pública y de justicia. Para determinar cuáles son las funciones públicas en cuyo correcto ejercicio tienen interés los ciudadanos, hay que tomar en cuenta los elementos del tipo, específicamente las finalidades de la conducta típica (la condición de funcionario público del sujeto activo y la circunstancia del abuso de poder no aportan mayores elementos en la tarea de especificar el bien jurídico protegido por el delito estudiado).

El artículo 174 CP prevé como finalidades típicas de la conducta la obtención de una confesión o información, la imposición de un castigo y la discriminación. Estas finalidades típicas determinan el sector de la función pública cuyo correcto ejercicio debe ser protegido. Así, se debe circunscribir el ámbito de protección del delito en estudio al correcto ejercicio de la función pública investigadora y sancionadora, lo cual se corresponde con las finalidades de obtener una confesión o información y la imposición de un castigo¹⁴⁴. Se omite expresamente lo relativo a la evitación de la discriminación porque esta finalidad en realidad es transversal a todos los ámbitos de la función pública. Como ya se indicó *supra* (nota al pie n.º 129), la finalidad discriminatoria, cuya incorporación fue posterior a la redacción original del tipo bajo estudio¹⁴⁵, más bien debe entenderse como referida a que dentro del ejercicio de las funciones públicas investigadoras y sancionadoras no cabe el sometimiento a condiciones o procedimientos que sean capaces de humillar a la víctima por motivos de discriminación. Sobre esto se volverá más adelante¹⁴⁶, bastando en este momento con señalar que el bien jurídico relativo al correcto ejercicio de la función pública se encuentra delimitado a las funciones investigadoras y sancionadoras.

¹⁴⁴ En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 208; REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 269.

¹⁴⁵ La inclusión de cualquier razón basada en algún tipo de discriminación fue llevada a cabo mediante el artículo 62.º de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de 2003, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre de 1995, del Código penal.

¹⁴⁶ Cfr. *infra* capítulo IV, subtítulo IV.2., apartado B), d).

De este modo, *cuando el sujeto activo lleva a cabo el delito de tortura, no lesiona solamente la integridad moral de la víctima sino que también defrauda la confianza institucional de los ciudadanos en que el Estado ejecute correctamente las actividades indagatorias y sancionatorias de la función pública, es decir, que desempeñe tales actividades respetando las garantías del Estado de Derecho y los principios democráticos*¹⁴⁷. Es fundamento de la legitimidad democrática que se mantenga la confianza de los ciudadanos en que los agentes de las instituciones encargadas de investigar y sancionar garanticen el disfrute del derecho fundamental a la integridad moral.

I.3. Conclusiones

En relación con el bien jurídico protegido por el delito de tortura, se concluye que el bien jurídico protegido es la integridad moral entendida como el interés que toda persona tiene en recibir de los demás un trato mínimo que sea respetuoso con su condición de persona por constituir un ser moral; y también es el correcto ejercicio de la función pública, en sus vertientes investigadora y sancionadora, con lo que se protege la confianza de los ciudadanos en que las instituciones estatales desempeñan tales funciones respetando la integridad moral de los ciudadanos. Así, el delito de tortura es pluriofensivo, porque protege tanto un bien jurídico individual como uno colectivo.

¹⁴⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 208; RAFECAS, *La tortura y otras prácticas ilegales*, p. 105.

CAPÍTULO II. EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE TORTURA

En el capítulo anterior se determinó que el delito de tortura protege la integridad moral y el correcto ejercicio de la función pública en lo que respecta a la investigación y a la sanción de conductas. En el presente capítulo se estudiará quiénes pueden realizar la conducta descrita en el tipo que es lesiva de tales bienes jurídicos. En otras palabras, se determinará quiénes pueden ser autores del delito de tortura.

Este asunto reviste especial importancia porque, según el contenido del artículo 174 CP, la conducta descrita en el tipo no puede ser realizada por cualquier sujeto, sino solo por quienes posean determinadas condiciones especiales, a saber, las autoridades y funcionarios públicos. Esta característica del tipo de tortura lo coloca en el elenco de los llamados delitos especiales. La cuestión de si el delito bajo estudio es un delito especial propio o impropio, o si se trata de un delito de infracción de deber será estudiada en el capítulo V de la presente investigación, cuando se analice el régimen jurídico de la codelincuencia en el delito de tortura. De tal manera, se circunscribe el objeto de estudio del presente capítulo al concepto de autoridad y funcionario público previstos en el artículo 174 CP.

Para ello, en el presente capítulo se procederá a realizar un análisis deductivo desde el concepto penal amplio de autoridad y funcionario público previsto en el artículo 24 CP, hasta identificar quiénes son los eventuales intervinientes en el delito de tortura susceptibles de ser sujetos activos.

II.1. Aspectos generales del artículo 24 CP

El artículo 174.1 CP establece que el delito de tortura solo puede ser cometido por un sujeto que sea autoridad o funcionario público. Por su parte, el artículo 174.2 CP también se refiere a autoridades o funcionarios públicos, pero los acota a aquellos que se vinculan a las instituciones penitenciarias o a los centros de protección o corrección de menores. Así, en primer lugar resulta necesario analizar qué entiende el legislador por «autoridad» y por «funcionario público», tanto en el sentido penal general como en el sentido del delito de tortura.

Los términos autoridad y funcionarios públicos constituyen elementos normativos del tipo, es decir, remiten a una realidad determinada en este caso por una norma jurídica, pues se trata de expresiones propias del Derecho¹⁴⁸. Si bien esta categoría de personas es usada en diversos ámbitos normativos, el artículo 24 CP contiene una definición de autoridad y de funcionario público a los efectos del Derecho penal.

La mencionada disposición establece lo siguiente:

«1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia.

¹⁴⁸ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 242.

En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará 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».

Según *Grima Lizandra* la posición de funcionario público o de autoridad es usada en el Código penal para alguna de las siguiente finalidades: «proteger la función pública contra los ataques a las personas que la desempeñan o contra su prestigio; para determinar la responsabilidad penal de las personas que ostentan la cualidad pública si, en el ejercicio de sus funciones, lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos privados o públicos; y, por último, para exigir a los que asuman la función pública mayor responsabilidad si se prevalen de su poder o facultades»¹⁴⁹. Esto explica la amplitud de la definición penal de autoridad y de funcionario público y, además, como sostiene la doctrina, obliga a poner en relación los referidos conceptos con los distintos tipos penales de la Parte Especial del Código penal para que adquieran una dimensión más estricta, es decir, para que se pueda entender qué es autoridad o funcionario público en cada delito referido a tales cualidades, toda vez que tal disposición conceptual contenida en el artículo 24 CP constituye una «mera regla general»¹⁵⁰, o una «norma de interpretación contextual auténtica»¹⁵¹.

De esta manera, el mencionado artículo 24 CP establece un marco general o contextual dentro del cual se deben concretar las nociones de autoridad y de funcionario público, dependiendo de los bienes jurídicos protegidos penalmente. Obviamente, en ningún caso se considerará autoridad o funcionario público a quienes se encuentren fuera de la mencionada regla general.

Seguidamente se abordará lo que entiende la doctrina por autoridad y funcionario público desde la perspectiva penal en general, para luego acotar con mayor precisión quiénes, dentro de ese concepto penal, pueden ser sujetos activos del delito de tortura.

A) Concepto de autoridad desde la perspectiva del artículo 24 CP

El artículo 24.1 CP establece que autoridad es el que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. Como se podrá advertir, habrá que revisar el alcance de cada una de las expresiones señaladas para determinar quiénes son autoridades públicas. Asimismo, formalmente el legislador señala como autoridades a ciertos cargos que materialmente no lo serían por

¹⁴⁹ GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 82.

¹⁵⁰ GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 82.

¹⁵¹ REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 270; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 211. En sentido semejante, MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, pp. 59-60.

carecer de algunas de las características materiales de la definición mencionada, sobre las que se hará alguna mención *infra* en el subapartado d).

a) Tener «mando»

Lo primero que hay que determinar es el significado de «mando». La doctrina española se ha debatido entre diversas posiciones al respecto. Para algunos el tener mando implica una actividad autoritaria¹⁵²; para otros el poder de mando se vincula con la capacidad de hacerse obedecer determinando la voluntad ajena¹⁵³. La doctrina mayoritaria, sin embargo, se ha inclinado por considerar que tener mando significa la posesión de un estatus jurídico relevante que implica un deber de obediencia expreso en relación con un tercero, que si es vulnerado se incurre en el delito o falta de desobediencia a la autoridad¹⁵⁴. En realidad pareciera que se trata de un asunto terminológico, pues todas las posturas pueden resumirse en la idea según la cual la autoridad que tiene mando es aquella que tiene un poder coactivo en sentido jurídico, que se traduce en la potestad de reclamar obediencia y en la capacidad de decisión, que es lo que diferencia a la autoridad de sus agentes¹⁵⁵.

Ahora bien, en un intento para delimitar quiénes son los titulares de autoridad en sentido penal, la doctrina ha discutido sobre si el poder de mando que caracteriza a ésta es manifestación del poder directivo y disciplinario del superior de cada servicio administrativo sobre sus subordinados¹⁵⁶, o si se trata de una manifestación de poder jurídicamente superior al del resto de los ciudadanos, al que éstos deben obediencia¹⁵⁷, es decir, va dirigido al resto de los ciudadanos. Es preferible interpretar que se trata de un poder que no solamente se ejerce dentro de la esfera de las relaciones jerárquicas propias de los órganos del Estado, sino que además se extiende al resto de los ciudadanos, pues efectivamente existen ciertos sectores en los que los particulares deben obediencia a las autoridades y sus agentes dentro del ámbito de las competencias de éstos. Así, la regla de coherencia del ordenamiento jurídico parece hacer extensiva la potestad de mando más allá del espectro de los funcionarios públicos subordinados, toda vez que este deber de obediencia *erga omnes* frente a la autoridad se encuentra recogido en los artículos 556 y 634 CP y el artículo 26.h. de la Ley Orgánica 1/92, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana (LPSC).

¹⁵² Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 987.

¹⁵³ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985, p. 495.

¹⁵⁴ Cfr. REBOLLO VARGAS, «Artículo 24», pp. 324-325.

¹⁵⁵ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985, p. 499; ROCA AGAPITO, *El delito de malversación*, p. 113.

¹⁵⁶ Cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 89; QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985, pp. 496-498. Sin embargo, este último autor admite de manera excepcional, y solo mediante previsión legal, que la potestad de mando pueda ser entendida de modo general.

¹⁵⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 211.

b) Ejercer «jurisdicción propia»

En lo que se refiere al ejercicio de «jurisdicción propia» como condición para ser autoridad a los efectos penales generales, la doctrina española entiende que implica la facultad de conocer un asunto y resolverlo en virtud del Derecho vigente¹⁵⁸. Esta expresión no solamente abarca ámbitos jurisdiccionales o judiciales en sentido estricto, sino también los procesos administrativos y sancionadores. En este sentido, aparte de los jueces y tribunales que son órganos del Poder Judicial, *Rebollo Vargas* sostiene que serían autoridades los funcionarios que posean competencia en resolver negocios administrativos¹⁵⁹. La interpretación amplia de este concepto jurídico viene dada fundamentalmente porque la jurisdicción debe ser «propia», y la doctrina ha indicado que la jurisdicción ejercida por los juzgados y tribunales siempre es propia, no así la potestad resolutoria de conflictos ejercida por la Administración pública, donde la facultad jurisdiccional puede ser propia, por mandato expreso de la ley o delegada¹⁶⁰. En efecto, en el ámbito de la Administración es frecuente la delegación de jurisdicción en virtud del artículo 13 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Así, solamente en el ámbito de la jurisdicción administrativa tiene sentido que se haya dispuesto en el artículo 24.1 CP la exigencia de que la jurisdicción sea «propia», toda vez que la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial nunca puede ser delegada. De tal manera serían autoridad, a los efectos del Derecho penal, los funcionarios públicos que tengan capacidad de resolución en asuntos judiciales y en asuntos administrativos, siempre que en este último caso tal capacidad no sea delegada¹⁶¹.

¹⁵⁸ En este sentido, GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 89-90; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 212; QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985, p. 498; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 987. No obstante, *Entrena Fabré* sostiene que la jurisdicción propia impide reconocer la condición de autoridad al miembro de una corporación que la ejerce de forma delegada, es decir, señala que una corporación ejerce jurisdicción (cfr. ENTRENA FABRÉ, *El delito de malversación*, p. 46). Al respecto se señala que aun cuando dentro de las funciones de una corporación se encuentra la de sustanciar y decidir procedimientos disciplinarios, por ejemplo en un colegio profesional, ello no convierte a la corporación en un órgano en el que se ejerce jurisdicción, como los tribunales judiciales y administrativos. Sobre las corporaciones se comentará *supra* en el siguiente subapartado c). Por su parte, *López Barja de Quiroga* defiende que el término «jurisdicción» está referido exclusivamente al ámbito judicial (cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual de Derecho penal*, p. 165).

¹⁵⁹ Cfr. REBOLLO VARGAS, «Artículo 24», p. 325.

¹⁶⁰ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 213.

¹⁶¹ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985, pp. 498-500; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 213; GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 90; REBOLLO VARGAS, «Artículo 24», p. 326; ROCA AGAPITO, *El delito de malversación*, pp. 111-113. Este último autor agrega como razones para adoptar una interpretación amplia del término «jurisdicción», es decir, que abarque también a la jurisdicción administrativa, que el Código penal en los delitos contra la Administración pública se refiera a los sujetos activos como autoridades o funcionarios públicos, mientras que en los delitos contra la Administración de justicia no utiliza el término autoridad, sino que en su lugar emplea «juez o magistrado»; por lo que sistemáticamente las autoridades están referidas a la Administración. Otro argumento consiste en afirmar que, además de la prevaricación judicial que comete el juez o magistrado, se encuentra tipificada la prevaricación administrativa que comete la autoridad o funcionario público, por lo que el Código penal se refiere como «autoridad» a quienes tienen capacidad de resolución en un asunto administrativo.

c) *Corporación, tribunal u órgano colegiado*

El artículo 24.1 CP indica que la autoridad es quien, por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado, tenga mando o ejerza jurisdicción propia. Así, un funcionario policial, por ejemplo, es por sí solo autoridad porque es un funcionario público que tiene mando, es decir, se le debe obediencia en virtud del mencionado artículo 26.h. LPSC; o el ministro del Interior también es autoridad porque tiene el mando superior de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, según lo previsto en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LFCS). Pero también alguien es autoridad si tiene mando o jurisdicción propia cuando forma parte de una corporación, tribunal u otro órgano colegiado.

Según *García de Enterría* las corporaciones son un grupo de personas organizadas en el interés común de todas ellas y con la participación de las mismas en su administración¹⁶². Las corporaciones se dividen en tres clases: las corporaciones territoriales, las corporaciones sectoriales de base privada y las corporaciones interadministrativas. Las corporaciones territoriales son los entes locales, mientras que no lo son ni la Administración del Estado ni la de las Comunidades Autónomas «porque los ciudadanos no integran con sus representantes los órganos de estas administraciones. La representación política de los ciudadanos no se localiza (...) en la Administración estatal, sino en el poder legislativo, que como tal está al margen de dicha Administración, de la que en ningún caso es un órgano, aunque sus decisiones (las leyes) la vinculan»¹⁶³. En cambio, en las entidades locales los componentes de la población respectiva se integran en el ente «con verdadero *status* formal de miembros (“vecinos”). Es a partir de ellos, mediante técnicas representativas más o menos formalizadas, como se compone el órgano deliberante superior, el Consejo abierto o el Ayuntamiento en el municipio, la Diputación Provincial en la provincia, la Junta vecinal o el Consejo de las Entidades locales menores»¹⁶⁴. Así, dentro de los entes locales serían autoridades quienes tienen mando o ejercen jurisdicción propia, es decir, los alcaldes y tenientes de alcalde serían autoridades, pero no los concejales al no tener éstos ni mando ni jurisdicción propia¹⁶⁵.

Por su parte, las corporaciones sectoriales de base privada son los grupos sectoriales de personas asociadas alrededor de alguna finalidad específica y la cualidad de miembro de estas corporaciones está determinada por una condición objetiva que hace relación al fin corporativo específico. Como quiera que a los efectos penales son autoridades quienes tengan mando o ejerzan una jurisdicción propia, serían autoridades los miembros de las

¹⁶² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo*, p. 402.

¹⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo*, p. 408.

¹⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo*, p. 409.

¹⁶⁵ Cfr. ROCA AGAPITO, *El delito de malversación*, p. 116.

juntas rectoras de las corporaciones sectoriales de base privada. Así, los miembros de los órganos de gobierno, como son las juntas rectoras de los colegios profesionales, que tengan mando o ejerzan una jurisdicción propia serían autoridades en la medida en que en determinadas ocasiones actúan como verdaderos agentes descentralizados de la Administración (por ejemplo, mediante el control de las condiciones de ingreso en una determinada profesión, o a través del ejercicio de la potestad disciplinaria sobre sus miembros, o la regulación del turno de oficio en el caso de los colegios de abogados)¹⁶⁶.

En un caso en el que un sujeto agredió a la Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife después que ésta le informara a aquél una decisión de la Junta de Gobierno de la que formaba parte, es decir, actuando en representación del colegio de abogados, el Tribunal Supremo sostuvo que «el Estatuto General de la Abogacía establece que el Decano, que será nombrado por elección entre todos los colegiados ejercientes y no ejercientes, ostenta la representación del Colegio en todas las relaciones del mismo con los poderes públicos, Entidades, Corporaciones y personalidades de cualquier orden; ejerce las funciones de vigilancia y corrección que los Estatutos reservan a su autoridad; propone los Abogados que deban formar parte de los Tribunales de oposiciones, y designa los turnos de oficio. Turno que el propio recurrente afirma supone el ejercicio de funciones públicas. Por ello el Decano del Colegio de Abogados puede ser incluido a efectos penales en el concepto de autoridad, por cuanto forma parte destacada de una Corporación que ejerce potestades públicas»¹⁶⁷.

En lo que respecta a la expresión «tribunal», se comparte la opinión que indica que con ella se hace referencia a los tribunales y juzgados en el ámbito de la Administración de justicia, toda vez que los órganos que toman decisiones dentro de la Administración pública entran dentro de la categoría de los «órganos colegiados»¹⁶⁸. Dentro de estos últimos, *Rebollo Vargas* propone que se incluya a los funcionarios públicos «que posean competencia de resolver en negocios administrativos, puesto que ellos ejercen un segundo grado de control social»¹⁶⁹. En todo caso, *Rojas Benítez* sostiene que el término «órgano colegiado» es de torpe expresión literal, pues podría pensarse que las corporaciones y los tribunales no son órganos colegiados¹⁷⁰.

d) Miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Parlamento Europeo y los funcionarios del Ministerio Fiscal

La definición legal de autoridad incluye expresamente a los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Parlamento Europeo y los funcionarios del Ministerio Fiscal. En este sentido, se

¹⁶⁶ Cfr. ROCA AGAPITO, *El delito de malversación*, p. 116.

¹⁶⁷ STS de 9 julio de 2002 (ponente Enrique Abad Fernández), FJ 1.º.

¹⁶⁸ ROCA AGAPITO, *El delito de malversación*, p. 115.

¹⁶⁹ REBOLLO VARGAS, «Artículo 24», p. 326.

¹⁷⁰ Cfr. ROJAS BENÍTEZ, *La tutela penal de la función pública*, p. 225.

entiende que cuando se refiere a los «miembros», se está haciendo alusión a los titulares de los escaños en los respectivos órganos colegiados y a los fiscales, pero no a los funcionarios administrativos que ejerzan funciones accesorias, por ejemplo, el personal de administración y servicios. Si bien quienes ocupan todos estos cargos son funcionarios públicos en el sentido penal —en tanto participan de la función pública en virtud de elecciones o nombramientos en virtud de la ley en el caso de los fiscales del Ministerio Fiscal—, no todos ellos poseen poder de mando o ejercen jurisdicción propia. Ante tales circunstancias, el legislador ha optado por otorgarles formalmente la condición de autoridad a pesar de carecer de tales facultades materiales.

Rebollo Vargas sostiene que la inclusión en el texto del artículo 24.1 CP de los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Parlamento Europeo y los funcionarios del Ministerio Fiscal como autoridades, «no implica una ampliación del ámbito de la tipicidad en los “Delitos contra la Administración Pública”, en tanto que no se concibe una autoridad que no sea funcionario público a efectos penales por participar en el ejercicio de funciones públicas y por, previamente, estar habilitado para ello “por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de la autoridad competente”»¹⁷¹.

e) Caso de los llamados «agentes de la autoridad»

A lo largo de su articulado, el Código penal se refiere tanto a la «autoridad» como a los «agentes de la autoridad». Así, por ejemplo, el Capítulo II del Título XXII del Libro II se denomina «De los atentados contra la autoridad, sus agentes y funcionarios públicos...», por lo que al lado de las categorías autoridad y funcionario público, se suma la constituida por los agentes de la autoridad. En este sentido, se hace necesario delimitar una figura de las otras, y así saber si los agentes de la autoridad constituyen una categoría intermedia o en realidad forman parte de una o de la otra, es decir, si son en realidad autoridad o funcionarios públicos a los efectos penales.

Rodríguez Mesa entiende que los agentes de la autoridad son aquellos que desempeñan funciones de auxilio a la autoridad¹⁷², mientras que *Queralt Jiménez*, de manera semejante, considera que el agente de la autoridad, a los efectos penales, es un funcionario delegado y subordinado a una autoridad, que manifiesta el ejercicio del poder en virtud de la efectiva realización en el mundo exterior de las decisiones de la autoridad¹⁷³. Por otra parte, la doctrina sostiene que la condición de agente de la autoridad puede originarse de tres maneras: de forma espontánea, por obligación en virtud de la profesión privada o por ser funcionario público¹⁷⁴. Como se podrá advertir, según esta clasificación no es necesario, en

¹⁷¹ REBOLLO VARGAS, «Artículo 24», p. 326.

¹⁷² Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 213.

¹⁷³ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985, p. 504

¹⁷⁴ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. 1129; QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985, p. 504; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 213-214.

principio, que el sujeto sea un funcionario público para ser agente de la autoridad, pero los mismos autores están de acuerdo en que a los efectos penales, solamente cuando el agente de la autoridad sea funcionario público podrá ser sujeto activo en el Derecho penal. De esta manera, en lo que respecta a esta rama del Derecho, los agentes de la autoridad son funcionarios públicos que por cuestiones de auxilio llevan a cabo las decisiones de la autoridad de manera subordinada.

No obstante lo anterior, el Código penal identifica en algunas ocasiones, a lo largo de su articulado, al «agente de la autoridad» con la «autoridad» en lo que se refiere a las consecuencias penológicas de ciertos delitos¹⁷⁵, mientras que en otras ocasiones lo identifica con los funcionarios públicos¹⁷⁶.

En relación con la superposición en un mismo funcionario público de la condición de autoridad y de agente de la misma (por ejemplo, los fiscales del Ministerio Público, quienes a su vez reciben órdenes de sus superiores jerárquicos), se ha señalado que el hecho de que una autoridad sea a su vez auxiliar o delegado de otra autoridad de superior rango jerárquico en el ámbito de la delegación no le cercena al funcionario delegado o auxiliar su condición originaria de autoridad que tiene mando o ejerce jurisdicción propia en un ámbito de materias determinado¹⁷⁷.

B) Concepto de funcionario público desde la perspectiva del artículo 24 CP

El artículo 24.2 CP establece que funcionario público, a los efectos penales, es el que participa en el ejercicio de funciones públicas, por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad. Ello significa que para que alguien pueda ser considerado funcionario público desde el punto de vista del Derecho penal, el Código penal exige que la persona participe en virtud de determinados títulos en la función pública.

¹⁷⁵ Ver los artículos 303 (receptación y lavado de dinero), 372 (delitos contra la seguridad pública), 412 (denegación de auxilio), 556 (resistencia y desobediencia a la autoridad) y 634 (faltar el respeto a la autoridad), todos del Código penal.

¹⁷⁶ Ver artículo 551 CP, relativo al delito de atentado y resistencia grave a la autoridad, y el artículo 7.1.2 LFCS, que establece en el numeral 1 el carácter de «agentes de la autoridad» a los integrantes del Cuerpo de Policía Nacional, Guardia Civil, los cuerpos de policía dependientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, mientras que en el numeral siguiente se establece que en ciertas circunstancias, es decir, cuando los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad sean sujetos pasivos del delito de atentado mediante el uso de medios o instrumentos especialmente peligrosos, deben ser entendidos como «autoridad», con lo cual a efectos de la pena para el condenado, estos agentes son autoridad cuando sean víctimas de tal delito bajo tales características. Así, el artículo 7.1 LFCS dice que «en el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas o Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de Agentes de la Autoridad», mientras que el artículo 7.2 establece que «cuando se cometa delito de atentado, empleando en su ejecución armas de fuego, explosivos u otros medios de agresión de análoga peligrosidad, que puedan poner en peligro grave la integridad física de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tendrán al efecto de su protección penal la consideración de Autoridad».

¹⁷⁷ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985, pp. 500, 501 y 504; ROCA AGAPITO, *El delito de malversación*, pp. 112-113.

Así, para entender este concepto penal de funcionario público, resulta imprescindible determinar en qué consiste una función pública, para luego determinar en qué consiste la mencionada participación en función de los tres títulos señalados, a saber, por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad.

En este punto vale destacar que parte de la doctrina ha sostenido que el concepto penal de funcionario público es tan amplio que en él se comprende el concepto penal de autoridad, es decir, que bastaría con haber mencionado el concepto de funcionario público a los efectos penales para abarcar todo el espectro de posibilidades¹⁷⁸. Así, se afirma que, desde el punto de vista penal, toda autoridad es partícipe de la condición de funcionario público, ya que siempre participa en el ejercicio de funciones públicas y que tal participación es posible en virtud de una ley, elección o nombramiento; pero no todo funcionario público es autoridad a los efectos penales¹⁷⁹. Por consiguiente, para el Derecho penal, la relación entre autoridad y funcionario público es de continente a contenido, en la que funcionario público es el continente y la autoridad es el contenido.

Sin embargo, la redacción del artículo 24 CP no deja lugar a dudas de que se trata de conceptos diferenciados. En efecto, en lo que se refiere a la cantidad de pena, no es lo mismo que un delito sea cometido por o contra un funcionario público que el mismo delito sea cometido por o contra una autoridad o un agente de la autoridad.

Por ejemplo, piénsese en los delitos previstos en los artículos 303, 372 y 412 CP. Además, las conductas punibles previstas en los artículos 556 y 634 CP son atípicas cuando el sujeto pasivo es un funcionario público, mientras que son típicas si el sujeto pasivo es una autoridad o un agente de la misma. El delito previsto en el artículo 551 CP amenaza con una pena superior cuando el sujeto pasivo es autoridad que cuando el delito recae sobre un agente de la autoridad o un funcionario público.

Estas diferencias formales de pena ponen de manifiesto que no pueden ser igualmente considerados como sujetos activos o pasivos los casos en que el funcionario público tenga mando, ejerza jurisdicción propia, o sea portador de una especial investidura, del resto de los funcionarios públicos que carecen de dichas características.

a) Las funciones públicas

Para estudiar mejor lo que se entiende por participar en el ejercicio de funciones públicas, preliminarmente resulta necesario aclarar el significado de función pública en el sentido penal y analizar qué es participar en ella. En relación con el concepto de función pública, la doctrina suele destacar la existencia de tres y hasta cuatro criterios o posiciones

¹⁷⁸ Cfr. REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 270.

¹⁷⁹ Cfr. REBOLLO VARGAS, «Artículo 24», p. 323; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Delitos contra la administración pública», p. 329; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. 1128; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 214; ROCA AGAPITO, *El delito de malversación*, p. 107.

al respecto¹⁸⁰: la tesis formal-objetiva sostiene que las funciones públicas son aquellas actividades que se someten al Derecho público, en oposición a aquellas actividades que se someten al Derecho privado¹⁸¹; la tesis subjetiva es el criterio según el cual la función pública es la actividad reservada por el Estado a sus órganos o a particulares mediante una concesión o autorización expresa del Estado¹⁸²; la tesis material-finalista señala que las funciones públicas son las que persiguen el interés público, colectivo, social o general¹⁸³; y una cuarta tesis mixta-restrictiva o ecléctica de quienes sostienen que la función pública es aquella actividad orientada a fines públicos o generales, sometida al Derecho público y que se lleva a cabo por entes públicos¹⁸⁴.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha oscilado entre la tesis ecléctica y la tesis finalista en lo que se refiere al concepto de función pública. Por un lado, el mencionado Tribunal ha sostenido que se entiende por funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos¹⁸⁵. Asimismo, hay jurisprudencia que indica que para determinar el carácter público de una actuación hay que verificar tres elementos: primero, que concurra una finalidad dirigida a satisfacer intereses generales; segundo, que el órgano del que emana la actuación sea público; y tercero, que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas¹⁸⁶. En este grupo de sentencias se incluyen aquellas que sostienen que «lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la

¹⁸⁰ Cfr. ROCA AGAPITO, *El delito de malversación*, pp. 93-97; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 217-218.

¹⁸¹ Por ejemplo, *Queralt Jiménez* dice que «quienes presten sus servicios en una entidad sometida a Derecho público serán funcionarios públicos a efectos penales, independientemente de que su régimen estatutario de persona no sea público» (QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985, p. 485). *Rodríguez Mesa* contesta que se trata de un criterio artificial e inseguro, porque la Administración sujeta sus intervenciones de fomento y desarrollo económico tanto al Derecho público como al Derecho privado (cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 218). No se comparte la crítica, pues sin acompañar la tesis de *Queralt Jiménez*, se podría decir que aun cuando el trabajador o empleado sometido estatutariamente al Derecho privado pertenece a un ente regido por el Derecho público, será considerado funcionario público a efectos penales. Lo importante para *Queralt Jiménez* es el régimen jurídico de la entidad en la que participa el agente.

¹⁸² Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual de Derecho penal*, p. 159.

¹⁸³ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 217; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 986; VALEIJE PÉREZ, «Reflexiones sobre los conceptos» p. 467.

¹⁸⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 217-218; GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 83-84; VIVES ANTÓN/GIMENO SENDRA, *La detención*, p. 51.

¹⁸⁵ Cfr. STS de 4 de diciembre de 2007 (ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), FJ 1.º.

¹⁸⁶ Cfr. STS de 4 de diciembre de 2007 (ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), FJ 1.º. La jurisprudencia, asimismo, ha considerado como funciones públicas las que afectan a la cultura, la hacienda pública, la enseñanza, la justicia, las comunicaciones, la agricultura, el abastecimientos, la vivienda, etc., y, consecuentemente, funcionarios públicos a quienes desarrollan funciones del Estado, en un sentido amplio (cfr. STS de 6 de noviembre de 2006 [ponente Andrés Martínez Arrieta], FJ 33.º.)

Administración Pública»¹⁸⁷, con lo cual se sustituye la exigencia de que la actividad sea regida por normas de Derecho público por la condición de que la actividad se someta al control del Derecho administrativo, como en efecto puede ocurrir en ciertos ámbitos¹⁸⁸.

Sin embargo, por otro lado, y ésta parece ser la tesis dominante, el Tribunal Supremo ha defendido que las funciones públicas referidas en el artículo 24.2 CP son «tanto las del Estado, entidades locales y Comunidades autónomas, como las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, a veces hasta la de una sociedad mercantil, con el que conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento. Cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde al concepto amplio de función pública»¹⁸⁹. Asimismo, el Tribunal Supremo ha sostenido que «lo que define la condición de funcionario público es la participación en funciones públicas siendo irrelevante que sea interino o de plantilla»¹⁹⁰.

Si bien el objetivo central de la presente investigación no es dilucidar el alcance del concepto penal de función pública, resulta no obstante relevante apuntar que aun cuando se ha indicado por parte de la doctrina y la jurisprudencia que la función pública es la que desempeñan entidades públicas sometidas al Derecho público y que llevan a cabo actividades de interés general o público, tal postura parece minoritaria. En cambio, la mayoría sostiene que también son funciones públicas las realizadas por la administración institucional, con lo cual entrarían dentro del concepto penal de funcionario público quienes participen no solo de organismos autónomos y entidades públicas empresariales, sino también quienes participen en las sociedades mercantiles estatales que cumplan fines de interés general aunque se rijan por el Derecho privado. Entonces, el requisito objetivo para participar en el ejercicio de la función pública según el cual la actividad debe estar regida por Derecho público, o no es tal porque también se admiten actividades regidas por Derecho privado, o no es cierto que la participación en todos los organismos públicos estatales entendidos como administración institucional entre dentro del concepto penal de funcionario público. En este último caso, a los efectos penales quedarían fuera de tal concepto las sociedades mercantiles estatales, salvo en lo relativo al régimen de adjudicación de contratos que permanece en el ámbito del Derecho administrativo¹⁹¹. Si bien esta última interpretación evita una ampliación desmesurada del Derecho penal en el

¹⁸⁷ STS de 10 de julio de 2000 (ponente Joaquín Giménez García), FJ 1.º.

¹⁸⁸ En una sentencia, uno de los argumentos esbozados para sostener que la actividad llevada a cabo por vigilantes de seguridad, empleados de una empresa mercantil que prestaba el servicio de seguridad interior y exterior en un centro de ejecución de medidas judiciales, fue que éstos estaban bajo control, mediante contrato administrativo, de la respectiva Dirección General del Menor, que incluso ordenó la sustitución de los vigilantes (cfr. SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 5.ª, de 19 de octubre de 2012 [ponente Francisco Javier Mulero Flores], FJ 2.º).

¹⁸⁹ STS de 27 de enero de 2003 (ponente Joaquín Delgado García), FJ 2.º.

¹⁹⁰ STS de 23 de diciembre de 2004 (ponente Joaquín Giménez García), FJ 3.º.

¹⁹¹ Cfr. PARADA VÁSQUEZ, *Derecho Administrativo II*, pp. 249-250.

ámbito de la actividad administrativa, la interpretación del Tribunal Supremo apunta a considerar como funciones públicas en sentido penal las actividades orientadas a fines generales, toda vez que los requisitos consistentes en que la actividad deba ser llevada a cabo por un ente público y que la misma esté sometida al Derecho público se desdibujan cuando el Tribunal Supremo admite que sociedades mercantiles que someten sus actividades al Derecho privado puedan llevar a cabo funciones públicas a efectos penales.

En conclusión, la función pública, en el sentido penal, es la actividad que, regida por el Derecho público o privado, tiene por finalidad la prestación de servicios orientados a satisfacer un interés general y que es realizada tanto por entidades públicas como privadas mediante un contrato con la Administración.

b) Participación en la función pública en virtud de determinados títulos

Una vez aclarado lo que se entiende por función pública, se procede a interpretar qué se entiende por participar en ésta. El artículo 24.2 CP prevé que el sujeto debe «participar», que no es lo mismo que ejercer el cargo, lo que indica que el concepto penal es más amplio que el concepto administrativo. Así, no es necesario que el sujeto se incorpore o se adscriba a la organización de la Administración pública para que pueda participar y en consecuencia ser funcionario público a los efectos del Derecho penal¹⁹² (es decir, no se requiere una incorporación permanente tras la superación de pruebas de mérito y capacidad¹⁹³) En cambio, para que se entienda que hay participación basta con que el sujeto ejerza alguna actividad de manera directa —no una mera colaboración tangencial— en el desempeño de la función pública¹⁹⁴, con independencia de la permanencia o temporalidad en el desempeño de las funciones públicas¹⁹⁵.

Ahora bien, no es suficiente participar en el ejercicio de la función pública, sino que a efectos penales se requiere que tal participación se lleve a cabo en virtud de un título habilitador determinado. El artículo 24.2 CP establece tres títulos de participación en la función pública necesarios para que el agente sea considerado funcionario público en sentido penal: por disposición inmediata de la ley, por elección y por nombramiento por parte de autoridad competente. No obstante, *Muñoz Conde* sostiene que solamente hay un

¹⁹² Cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 86-87; ROCA AGAPITO, *El delito de malversación*, p. 98; VIVES ANTÓN/GIMENO SENDRA, *La detención*, p. 51.

¹⁹³ Cfr. SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 5.ª, de 19 de octubre de 2012 (ponente Francisco Javier Mulero Flores), FJ 2.º.

¹⁹⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 217.

¹⁹⁵ Cfr. STS de 27 de febrero de 2001 (ponente Andrés Martínez Arrieta), FJ 3.º; STS de 23 de diciembre de 2004 (ponente Joaquín Giménez García), FJ 3.º; STS de 23 de mayo de 2005 (ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), FJ 16.º; SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 5.ª, de 19 de octubre de 2012 (ponente Francisco Javier Mulero Flores), FJ 2.º.

título de «incorporación» que es la disposición inmediata de la ley, pues tanto la elección como el nombramiento deben basarse en una ley¹⁹⁶.

En esta investigación se defiende que la «disposición inmediata de la ley» es un título de participación independiente respecto de los otros dos con base en los siguientes argumentos: primero, porque así se desprende de la interpretación gramatical de la norma al entenderse que se trata de tres títulos de participación distintos debido a que se encuentran separados por la conjunción disyuntiva «o»¹⁹⁷; segundo, porque la norma se refiere a títulos de «participación», no de «adscripción» a la función pública¹⁹⁸, y tercero, porque existen casos en que la ley atribuye la condición de funcionario público a particulares¹⁹⁹, sin necesidad de ninguna elección o nombramiento. En efecto, los particulares pueden, a los efectos penales, ser considerados como funcionarios públicos cuando así lo disponga la ley, como sería el caso de los administradores y depositarios a que se refiere el artículo 435 CP, siendo que éstos no son elegidos ni nombrados para la función pública²⁰⁰. En este sentido, no debe entenderse la expresión bajo estudio como ingreso a la función pública mediante la ley, pues ello sería un título de adscripción y no un título de participación, que es lo que el Código penal exige²⁰¹.

Por otra parte, el título de participación por disposición inmediata de la ley obliga a preguntarse qué debe entenderse por «ley». Al respecto hay dos grandes posibilidades de interpretación. Por un lado, puede interpretarse «ley» en un sentido formal o restrictivo, es decir, como una norma con rango de ley, ya sea orgánica, ordinaria o autonómica²⁰², que directamente formula el nombramiento a una persona para que lleve a cabo una función pública o que otorgue la cualidad de funcionarios a quienes accedan a determinados cargos, y estos funcionarios son nombrados por decretos, reglamentos o incluso órdenes ministeriales²⁰³. Por otro lado, puede entenderse «ley» en un sentido material o amplio del

¹⁹⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 985.

¹⁹⁷ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985, p. 487; ROCA AGAPITO, *El delito de malversación*, p. 100.

¹⁹⁸ Cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 86-87.

¹⁹⁹ En este sentido, VIVES ANTÓN/GIMENO SENDRA, *La detención*, p. 51.

²⁰⁰ En general, se considera en este punto que todas aquellas situaciones previstas en el Código penal en las que los particulares son equiparados a funcionarios públicos entran dentro de este título de participación comentado, como los artículos 416, 422 o 435.

²⁰¹ Asimismo, en caso de entenderse la expresión «por disposición inmediata de la ley» como equivalente a ingreso a la función pública, se debería aceptar la tesis según la cual no se trataría de un título de participación independiente, sino que constituiría la base de legitimación de las elecciones y de los nombramientos por parte de las autoridades competentes, pues ambas figuras serían ingresos a la función pública mediante ley, al estar necesariamente regulados por la ley tanto las elecciones como las habilitaciones de las autoridades para hacer nombramientos jurídicamente válidos. Esta tesis es rechazada en la presente investigación como ya se indicó.

²⁰² Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 216; QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985, p. 487; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual de Derecho penal*, p. 156.

²⁰³ Cfr. ROCA AGAPITO, *El delito de malversación*, p. 101.

término, es decir, como si el término significara «disposición» general, entendiendo como tal un decreto o un reglamento. *Queralt Jiménez* sostiene que la razón histórica que explica el origen de esta disposición y la interpretación amplia del término «ley» —en el artículo 416 del Código penal de 1870—, es que el legislador de la época consideró necesario extender la condición de funcionario público a sujetos que, a pesar de desempeñar las más altas funciones públicas desde el punto de vista jerárquico, no eran funcionarios de carrera, y además al grupo de quienes hoy constituyen los funcionarios interinos²⁰⁴. Tal interpretación extensiva no es necesaria en la actualidad. Asimismo, *Rodríguez Mesa* sostiene que el carácter finalista de la disposición del artículo 24 CP exige una interpretación restrictiva de sus términos²⁰⁵. Por lo tanto, el término «ley» se refiere a norma con rango de ley, ya sea orgánica, ordinaria, nacional o autonómica.

Así, el título de participación en la función pública «por disposición inmediata de la ley» se refiere a la habilitación legal —norma con rango de ley, ya sea orgánica, ordinaria, nacional o autonómica— para participar en el ejercicio de funciones públicas²⁰⁶, con lo cual también abarca casos de particulares que, sin ser nombrados o elegidos funcionarios públicos, son considerados como tales a los efectos penales, como ocurre en los casos de los artículos 435 y 416 CP.

En lo que se refiere a la elección como título de participación, la doctrina sugiere entender, por razones históricas, que se trata de que a los efectos penales se considere como funcionarios públicos a quienes resulten electos, ya sea por elección de primer grado o directa, como en segundo y tercer grado, quienes también participan de la función pública mediante elección, aunque sea indirectamente²⁰⁷. De tal manera que serían funcionarios públicos a efectos penales los alcaldes, diputados provinciales y presidentes de corporaciones provinciales, así como de los senadores designados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, etc²⁰⁸. Asimismo, se entiende que la elección como título de participación en la función pública comprende tanto las elecciones universales como las que no lo son, en virtud de lo cual serían susceptibles de participar en la función pública, a los efectos penales, los miembros de los claustros de las universidades, o los miembros de juntas de facultades, y los miembros de las juntas rectoras de los colegios profesionales²⁰⁹. De tal manera que el título de participación en la función pública a los efectos penales que consiste en la elección abarca tanto las elecciones directas como indirectas, así como las de carácter universal y las que no tengan tal carácter.

²⁰⁴ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985, pp. 486-487.

²⁰⁵ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 216.

²⁰⁶ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 216.

²⁰⁷ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual de Derecho penal*, p. 157.

²⁰⁸ Cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 87-88; QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985, p. 488; REBOLLO VARGAS, «Artículo 24», pp. 319-320.

²⁰⁹ Cfr. ROCA AGAPITO, *El delito de malversación*, p. 102.

Por último, el nombramiento de autoridad competente se refiere a los casos en que el agente se adscribe al servicio de la función pública mediante designaciones reguladas por la ley, y que se llevan a cabo por una autoridad o funcionario competente para ello de manera jurídicamente válida. Entonces, lo relevante al momento de evaluar cuándo se considera al nombrado como funcionario público a los efectos penales es dilucidar la autonomía que dispone la autoridad competente para llevar a cabo el nombramiento, es decir, cuándo es competente para que su nombramiento sea válido para adscribir la condición de funcionario público para el Derecho penal. La doctrina ha indicado al respecto que la autoridad es competente para nombrar funcionarios públicos en el sentido penal cuando se encuentre habilitada por una ley²¹⁰ y cuando la Administración tenga la partida presupuestaria para la retribución del funcionario público nombrado a cargo del presupuesto público²¹¹. De tal manera que los agentes de autoridad cuya retribución corre a cargo de un particular determinado y que son designados en virtud de una habilitación reglamentaria no constituyen funcionarios públicos a los efectos del Derecho penal²¹²; mientras que son funcionarios públicos en sentido penal los funcionarios de carrera, funcionarios interinos, eventuales, personal laboral, personal estatutario y funcionarios locales con habilitación de carácter nacional²¹³.

II.2. El sujeto activo del delito de tortura

Como ya se indicó, la definición legal de autoridad y funcionario público prevista en el artículo 24 CP es amplia, lo cual implica que cuando se relacione dicha definición con los tipos específicos en los que tales sujetos sean señalados como autores, habrá que formular precisiones para la correcta aplicación a los casos concretos. En lo que respecta a la presente investigación, resulta necesario determinar cuáles de las autoridades y funcionarios públicos señalados en el mencionado artículo 24 CP son las autoridades y funcionarios públicos susceptibles de ser sujetos activos del delito bajo estudio. Tal necesidad constituye el objetivo del presente subtítulo.

A) Aspectos generales

Para llevar a cabo la tarea de delimitación de las autoridades y funcionarios públicos a los efectos penales que son susceptibles de ser sujetos activos del delito de tortura, resulta necesario apoyarse tanto en el bien jurídico protegido como en el resto de los elementos

²¹⁰ *Queralt* sostiene que debe tratarse de una ley orgánica, es decir, una ordinaria no sería suficiente (cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985, p. 489).

²¹¹ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985, p. 489; REBOLLO VARGAS, «Artículo 24», p. 320.

²¹² Cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 88; QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985, p. 490.

²¹³ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 216-217.

integrantes del tipo, toda vez que el delito bajo estudio es un delito especial en el que existe una especial relación que vincula al sujeto activo con el bien jurídico protegido²¹⁴.

Ya se indicó en el capítulo I que con el delito de tortura se protege tanto la integridad moral como el correcto ejercicio de la función pública en sus vertientes investigadora y sancionadora, siendo este último bien jurídico colectivo el que otorga a la interpretación teleológica mayores instrumentos para determinar quién es el sujeto activo en el delito estudiado. Asimismo, las finalidades típicas de la conducta previstas en la disposición penal bajo estudio son la obtención de una confesión o información, la imposición de un castigo o la discriminación. Entonces, el sujeto activo del delito de tortura debe ser una autoridad o funcionario público que realice dichas actividades, que, a su vez, se llevan a cabo cuando se investigan delitos, faltas, infracciones administrativas o disciplinarias y amenazas a la seguridad del Estado. Estas actividades se desarrollan en los ámbitos judicial y administrativo, lo que permite concluir que *los sujetos activos del comportamiento típico previsto en el artículo 174 CP son las autoridades o funcionarios públicos que tienen competencia en materia de investigación y de sanción, ya sea de asuntos administrativos o judiciales.*

En el Derecho internacional de los derechos humanos también se ha debatido sobre si podrían ser susceptibles de cometer tortura en el sentido del Derecho internacional todos los funcionarios públicos o solo algún sector específico de éstos. La literalidad de ambas disposiciones invita a concluir que serían susceptibles de torturar en sentido estricto todos los funcionarios públicos sin distinción alguna. Sin embargo, la historia de la prohibición de la tortura y su recepción por parte de los derechos humanos desde la DUDH está directamente relacionada con la actuación de funcionarios públicos encargados de hacer cumplir la ley vinculados a la administración de justicia penal. *Rodríguez Mesa*, comentando la CCT, circunscribe la noción de funcionario público a quienes tienen una determinada actividad pública relacionada con la Administración de justicia²¹⁵. En el mismo sentido, *De la Cuesta* destaca que la CCT se refiere a funcionarios con vinculación directa o indirecta en la persecución, investigación y represión de hechos delictivos, que en definitiva desarrollen actividades que impliquen cierto poder sobre la víctima²¹⁶.

Durante la discusión que precedió a la aprobación del texto de la CCT, siempre se consideró al sujeto activo como alguien que ejerce algún tipo de autoridad, refiriéndose a «funcionario público», «persona con competencia oficial», «agente del Estado», «autoridad pública», «persona que de hecho ejerce autoridad, comparable a la gubernamental, sobre otros; o que ha reemplazado la autoridad gubernamental temporalmente; o que su

²¹⁴ En el mismo sentido, REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 270; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 220-221. En sentido contrario parece apuntar un sector de la doctrina, para quienes basta la remisión al artículo 24 CP para configurar al sujeto activo del delito de tortura (cfr. GIMÉNEZ GARCÍA, «Artículo 174», p. 1264; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «De las torturas y otros delitos», pp. 543-544).

²¹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 59.

²¹⁶ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura*, p. 36.

autoridad deriva de la gubernamental»²¹⁷, etc., (aunque hubo un fuerte debate sobre si el sujeto activo de la tortura según la CCT debería limitarse solamente a funcionarios estatales o si debía ampliarse también a individuos particulares sin ninguna vinculación con la función pública, proponiéndose incluso que la CCT se aplicara a organizaciones civiles y a sectas pseudo-religiosas²¹⁸). Por su parte, la actividad del Comité contra la Tortura, expresada en las observaciones y recomendaciones que extiende a los Estados partes, revela que la CCT se dirige a las actividades que desarrollan los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley o personas que ejercen el poder de manera fáctica cuando hay una ausencia de algún gobierno legalmente constituido, es decir, pareciera que para el Comité contra la Tortura es funcionario público (susceptible de torturar) quien actúa en condiciones de superioridad respecto de la víctima por ostentar ejercicio de autoridad o de poder. Por ejemplo, dicho Comité sostuvo en un dictamen que ante la inexistencia de un gobierno central y estimando que las facciones en guerra civil ejercían actos comparables a los que ejercen las autoridades de gobierno, se puede extender a los miembros de las facciones la cualidad de «funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas». En otra oportunidad, el Comité insistió que el riesgo de tortura debe ser imputable a un Estado, a menos que una fuerza no gubernamental controle el territorio y ejerza una autoridad cuasi oficial²¹⁹. Por lo tanto, el sector de los funcionarios públicos que le interesa a la CCT cuando condena la práctica de la tortura es aquel que ejerce autoridad y tiene capacidad para proteger por la fuerza un orden establecido, asunto que no es función de todos los funcionarios públicos²²⁰.

Un sector de la doctrina considera como sujetos activos del delito de tortura únicamente a los funcionarios públicos que participan en la investigación penal judicial y policial, así como a los que participan en la custodia de detenidos, omitiendo cualquier consideración acerca de los procedimientos administrativo-sancionadores²²¹. El *ius puniendi* estatal no solo se manifiesta a través de los órganos jurisdiccionales, sino que además lo hace mediante las Administraciones públicas cuando ejercen funciones públicas de enjuiciamiento y represión

²¹⁷ BURGERS/DANELIUS, *The United Nations Convention*, p. 45.

²¹⁸ Cfr. BOULESBAA, *The U. N. Convention on torture*, p. 23.

²¹⁹ Cfr. OCHOA RUÍZ, *Annuario de Derecho Internacional*, 2004, p. 541.

²²⁰ Villán Durán opina que «... de las convenciones de Naciones Unidas e Interamericana (...) se puede concluir que ambas prohíben las torturas practicadas por particulares desvinculados de todo interés estatal y realizadas por ensañamiento, placer o venganza, con la salvedad de que para la convención de Naciones Unidas siempre tiene que estar presente un elemento de *discriminación* que corresponde atajar al Estado en virtud de su deber de *diligencia* y que comprende (...) todo tipo de supuestos de violencia doméstica contra niños y mujeres» (VILLÁN DURÁN, «La práctica de la tortura», pp. 61-62). Parece que incluso en esta posición que apuesta por una ampliación del concepto de tortura en lo que se refiere a los sujetos activos, aún está presente la figura del Estado cuando no actúa debiendo hacerlo, es decir, serían casos de aquiescencia. De esta manera, sigue habiendo un «interés estatal».

²²¹ Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 60; DEL ROSAL BLASCO, «Torturas y otros delitos», p. 1236; BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, p. 160; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, «Torturas y otros delitos», p. 208; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 174», p. 254.

mediante la imposición de sanciones²²². Se considera al respecto que nada obsta a que los funcionarios públicos competentes en la sustanciación de un procedimiento administrativo y en la imposición de una infracción administrativa o disciplinaria pueda ser autor del delito de tortura. *Rodríguez Mesa* señala al respecto que, a diferencia del Código penal anterior, el Código penal vigente no exige que la conducta típica se lleve a cabo en el marco de un interrogatorio policial o una investigación judicial, por lo que cabe en el tipo actual cualquier actividad del ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas²²³. Las infracciones administrativas conllevan para las personas una sanción y ésta es la finalización de un procedimiento de investigación que implica la indagación de hechos y el establecimiento de responsabilidades; lo mismo ocurre cuando un funcionario público es sometido al régimen disciplinario para asegurar el buen funcionamiento de la organización administrativa. Todas estas características encajan sin problemas en la conducta típica del delito bajo estudio.

En lo que respecta a la discriminación como la finalidad de la conducta típica y su utilidad para la determinación del sujeto activo del delito de tortura, se podría sostener que la proscripción de la discriminación no es inmanente a la actividad investigadora y sancionadora del Estado, sino que podría presentarse en cualquier ámbito de la actividad administrativa, dejando entonces una puerta abierta para que pudiera ser sujeto activo de este delito cualquier funcionario público independientemente de sus competencias o atribuciones. Sin embargo, en esta investigación se sostiene que la discriminación a que hace referencia el artículo bajo estudio es la susceptible de realizarse como consecuencia del abuso del cargo de las autoridades y funcionarios públicos competentes en la investigación y castigo, tanto en el ámbito administrativo-sancionador como en el ámbito judicial. Esta conclusión tiene su fundamento en que el legislador penal, cuando introdujo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias, estableció una agravante genérica que abarca todos los delitos susceptibles de ser cometidos bajo circunstancias discriminatorias (artículo 22.4^a CP) y, en algunos casos, introdujo delitos especiales en los que se protege la igualdad en ámbitos específicos, donde lógicamente no se aplicaría la mencionada agravante genérica²²⁴. Una de estas situaciones especiales sería la que se encuentra en los ámbitos en que el funcionario público, en virtud de determinadas competencias, ejerce un poder de hecho sobre otros como es el caso del delito bajo estudio. Por lo tanto, en lo que se refiere a la delimitación de los sujetos activos en el delito de tortura, el elemento de la finalidad discriminatoria no aporta mayores elementos.

Por último, *De La Cuesta Arzamendi* opina que el sujeto activo previsto por el tipo abarca adicionalmente los casos en que no hay detención ni privación de libertad pero se da una situación de sujeción personal de hecho del sujeto pasivo respecto del sujeto activo²²⁵. Al

²²² Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, «Principios de derecho procesal», p. 155.

²²³ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 221.

²²⁴ Como es el caso de la discriminación laboral (artículo 314 CP), la instigación a la discriminación (artículo 510 CP) y la asociación ilícita para promover la discriminación (artículo 515.5° CP).

²²⁵ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», p. 92.

respecto se considera que en los casos de investigaciones de delitos o de infracciones administrativas, los sujetos investigados se encuentran bajo sujeción personal de Derecho, en los que puede haber o no una detención o privación de libertad. El sometimiento a condiciones o procedimientos atentatorios de la integridad moral requiere una relación directa entre el torturador y el torturado, por lo que se exige que éste se encuentre limitado en el ejercicio de su libertad ambulatoria. Se podría estar de acuerdo con *De la Cuesta Arzamendi*, en el sentido de admitir la tortura bajo una sujeción personal de hecho cuando, antes del inicio formal de una investigación penal o administrativa, el sujeto activo atenta contra la integridad moral de la persona sin que ésta se encuentre formalmente bajo una sujeción de derecho (por ejemplo, funcionarios policiales que, teniendo conocimiento extraoficial de la comisión de un delito, detienen a una persona sospechosa y le aplican tortura indagatoria para posteriormente iniciar el atestado policial formalmente) y en los casos en los que el sujeto activo investiga amenazas a la seguridad y estabilidad del Estado, especialmente en regímenes no democráticos, en los que tales indagaciones suelen colocar a la víctima en una situación de sujeción personal de hecho, es decir, en un régimen de desaparición forzada sin notificación a ninguna autoridad judicial ni a los familiares de la víctima.

a) Casos de incompetencia relativa

Otros aspectos de competencia que resultan relevantes para determinar al sujeto activo del delito bajo estudio son aquellos en los que los funcionarios públicos que, aun teniendo atribuciones de investigación y de sanción en general, no tienen atribución delegada para el caso específico, es decir, no son los especialmente encargados de la investigación de un determinado hecho delictivo o no son los encargados de la custodia del detenido. Por ejemplo, un funcionario de investigación tortura con fines de investigación sin ser el encargado de esa investigación concreta. Sería un caso de incompetencia relativa para el que se estima que sí puede ser autor en virtud de que sigue teniendo un compromiso material, es decir, se mantiene tanto la condición de funcionario público del agente como el carácter público de la actividad realizada, por lo tanto, es sujeto activo del delito de tortura²²⁶.

En una sentencia del Tribunal Supremo, en lo que hace referencia al artículo 204 bis del anterior Código penal, se sostuvo que el delito de tortura no exige en modo alguno que el autor deba ser estrictamente el responsable de la investigación policial o judicial en cuyo marco se aplica dicha tortura, porque la ilicitud del hecho no depende de la función ocupada en la investigación por el funcionario público, sino de la infracción de sus deberes especiales respecto de la dignidad de las personas²²⁷.

Otros casos de relevancia para determinar el sujeto activo son aquellos en los que el sujeto actúa en un ámbito territorial distinto al que le corresponde. La doctrina ha

²²⁶ En este sentido, GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 97-99.

²²⁷ Cfr. STS de 2 de junio de 1998 (ponente Enrique Bacigalupo Zapater), FJ 1.º. Más adelante se profundizará sobre la infracción de deber del sujeto activo en el delito de tortura (cfr. *infra* capítulo V, subtítulo V.1).

sostenido que estos casos de incompetencia territorial también serían supuestos de incompetencia relativa, con la salvedad de los casos de las policías locales y autonómicas que actúan fuera del ámbito de su competencia territorial en los que habría incompetencia absoluta. Sin embargo, según *Grima Lizandra* aun en estos casos se podría mantener la condición pública de la actividad policial y por ende el agente no perdería la condición de funcionario público si la víctima advierte que se trata de una actividad investigadora o sancionadora estatal. Esto es así porque aun cuando el hecho generador de la investigación se hubiera cometido fuera de la demarcación territorial del funcionario público actuante, si la conducta típica puede relacionarse territorialmente con la demarcación del funcionario público no existe incompetencia material absoluta; así como tampoco cuando el acto lesivo se lleve a cabo fuera del territorio en el que es competente el sujeto actuante²²⁸.

Tiene razón *Rodríguez Mesa* cuando dice que si lo relevante es que la víctima perciba que detrás del acto que padece está el aparato investigador del Estado, no importa si el funcionario actuante tiene o no la competencia territorial, sino que basta que sea un funcionario estatal con competencia para intervenir en procesos públicos indagatorios o sancionadores²²⁹, porque aunque el agente no sea competente territorialmente, su conducta lesiona tanto la integridad moral de la víctima como la confianza de los ciudadanos en que los agentes del poder público ejecuten sus funciones de investigación y sanción respetando los principios democráticos del Estado de Derecho. Así, los funcionarios públicos competentes en materia de investigación y sanción sin competencia territorial son susceptibles de ser sujetos activos del delito bajo estudio.

Los otros funcionarios públicos que no tengan atribuciones de investigación y de sanción, pero que en el caso concreto contribuyen al resultado, no serían sujetos activos, por lo que nunca podrían ser autores. En estos casos, el hecho principal no pertenecería a estas autoridades y funcionarios públicos porque no tienen el «compromiso típico específico»²³⁰, es decir, sobre éstos no recaería el deber positivo que fundamenta la punibilidad de los autores obligados especiales, lo que será analizado en profundidad en el capítulo V de la presente investigación.

b) Caso especial de los funcionarios penitenciarios

En virtud del artículo 174.2 CP también pueden ser sujetos activos del delito de tortura las autoridades y funcionarios públicos de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores respecto de los detenidos, es decir, en dicha disposición se incluye a un sector específico dentro de las autoridades y funcionarios públicos que, en general, son susceptibles de ser autores de dicho delito.

²²⁸ Cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 100-101.

²²⁹ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 223.

²³⁰ SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, 1989, p. 378.

Estos sujetos activos expresamente determinados son funcionarios públicos destinados a instituciones penitenciarias, centros de protección de menores y centros de corrección de menores. Los funcionarios de instituciones penitenciarias son las personas que de manera profesional y permanente ejercen funciones de reinserción social, retención o custodia dentro de un recinto regido por la legislación penitenciaria para la ejecución de las condenas penales y medidas cautelares privativas de libertad. Los funcionarios de los denominados centros de protección y de corrección de menores de edad son quienes se encargan de labores de custodia retención o corrección en los centros destinados a menores de edad.

En cuanto los centros destinados a menores de edad la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LRPM), que se aplica para exigir la responsabilidad penal de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho años, prevé en su artículo 54 que las medidas privativas de libertad, la detención y las medidas cautelares de internamiento se deben ejecutar en centros específicos para menores infractores, así como en los centros socio-sanitarios. En estos centros específicos para menores infractores y centros socio-sanitarios los jueces de menores pueden imponer, entre otras, medidas de internamiento en régimen cerrado, en régimen semiabierto, en régimen abierto e internamiento terapéutico en régimen cerrado, según se desprende del artículo 7 LRPM. En relación con los menores de 14 años de edad, que hubieren cometido delitos o faltas, el artículo 3 LRPM establece que se les aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes.

La relación existente entre los artículos 174.1 y 174.2 CP ha sido objeto de debate en la doctrina, porque mientras un sector sostiene que el último es una figura delictiva independiente de la prevista en el artículo 174.1 CP, otro sector defiende que ambos apartados constituyen un mismo delito.

Quienes sostienen que el artículo 174.2 CP constituye un delito separado del delito de tortura argumentan que en aquel artículo no se exige el elemento subjetivo que es consustancial al delito de tortura²³¹. Esta interpretación se fundamenta en el principio de vigencia y conservación de la norma que obliga a evitar el carácter redundante de la misma, es decir, evitar la negación de su propio contenido. Así, estos autores sostienen que la disposición prevista en el artículo 174.2 CP sería innecesaria si se entendiera que incluye en su tipo los elementos subjetivos previstos en el artículo 174.1 CP, porque las autoridades y funcionarios de instituciones penitenciarias y de los centros de protección o corrección de menores ya son sujetos activos del delito previsto en el artículo 174.1 CP y al haber una identidad de sujetos activos y de conductas típicas objetivas y subjetivas la única diferencia radicaría en la reducción de los sujetos pasivos a los detenidos, internos o presos. De tal manera que si los sujetos pasivos fueran detenidos, internos o presos se aplicaría la previsión contenida en el artículo 174.2 CP, pero si el sujeto pasivo no es ni detenido,

²³¹ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», p. 99; MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 94; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 269-270.

interno o preso, y el sujeto activo es de los previstos en el artículo 174.2 CP, o habría atipicidad o se aplicaría el delito previsto en el artículo 174.1 CP, lo que haría inútil la disposición del 174.2 CP porque la sola previsión del artículo 174.1 CP abarcaría todos los casos. Estos autores alegan que la única forma de entender que la disposición bajo estudio no tiene carácter redundante es interpretar que cuando el artículo 174.2 CP se refiere a los «actos» está considerando únicamente los actos ejecutivos de la conducta, porque si el legislador hubiera querido referirse también a los elementos subjetivos previstos en el apartado anterior habría utilizado la noción «hechos» que aparece en el artículo 176 CP. En conclusión, los seguidores de esta línea de interpretación defienden que las autoridades y funcionarios de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores cometen tortura sin que sea necesario que concurren las finalidades de investigación, sanción o discriminación; y en caso de que estas finalidades se manifiesten, se aplica lo señalado en el artículo 174.1 CP.

Sin embargo, si la disposición contenida en el artículo 174.2 CP no requiere los elementos subjetivo del apartado anterior, pudiera ocurrir que un funcionario de prisiones que torture a un interno sin ánimo de castigar, investigar o discriminar tenga mayor pena que si un funcionario policial lleva a cabo la misma conducta típica respecto de un detenido, porque a éste se le aplicaría lo previsto en el artículo 175 CP. Asimismo, una de las razones más importantes para estimar el correcto ejercicio de la función pública investigadora y sancionadora como bien jurídico protegido por el delito de tortura es justamente la necesidad de que concurren en la ejecución material los elementos subjetivos previstos en el tipo. Si la conducta señalada en el artículo 174.2 CP no requiere tales elementos subjetivos del tipo, no se protegería el mencionado bien jurídico colectivo aun cuando el sujeto activo recibiera la misma cantidad de pena que la prevista para el delito de tortura. En otras palabras, sin que concurren en la conducta típica del artículo 174.2 CP los elementos subjetivos propios del delito de tortura no se entiende ni la igualdad del pena con el artículo 174.1 CP, ni la superioridad de pena respecto del delito previsto en el artículo 175 CP. Los autores que sostienen que el artículo 174.2 CP también requiere que en la conducta típica concurren los elementos subjetivos del tipo del 174.1 CP defienden que la particularidad de esta disposición radica en la especialidad de los sujetos activos²³².

En la presente investigación se estima que es preferible asumir que el artículo 174.2 CP es superfluo o innecesario²³³ antes que admitir la tesis que sostiene que la tipicidad del artículo 174.2 CP excluye los elementos subjetivos del tipo señalados en el primer apartado del artículo. Las consecuencias de esta postura apuntadas en el párrafo anterior no

²³² Cfr. REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», pp. 276-279; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «De las torturas y de otros delitos contra la integridad moral», p. 116; DEL ROSAL BLASCO, «De las torturas y otros delitos», p. 231; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 174», p. 254; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/DÍAZ MARTÍNEZ, *Código penal comentado*, p. 546; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Título VII. De las torturas», pp. 508-509; GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos de tortura y otros tratos degradantes», p. 82.

²³³ Cfr. CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Manual de Derecho penal*, p. 88. Estos autores sostienen que los funcionarios referidos en el artículo 174.2 CP ya están incluidos en el primer párrafo de la misma disposición.

permiten sostener la interpretación que aboga por la independencia de los párrafos entre sí. Además, una tortura sin las finalidades señaladas por el legislador en el artículo 174.1 CP estaría vacía de contenido, no podría denominarse «tortura», porque como se verá más adelante²³⁴ los elementos subjetivos del tipo son consustanciales a esta figura delictiva. Si el legislador hubiera deseado eximir de finalidades especiales a los atentados a la integridad moral en los recintos penitenciarios, los habría estipulado en el artículo 175 CP, que se refiere precisamente a los atentados a la integridad moral por parte de funcionario público. Por lo tanto, los dos apartados del artículo 174 CP constituyen un mismo delito desde la perspectiva de la presente investigación.

De esta manera, el artículo 174.2 CP prevé que los sujetos activos son las autoridades y funcionarios de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores. Generalmente las personas que prestan servicios de custodia en tales instituciones y centros públicos son funcionarios públicos en sentido penal y, por ello, son sujetos activos del delito de tortura cuando estos funcionarios públicos atentan contra la integridad moral de los internos al ejercer sus competencias investigadora (por los hechos que ocurran dentro del recinto de detención preventiva o de ejecución penal) y sancionadora (pues además de ser el lugar de ejecución penal por excelencia, en los centros penitenciarios y centros específicos para menores infractores se imponen sanciones disciplinarias cuando se vulneran los códigos de conducta que ordenan la vida de los internos)²³⁵, ambas previstas en el Reglamento Penitenciario en los artículos 231 al 262²³⁶ y en el artículo 60 LRPM.

Ahora bien, el hecho de que ambos apartados prevean un mismo delito no convierte en innecesario o superfluo el contenido del artículo 174.2 CP: esta disposición permite que los empleados de instituciones penitenciarias y de centros de protección y corrección de menores que sean administrados por empresas privadas sean sujetos activos del delito de tortura.

En efecto, las mencionadas instituciones y centros tienen la peculiaridad de que eventualmente pueden ser confiados a la gestión por parte de una empresa privada. El Estado, con la finalidad de cumplir concretas funciones de servicio público o atender fines de interés general como es la custodia de las personas privadas de libertad, podría acudir no solamente a la constitución de organismos autónomos que descentralicen funcionalmente las actividades de ejecución o gestión que le corresponden a la Administración General del Estado, sino que sería perfectamente imaginable que se recurriera a la figura de las

²³⁴ Cfr. *infra* capítulo IV, subtítulo IV.2., apartado A), a).

²³⁵ En contra, *De La Cuesta Arzamendi* sostiene que la conducta contenida en el artículo 174.2 CP se distancia del tipo de tortura precisamente en lo que se refiere a los sujetos activos y pasivos (cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», p. 101). En este punto, se insiste que en la presente investigación, el sujeto activo del artículo 174.1 CP no se limita a los funcionarios encargados de investigaciones judiciales, sino que también se refiere al ámbito de las investigaciones administrativas, de lo cual se deriva el carácter redundante del comentado artículo 174.2 CP.

²³⁶ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que aprueba el Reglamento Penitenciario de desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP).

sociedades mercantiles estatales, o se diera en concesión la gestión de la administración y custodia de los privados de libertad en instituciones penitenciarias. Especialmente, se puede considerar este extremo en lo que se refiere al régimen de concesión, en el que el servicio de custodia estaría a cargo de personal que se rige según las normas del Derecho privado.

Por ejemplo, los centros de específicos para menores infractores pueden estar a cargo de las Comunidades Autónomas, que pueden establecer convenios de colaboración con entidades privadas sin ánimo de lucro, según lo previsto en el artículo 45.3 LRPM. En estos casos, los empleados encargados de la custodia de los menores infractores difícilmente podrían ser considerados funcionarios públicos a efectos penales. En efecto, para que una persona sea considerada funcionario público para el Código penal no es suficiente que se desempeñe una función de interés general, sino que se requiere que la persona participe en tal función por disposición inmediata de la ley, o por elección o por nombramiento²³⁷. Los empleados de un centro administrado por una empresa privada en la que se ejecute una medida de internamiento no participan de funciones públicas ni por elección ni por nombramiento, pero pueden ser sujetos activos del delito de tortura solamente por disposición inmediata del artículo 174.2 CP. Si no se hubiera previsto la disposición contenida en el mencionado artículo los empleados de los centros de protección y corrección de menores no podrían ser sujetos activos del delito de tortura, porque no serían partícipes de funciones públicas en el sentido penal.

Por lo tanto, la previsión contenida en el artículo 174.2 CP no es redundante o innecesaria, sino que es útil para ampliar el abanico de sujetos activos del delito de tortura a los empleados de instituciones penitenciarias y de centros de protección y corrección de menores que sean gestionados por empresas privadas²³⁸.

En un caso de la jurisprudencia se consideró sujetos activos del delito de tortura a vigilantes de seguridad, que eran empleados de una empresa mercantil que había obtenido un contrato en virtud del cual esta empresa prestaba el servicio de custodia interna y externa en un centro público de menores gestionado por una fundación sin fines de lucro. Tal consideración no tuvo su fundamento en que los vigilantes llevaran a cabo una función pública y que participaran de tal función en virtud de disposición inmediata de una ley, sino que se consideró suficiente con tres aspectos referidos únicamente a la finalidad pública de la actividad: a) que los agentes desempeñaban funciones públicas (ejecución de medidas judiciales aplicadas a menores); b) que estas finalidades públicas tienen un reconocimiento en el texto del artículo 174.2 CP, que contempla expresamente los centros de corrección de menores, es decir, la sentencia parece decir que la ley ratifica la finalidad pública de la custodia de menores mediante su inclusión en el texto de la citada disposición legal, y c) que la Dirección General de Menores ejercía un control sobre el personal, es decir, había un control administrativo con capacidad de destitución del personal, lo cual, en la lógica de la

²³⁷ Para *Rodríguez Mesa*, el personal de los centros privados debe ser considerado funcionario a efectos penales, porque realizan funciones eminentemente públicas de acuerdo con la ley y los convenios correspondientes con la Administración (cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 265).

²³⁸ En este mismo sentido, REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», pp. 277-278.

decisión judicial, es indicativo de la finalidad pública²³⁹. En el caso interpretado por la sentencia no se indicó cómo los vigilantes podían acceder a la función pública (todo indica que los vigilantes fueron contratados por la empresa mercantil, es decir, no hay un nombramiento de autoridad competente, ni hubo elección); es decir, no se razonó en los fundamentos jurídicos sobre el título de participación y el juzgador solamente se limitó a indicar que en el acceso al ejercicio de las funciones públicas no son relevantes ni los requisitos de elección para el ingreso, ni el sistema de retribución, ni la estabilidad o temporalidad.

En relación con la delimitación de la conducta típica prevista en el artículo 174.2 CP respecto de la prevista en el artículo 533 CP²⁴⁰, habría que señalar que la cobertura del delito de tortura es mucho menos amplia, toda vez que exige una lesión al bien jurídico individual integridad moral, lo que no es abarcado por el segundo delito, que protege las garantías constitucionales respecto de la privación de libertad. Asimismo, el delito previsto en el artículo 533 CP plantearía un caso de «tortura gratuita», mientras que la tortura del artículo 174.2 CP ha de perseguir finalidades indagatorias, sancionatorias y discriminatorias²⁴¹, como se indicó *supra* en este subapartado. De ello se desprende que la presencia o ausencia de daño a la integridad moral o de los mencionados elementos subjetivos del tipo de tortura determinan las diferencias entre ambas figuras delictivas. Así, si el funcionario penitenciario aplica un rigor innecesario al sujeto pasivo o le inflige privaciones de derechos no justificadas como parte de las condiciones o procedimientos para producirle un sufrimiento físico o mental por algo que hizo o se sospeche que ha cometido, será un caso de tortura en virtud del artículo 174.2 CP²⁴². En caso de que en el ejemplo falte el elemento subjetivo del injusto, habría un conflicto de leyes entre el artículo 175 y el 533 CP, que se resolvería a favor de la aplicación del artículo 175 CP, al ser más amplio en lo que se refiere a los bienes jurídicos protegidos.

²³⁹ Cfr. SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 5.ª, de 19 de octubre de 2012 (ponente Francisco Javier Mulero Flores), FJ 2.º.

²⁴⁰ Artículo 533. «El 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, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

²⁴¹ En sentido semejante, GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos de tortura y otros tratos degradantes», p. 82; ZARAGOZA AGUADO, «De las torturas y otros delitos», p. 1429; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Manual de Derecho penal*, p. 88.

²⁴² Sin embargo, para quienes en la conducta prevista en el artículo 174.2 CP no se incluyen los elementos subjetivos del injusto señalados en el párrafo primero del mismo artículo, entre las conductas tipificadas en los artículos 174.2 y 533 CP habría una relación de conflicto de leyes que se resolvería con la aplicación preferente del artículo 174.2 CP al contener el desvalor del artículo 533 CP, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.3º CP (DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», p. 100 y 101; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 277-278).

c) Casos de cuerpos paramilitares o parapoliciales

Las organizaciones de derechos humanos suelen incluir dentro de los sujetos activos de la tortura a miembros de grupos políticos armados y a individuos particulares que actúen con la aquiescencia del Estado²⁴³. Ello es comprensible si se toma en consideración que la definición de tortura desde el punto de vista del Derecho internacional de los derechos humanos, contenida en la CCT, prevé como sujetos activos tanto a los funcionarios públicos como a los particulares que actúen instigados, con el consentimiento o bajo la tolerancia, de algún funcionario público²⁴⁴.

Estos cuerpos paramilitares o parapoliciales pueden estar integrados tanto por funcionarios públicos, que persiguen abstraerse de las obligaciones que impone el Estado de Derecho, como por particulares.

Por ejemplo, en 1983, se conformó en España una agrupación denominada Grupos Antiterroristas de Liberación, cuya finalidad era llevar a cabo acciones de «guerra sucia» contra ETA en el sur de Francia ante la falta de colaboración de este país en la lucha antiterrorista. Tal grupo irregular contó con la intervención activa de algunas autoridades del gobierno español²⁴⁵.

Los particulares que atentan contra la integridad moral de alguna persona no son susceptibles de ser considerados sujetos activos del delito bajo estudio porque no son autoridad ni funcionarios públicos en sentido penal, aunque sí podrían tener participación punible en el hecho en calidad de autores accesorios o partícipes de los autores como más adelante se analizará²⁴⁶. Por su parte, los funcionarios públicos que pretenden apartarse de sus obligaciones legales atentando contra la integridad moral de personas de forma clandestina podrían ser sujetos activos del delito de tortura solamente en caso de que tengan competencias, como funcionarios públicos, en materia de investigación y sanción. Aunque se desprendan de sus uniformes y actúen fuera de los establecimientos públicos, estos funcionarios siguen siendo obligados especiales respecto de la incolumidad de la integridad moral de las personas. Sería absurdo considerar que el mismo funcionario policial pueda ser sujeto activo del delito de tortura si atenta contra la integridad moral de un sospechoso para extraer información sobre la comisión de un delito, pero no lo pueda ser si realiza la misma conducta y con los mismos fines sin poder ser identificado como

²⁴³ Cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *¡Actúa ya! Tortura, nunca más*, p. 25.

²⁴⁴ Durante la discusión en el grupo de trabajo que preparó el proyecto de la CCT, la representación francesa propuso que la tortura fuera definida desde la naturaleza propia del acto por sí mismo considerado, independientemente de si el origen del mismo proviniera o no de un funcionario público, pero la mayoría se inclinó por la posición según la cual siempre debe haber algún tipo de responsabilidad del Estado, y por ello la CCT debe ser aplicable no solo a los actos cometidos por funcionarios públicos, sino también a los actos por los cuales las autoridades públicas de otra manera puedan ser responsabilizadas (cfr. BURGERS/DANELIUS, *The United Nations Convention*, p. 45).

²⁴⁵ Cfr. Diario El Mundo, «Cronología del nacimiento de los GAL», <http://www.elmundo.es/nacional/gal/marey/crononacimiento.html> (última visita, 30 de mayo de 2013).

²⁴⁶ Cfr. *infra* capítulo V, subtítulo V.2.

funcionario policial porque se encuentra actuando en la clandestinidad de un grupo parapolicial.

Ahora bien, por ejemplo, en el caso de los denominados Grupos Antiterroristas de Liberación también participaban autoridades y funcionarios públicos que no tenían las señaladas competencias en materia de investigación y sanción²⁴⁷. Tales autoridades y funcionarios públicos no podrían ser sujetos activos del delito de tortura, aunque podrían intervenir en el hecho como autores accesorios de otro delito o partícipes del delito de tortura, lo que será analizado en el capítulo V de la presente investigación²⁴⁸.

B) Los sujetos activos en concreto

Una vez analizados los anteriores supuestos se puede sostener que son susceptibles de ser sujetos activos del delito de tortura los funcionarios públicos que ostentan competencias en lo que se refiere a las investigaciones y sanciones en los ámbitos administrativo y judicial, así como los funcionarios de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores, ya sean éstos funcionarios adscritos a la Administración, o participen en la función pública siendo empleados de empresas que han concertado con la Administración la prestación de la función pública.

En consecuencia, pueden ser autores del delito de tortura:

a) Los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado

El artículo 2 LFCS establece que las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado son los que dependen del gobierno de la Nación, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales. Por su parte, según el artículo 9 LFCS, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado dependientes de la Nación y que ejercen sus funciones en todo el territorio español están integradas por el Cuerpo Nacional de Policía y por la Guardia Civil. Dentro de las funciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado se encuentra la de investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito para ponerlos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes. Asimismo, el artículo 29 LFCS atribuye al Cuerpo Nacional de Policía y a la Guardia Civil las funciones de policía judicial, es decir, de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del

²⁴⁷ Por ejemplo, en el llamado «caso Marey», el Tribunal Supremo condenó por malversación de caudales públicos y secuestro a miembros de los Grupos Antiterroristas de Liberación que no eran policías ni ex policías. Es el caso de José Barrionuevo, ex ministro del Interior; Rafael Vera, ex secretario de Estado, y Julián Sancristóbal, ex gobernador civil de Vizcaya. Por su parte, Ricardo García Damborenea, ex secretario general del Partido Socialista Obrero Español en Vizcaya, fue condenado por secuestro (cfr. STS de 29 de julio de 1998 [ponente Joaquín Delgado García]). Por lo tanto, no solo policías o ex policías pueden ser miembros de esta clase de grupos parapoliciales que cometen delitos contra bienes personalísimos, como es el delito de tortura.

²⁴⁸ Cfr. *infra* capítulo V, subtítulo V.2., apartado B), b) 2.

delincuente, previstas en el artículo 126 CE. Las funciones de la policía judicial atribuidas a las mencionadas fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado se encuentran asimismo reguladas en el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), en el que se establece que la policía judicial tiene por objeto averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación, practicar las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial.

En lo que respecta a los cuerpos de policía dependientes de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, constituye un principio básico de actuación para estas policías autonómicas y locales la función de colaboración con la Administración de justicia y auxilio conforme lo establecido en las leyes, según señala el artículo 5.1 LFCS. Además, el artículo 29.2 LFCS estatuye que para el cumplimiento de funciones de policía judicial los funcionarios de las policías autonómicas y locales son colaboradores de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Asimismo, el artículo 38 LFCS dice que, en colaboración con las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, las policías autonómicas tienen como función participar en las funciones de policía judicial, en la forma establecida en el artículo 29.2 LFCS ya mencionado; mientras que el artículo 53 LFCS dice que los cuerpos de policía local deberán ejercer la función de instruir atestados por accidentes de circulación dentro del casco urbano y participar en las funciones de policía judicial, según lo previsto en el ya mencionado artículo 29.2 LFCS.

Por su parte, el Servicio de Vigilancia Aduanera también tiene funciones de policía judicial en el ámbito de los delitos de contrabando, blanqueo de capitales y el fraude fiscal. Este servicio debe cumplir tales tareas en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los jueces de instrucción y del ministerio fiscal²⁴⁹.

De todo lo anterior se desprende que la función de policía judicial es ejercida por todos los agentes de policía y del Servicio de Vigilancia Aduanera, cuando son requeridos para tales funciones por los jueces del orden jurisdiccional penal y el Ministerio fiscal. De tal manera que cuando las fuerzas y cuerpos de seguridad cumplen sus funciones de policía judicial, tanto en la persecución de delitos como de faltas, pueden cometer los hechos previstos en el artículo 174.1 CP.

Asimismo, resulta relevante destacar que en el caso de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, el ya antes citado artículo 5.3.b) de LFCS establece «*velarán por la vida e 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*». Asimismo, existe una normativa de rango infralegal que se encuentra directamente vinculada con el deber especial de la situación jurídica de tales funcionarios. El Código de Conducta para Funcionarios

²⁴⁹ Cfr. Acuerdo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2003 (JUR 2004\187246); Disposición adicional primera de la Ley 31/2010, de 27 de julio, sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea; Disposición adicional primera de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

Encargados de Hacer Cumplir la Ley²⁵⁰, establece en su artículo 5 que: «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, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquiera otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes».

aa) Los funcionarios de los servicios de inteligencia del Estado

Los funcionarios encargados de investigar en los servicios de inteligencia del Estado pueden ser sujetos activos del delito de tortura. En efecto, la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia establece, en los artículos 4 y 5, que dicho Centro tiene a su cargo funciones y actividades de indagación para la prevención de cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia e integridad de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de Derecho y sus instituciones. Como se puede advertir, el ámbito de actuación de los funcionarios de los servicios de inteligencia es muy amplio y sus investigaciones suelen estar inmersas en el secreto. En el desarrollo de tales actividades los funcionarios son susceptibles de cometer el delito de tortura contra ciudadanos para buscar información, extraer confesiones o castigar.

bb) Caso de los vigilantes de compañías de seguridad privada

En el caso de los vigilantes de las compañías de seguridad privada se observa que no son funcionarios públicos a los efectos penales. Podría decirse que estos vigilantes llevan a cabo una actividad de interés público, pero no pueden ser considerados funcionarios públicos porque no son electos ni nombrados por autoridad competente para desempeñar empleo público. Asimismo, tampoco hay ninguna disposición inmediata de la ley que los convierta en sujeto activo del delito de tortura, como es el caso de los empleados de empresas privadas que gestionen instituciones penitenciarias o centros de internamiento para menores. Por último, las empresas en las que se desempeñan los vigilantes jurados son privadas y se rigen según el Derecho privado²⁵¹. Por lo tanto, los empleados de las compañías que prestan seguridad privada no pueden ser *intraanei* en el delito de tortura.

Sin embargo *Rodríguez Mesa* se hace eco de la interpretación según la cual los vigilantes jurados podrían ser agentes de la autoridad, toda vez que así estaba señalado en el artículo 18 del Decreto de 18 de marzo de 1978 y que al respecto no se estableció nada en la posterior Ley de Seguridad Privada. Esta conclusión se desprende de lo dispuesto en la disposición derogatoria única de la Ley de Seguridad Privada, cuando señala que «quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la

²⁵⁰ Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

²⁵¹ El artículo 1.1 de la Ley 23/1992, de 30 de julio de 1992, de Seguridad Privada establece que «Esta Ley tiene por objeto regular la prestación por personas, físicas o jurídicas privadas...».

presente Ley»; y considerando que no se da tal oposición entre ambas leyes en este aspecto, seguiría vigente la mencionada disposición²⁵². Al respecto señala la misma autora que la jurisprudencia dispuso que, en virtud del principio de legalidad, el artículo 18 del mencionado Decreto no podía complementar el artículo 119 del anterior Código penal relativo al concepto penal de funcionario público, convertido éste último en una ley penal en blanco²⁵³.

Como ya se señaló, este problema se resuelve respondiendo a la pregunta sobre si la actividad de los vigilantes de los servicios privados de seguridad son o no funcionarios públicos a efectos penales, concluyendo que no es así. Al mismo tiempo, ya se ha indicado que para ser considerado agente de la autoridad, éste puede ser persona particular que espontáneamente o en virtud de su profesión pueda ser considerado como tal en un momento dado, pero a los efectos penales solo cuando el agente de la autoridad sea funcionario público podrá ser sujeto activo o pasivo del tipo y los vigilantes de seguridad privada no son funcionarios públicos²⁵⁴. Por último, y en virtud del abuso del cargo como elemento típico de la tortura, dentro de las competencias de los vigilantes de seguridad privada no se encuentra sancionar ni indagar, pues el artículo 11.a) de la Ley de Seguridad Privada establece que solo pueden «poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección, así como los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, no pudiendo proceder al interrogatorio de aquellos». Como mucho, la LFCS establece un deber de colaboración, en su artículo 4.2, en los siguientes términos: «Las personas y entidades que ejerzan funciones de vigilancia, seguridad o custodia referidas a personal y bienes o servicios de titularidad pública o privada tienen especial obligación de auxiliar o colaborar en todo momento con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad»; sin que tal deber les convierta ni en autoridad ni en funcionarios públicos.

b) Los fiscales

Los miembros del Ministerio Fiscal, además de tener funciones de inspección en la fase sumarial del proceso penal en virtud de lo establecido en el artículo 306 LECrim, también contribuyen a la recolección de pruebas según lo disponen los artículos 319 y 773.2 LECrim. Asimismo, el artículo 3.5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre de 1981, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y el artículo 16 LRPM establecen que corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción del procedimiento para establecer la responsabilidad penal de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho años. En este procedimiento, por lo tanto, el Ministerio Fiscal puede ordenar a la policía judicial aquellas diligencias que estime oportunas. De tal manera que, en la medida que los fiscales tienen facultades indagatorias, son posibles sujetos activos del delito de tortura.

²⁵² Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 226.

²⁵³ Cfr. STS de 25 de octubre de 1991 (ponente Enrique Bacigalupo Zapater), FJ Único.

²⁵⁴ Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 61.

Asimismo, en el procedimiento penal militar la fiscalía jurídico-militar también tiene atribuciones de practicar, u ordenar a la policía judicial que practique, las diligencias pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los intervinientes en el mismo, según lo previsto en el artículo 123 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, que regula el procedimiento militar; por lo que los fiscales de la jurisdicción militar también pueden ser autores del delito de tortura.

c) Los jueces penales

La autoridad judicial penal tiene facultades genéricas de investigación sobre los asuntos que lleguen a su conocimiento. Así, el artículo 303 LECrim establece que la formación del sumario corresponde a los jueces de instrucción y, según lo previsto en los artículos 304 y 305 de la misma Ley, es posible nombrar jueces de instrucción especiales²⁵⁵. El artículo 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, de Poder Judicial (LOPJ) dice que en materia de violencia de género el juez especializado para la instrucción es el juez de violencia sobre la mujer. Asimismo, los jueces de paz pueden intervenir en la instrucción por delegación de los juzgados de instrucción según lo establecido en el artículo 100.2 LOPJ. Por su parte, los jueces togados del procedimiento penal militar también tienen competencias para practicar todas las actuaciones y diligencias sumariales, en virtud de lo previsto en el artículo 146 y ss. de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, que regula el procedimiento militar. En el ejercicio de las competencias de instrucción, podrían los jueces de la jurisdicción penal abusar de su cargo y constituirse en sujetos activos del delito de tortura.

d) Los funcionarios y empleados de instituciones penitenciarias y de los centros de protección o corrección de menores, públicos y privados

En virtud de lo dispuesto en el artículo 174.2 CP, los funcionarios y empleados de instituciones penitenciarias y de los centros de protección o corrección de menores, públicos y privados, también pueden ser sujetos activos en relación con los internos o detenidos, ya sean preventivos o condenados.

Los funcionarios públicos encargados de retención o custodia del detenido en los centros policiales en las primeras horas y días de detención responderán por los atentados a la integridad moral que cometieren en virtud de lo previsto en el artículo 174.1 CP. Sin embargo, cuando los detenidos son procesados y trasladados a centros donde se lleva a cabo actividad penitenciaria entran en aplicación la disposición del artículo 174.2 CP. La actividad penitenciaria se caracteriza por la finalidad (retención, custodia y reinserción

²⁵⁵ En virtud del artículo 299 LECrim, el sumario consiste en «las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos». Asimismo el artículo 326 LECrim, establece que el juez instructor debe recoger y conservar los vestigios o pruebas del hecho perpetrado. No se debe olvidar que en la comprobación del cuerpo del delito, el juez de instrucción está facultado para interrogar a las personas relacionadas con el hecho, según el artículo 337 LECrim.

social) y por el lugar (centros penitenciarios)²⁵⁶. Quienes desempeñan una labor profesional de retención, custodia y reinserción social son los sujetos activos del delito de tortura, sin que tenga relevancia el estatus laboral del agente, es decir, pueden ser sujetos activos los funcionarios de carrera, personal laboral, contratados, interinos o en prácticas²⁵⁷.

En lo que respecta al lugar de detención, se deben considerar como instituciones penitenciarias las unidades extrapenitenciarias, públicas o privadas, a las que el Centro Directivo puede destinar los penados clasificados en tercer grado que necesiten un tratamiento específico para deshabituación de drogodependencias y otras adicciones, según lo establece el artículo 182 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que aprueba el Reglamento Penitenciario de desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Aun cuando no tienen por finalidad la retención y custodia que es propia de la actividad penitenciaria, estas unidades extrapenitenciarias son ejecutoras de sanciones penales y cumplen la función resocializadora de las instituciones penitenciarias. De esta manera, estos centros para la deshabituación de las drogodependencias, público y privados, están abarcados dentro del ámbito de aplicación del artículo 174.2 CP²⁵⁸.

Por otra parte, *Muñoz Sánchez* sostiene que dentro de los funcionarios de instituciones penitenciarias se encuentran quienes cumplen sus funciones en centros de internamiento de extranjeros pendientes de su expulsión²⁵⁹. Sin embargo, aun cuando se considere que la medida de expulsión de extranjeros es una sanción, no constituye una pena de las que se ejecutan en las instituciones penitenciarias. En este sentido, los centros de internamiento de extranjeros pendientes de su expulsión no son instituciones penitenciarias ni centros de protección o corrección de menores. Estimar lo contrario significaría un exceso en lo que se refiere al sentido literal posible de la norma. En todo caso, como se verá más adelante en el subapartado g), los funcionarios adscritos a los mencionados centros de internamiento pueden ser sujetos activos en la medida que son funcionarios públicos que tienen competencias en materia de investigación y sanción en el ámbito administrativo, es decir, son sujetos activos en virtud del artículo 174.1 CP y no del artículo 174.2 CP.

Por último, se recuerda en este subapartado que también serían sujetos activos del delito de tortura quienes trabajen en las instituciones penitenciarias y los centros específicos para menores infractores cuando las Administraciones deleguen tal actividad en personas jurídicas de Derecho privado. Ya se mencionó en el subapartado b) que los empleados serían considerados desde el punto de vista del Derecho penal funcionarios públicos porque gozan del título de participación constituido por disposición inmediata de la ley. En efecto, el artículo 174.2 CP convierte a los empleados de empresas privadas encargadas de los centros de reclusión en posibles sujetos activos del delito de tortura.

²⁵⁶ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 263.

²⁵⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 263-264.

²⁵⁸ En contra Rodríguez Mesa, que sostiene que las unidades extrapenitenciarias no son instituciones penitenciarias (cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 263).

²⁵⁹ Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 65.

e) Los médicos forenses

Los médicos forenses adscritos servicio de la Administración de justicia y adscritos orgánicamente al Ministerio de Justicia e Interior o a las Comunidades Autónomas, y funcionalmente subordinados a las órdenes de jueces, magistrados y fiscales, realizan investigaciones en el campo de la patología forense y llevan a cabo las prácticas tanatológicas que les sean requeridas por los juzgados, tribunales y fiscalías en el marco de procesos judiciales. Asimismo, entre otras funciones, están facultados para emitir informes y dictámenes médico-legales que les sean solicitados por los mismos órganos de la administración de justicia ya citados, y, en general, realizan funciones de colaboración e investigación propias de su función con el Ministerio de Justicia o con las Comunidades Autónomas²⁶⁰.

Tales competencias en materia de investigación judicial convierten a los médicos forenses en posibles sujetos activos del delito de tortura²⁶¹. Los médicos que trabajan en o para los cuerpos y fuerzas de seguridad pueden intervenir en la conducta típica de la tortura de diversas maneras: administrando a las víctimas drogas y practicando en ellas hipnosis; controlando las funciones vitales de la víctima para precisar los límites dentro de los cuales ésta puede resistir los tormentos aplicados a ella o para asistir a la víctima una vez que sufre los trastornos como consecuencia de las torturas; o encubriendo la tortura mediante la emisión de certificados médicos que den cuenta del buen estado de salud de la víctima cuando la víctima abandona el centro de detención, o mediante la emisión de autopsias que oculten u omitan las torturas.

Por ejemplo, una víctima de la tortura durante la dictadura de Augusto Pinochet en Chile indicó que: «...los días 14 y 15 de marzo (de 1981), los funcionarios de la CNI me sometieron a un tratamiento que era dirigido por una persona que estimo era médico (...) Como consecuencia del tratamiento que he señalado, sentía una pérdida de control sobre mi persona, una sensación de relajamiento y de intenso agotamiento. Después de sentir gran laxitud y un peso en las piernas y en los brazos, perdí la conciencia, sometiénzome, en ese momento, a una sesión de hipnosis. Tengo algunas nociones de que fui sometido a un interrogatorio encontrándome en estado de inconsciencia»²⁶².

²⁶⁰ Real Decreto 296/1996, de 23 de febrero, que aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses. Ver artículos 1 y 3.

²⁶¹ En contra, REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 289.

²⁶² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, «Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile», <http://www.cidh.org/countryrep/Chile85sp/Indice.htm> (última visita 28 de enero de 2012). Los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 37/194, de 18 de diciembre de 1982, declaran en su principio n.º 2 que «Constituye una violación patente de la ética médica, así como un delito con arreglo a los instrumentos internacionales aplicables, la participación activa o pasiva del personal de salud, en particular de los médicos, en actos que constituyen participación o complicidad en torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, incitación a ello o intento de cometerlos», mientras que el principio n.º 4 establece que «Es contrario a la ética médica el hecho de que el personal de salud, en particular los médicos: a) Contribuyan con sus conocimientos y pericia a interrogatorios de personas presas y

Otro ejemplo: en el Reino Unido el órgano disciplinario de control de la agrupación profesional de médicos le quitó la licencia para practicar la medicina a un médico que trabajó en la armada en 2003, porque, luego de examinar el cuerpo de un detenido que había fallecido repentinamente en los interrogatorios, declaró que no había visto ninguna lesión en éste salvo la presencia de sangre seca alrededor de su nariz. Con esta declaración, el médico envió de vuelta a otros dos detenidos a la sala donde habían sido repetidamente agredidos y donde continuaron los maltratos durante la siguiente noche. La autopsia reveló que el detenido, que falleció, había sufrido 93 lesiones, incluidas las costillas rotas y la nariz fracturada. El órgano disciplinario señaló que el médico debió haber visto las lesiones en el detenido y, como médico, tenía el deber de actuar en defensa de los detenidos. Es decir, la comisión alegó que el médico no hizo lo suficiente para proteger a sus pacientes, los otros detenidos, de posteriores maltratos, rompiendo así los principios fundamentales de la profesión médica²⁶³.

No obstante lo anteriormente señalado, el resto de los médicos que prestan sus servicios como funcionarios públicos no deben considerarse como autores del delito bajo estudio. *De La Cuesta Arzamendi* considera como autor de tortura al médico funcionario público que somete a un paciente para conocer si tiene o no una peligrosa enfermedad²⁶⁴. En efecto, en este caso podría decirse que el funcionario público está procurando coactivamente información de una persona, pero la información que se requiere en el delito de tortura no es cualquiera, sino que es aquella que es necesaria para imponer una sanción penal o administrativa, si se toma en cuenta en la interpretación del tipo a los bienes jurídicos protegidos. El médico funcionario público que no es médico forense, si bien somete a la víctima a una situación de sujeción personal de hecho, carece de competencia en materia de persecución de delitos, faltas o infracciones administrativas; es decir, sería un caso de incompetencia plena.

f) Docentes y personal administrativo de los centros de enseñanza pública

En lo que se refiere a los funcionarios públicos adscritos a centros de enseñanza, se requiere de una explicación previa. El Derecho disciplinario es aplicable tanto en el ámbito público como en el ámbito privado. En el ámbito público se ejerce la potestad sancionadora de la Administración sobre sectores en los que predomina un componente de especial sujeción entre los afectados y la Administración pública correspondiente, mientras

detenidas, en una forma que pueda afectar la condición o salud física o mental de dichos presos o detenidos y que no se conforme a los instrumentos internacionales pertinentes. b) Certifiquen o participen en la certificación de que la persona presa o detenida se encuentra en condiciones de recibir cualquier forma de tratamiento o castigo que pueda influir desfavorablemente en su salud física y mental y que no concuerde con los instrumentos internacionales pertinentes, o participen de cualquier manera en la administración de todo tratamiento o castigo que no se ajuste a lo dispuesto en los instrumentos internacionales pertinentes».

²⁶³ Cfr. Diario The Guardian, «Baha Mousa doctor Derek Keilloh struck off after ‘repeated dishonesty’», <http://www.guardian.co.uk/world/2012/dec/21/baha-mousa-doctor-struck-off> (última visita, 30 de mayo de 2013).

²⁶⁴ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», p. 92.

que en el ámbito privado la potestad sancionadora surge en el desarrollo de relaciones jurídicas nacidas de la autonomía de la voluntad de las personas respecto de derechos e intereses jurídicos a su libre disposición que, con carácter general, no trascienden la esfera de la relevancia pública y en los que difícilmente se justifica reclamar la observancia de las garantías constitucionales²⁶⁵.

Así, *Garberí Llobregat* coloca en el ámbito público del ejercicio de la potestad punitiva del Estado el régimen disciplinario en los centros públicos de enseñanza, es decir, los estudiantes de estos centros estarían en una especial sujeción frente a la Administración que justificaría reclamar la observancia de las garantías constitucionales; mientras que pone como ejemplo de sectores en los que los principios de autonomía de la voluntad y libre disponibilidad de los intervinientes generan relaciones jurídicas que no trascienden la esfera de la relevancia pública, a la disciplina estudiantil en centros privados de enseñanza²⁶⁶.

Si bien el personal que trabaja en los centros públicos de enseñanza es funcionariado públicos a efectos penales (participa de la función pública mediante nombramiento de la autoridad competente), no se puede decir lo mismo del personal docente que presta su servicio en los centros privados de enseñanza. En efecto, aun cuando la función pública puede desempeñarse mediante entidades privadas, reguladas por Derecho privado y que la enseñanza es una actividad de evidente interés general con proyección hacia el bien común, no puede obviarse que a los efectos penales se requiere que el personal participe de la función pública por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente. El personal docente de los centros privados de enseñanza no participa de la función pública porque no ejerce sus funciones en virtud de ninguno de los mencionados títulos. Ello trae como consecuencia que el personal de los centros privados de enseñanzas no pueda ser sujeto activo del delito de tortura. Si el legislador hubiera previsto los centros de enseñanza en el artículo 174.2 CP se pudiera admitir que el personal docente de los centros privados de enseñanza fuera sujeto activo del delito de tortura, pero no fue previsto este caso en la redacción del Código penal.

La consecuencia más llamativa es que no habría problemas para admitir dentro del ámbito de los sujetos activos al maestro que le ocasiona al alumno sufrimientos físicos y mentales para que confiese o aporte información sobre quién ha cometido actos vandálicos dentro de las instalaciones del instituto si se trata de un centro de enseñanza público. En definitiva en estos ámbitos también se tipifican infracciones y se imponen sanciones luego de un procedimiento en el marco del ejercicio de la función pública. Pero si el maestro que

²⁶⁵ Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, «Principios de derecho procesal », pp. 155-156.

²⁶⁶ Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, «Principios de derecho procesal », p. 156. Vale la pena recordar que para la prestación del servicio de enseñanza, el Estado puede recurrir al sector privado para ampliar la cobertura de la educación y así satisfacer la exigencia constitucional de garantizar el derecho (artículo 27 CE) mediante la cogestión. Asimismo, la Constitución reconoce al sector privado la libertad de creación de centros docentes (artículo 27.6 CE), que deben ser regulados para que tales centros se desenvuelvan dentro de los principios constitucionales y que se aplique una programación general de la enseñanza (artículo 27.5 CE). Así, la libertad de enseñanza, incluso en los centros de naturaleza privada, debe ser sometida a inspecciones y homologaciones para el cumplimiento de las leyes (artículo 27.8 CE).

atenta contra la integridad moral del alumno en un centro privado de enseñanza, no sería sujeto activo del delito de tortura sino que debería responder por el delito previsto en el artículo 173 CP cuya pena es menor, ya que, como se dijo, el maestro del centro de enseñanza privado no es funcionario público a los efectos penales.

En la ciudad autónoma de Melilla, un profesor de una escuela subvencionada íntegramente por el gobierno de Marruecos fue grabado mientras golpeaba los dedos de un alumno con una vara²⁶⁷. (Lo relacionado con el régimen jurídico del centro educativo es excepcional, porque, a la fecha de elaboración de esta investigación, esa escuela es el único centro extranjero en España que ha rehusado cumplir con el Real Decreto de 1993 que regula el régimen jurídico de estas instituciones; además, es el único centro educativo en el que los inspectores del Ministerio de Educación de España —esa competencia no está transferida en Melilla— no pueden entrar y del que se ignora cuántos alumnos acoge). Se trae a colación este caso para poner de manifiesto que en los centros educativos sí pueden llevarse a cabo castigos que eventualmente pueden ser humillantes o vejatorios para quien los sufre, por lo que el docente puede ser sujeto activo del delito bajo estudio.

Dentro de los centros privados de enseñanza se encuentran los llamados centros concertados de enseñanza, que son de titularidad privada aunque financiados con dinero público por parte del Estado. El personal docente de este tipo de centros de enseñanza tampoco participa de la función pública en virtud de alguno de los títulos previstos en el artículo 24 CP, por lo que ese personal no puede ser considerado funcionario público a los efectos penales.

El TEDH ha tenido ocasión de ventilar casos en los que se ha denunciado la práctica de torturas en centros de enseñanza. En el caso *Campbell y Cosans v. Reino Unido* se denunció que en determinados centros públicos de enseñanza se practicaban castigos corporales humillantes a los estudiantes como medidas disciplinarias²⁶⁸. En el caso en concreto no se estimó que se violara el artículo 3 CEDH, pero nunca se puso en duda que en los centros públicos de enseñanza pudieran realizarse conductas constitutivas de torturas y, en tal virtud, ser conocida la denuncia ante el TEDH. Ahora bien, en el caso *Costello-Roberts v. Reino Unido*, el TEDH conoció de un caso en el que la medida disciplinaria denunciada como violatoria del artículo 3 CEDH fue practicada en un centro privado de enseñanza, específicamente en un internado que no recibía fondos públicos ni las matrículas de los niños eran pagadas con fondos públicos. La representación del Reino Unido adujo que el Estado ejerce un limitado grado de control y supervisión en los centros privados de enseñanza, por lo que negó ser directamente responsable por cada uno de los asuntos que se lleven a cabo dentro de tales centros, en particular lo relativo a la disciplina interna, sobre la cual el Estado no tiene ninguna competencia. El TEDH respondió que el derecho a la educación es igual para todos los niños, ya sea que acudan a centros públicos o privados de enseñanza, y que dentro del ámbito del tal derecho se encuentra el sistema disciplinario escolar. Así, aunque el Estado haya delegado sus obligaciones en organismos

²⁶⁷ Cfr. Diario El País, «Paliza a un alumno en un centro de enseñanza marroquí en Melilla», <http://blogs.elpais.com/orilla-sur/2013/03/paliza-a-un-alumno-en-un-centro-de-ensenanza-marroqui-de-melilla.html> (última visita, 30 de mayo de 2013).

²⁶⁸ Cfr. *Campbell y Cosans v. Reino Unido*, 25 de febrero de 1982, §§ 24-31.

privados o en individuos, el TEDH estimó que éste no puede exonerarse de responsabilidad. Por lo tanto, el tribunal resolvió que en lo que concierne al ámbito de la disciplina escolar, y aunque la conducta fuera llevada a cabo por el Director de una escuela privada, el Estado puede ser declarado responsable si el hecho se subsume dentro de lo previsto en el artículo 3 CEDH²⁶⁹. Con este pronunciamiento, el TEDH deja abierta la posibilidad de que castigos humillantes en los centros privados de enseñanza puedan ser catalogados como torturas o como tratos o penas inhumanas o degradantes. En el voto parcialmente disidente de la comentada decisión, algunos miembros del TEDH sostienen que, en principio, se da por sentado que el CEDH no es aplicable a la esfera de las relaciones particulares entre las personas, por lo que en ámbitos como la enseñanza en centros privados se debe efectuar un balance sobre si (y en qué medida) en tales centros deben respetarse las garantías del CEDH²⁷⁰. Resulta llamativo que el análisis del TEDH para considerar como tortura los castigos disciplinarios en centros privados de enseñanza no tenga su origen en la directa aplicación de la prohibición de la tortura prevista en el CEDH, como sería el caso de los centros públicos de enseñanza, sino que el argumento se inicia en el derecho a la educación y en que parte integrante de tal derecho es el sistema disciplinario escolar. Ello evidencia, desde la perspectiva de este trabajo, que la tortura tiene una impronta pública en su esencia que no puede soslayarse. De ahí que el legislador penal haya decidido que solo autoridades y funcionarios públicos sean sujetos activos.

g) Cualquier funcionario público que tenga competencia para instruir o decidir los procedimientos disciplinarios y administrativo-sancionadores

Con anterioridad se indicó que las autoridades que ejercen jurisdicción propia también tienen a su cargo el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración pública, toda vez que en los procedimientos administrativo-sancionadores se conoce de un asunto y se resuelve en virtud del Derecho positivo. En efecto, en los mencionados procedimientos se llevan a cabo actividades indagatorias y pueden resolverse mediante la imposición de una sanción, por lo que los funcionarios instructores y decisores podrían ser sujetos activos del delito de tortura en caso de abuso en sus cargos. Asimismo, cabe destacar que no es necesario que el procedimiento se haya iniciado formalmente, sino que basta que el acto sea llevado a cabo por el funcionario competente para actuar en un procedimiento público administrativo²⁷¹.

La condición de sujetos activos del delito de tortura de los funcionarios públicos instructores y decisores de procedimientos regulados por el Derecho sancionador administrativo abarca tanto los que actúan en los expedientes administrativos de índole disciplinaria, en los que el sujeto investigado es un funcionario público, como los demás procedimientos administrativo-sancionadores en los que el sujeto investigado es un particular.

²⁶⁹ Cfr. Costello-Roberts v. Reino Unido, 25 de marzo de 1993, §§ 25-28.

²⁷⁰ Cfr. Costello-Roberts v. Reino Unido, 25 de marzo de 1993, voto parcialmente disidente de los jueces R. Ryssdal, Thór Vilhjálmsson, F. Matscher y L. Wildhaber.

²⁷¹ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 227.

Los procedimientos administrativos en los que el sujeto investigado es un funcionario público son regulados por el Derecho disciplinario. Esta clase de procedimientos tiene el objetivo de mantener la disciplina interna de la Administración y asegurar que los agentes de ésta cumplan las obligaciones de su cargo.

Por ejemplo, el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (regulado por Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre), de la Guardia Civil (regulado por Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre), del Cuerpo de Policía Nacional (regulado por Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo), de los jueces y magistrados (regulado en los artículos 414 a 427 LOPJ) y de los funcionarios de la Administración del Estado (regulado por Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero] y por Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y por el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero).

En cuanto a los procedimientos administrativo-sancionadores en los que el sujeto investigado es un particular, pueden ser sujetos activos los funcionarios públicos que cumplen sus funciones en centros de internamiento de extranjeros pendientes de su expulsión, ya que se trata de recintos en los que se ejecuta una sanción administrativa producto de un procedimiento sancionador en el que el sujeto pasivo puede ser sometido a interrogatorios, castigos y discriminaciones. Así, los hechos que se cometan en centros de internamiento de extranjeros pueden ajustarse a las exigencias típicas del artículo 174 CP²⁷². Otros ejemplos de procedimientos administrativo-sancionadores son el procedimiento tributario²⁷³ y el procedimiento sancionador en materia de defensa del consumidor²⁷⁴, etc. Salvo el procedimiento de expulsión de extranjeros, estos procedimientos administrativos no conducen a la privación de libertad de los ciudadanos, por lo que parece poco probable que exista ocasión de perpetrar el delito de tortura.

²⁷² Por su parte, *De la Cuesta Arzamendi* considera que los hechos que ocurran en los centros para extranjeros pendientes de expulsión quedan fuera de la protección penal prevista en el artículo 174.1.2 CP, pues dice que las personas allí privadas de libertad no se encuentran a disposición judicial (cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», p. 102). *Muñoz Sánchez* le contesta que transcurridas las primeras 72 horas la persona detenida se encuentra a disposición judicial (cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 65). En el presente trabajo, no se considera motivo suficiente que la persona detenida se encuentre a disposición judicial para que sea víctima del delito de tortura, pues el ámbito de protección del delito de tortura previsto en el artículo 174 CP, abarca también los procedimientos administrativos. Así, no es necesario intentar explicar que un centro de reclusión administrativo, que no es penitenciario pues allí no se ejecutan penas judiciales, debería ser considerado materialmente como tal forzando el sentido de las palabras.

²⁷³ Previsto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

²⁷⁴ Previsto en el artículo 17 del Real decreto 1945/1983, de 22 de junio de 1983, que regula las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria.

II.3. Conclusiones

El círculo de autores del delito de tortura se circunscribe a los funcionarios públicos con competencias en materia de investigación y sanción en los ámbitos administrativo y judicial, que son los siguientes:

- a) Los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y de los servicios de inteligencia del Estado, con exclusión de los vigilantes de compañías de seguridad privada, que no son funcionarios públicos.
- b) Los fiscales, civiles y militares.
- c) Los jueces penales, civiles y militares.
- d) Los funcionarios y empleados de instituciones penitenciarias y de los centros de protección o corrección de menores, públicos y privados por delegación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 174.2 CP.
- e) Los médicos forenses.
- f) Los docentes y personal administrativo de los centros de enseñanza pública.
- g) Cualquier funcionario público que tenga competencia para instruir o decidir los procedimientos disciplinarios o administrativo-sancionadores.

Como se puede advertir, excepcionalmente los particulares también pueden ser sujetos activos del delito de tortura: se trata del caso de los empleados encargados de la vigilancia y custodia de personas privadas de libertad que están vinculados laboralmente a empresas privadas que, a su vez, han recibido en concesión por parte de la Administración la prestación del servicio penitenciario, tanto para mayores como para menores de edad.

CAPÍTULO III. EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE TORTURA

Al igual que el resto de los tipos penales, el tipo de tortura contiene los elementos estructurales generales que corresponden a todos los delitos, que son los siguientes: la conducta típica, los sujetos de la conducta típica y los objetos de la conducta típica. En el capítulo II se analizó quiénes son los sujetos activos de la conducta típica. En lo que se refiere a los objetos del delito de tortura resulta necesario indicar que el objeto material se confunde con el sujeto pasivo en el delito bajo estudio, y el objeto jurídico, es decir, el bien jurídico protegido, fue estudiado en el capítulo I.

A lo largo del presente capítulo se analizará lo correspondiente al tipo objetivo del delito de tortura. Sin embargo, antes de proceder a este análisis, resulta necesario detenerse en el estudio de la clase de delito que constituye el delito de tortura, ya que a los efectos expositivos resulta conveniente dilucidar de antemano las modalidades de la conducta que se encuentran incorporados al tipo de dicha infracción.

III.1. Clasificación del tipo de tortura

A) El delito de tortura es un delito de mera actividad

La mayoría de la doctrina ha sostenido que el delito de tortura es un delito de resultado²⁷⁵. Con ello se señala que el tipo penal bajo estudio comprende tres grupos de resultados típicos separables en el tiempo y en el espacio de la conducta, a saber, los sufrimientos físicos o mentales; la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión del sujeto pasivo, y los atentados a la integridad moral de cualquier otro modo. Por otra parte, otro sector de la doctrina señala que el delito de tortura presenta dos modalidades de resultado, que son los sufrimientos físicos o mentales y la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión del sujeto pasivo; mientras que los supuestos de condiciones o procedimientos que atenten contra la integridad moral del sujeto pasivo serían una modalidad de mera actividad²⁷⁶. Cabe resaltar que un sector minoritario de la doctrina apoya la tesis según la

²⁷⁵ Cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 130-141; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», p. 92; SÁNCHEZ MELGAR, «De las torturas y otros delitos», p. 979; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «De las torturas y otros delitos», p. 543. Por su parte, *González Cussac* ha dicho que el único resultado típico del delito de tortura consiste en los sufrimientos físicos o morales (cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos de tortura y otros tratos degradantes», p. 82), mientras que *Muñoz Sánchez* dice que el resultado es solamente el atentado a la integridad moral porque las otras dos modalidades del tipo constituyen ejemplos de agresiones a la integridad moral. Este autor no dice expresamente que el delito de tortura sea de resultado, pero se puede concluir que es así porque estima que asimismo debe concurrir la relación de causalidad y la imputación objetiva (cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, pp. 73 y 79).

²⁷⁶ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 231-235.

cual la tortura es un delito de resultado, pero quisiera que fuera de mera actividad, lo cual evitaría problemas como determinar la clase de resultados que han de tipificarse como tales y su entidad²⁷⁷.

Los delitos de resultado son aquellos en los que el tipo exige que un determinado objeto material se vea permanentemente alterado a consecuencia de la conducta y el riesgo que se crea con dicha conducta²⁷⁸. Así, esta clase de delitos presupone una acción diferenciable en el espacio y en el tiempo del objeto material²⁷⁹, que queda alterado en sus características. Si el delito de tortura se entendiera como un delito de resultado, los objetos materiales modificados serían los sufrimientos físicos o mentales; la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión del sujeto pasivo, y los atentados a la integridad moral de cualquier otro modo. Por lo tanto, la conducta típica sería el sometimiento a condiciones o procedimientos sin más, es decir, sin ninguna característica adicional que la defina apropiadamente. El sometimiento a condiciones o procedimientos no dice nada si se le sustraen los antes mencionados elementos, que estos sectores de la doctrina señala como resultados de la conducta típica. En otras palabras, las condiciones o procedimientos por sí solos no constituyen desvalor alguno, ni siquiera de conducta, si se desvinculan de los sufrimientos físicos o mentales, de los menoscabos de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, y de los atentados a la integridad moral.

Asimismo, si el delito de tortura fuera un delito de resultado la conducta consistiría en causar algo: sufrimiento físico o mental; supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o un atentado a la integridad moral. Estos resultados hipotéticos vendrían a especificar la conducta que los producen. Si así fuera, la redacción del tipo debería ser distinta, en el sentido de que debería tener como eje el resultado. Así, diría «el que abusando de (...) y mediante (...) causare sufrimiento físico o mental; supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o atentado a la integridad moral». Sin embargo la redacción del tipo aparece orientada a la caracterización de condiciones o procedimientos, por lo que el delito de tortura consiste en someter (utilizar) procedimientos, no en causar resultados.

El artículo 174 CP señala que se castigan las condiciones o procedimientos que *supongan* sufrimientos físicos o mentales; la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión de la víctima, o un atentado contra su integridad moral de cualquier otro modo. El verbo *suponer* indica que los sufrimientos físicos o mentales; la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión de la víctima, y los atentados a la integridad moral no son consecuencias de someter a la víctima a determinadas condiciones o procedimientos previstas en el tipo, sino que son las propias condiciones o procedimientos los que, por su naturaleza, duración y

²⁷⁷ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», p. 92; PORTILLA CONTRERAS/POMARES CINTAS, «Torturas y otros delitos», p. 235.

²⁷⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, p. 225.

²⁷⁹ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, p. 278; MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 231; ROXIN, *Derecho penal*, p. 328; POLAINO NAVARRETE, *El injusto de la tentativa*, p. 16.

circunstancias, constituyen sufrimientos físicos o mentales; suprimen o disminuyen las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o atentan de cualquier otro modo contra la integridad moral. Por lo tanto, estas tres modalidades que la doctrina mayoritaria suele señalar como resultados típicos no son sino modalidades de la acción, es decir, son características de la idoneidad de las condiciones o procedimientos. Las condiciones o procedimientos que suponen sufrimientos físicos o mentales; que suponen la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que suponen un atentado contra la integridad moral de cualquier otro modo, llevan en sí mismo su desvalor y no es necesario ningún resultado posterior para su punibilidad.

El delito de tortura es así un delito de aptitud, que consiste en dispensar a alguien un determinado trato, en ciertas condiciones y con una determinada finalidad, y el delito se consuma independientemente de que la víctima sufra física o mentalmente o se le disminuyan sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión. Solo se requiere para la consumación el empleo de condiciones o procedimientos que sean aptos para producir tales sufrimientos o disminuciones de facultades cognitivas y volitivas. No es relevante que se produzca un resultado, en tanto una modificación naturalística del objeto material, sino que basta con que se utilice un medio idóneo para producirlo, es decir, lo relevante es que modalidad de conducta se realiza. A esto se refiere el legislador cuando emplea el verbo *suponer*, al establecer que las condiciones o procedimientos determinados son las que suponen, a la vista de un tercero que observe la conducta, un sufrimiento físico o mental o un menoscabo de las facultades de conocimiento, etc., aunque en concreto no lleguen a causarlo.

Otro argumento que opera a favor de analizar el presente delito como de mera actividad es la regla concursal prevista en el artículo 177 CP, toda vez que si se verifica un resultado externo como consecuencia de la conducta típica de tortura, esta consecuencia jurídica podrá ser punible por separado en concurso real con el delito de tortura. El análisis de los concursos en el delito de tortura corresponde al capítulo VI, subtítulo VI.2. de la presente investigación.

Así, la conducta típica del delito bajo estudio es someter a condiciones o procedimientos, como dice la doctrina mayoritaria, pero son aquellos sometimientos que tienen unas determinadas características, como son el tener circunstancias, naturaleza y duración que *supongan* sufrimientos físicos o mentales; supresiones o disminuciones en las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o sean atentatorios a la integridad moral. De tal manera que no puede haber una separación entre la conducta y el resultado, pues el tipo de injusto se agota en la actuación del autor, tal como ocurre en los delitos contra la libertad sexual.

B) El delito de tortura es un delito de lesión

Según la relación del tipo con el bien jurídico protegido, los delitos pueden ser de lesión o de peligro. Los delitos de lesión son aquellos en los que el tipo requiere el menoscabo del bien jurídico, mientras que los tipos que se conforman con la puesta en peligro del bien

jurídico dan lugar a los delitos de peligro²⁸⁰. Según se desprende de la redacción del tipo penal bajo estudio, se observa que aun cuando el tipo no exige un resultado en el sentido de una modificación naturalística en el objeto material, sí requiere que se lesione el bien jurídico integridad moral y el correcto ejercicio de la función pública en sus vertientes investigadora y sancionadora.

En efecto, como consecuencia de la concepción del delito de tortura como un delito de mera actividad defendida en la presente investigación, se entiende que su consumación no requiere que el objeto de la acción resulte materialmente dañado, sino que es suficiente con que las condiciones o procedimientos aparezcan como conductas del autor que *supongan* una amenaza intensa para la producción del daño a la víctima, lo cual ya es suficiente para el quebrantamiento de las expectativas normativas que menoscaba tanto el bien jurídico individual como el colectivo protegidos por el delito de tortura. Este *supuesto* es evaluado por un tercer observador desde diferentes perspectivas, según se expondrá más adelante²⁸¹, pero, ya sea que se tome en cuenta la perspectiva personal del sujeto pasivo o ya sea que se tome en cuenta una perspectiva general, siempre será necesaria la lesión al bien jurídico protegido por el delito bajo estudio.

Por ejemplo, el supuesto del funcionario policial que ordena a un detenido, que posee fuertes convicciones políticas y morales disidentes a las del poder establecido, que limpie con sus manos las heces fecales dispuestas en el suelo. En este caso cualquier observador imparcial llegaría a la conclusión de que el detenido está siendo humillado, porque tal imposición no se corresponde con el trato mínimo intersubjetivo y que, por tanto, es lesiva para la integridad moral de la víctima. Tal juicio es independiente de si efectivamente la integridad moral, desde la perspectiva de objeto material, se ve alterada. En efecto, en el caso planteado bien podría la víctima no solamente mantener incólume su integridad moral, sino que incluso podría sentirse fortalecida en su integridad, en el sentido de que tales tratos podrían reforzar sus convicciones políticas y morales.

C) El delito de tortura es un delito permanente

Aunque el delito de tortura es de mera actividad puede consumarse y terminarse en momentos distintos, es decir, puede ser que el delito bajo estudio no esté concluido con la realización del tipo, sino que se mantenga por la voluntad delictiva del autor²⁸².

Efectivamente, el delito de tortura se consuma con la realización de la conducta típica. Lo que ocurre es que la realización de la conducta típica puede implicar en una gran cantidad de casos situaciones antijurídicas de cierta duración, pues el sometimiento a las condiciones o procedimientos típicos implica la constitución de una situación antijurídica que excede la inmediatez y que pocas veces se satisfacen con un acto aislado. La lesión del bien jurídico protegido requiere la mayoría de las veces reiteraciones que suelen ser

²⁸⁰ Para revisar los conceptos de delitos de lesión y de peligro, cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 239.

²⁸¹ Cfr. *infra* subtítulo III.2., apartado A), b).

²⁸² Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, p. 329.

prolongadas temporalmente, y, además, una de las características de las condiciones o procedimientos típicos en el delito bajo estudio es la duración de los mismos. Así, el delito de tortura es un delito que requiere de varios actos que pueden tener cierta duración, pero, una vez realizados, el delito se consuma aunque su estado antijurídico puede ser que perdure y tenga una terminación independiente.

En este sentido puede imaginarse un caso en el que el autor somete a la víctima a condiciones vejatorias, como es privarle de comida y agua, y que tal situación antijurídica se mantiene durante tres días ya sea por la voluntad del autor, o porque la víctima entrega la información solicitada, o porque ésta se evade de la detención. Así, perfectamente puede haber una separación temporal más o menos prolongada entre la consumación del delito y la terminación del estado antijurídico creado por éste, lo que daría lugar a un delito permanente. Esto tiene consecuencias en la prescripción, ya que en el delito permanente el plazo para la prescripción de la acción empieza a correr al cesar el mantenimiento del estado antijurídico, según lo previsto en el artículo 132.1 CP²⁸³.

Así, en caso de que una persona sea detenida ilegalmente por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y sea sometida a sesiones de una hora de golpes durante seis ocasiones dentro de un período de tres días de detención, los intervinientes habrán cometido un solo delito de tortura, en caso que el plan previsto por el autor para quebrar la voluntad del torturado implique sesiones de golpes y sesiones de descanso de los mismos, y aparte deberán ser castigados por los delitos que lesionen a la integridad física, salud, libertad sexual o libertad ambulatoria.

D) El delito de tortura es un delito de medios resultativos

En relación con la consideración acerca de si el delito de tortura es un delito de medios determinados o resultativos, un sector de la doctrina aduce que se trata de un delito de medios tasados al hacer referencia a «condiciones o procedimientos»²⁸⁴, mientras que otro sector se inclina por considerar que se trata de un delito resultativo, es decir, basta cualquier

²⁸³ En el artículo 132.1 CP también se dice en relación con algunos delitos, dentro de los cuales se encuentra el delito de tortura, que si la víctima es menor de edad para el momento de los hechos, el término de prescripción se computará desde el día en que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciera antes de alcanzarla, el término se debe computar desde el fallecimiento. Cabe destacar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 131 CP, el plazo de prescripción del delito de tortura en su modalidad grave es de 10 años, porque la pena máxima señalada en el artículo 174 es de 6 años de prisión. El plazo de prescripción de la tortura no grave sería de 5 años porque la pena máxima sería de 3 años. Esto plantea un problema práctico: ¿cuándo se determina que un hecho constitutivo del delito de tortura es grave o no grave a los efectos de determinar el plazo de prescripción aplicable? En el apartado B) del presente capítulo se estudiará lo relativo a la gravedad en el delito bajo estudio.

²⁸⁴ Cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 115; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 242, nota al pie n.º 187. Esta autora sostiene que no es suficiente alcanzar alguno de los resultados previstos por el tipo, sino que es preciso que la consecución de los mismos se lleve a cabo mediante algunas de las conductas especificadas por el tipo.

conducta que lesione el bien jurídico protegido, al tomar en consideración la cláusula que establece «o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral»²⁸⁵.

Al respecto, desde la perspectiva de esta investigación el tenor literal del artículo 174 CP claramente deja abierta cualquier posibilidad de actuación o de omisión por parte del sujeto activo para que sea estimado el delito de tortura, por lo que se considera que se trata de un delito de medios resultativos o indeterminados. Por un lado las expresiones «condiciones o procedimientos» de por sí son amplias y están referidas a las estimaciones que se han de evaluar en cada caso concreto, es decir, dichas condiciones o procedimientos han de revertir cierta naturaleza, duración u otras circunstancias que supongan un riesgo jurídicamente desaprobado que lesione el bien jurídico-penal protegido —lo cual debe ser evaluado casuísticamente—. Por otro lado, una de las modalidades de condiciones o procedimientos típicos es que de cualquier modo el sujeto activo atente contra la integridad moral, la cual es suficientemente abierta en el sentido de que no establece ninguna limitación en la modalidad de acción. En lo que se refiere a los sufrimientos físicos o mentales y a la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, constituirían características de las condiciones o procedimientos que se encuentran expresados como ejemplos especialmente evidentes de atentados a la integridad moral, pero no los únicos casos que podrían dar lugar a la consumación del tipo.

Por lo tanto, el tipo no presenta ninguna limitación para acoger cualquier modalidad comisiva, incluyendo la comisión por omisión. En todo caso, el único referente delimitador del comportamiento típico penalmente relevante sería, como en todo delito, la creación del riesgo desaprobado mediante un comportamiento peligroso *ex ante*, lo que en el delito de tortura se alcanza mediante cualquier condición o procedimiento que en virtud de sus características (que supongan sufrimientos físicos o mentales; que supongan la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión de la víctima, o que supongan un atentado de cualquier otro modo a la integridad moral) lesione el bien jurídico protegido.

E) El delito de tortura es un delito alternativo o mixto alternativo

El delito alternativo o mixto alternativo es aquel cuyo tipo describe varias acciones alternativas, no cumulativas²⁸⁶. El delito de tortura exige que el sujeto activo produzca condiciones o procedimientos que supongan sufrimientos físicos o mentales; que supriman o disminuyan las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión de la víctima, o que atenten de cualquier otro modo a la integridad moral. Ello significa que el tipo bajo estudio describe tres características distintas de las condiciones o procedimientos típicos. Aunque dos de las características —las que suponen sufrimientos físicos o mentales y las que supriman o disminuyen las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión de la

²⁸⁵ Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, pp. 70-71; BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, p. 161; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «De las torturas y otros delitos», p. 543.

²⁸⁶ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 235; ROXIN, *Derecho penal*, p. 337.

víctima— serían modalidades o especies de las condiciones o procedimientos que atentan contra la integridad moral (lo que será estudiado cuando se analice lo relacionado a la conducta típica bajo el subtítulo III.2.). Es decir, serían tres formas particulares de afectación al bien jurídico. Así, cada una de las distintas formas de acción realiza por sí sola el delito de tortura.

F) El delito de tortura es un delito de comisión, susceptible de ser cometido por omisión

El presente tipo bajo estudio es un delito especial que no puede ser cometido por cualquier persona, sino que el legislador ha previsto que solo las autoridades o funcionarios públicos pueden ser sujetos activos del delito de tortura. Las autoridades o funcionarios públicos son portadores de deberes especiales en el ejercicio de sus funciones, es decir, son portadores de deberes de garante²⁸⁷, por lo que cabe la posibilidad de ocasionar el resultado típico mediante la omisión de los deberes de garantía, ya sea de forma directa o indirecta, es decir, mediante una persona interpuesta, tal como lo prevé el artículo 176 CP.

Por ejemplo, en una sentencia el Tribunal Supremo absolvió a unos acusados porque no fueron identificados como algunas de las personas presentes en el momento de los malos tratos²⁸⁸. El voto particular razonó que los funcionarios policiales, si no estaban presentes cuando los detenidos fueron maltratados, al menos percibieron claramente los signos de tortura de los que prestaban declaración. Asimismo, se indicó que «todos los funcionarios que intervinieron como Secretarios e Instructores en la práctica del interrogatorio que se plasma en el atestado, son autores de los delitos de torturas, por lo menos en su modalidad omisiva». También, el voto particular indicó que «cualquier funcionario de policía que interroga a un detenido en el que se observan, de forma notoria, huellas de malos tratos y que realiza su labor cerrando la investigación con la redacción del atestado está incurso en la previsión típica del legislador (...) la responsabilidad no es sólo del que golpea o degrada sino también de todo el aparato social involucrado en la investigación. Los centros de detención policial deben ser un lugar en el que se respeten escrupulosamente los derechos fundamentales de la persona detenida. Su transparencia y control, recae sobre los propios funcionarios responsables y sus jefes. Cuando no se actúa de esta forma se está degradando la confianza en el Estado de derecho y justificando prácticas degradantes que no tienen cabida en su sistema democrático».

En lo que se refiere a la omisión propia, el delito de tortura no puede ser cometido bajo tal figura porque no se encuentra prevista especialmente en el Código penal tal posibilidad, lo cual es comprensible dadas los especiales requerimientos necesarios en el plano subjetivo de la conducta, que serán estudiados con detenimiento en el capítulo IV.

²⁸⁷ Este punto será estudiado con profundidad en el capítulo V de la presente investigación.

²⁸⁸ Cfr. STS de 19 de noviembre de 2003 (ponente Andrés Martínez Arrieta), FJ 5.º.

III.2. El tipo del delito de tortura

Para analizar el tipo del delito de tortura resulta necesario recordar que una conducta interesa al Derecho penal porque reúne los requisitos que exige un determinado tipo penal. Toda conducta concreta tiene una parte objetiva y una parte subjetiva, así como todo tipo penal tiene una parte objetiva y una parte subjetiva. Cuando las partes objetiva y subjetiva de la conducta se subsumen en las partes objetivas y subjetivas de un tipo, se configura la conducta típica²⁸⁹.

La parte objetiva del tipo se refiere al aspecto externo de la conducta. En el caso del delito de tortura, en tanto un delito de mera actividad, se debe verificar la existencia de un hecho que se corresponde con la previsión de la parte objetiva del tipo de tortura y que tal hecho es imputable a una conducta peligrosa *ex ante*. La parte subjetiva del tipo de tortura, por su parte, requiere el dolo y los elementos subjetivos del tipo contenidos en el artículo 174 CP. Por lo tanto, para afrontar el análisis del tipo del delito de tortura, resulta necesario analizar cada uno de los componentes que lo integran por separado. Como se adelantó, en el presente capítulo se revisará lo concerniente a la parte objetiva del tipo y en el siguiente capítulo se examinará lo correspondiente a la parte subjetiva del tipo, donde serán objeto de estudio el dolo y los distintos elementos subjetivos del tipo.

A) Parte objetiva del tipo de tortura

En el presente apartado se procederá a analizar lo relacionado con la parte objetiva del tipo de tortura, es decir, el aspecto externo de la conducta típica. Para ello hay que tomar en cuenta el bien jurídico protegido por este delito en tanto parámetro que sirve para delimitar el ámbito de la conducta típica, toda vez que la técnica legislativa utilizada por el legislador en la redacción del tipo penal podría conducir a ampliar indebidamente su ámbito de aplicación. El artículo 174.1 CP reza lo siguiente:

«Comete tortura la autoridad o funcionario público que (...) sometiere (a cualquier persona) 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» (inciso aclaratorio añadido).

El estudio literal de esta disposición penal revela que en el delito de tortura hay una conducta descrita, a saber, el sometimiento a condiciones o procedimientos. En otras palabras, el hacer uso de condiciones o procedimientos constituye la conducta. Ahora bien, para que las condiciones o procedimientos llevados a cabo sean típicos de dicho delito resulta necesario que los mismos posean una naturaleza, duración u otras características que:

1. supongan al sujeto pasivo sufrimientos físicos o mentales;

²⁸⁹ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 229.

2. supongan al sujeto pasivo una supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, y

3. supongan al sujeto pasivo un atentado contra su integridad moral.

De tal manera que la conducta descrita en el tipo penal del delito de tortura requiere de tres características para que sea considerada típica y lesiva del bien jurídico. Se insiste en que el sufrimiento físico o mental; la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, y el atentado contra la integridad moral, no constituyen resultados fácticos de la conducta típica, sino que son las caracterizaciones típicas de la conducta, que es el sometimiento a condiciones o procedimientos.

Como se verá más adelante, la característica de las condiciones o procedimientos típicos que suponen un atentado contra la integridad moral del sujeto pasivo (la tercera de las enunciadas) resulta ser la conducta típica central del delito bajo estudio²⁹⁰; mientras que las otras dos características son modalidades o especies de aquella. En otras palabras, las condiciones o procedimientos que suponen sufrimientos físicos o mentales y que suponen supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, son formas particulares de las condiciones o procedimientos atentatorios contra la integridad moral. Como dice el tipo penal bajo estudio, son «modos» de atentar contra el bien jurídico previsto por el legislador²⁹¹.

En los subapartados siguientes se analizarán cada uno de los requisitos que requieren las condiciones o procedimientos para ser conductas típicas del delito bajo estudio. Para ello se analizará por separado la necesidad de que la conducta se constituya en condiciones o procedimientos a los que debe ser sometido el sujeto pasivo, y que dichas condiciones o procedimientos posean una determinada naturaleza, duración y otras circunstancias. Luego se analizarán cada una de las tres características típicas por separado.

a) El alcance de la voz «someter» a otra persona

El legislador exige que el sujeto activo «somete» al sujeto pasivo a «condiciones o procedimientos». El Diccionario de la Real Academia Española dice que el verbo «someter» tiene distintos sentidos: según su primera acepción, significa «sujetar, humillar a una persona...»; según su tercera acepción, significa «subordinar el juicio, decisión o afecto propios a los de otra persona», y según su sexta acepción, significa «hacer que alguien o algo reciba o soporte cierta acción»²⁹². Por lo tanto, según el mencionado diccionario, el verbo comentado está relacionado con la sujeción, subordinación y suportación que una persona se encuentra frente a otra. Así, *Rodríguez Mesa* sostiene que el verbo «someter» implica una situación de desigualdad en virtud de la cual una de las partes tiene el poder de

²⁹⁰ Cfr. *infra* subtítulo III.2., apartado A), c) c.3.

²⁹¹ Cfr. *infra* subtítulo III.2., apartado A), c) c.1. y c.2.

²⁹² Real Academia Española, «Diccionario de la lengua Española», <http://lema.rae.es/drae/> (última visita, 25 de agosto de 2012).

imponer a la otra, generalmente por la fuerza o por la violencia, una determinada condición o procedimiento²⁹³.

Asimismo, se debe tener en consideración que el bien jurídico protegido, especialmente en su vertiente individual relativa a la integridad moral, está referido a la parte de la dignidad humana vinculada al derecho de todas las persona a un trato que no contradiga su condición de ser racional y libre. La afectación a este respeto o deferencia que es llevada a cabo por el sujeto que comete el delito de tortura vulnera la igualdad de las personas en términos de valía moral, porque una persona se coloca por encima de otra.

Por lo tanto, el verbo «someter» implica, en el delito de tortura, que *el sujeto activo obliga o determina al sujeto pasivo a que reciba, soporte o padezca una situación determinada*, porque esta es la manera en que se puede producir la lesión al bien jurídico protegido por el mencionado delito.

b) El alcance de las condiciones o procedimientos

La situación determinada a la que debe ser sometida una persona por otra son las condiciones o procedimientos referidos en el tipo bajo estudio. El Diccionario de la Real Academia Española indica que «condición», según la tercera acepción del concepto, es el estado o situación especial en que se halla alguien o algo²⁹⁴; mientras que «procedimiento», en su segunda acepción, se define como el método de ejecutar algunas cosas²⁹⁵. En este sentido, *Grima Lizandra* sostiene que las «condiciones o procedimientos» se encuentran asociados a la idea de reiteración, sistematización, método y cierta permanencia²⁹⁶. En el mismo sentido, *Rodríguez Mesa* excluye del ámbito típico del delito de tortura las conductas que sean consecuencia de un acto aislado, como por ejemplo un bofetón durante el interrogatorio²⁹⁷, aunque *Barquín Sanz* defiende que un hecho puntual y ocasional también puede constituir el delito de tortura²⁹⁸. En cualquier caso, la tipicidad de las «condiciones o procedimientos» no implica que la conducta deba llevarse a cabo necesariamente en un medio ambiente de tolerancia generalizada con tal delito, es decir, un estado de cosas favorable a la comisión de torturas de forma sistemática e institucionalizada.

El Tribunal Supremo ha sostenido al respecto que las «condiciones o procedimientos» implican una actuación de cierta contumacia y persistencia en la acción delictiva por el

²⁹³ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 235.

²⁹⁴ Cfr. Real Academia Española, «Diccionario de la lengua Española», <http://lema.rae.es/drae/> (última visita, 25 de agosto de 2012).

²⁹⁵ Cfr. Real Academia Española, «Diccionario de la lengua Española», <http://lema.rae.es/drae/> (última visita, 25 de agosto de 2012).

²⁹⁶ Cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 129; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 236.

²⁹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 236.

²⁹⁸ Cfr. BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, p. 165.

funcionario público y no una actuación puntual y abusiva²⁹⁹. En un caso, el Tribunal Supremo sostuvo que una bofetada aislada no es una condición o procedimiento con las características que exige el tipo contenido en el artículo 175 CP³⁰⁰ (en esta sentencia, el mencionado Tribunal relacionó el tipo objetivo del delito previsto en el artículo 175 CP con el del delito de tortura). Asimismo, el Tribunal Supremo descartó la existencia de torturas por considerar que el comportamiento del funcionario policial carecía de «contumacia y persistencia» cuando éste se encaró con la víctima, reprochándole el carecer de documentación y facilitar datos inexactos, y le propinó un cabezazo en la cara, un puñetazo y un golpe en la cadera con su defensa³⁰¹.

El bien jurídico individual protegido por el delito de tortura determina que las condiciones o procedimientos deben ser aptos o idóneos para afectar la integridad moral del sujeto pasivo. Así, para que el comportamiento del sujeto activo sea típico del delito de tortura, se requiere una atmósfera de cierta tensión y una cadena de actuaciones entrelazadas entre sí para alcanzar una situación de indefensión y vulnerabilidad para la víctima. Para que la mencionada atmósfera de tensión necesaria para la afectación del bien jurídico pueda ser típica, resulta necesario, siguiendo a *John T. Parry*, profesor de Derecho de la Escuela de Derecho Lewis & Clark, que las actuaciones del sujeto activo vayan desarrollándose de tal manera que el sujeto pasivo sienta en todo momento la amenaza creciente de una potencial intensificación del dolor o sufrimiento³⁰². Ello produce la indefensión y vulnerabilidad a las que deben dirigirse las mencionadas condiciones y los procedimientos desplegados por el sujeto activo del delito bajo estudio. De tal manera que es necesario que la conducta típica comporte una situación que implique una vulneración del derecho de exclusión de ciertas formas de trato irrespetuosas con la condición de persona, y para ello se requiere que las condiciones o procedimientos a que se refiere el artículo 174 CP consistan en una sucesión de actuaciones que tengan la aptitud de «quebrar» o doblegar a la víctima, colocándola en una posición de humillante indefensión y vulnerabilidad para convertirla en objeto de la voluntad del sujeto activo.

El TEDH ha sostenido en una sentencia que para evaluar si se ha vulnerado el artículo 3 CEDH hay que verificar si las conductas denunciadas forman parte de una práctica administrativa, es decir, si conforman una acumulación de idénticas o análogas infracciones, que se realizan repetidamente y se vinculan unas a las otras según un patrón o sistema³⁰³. Estas prácticas administrativas referidas por el TEDH serían equivalentes a las condiciones o procedimientos exigidos por el legislador penal español.

²⁹⁹ Cfr. STS de 17 de diciembre de 2003 (ponente Juan Saavedra Ruíz), FJ 2.º; STS de 27 de marzo de 2013 (ponente Perfecto Andrés Ibáñez), FJ 2.º.

³⁰⁰ Cfr. STS de 27 de marzo de 2013 (ponente Perfecto Andrés Ibáñez), FJ 2.º.

³⁰¹ Cfr. STS de 17 de diciembre de 2003 (ponente Juan Saavedra Ruíz), FJ 2.º.

³⁰² Cfr. PARRY, «Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Abroad», p. 154.

³⁰³ Cfr. Irlanda v. Reino Unido, 18 de enero de 1978, § 159.

De tal manera que una actuación puntual, aislada o espontánea que no alcance la entidad de generar un ambiente de sumisión —en el cual el sujeto activo decide cuándo detenerse sin que el sujeto pasivo pueda ponerle condiciones— o que no sea el producto de un método de ejecución medianamente preconcebido, es decir, que requiera cierta preparación y esfuerzo en llevar a cabo con éxito la empresa, no alcanza el umbral necesario para constituir el comportamiento típico previsto en el comentado artículo 174 CP³⁰⁴.

Ahora bien, el Código penal exige que las condiciones o procedimientos tengan una cierta naturaleza, duración y circunstancias para que sean susceptibles de lesionar el bien jurídico protegido. *Grima Lizandra* acierta en sostener que la naturaleza, la duración y otras circunstancias permiten delimitar los casos de tortura respecto de otros supuestos. El mismo autor sugiere que quizás el legislador penal se ha inspirado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, antes de la promulgación del Código penal vigente, había señalado que determinadas condiciones, circunstancias y duración son determinantes para diferenciar la tortura de los tratos inhumanos o degradantes, previstos en el artículo 15 CE³⁰⁵.

Dada la amplitud de tales características de las condiciones o procedimientos típicos, será necesario relacionarlas con el fin de protección del bien jurídico del delito bajo estudio, de tal manera que no cualquier acto de fuerza cometido por las autoridades y funcionarios públicos —en el ejercicio de sus funciones de investigación y sanción— en contra de las personas constituiría *per se* un comportamiento de tortura.

b.1. La naturaleza de las condiciones o procedimientos típicos

La doctrina española no se ha pronunciado expresamente acerca de cuál es la naturaleza de las condiciones y procedimientos a los que se refiere el artículo 174 CP. Para determinar la naturaleza de las condiciones o procedimientos que constituyan tortura, resulta interesante, antes de repasar las distintas posturas de la doctrina extranjera, tomar en consideración lo sostenido por *Jeremy Waldron*, profesor de Derecho y Filosofía en la Universidad de Nueva York. Este autor, siguiendo la distinción de conductas típicas entre aquellas que son inherentemente desvaloradas (*mala in se*) y aquellas que lo son porque están prohibidas por una norma (*mala prohibita*), sostiene que la tortura es una conducta que constituye un *malum in se*. De esta manera, *Waldron* defiende que la tortura es una conducta tan atroz que aun cuando no estuviera prohibida por el derecho positivo, no podría considerarse inocua o valorarse positivamente en ningún caso. La consecuencia de que la

³⁰⁴ No obstante, el Tribunal Supremo cuando ha interpretado el tipo contenido en el artículo 173 CP, en el que también se lesiona la integridad moral, ha sostenido que «no debe encontrarse obstáculo (...) para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello (STS de 31 de enero de 2007 [ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre], FJ 3.º).

³⁰⁵ Cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 129. También véase STC de 21 enero de 1987 (ponente Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), FJ. 2.º.

tortura sea inherentemente desvalorada es que si una regulación se interpreta de un modo muy restrictivo, de tal manera que algunas conductas dudosamente quedan fuera de la prohibición, será inapropiado sostener que cualquier conducta no prohibida en los exactos términos del texto legal deba considerarse como algo que se está en la total libertad de realizar³⁰⁶. Por lo tanto, en la naturaleza de las condiciones o procedimientos que generan tortura subyace una esencia desvalorativa que es independientemente a la consideración de que se trata de una conducta contraria a Derecho por una decisión del legislador. Es decir, aunque la legislación de un país imaginario no criminalice la tortura, ésta seguiría siendo una conducta desvalorada moralmente y seguramente se limitaría su uso a los casos más extremos, como ya ocurrió en épocas pasadas de la humanidad.

No obstante su aceptación en el ámbito eclesiástico, el uso de la tortura no contaba con simpatía generalizada hacia el final de la Edad Media. En el siglo XIV el Derecho aragonés tenía una prohibición general en lo que se refiere a la tortura, salvo para el delito de falsa moneda que era uno de los previstos como delito de lesa majestad y solo cuando el sujeto activo era un extranjero o un súbdito vagabundo o de un estilo de vida vil. El Derecho aragonés incluso instituyó una figura procesal análoga al hábeas corpus, para evitar abusos a la integridad de los detenidos. Por su parte, el Derecho catalán no prohibía la tortura, pero la rodeaba de una serie de condiciones y garantías que la limitaban y sus efectos se interpretaban a favor del procesado³⁰⁷. Por otra parte, en el siglo XVI fray *Bartolomé de las Casas* se opuso vivamente a su práctica.

En la Edad Moderna también se practicó la tortura en la mayoría de los países europeos. Sin embargo, a lo largo del siglo XVIII las ideas de la Ilustración denunciaron la práctica de la tortura en los procesos judiciales inquisitivos. El marqués de *Beccaria*, en 1764, condenó en su conocida obra *De los delitos y de las penas* la práctica del tormento, manifestando su crueldad y argumentando su inutilidad³⁰⁸. Por su parte, *Pietro Verri* también escribió contra la tortura en su obra *Osservazioni sulla tortura*, escrita entre 1776 y 1777.

La doctrina que se ha pronunciado sobre la naturaleza de la tortura ha sido tan variada que dificulta cualquier intento de sistematización rigurosa de las concepciones. Sin embargo, en la presente investigación se propone dividir las posiciones en dos grandes grupos. Por un lado están quienes, desde un punto de vista cuantitativo, entienden que la naturaleza de la tortura descansa en la cantidad de coerción ejercida sobre la víctima. Quienes forman parte de este grupo suelen destacar la existencia de una continuidad de distintas intensidades de coerciones (que van de menor intensidad a mayor intensidad de la coerción), en la que hay un punto o umbral que constituye una línea divisoria entre una

³⁰⁶ En cambio, en el mundo de las conductas que son *mala prohibita* cualquier cosa que no sea explícitamente prohibida por las regulaciones permanece como antes de la existencia regulación, es decir, permitida, como por ejemplo, la prohibición de estacionar el vehículo en un determinado lugar (cfr. WALDRON, *Torture, terror, and trade-offs*, pp. 195-196).

³⁰⁷ Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura*, pp. 212-214. En cambio, el Derecho real castellano admitió la tortura de un modo más extendido: «las Partidas regularon ampliamente el tormento y la doctrina llenó las lagunas en un sentido casi siempre duro para el torturado» (TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura*, pp. 213 y ss.).

³⁰⁸ Cfr. BECCARIA, *De los delitos*, pp. 95-103.

coerción permitida y una coerción prohibida (tortura). Por otro lado, un sector de la doctrina sostiene, desde una perspectiva cualitativa, que la tortura tiene una naturaleza propia e independiente de la cantidad de coerción que se ejerza sobre la víctima. Si bien prácticamente hay una naturaleza de la tortura por cada autor que se ha ocupado de ella, se podría destacar como referencia común el hecho coincidente de que la tortura implica una forma de relación especial que surge entre el torturador y su víctima, en la que la coerción puede llegar a ser un instrumento de la construcción de esa relación, pero que no la explica en su totalidad.

b.1.1. Perspectiva cuantitativa de la naturaleza de la tortura

Dentro de los autores que se decantan por entender que la cantidad de coerción es el elemento esencial de la tortura, suelen diferenciarse unos de otros según el grado de intensidad de tal coerción, entendiéndose, como ya antes se indicó, que existe una especie de continuidad en la intensidad del sufrimiento en la misma escala valorativa, de menos a más, en el que a partir de un determinado momento, según el criterio del correspondiente autor, un sufrimiento adquiere un nivel de gravedad penalmente relevante, es decir, adquiere la calificación del delito bajo estudio³⁰⁹. Así, hay quienes ubican ese momento dentro de la continuidad del sufrimiento en un nivel de intensidad muy inferior, indicando que ya la simple coerción sin más es relevante a efectos del delito de tortura —con lo cual se sostienen concepciones muy amplias de dicho delito—, mientras que otros señalan que dicha infracción debe encontrarse en niveles superiores de intensidad, con lo cual la coerción que implica dicha infracción debe ser de especial entidad.

i. La tortura como forma de coerción de poca intensidad

Dentro de este grupo de autores se puede encontrar a *Michael Ignatieff*, quien fuera profesor de la Universidad de Harvard, que defiende que la tortura lleva en su naturaleza la coerción que involucra tensión y coacción³¹⁰. Esta coerción estaría presente tanto en los interrogatorios institucionales admisibles en una sociedad democrática como en las conductas constitutivas de tortura. La dificultad práctica para determinar con precisión el listado de técnicas de coerción permitidas conduce al mencionado autor a entender como tortura cualquier tensión o coacción al sujeto pasivo³¹¹. Esta posición es cercana a la sostenida por la investigadora de la Universidad de Santa Clara *Julianne Harper*, según la cual en lugar de seguir con la difícil tarea de buscar distinciones entre tortura y tratos inhumanos o degradantes, se debería suprimir la definición de tortura de la CCT y crear una sola definición unificadora, de tal manera que hasta los actos que alcancen el umbral más bajo

³⁰⁹ Resulta necesario destacar que los siguientes autores comentan la definición de tortura contenida en la CCT, que no es tan compleja como la contenida en el Derecho penal español, y que el elemento determinante es la gravedad del dolor.

³¹⁰ Cfr. IGNATIEFF, «Moral Prohibition at a Price», p. 24.

³¹¹ Cfr. IGNATIEFF, «Moral Prohibition at a Price», p. 22.

(es decir, los actos que produzcan un dolor insignificante o que no dejen marcas visibles) serían definidos como torturas³¹².

Por su parte, *Anthony Cullen*, investigador de Derecho Internacional y Comparado de la Universidad de Leeds, critica que el TEDH haya decidido en la sentencia Irlanda v. Reino Unido que las cinco técnicas de privación sensorial³¹³ no fueron calificadas como tortura porque, según dicha sentencia, no alcanzan el umbral de especial estigmatización de trato, en términos de gravedad, que caracteriza a dicha conducta. Para ello, el mencionado autor sostiene que el mencionado Tribunal se apartó del espíritu de los trabajos preparatorios del CEDH, en los que se daba por entendido que el artículo 3 CEDH implícitamente cubría la prohibición de actos como el encarcelamiento con exceso de luz, o en oscuridad, o bajo ruido, o en silencio. Según *Cullen*, para que la mencionada disposición abarque la variedad de técnicas que continuamente están siendo desarrolladas para romper o eliminar la voluntad del prisionero, el TEDH debería dejar de lado la restricción interpretativa de especial estigmatización de trato que ha venido aplicando en su jurisprudencia³¹⁴. De tal manera que una coerción mínima, pero que quiebre la voluntad de la víctima, debe ser considerada tortura.

En este grupo de autores se sugiere incluir a *Richard A. Posner*, profesor de Derecho de la Universidad de Chicago, quien sostiene que el límite entre un interrogatorio legal y enérgico y la tortura se encuentra en el momento en que la incomodidad (*queasines*) propia de un interrogatorio empieza a convertirse en repugnante (*revulsion*)³¹⁵. Según el mencionado autor esta conversión ocurre cuando hay contacto físico entre el sujeto activo y el sujeto pasivo o cuando la privación de comida y agua al interrogado se torna dañina para la salud de éste. Un interrogatorio puede ser largo, agotador y apremiante, pero si no hay contacto físico ni daño a la salud de la víctima, no puede ser calificado como tortura. Así, este autor sostiene que la naturaleza de la tortura se encuentra en la coerción física ofensiva, incluso cuando el contacto físico no sea especialmente doloroso. Luego, para el caso en que la coerción sea psicológica —privación de sueño, confinamiento en celdas sucias o frías, gritos, amenazas, aplicación de sueros de la verdad, mentiras, etc.— es opcional denominar a tal apremio como tortura, pero *Posner* insiste en que la frontera fuerte entre este delito y las conductas que no lo sean es la línea que separa lo físico de lo psicológico, pues sostiene que el mayor proyecto de la modernidad es que las personas se vuelvan cada vez más sensibles frente a la violencia para desalentar su uso, especialmente la violencia política³¹⁶, y la inviolabilidad del

³¹² Cfr. HARPER, *Santa Clara L. Rev.*, 2009, p. 922.

³¹³ Sobre las particularidades fácticas del caso Irlanda v. Reino Unido, cfr. *infra* nota al pie n.º 323.

³¹⁴ Cfr. CULLEN, *Cal. W. Int'l L.J.*, 2003, p. 42-45.

³¹⁵ Cfr. POSNER, «Torture, Terrorism, and Interrogation», p. 291.

³¹⁶ Parfraseando a Nietzsche, *Posner* dice que el objetivo final de la modernidad es convertir a la bestia de caza, que es el hombre natural, en un manso animal domesticado (cfr. POSNER, «Torture, Terrorism, and Interrogation», p. 292).

cuerpo humano es un símbolo de tal proyecto y el mejor argumento práctico en contra del uso de aquélla.³¹⁷

Finalmente integra este sector de la doctrina *Michael W. Lewis*, profesor de Derecho de la Universidad de Ohio del Norte, cuando propone una regla objetiva para dilucidar lo que significa «infligir dolor o sufrimiento grave» en la definición de tortura de la CCT. Este autor sugiere que se consideren torturas todos aquellos tratos que exceden los que se permiten infligir a los propios reclutas cuando están en entrenamiento militar. Así, *Lewis* sostiene que, por un lado, cada Estado somete a sus propios reclutas a tensiones para prepararlos para la guerra y sus rigores, pero, por otro lado, los Estados, para proteger a dichos sujetos, tienen establecidos estándares que limitan la clase y duración de dichas tensiones. De esta manera habría un balance entre efectividad del entrenamiento y seguridad de los soldados. Entonces, cualquier exceso en la aplicación de estos estándares a los detenidos bajo interrogatorio que implique el uso de métodos más duros que los permitidos para los propios reclutas sería constitutivo de tortura³¹⁸.

Desde un punto de vista crítico se observa que todas estas posturas que proponen que la naturaleza de la tortura se encuentra en una mínima coerción a la víctima tienen el problema de no reconocer las enormes diferencias que pueden existir entre propinar una bofetada a un detenido y someterle, al mismo individuo, golpizas durante horas o agredirle sexualmente, lo que significaría una rebaja del contenido del bien jurídico protegido por el delito de tortura. Asimismo, debe tomarse en cuenta que la legislación española también incluye como conducta típica los sufrimientos mentales, de tal manera que considerar que una mínima coerción psicológica ya puede ser entendida como tortura tendría como consecuencia que sería delito de tortura el caso hipotético de un funcionario de investigaciones que insta al detenido para que confiese, toda vez que su compinche ya le había inculcado en la habitación de al lado. En todo caso, de las posturas expuestas en esta sección se desprende que existe dificultad para hallar el mínimo de coerción necesario para poder establecer que una conducta determinada tiene la naturaleza de la tortura.

ii. La tortura como forma de coerción de alta intensidad

Entre quienes suscriben que la naturaleza de la tortura implica la causación de sufrimientos extremadamente graves se encuentra el jurista *John Alan Cohan*, que, al igual que *Posner*, sugiere que la naturaleza de dicho delito se encuentra en la coerción física, pero se diferencia de éste al sostener que la tortura implica necesariamente ataques físicos extremos, tales como fracturas óseas, quemaduras en la piel, extracción de uñas y, en general, mutilaciones físicas. Este autor argumenta que hay mucha diferencia entre estas conductas y la privación de sueño o permanecer bajo luz brillante³¹⁹, lo que permite deducir que solamente son tortura las formas extremadamente graves de ataques físicos.

³¹⁷ Cfr. POSNER, «Torture, Terrorism, and Interrogation», p. 292.

³¹⁸ Cfr. LEWIS, *Wash. & Lee L. Rev.*, 2010, pp. 119-121.

³¹⁹ Cfr. COHAN, *Val. U. L. Rev.*, 2007, p. 1597.

Otra representante de este sector de la doctrina es *Jean Bethke Elshtain*, profesora de ética social y política de la Universidad de Chicago, quien defiende que las torturas son «prácticas terroríficas» que ninguna persona decente tendría duda que constituyen torturas. Según *Elshtain*, tales prácticas deben diferenciarse de las «presiones físicas moderadas» que, por muy atroces que puedan parecer, no dejan daño físico duradero, por lo que no tendrían naturaleza de tortura³²⁰. Ejemplos de estas llamadas prácticas terroríficas serían extraer uñas, moler dientes, violar a la víctima, quemar los pechos o los genitales, torturar a la pareja y a los hijos del interrogado, crucificarle, etc.; mientras que ejemplos de las presiones físicas moderadas serían, para este autor, la privación de sueño; la exposición al frío o al calor; el uso de drogas para causar confusión; los tratamientos duros (como cachetadas, empujones o sacudidas); forzar a permanecer de pie por días o colocar al detenido en posiciones incómodas, etc. Se observa que se trata de un criterio objetivo en la medida que toma en cuenta la opinión del tercero imparcial y no la realidad subjetiva ni del sujeto activo ni del sujeto pasivo. En definitiva, la naturaleza del delito de tortura se vincularía a prácticas terroríficas que ocasionen un daño físico duradero a la víctima.

Por su parte, la profesora de Derecho *Jeannine Bell*, de la Universidad de Indiana, sostiene que la tortura implica un grave dolor o sufrimiento en la víctima, ya sea en su sustrato físico como o psicológico, pero que debe ser grave en intensidad y duración, como por ejemplo, el suministro de golpes que rompan los huesos, latigazos, quemaduras, electrochoques, sacudidas violentas, graves limitaciones de sueño y comida e incluso privación sensorial o extrema incomodidad, como cuando se fuerza al detenido a adoptar posiciones físicamente incómodas por un prolongado período de tiempo³²¹.

La jurisprudencia del TEDH también ha sido proclive a considerar que la tortura constituye una forma intensificada de coerción y sufrimiento. Así, el mencionado Tribunal ha sostenido insistentemente que el término «tortura» se diferencia de «trato inhumano o degradante» en que el primero es una especial estigmatización de trato deliberado e inhumano que produce sufrimiento muy serio y cruel³²². En la sentencia del caso Irlanda contra el Reino Unido, el TEDH consideró que para entender que una conducta es tortura se requiere que el comportamiento cause un sufrimiento de especial intensidad y crueldad; y, citando al artículo 1 CCT, el mencionado Tribunal indicó que la tortura es una forma agravada y deliberada de trato inhumano o degradante³²³. En otra decisión, el TEDH señaló

³²⁰ Cfr. ELSHTAIN, «Reflection on the Problem of “Dirty Hands”», p. 86.

³²¹ Cfr. BELL, *Ind. L. J.*, 2008, p. 344.

³²² Cfr. Irlanda v. Reino Unido, 18 de enero de 1978, § 167; Aksoy v. Turquía, 18 de diciembre de 1996, § 63; Selmouni v. Francia, 28 de julio de 1999, § 96; Gäfgen v. Alemania, 1.º de junio de 2010, § 90; Carabulea v. Rumania, 13 de julio de 2010, § 147).

³²³ Cfr. Irlanda v. Reino Unido, 18 de enero de 1978, § 167. El gobierno irlandés había denunciado al del Reino Unido alegando que las personas privadas de libertad en Irlanda del Norte habían sido sometidas por la policía a tratamientos que violaban los derechos humanos previstos en el artículo 3 CEDH. En particular, el gobierno demandante señaló que a los detenidos les aplicaban cinco técnicas de interrogatorio, que eran torturas, en centros de interrogatorio no identificados. Las mencionadas técnicas, según los hechos fijados por la Comisión, eran las siguientes: (a) “Colocación de pie contra una pared”: Se obligaba a los detenidos a que permanecieran, durante períodos de algunas horas, en una “postura de tensión” (*Stress position*); según los

que la conducta que era objeto de pronunciamiento (una amenaza de tortura) revestía la suficiente seriedad para alcanzar el umbral del trato inhumano, pero que no era lo suficientemente cruel para traspasar el umbral de la tortura³²⁴, como si todo fuera una continuidad.

Entre los ejemplos de supuestos en los que el TEDH ha estimado como tortura, figura el caso *Selmouni* contra Francia, en el cual la víctima fue golpeada hasta dejarle marcas en todo el cuerpo, le arrastraron por el pelo, le hicieron correr por un pasillo con policías colocados a los costados que le hacían zancadillas, le mostraron un pene y le dijeron «chupa» antes que le orinaran encima. También fue amenazado con un soplete y una jeringa. Así, la víctima soportó repetidos y sostenidos asaltos a lo largo de días de interrogatorio³²⁵. Otro caso es el de *Aydin* contra Turquía, en el que la víctima, siendo mujer y adolescente, fue detenida durante tres días dentro de los cuales fue violada, siempre tuvo vendados los ojos, fue golpeada constantemente y tuvo que desfilarse desnuda frente a sus represores, además de ser golpeada con chorros de agua fría³²⁶.

Ahora bien, no obstante que la jurisprudencia del TEDH considere que la tortura constituye una forma intensificada de coerción y sufrimiento, asimismo ha sostenido, en la sentencia *Selmouni v. Francia*, que los actos que antes habían sido considerados como tratos inhumanos o degradantes podrían ser clasificados como torturas en el futuro, tomando en cuenta que, en lo que respecta a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, se requiere inevitablemente mayor firmeza en la evaluación de las infracciones de los valores fundamentales de la sociedad democrática³²⁷. Así, treinta dos años después de la mencionada sentencia, el TEDH indicó que la sola amenaza de tortura, si es real e inminente, puede constituir tortura, ya que el miedo a tal conducta puede por sí mismo constituir tortura mental³²⁸.

La posición de *Coban* antes reseñada tiene problemas para ser puesta en práctica tanto en el Derecho internacional como en el caso del Derecho español, toda vez que la tortura también puede ser psíquica. Por ejemplo, existen formas de engaño que el sujeto activo

interesados, estuvieron, con los brazos y piernas separados, frente a una pared, apoyando en ella los dedos por encima de la cabeza, los miembros inferiores muy separados y los pies hacia atrás, de forma que el peso recayera principalmente sobre los dedos; b) “Encapuchar”: Se cubría la cabeza de los detenidos con un saco negro o azul marino que, por lo menos al principio, llevaban siempre, excepto durante los interrogatorios; c) “Ruido”: Antes de los interrogatorios se llevaba a los detenidos a una habitación en la que resonaba constantemente un silbido fortísimo; d) “Falta de sueño”: Antes de los interrogatorios no se les dejaba dormir; e) “Falta de alimento sólido y líquido”: Durante su estancia en el centro, y antes de los interrogatorios, sólo recibían una alimentación escasa». El TEDH sostuvo al respecto que estas técnicas de interrogatorio constituían un trato inhumano o degradante, pero que no causaron sufrimientos de la intensidad y de la crueldad especiales que implica la tortura (cfr. *Irlanda v. Reino Unido*, 18 de enero de 1978, § 96).

³²⁴ Cfr. *Gäfgen v. Alemania*, de 1.º de junio de 2010, § 108.

³²⁵ Cfr. *Selmouni v. Francia*, 28 de julio de 1999, §§ 103-104.

³²⁶ Cfr. *Aydin v. Turquía*, 25 de septiembre de 1997, §§ 83-84.

³²⁷ Cfr. *Selmouni v. Francia*, 28 de julio de 1999, § 101.

³²⁸ Cfr. *Gäfgen v. Alemania*, 1.º de junio de 2010, § 108.

puede ejercer sobre el sujeto pasivo que pueden ocasionar una atroz angustia psíquica, como sería el caso de la amenaza con inminente tortura o muerte de los seres más queridos del interrogado, lo cual si bien no deja huellas físicas, produce gran sufrimiento. Asimismo, la privación de sueño causa un dolor no inferior al de ciertos maltratos psíquicos. Por ejemplo, *Menachem Begin*, citado por tanto por *Ignatieff* como por *Levinson* (profesor de Derecho de la Universidad de Texas), testimonia que siendo interrogado en la época de la extinta Unión Soviética dijo que quien es sometido a la privación de sueño siente un «cansancio a morir, las piernas se le ponen temblorosas o vacilantes, y tiene deseo solo de dormir; dormir solo un poco, no levantarse, acostarse, descansar, olvidar... solo quienes hayan experimentado el deseo de dormir saben que ni el hambre ni la sed le son comparables»³²⁹.

En la presente investigación se observa, desde una perspectiva crítica, que las aportaciones de *Elshtein*, *Bowden* y *Bell* carecen de la necesaria precisión para la caracterización de un este delito, toda vez que la dificultad de determinar qué es una práctica terrorífica suscita contradicciones incompatibles con la seguridad jurídica. Asimismo, en el caso de los dos primeros autores, también se presentarían dificultades para determinar qué se considera un «daño» y cuándo tal daño se puede considerar «duradero».

En realidad la dificultad principal de este tipo de posiciones, en las que se propugna que existe una misma escala de intensidades de coerción con equiparación valorativa de menor a mayor gravedad (*continuum*), es determinar quién establece el punto exacto en el que empieza la tortura y dónde se encuentra ese punto. Este tipo de análisis en el que se emplea una gradualidad que va desde la inocuidad de la conducta hasta la tortura más terrorífica es una visión del problema que no sirve al bien jurídico protegido, sino que es útil a los Estados interesados en que exista al menos un ámbito, cuanto más amplio mejor, de actuación lícita para que sus agentes de investigación administrativa y judicial puedan acceder a la información contenida en los intervinientes o testigos de la comisión de hechos punibles o que sean considerados peligrosos para la seguridad y estabilidad del Estado.

Waldron da cuenta de este fenómeno al criticar que se coloque en la misma escala valorativa los interrogatorios o presiones legales sobre los detenidos con los apremios ilegítimos que son las torturas. En efecto, existen formas legales de presión a los detenidos que los agentes pueden utilizar y que son respetuosos de la condición de persona del interrogado porque no son brutales. Un interrogatorio puede ser extenuante, sin que por ello se le considere brutal. Además, la ley presiona con una pena los casos de falso testimonio, por ejemplo, presión que no puede tampoco colocarse en una misma línea de continuidad con la brutalidad que significa la tortura. La amenaza de un castigo, por ejemplo de encarcelamiento (por falso testimonio, o por una aplicación del máximo de la pena en caso de no cooperar) es efectivamente coercitivo, pero ello no lo convierte necesariamente en un acto doloroso en un sentido literal, lo que resulta necesario si se pretende colocar en una misma escala valorativa la coerción legal con la tortura, pues ésta

³²⁹ IGNATIEFF, «Moral Prohibition at a Price», p. 21; LEVINSON, «Contemplating Torture. An Introduction», p. 28.

es dolorosa en su sentido literal. La tortura, a diferencia de las presiones legales, supone el uso deliberado de la fuerza para doblegar la voluntad del sujeto y, por ello está en una categoría diferente a las incomodidades no brutales de una sala de interrogatorios, como por ejemplo, que no haya una silla confortable para el detenido³³⁰.

Además, *Bernhard Schlink*, quien es profesor de Derecho Público y Filosofía de la Universidad Humboldt, sostiene que si en un ordenamiento jurídico se establece que provocar un pequeño dolor es moralmente aceptable para prevenir cierta cantidad de daño, ¿por qué no ocasionar más dolor para prevenir más daños? Esta sería la lógica de la coerción en la que incluso se podrían predeterminar legalmente los medios coercitivos permitidos y decidir que solo éstos son aceptables como técnicas de interrogatorio, pero una vez que se ha considerado aceptable hacer a alguien prisionero de su dolor, el grado de dolor permitido será un asunto de la conveniencia política y de la alarma social. Siempre subsistirá el dilema moral y legal para el sujeto activo (de tener que decidir entre intentar extraer la información del sujeto pasivo actuando ilegalmente con riesgo de ser castigado con posterioridad, o actuar legalmente y quizás por omisión permitir que el desastre amenazado por el terrorista prisionero ocurra) porque la situación se traslada al lugar donde se coloca el límite: siempre habrá buenas razones para sobrepasarlo³³¹.

De todo ello se desprende que no se debe colocar en la misma escala valorativa o *continuum* un acto apremiante pero no doloroso, con un acto que cause sufrimiento con el fin de doblegar la voluntad de la víctima o reducir el ejercicio de su autonomía. La tortura tiene una naturaleza diferente de las tácticas de interrogatorio psíquicamente coercitivas a las que se refiere *Bell*, como son el hacerse amigo del detenido para que confíe en el interrogador, apelar a su conciencia, elogiarle, halagarle, etc.³³². De allí que no resulta pertinente enfocar la tortura como si fuese un asunto de menor a mayor gravedad en el que en algún punto intermedio empieza la antijuridicidad. Si se analiza el problema en estos términos, se podría llegar a decir que el sujeto activo, sabiendo que su conducta se encuentra en una escala valorativa o *continuum* y que hay un punto en el cual tal conducta podría ser estigmatizada como punible, tiene un legítimo interés en saber cuál es ese punto para poder ser capaz de moverse con total libertad lo más cerca posible del límite. Ello es lo que legítimamente ocurre en el caso del contribuyente que dice tener interés en realizar operaciones de ingeniería financiera en sus negocios para disminuir al máximo su responsabilidad tributaria, por lo que necesita saber exactamente cuánto puede deducir por sus gastos en entretenimiento; o el conductor que quiere saber a qué velocidad máxima puede ir sin violar el límite³³³. Pero estos casos difieren de otro tipo de escala de valores o *continuum*, como el caso del marido que quiere golpear a su esposa un poco y necesita saber exactamente cuán lejos puede llegar antes de que sus actos se consideren violencia doméstica; o el caso del profesor que dice tener interés en flirtear con sus estudiantes y

³³⁰ Cfr. WALDRON, *Torture, terror, and trade-offs*, pp. 205-206

³³¹ Cfr. SCHLINK, *Cardozo L. Rev.*, 2007, pp. 88-89.

³³² Cfr. BELL, *Ind. L. J.*, 2008, p. 344.

³³³ Cfr. WALDRON, *Torture, terror, and trade-offs*, p. 204.

necesita saber exactamente cuán lejos puede llegar sin caer en el acoso sexual³³⁴; o el caso de la tortura, con la brutalidad que significa y su afrenta a los derechos fundamentales. Estos últimos casos evidencian que, como indica *Waldron*, hay cierto tipo de *continuum* en el que no se tiene un legítimo interés en saber cuán lejos a lo largo de tal escala de valores se está permitido avanzar³³⁵.

En este sentido, quienes se esfuerzan por establecer distinciones de grados, en el fondo están advertida o inadvertidamente buscando proveer de justificación a la tortura o de establecer un ámbito de riesgo permitido³³⁶. Contra esta aspiración no solamente son pertinentes las observaciones de *Waldron* ya citadas en el párrafo anterior, sino que además hay que considerar que la lesión a la integridad moral no depende de cuán violento haya sido el trato dado a la víctima. Bien puede humillarse a una persona afectando la integridad moral de ésta mediante condiciones o procedimientos que no implican contacto físico entre los sujetos activo y pasivo, como son las amenazas de muerte o los fusilamientos simulados. En realidad la tortura no busca un dolor más o menos temporal, sino que persigue negar el respeto que se debe a las personas en general. La degradación, la humillación, el terror y la vergüenza duran más que el dolor físico, y afectan a la personalidad y su integridad, como lo señala la profesora de Derecho de la Universidad de Nueva York *Rhonda Copelon*³³⁷. Quienes pretenden establecer límites basados, por ejemplo, en el contacto físico o en la especial gravedad de las lesiones físicas en la víctima, le darían justificación a procedimientos con incidencia en el aspecto psíquico que son perfectamente capaces de humillar y romper la voluntad de la víctima y lesionar, en consecuencia, el bien jurídico protegido. En este sentido, *Lisa Yarwood*, de la Universidad de Exeter, cita una investigación a cargo del psiquiatra Dr. *Matin Basoglu*, del King's College de Londres publicada en los Archivos de Psiquiatría General de Londres, en la que se concluye que el sufrimiento producido por la tortura no depende de la cantidad o intensidad de dolor producido sino que es un asunto de control y del alcance de las experiencias de angustia, toda vez que muchos de los participantes con poca o ninguna experiencia de tortura física desarrollaron estrés post-traumático en algún momento, mientras que algunas personas sobrevivientes de graves torturas físicas no llegaron a desarrollar el mencionado desorden³³⁸.

³³⁴ Cfr. WALDRON, *Torture, terror, and trade-offs*, p. 205.

³³⁵ Cfr. WALDRON, *Torture, terror, and trade-offs*, p. 205.

³³⁶ Sobre la no existencia de riesgo permitido en el delito de tortura se hará un breve análisis cuando se examine lo relativo al abuso del cargo (cfr. *infra* subtítulo III.2., apartado C).

³³⁷ Cfr. COPELON, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 1994, p. 341.

³³⁸ Cfr. Diario The New York Times, «The Line Between Torture and Cruelty», <http://www.nytimes.com/2007/03/06/health/psychology/06tort.html> (última visita, 30 de mayo de 2013).

b.1.2. Perspectiva cualitativa de la naturaleza de la tortura

Entre el grupo de autores que realiza un esfuerzo por encontrar en la tortura una naturaleza propia que permita diferenciarla cualitativamente de otros maltratos, se encuentra el profesor de Relaciones Internacionales y Políticas de la Universidad de Oxford *Henry Shue*, para quien una característica importante de la tortura es la idea de la indefensión. Para este autor, la tortura constituye un cruel ataque de una persona sobre otra que se encuentra indefensa, y que no puede oponer resistencia a su favor³³⁹. El autor llega a esta conclusión al elaborar un análisis comparativo entre la muerte y la tortura en el marco de una confrontación entre dos bandos en el que se cumplieran las leyes que rigen la guerra. En este marco, *Shue* sostiene que la tortura es más grave que la muerte cuando se la considera como violación a la prohibición de ataque contra los indefensos. Así, la tortura sería para este autor moralmente peor que la muerte en la guerra, porque aquellos que son asesinados serían quienes directamente intentaban matar a sus asesinos. Los que son asesinados tenían una oportunidad razonable de sobrevivir matando en defensa propia. Ambas partes tienen la oportunidad de matar o ser matados, y cada una de ellas tiene oportunidad de sobrevivir³⁴⁰. No habría, pues, una situación de indefensión como sí la habría entre el torturador y el torturado, en la que este último no tiene capacidad alguna de responder al ataque en virtud de la desigualdad que se presenta entre ambos actores.

Por su parte, *Parry* defiende una postura según la cual tortura no es solamente infligir un severo dolor para obtener información o castigar, sino que la tortura es, además, la causación de un dolor que tenga la potencialidad de seguir intensificándose con la finalidad de ejercer dominación sobre la víctima y adscribir a ésta la responsabilidad por el dolor sufrido (responsabilidad generada por el hecho de no acatar las solicitudes del torturador)³⁴¹. Interesa destacar de esta amplia definición lo relacionado con la dominación como parte de la naturaleza del delito de tortura. La dominación sería entendida como la demostración al sujeto pasivo del delito que la idea que tiene de su lugar en el mundo ha finalizado. Los valores de la víctima y sus vínculos con la comunidad son puestos en tela de juicio por el hecho de la tortura. El torturador destruye así la identidad y visión del mundo de la víctima y sobre ello construye otro mundo espantoso, en el cual la lógica es la dominación de la víctima, colocada a merced de la voluntad del torturador³⁴².

Una posición semejante a la de *Parry* es la sostenida por *David J. Luban*, profesor de Derecho y Filosofía de la Universidad de Georgetown, para quien la tortura convierte a la víctima en alguien aislado, abrumado, aterrorizado y humillado. Es decir, tiranizado. Y esta situación se produce porque el torturador trata deliberadamente de doblegar el espíritu de la víctima, creando para ello una perversa parodia de la amistad e intimidad: intimidad transformada en su imagen inversa, en la que el torturador se dedica al cuerpo de la víctima

³³⁹ Cfr. SHUE, «Torture», p. 51.

³⁴⁰ Cfr. SHUE, «Torture», p. 50.

³⁴¹ Cfr. PARRY, «Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Abroad», p. 154.

³⁴² Cfr. PARRY, «Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Abroad», p. 152.

con la misma intensidad del amante, solo que va dirigido a causar dolor y a tiranizar el espíritu de la víctima³⁴³. Por su parte, la jurista *Chanterelle Sung* indica que la tortura inflige un espantoso dolor en el prisionero que lleva a éste hasta la sumisión, de tal manera que la obtención de la información ofendería el sentido de justicia que defiende el principio del debido proceso³⁴⁴. Otra postura que se vincula a las de *Luban* y *Parry* es la de *David Sussman*, profesor de Filosofía de la Universidad de Illinois, para quien la especial maldad que tiene la tortura consiste en que el torturador fuerza o empuja a su víctima a la posición de operar en secreto contra sí misma mediante sus propios afectos y emociones, de tal manera que la víctima experimenta simultáneamente impotencia y, sin embargo, activa complicidad en su propia violación³⁴⁵ (lo único que le importa a la víctima es satisfacer al torturador, quien aparece ante sus ojos como infinitamente distante, importante, poderoso, inescrutable y libre). Finalmente, *Waldron* parece ubicar la naturaleza de la tortura en la brutalidad de la conducta y en el fin específico a la que va dirigida. Así, sostiene este autor que la tortura involucra el uso deliberado de la fuerza específicamente destinado a doblegar la voluntad del sujeto al ser interrogado³⁴⁶.

En relación con la jurisprudencia, el Tribunal Supremo también parece participar de la idea de que la tortura posee en sí una naturaleza propia que va más allá de la intensidad de las coerciones físicas o psicológicas. En la sentencia de 31 de mayo de 2003, el Tribunal Supremo estableció que la tortura no es solamente un exceso de coerción física sobre el detenido, sino que se requiere una naturaleza propia que la sentencia identifica con el ensañamiento en sentido metafórico³⁴⁷. Asimismo, en sentencia de 5 de noviembre de 2002 el Tribunal Supremo indicó que las torturas, «independientemente de la gravedad de los dolores o sufrimientos, en todo caso, son inadmisibles por el menosprecio y ataque que significan para la dignidad del individuo»³⁴⁸.

Se trae a colación el voto particular del juez Matscher en la reseñada sentencia del TEDH Irlanda v. Reino Unido, en el que sostuvo que la tortura no es, en absoluto, un grado más elevado del trato inhumano, porque consideró al elemento de la intensidad del sufrimiento «como un elemento complementario del sistema: cuanto más estudiado y refinado sea el método, menos agudos serán los dolores (en primer lugar los físicos) que aquél pretenda producir para alcanzar su objetivo. ¡Bien conocidos son los procedimientos modernos de tortura que, en su aspecto exterior, son muy diferentes de los métodos brutales y primitivos que se empleaban en otros tiempos! (...). Cabe concebir (...) brutalidades que causen

³⁴³ Cfr. LUBAN, *Va. L. Rev.*, 2005, p. 1430.

³⁴⁴ Cfr. SUNG, *B. C. Third World L. J.*, 2003, p. 204.

³⁴⁵ Cfr. SUSSMAN, *Phil. & Pub. Aff.*, 2005, p. 4.

³⁴⁶ Cfr. WALDRON, *Torture, terror, and trade-offs*, p. 206. El autor insiste en que esta definición no tiene nada en común con las negociaciones o manipulaciones sobre entrega o retirada de privilegios o beneficios, que son característicos de los interrogatorios legalmente adecuados.

³⁴⁷ Cfr. STS de 31 de mayo de 2003 (ponente Joaquín Delgado García), FJ 13.º.

³⁴⁸ STS de 5 de noviembre de 2002 (ponente Joaquín Martín Canivell), FJ 6.º.

sufrimientos corporales mucho más agudos, sin que, por esto, se incluyan en el concepto de tortura»³⁴⁹.

En el presente trabajo se sostiene que el delito de tortura es de mera actividad, es decir, que la configuración de este delito solo requiere que la conducta sea idónea para humillar o degradar al sujeto pasivo. Las posturas de *Shue*, *Parry*, *Luban*, *Sung* y *Sussman* sostienen que lo esencial de la naturaleza de la conducta en estudio es la indefensión, dominación, la tiranización, la sumisión o la traición a sí misma de la víctima. Pareciera, entonces que estos autores abogan porque la víctima alcance un nivel de instrumentalización fuerte para que se configure la tortura, pero ésta, en el Derecho penal español, no necesita la completa destrucción de la autonomía de voluntad del sujeto pasivo. No obstante, las aportaciones de los mencionados autores ponen en evidencia la situación de negación del trato que toda persona merece por constituir un ser moral, que es la esencia de la tortura. La cuestión está en poner un cierto orden dentro de una serie de definiciones que muchas veces se solapan unas a otras. En la posición personal se propondrá un concepto que sirva como eje alrededor del cual puedan ubicarse todas las caracterizaciones necesarias para comprender el injusto que contienen las condiciones o procedimientos que atentan contra la integridad moral.

Ahora bien, de manera preliminar se observa que la postura de *Shue* constituye un punto de partida interesante para la posición personal, porque una de las características que produce más rechazo del delito de tortura es el aprovechamiento de la indefensión de la víctima por parte del sujeto activo. La conducta, en efecto, debe poner la relación asimétrica entre las dos partes de la situación (torturador y torturado), en la que una de las partes aparece como omnipotente, mientras que la otra parte no puede oponer ninguna condición, ni tampoco puede evadirse para escapar de la situación o contra-atacar a la parte poderosa para hacer valer su punto de vista. La indefensión de la víctima es el punto de partida para cualquiera de las características señaladas por los autores reseñados en la presente sección.

La conducta del sujeto activo debe tener la aptitud para enervar la capacidad defensiva de la víctima. Como explica *Sussman* —teniendo presente que este autor exige un resultado para el perfeccionamiento de una tortura— la víctima de la tortura debe verse a sí misma como incapaz de oponer ninguna resistencia moral o legal a su torturador, de tal manera que la víctima perciba aquél puede hacer lo que le plazca con ella. Por su parte el torturador no puede tener ninguna preocupación, pues no puede esperar que la víctima le responda de ningún modo, solo se encuentra limitado por sus propios deseos o por las órdenes e intereses de algún superior jerárquico. Así, lo más íntimo de la vida de la víctima, incluyendo su cuerpo, se convierte en instrumento de uso público al alcance del torturador para que éste lo explote como desee³⁵⁰. Entonces, la indefensión consiste en la total exposición y vulnerabilidad de la víctima y en que el torturador se encuentre en una posición de total control arbitrario e inescrutable para la víctima. En el presente trabajo se

³⁴⁹ Cfr. Irlanda v. Reino Unido, de 18 de enero de 1978, voto particular del juez Sr. Matscher.

³⁵⁰ Cfr. SUSSMAN, *Phil. & Pub. Aff.*, 2005, p. 7.

observa que la conducta típica debe tener la potencialidad para que produzca tales efectos en la víctima, aunque no sea necesario que éstos se actualicen para la consumación del hecho.

No obstante lo indicado hasta ahora, la indefensión no parece explicar por sí misma y en su totalidad la naturaleza de la tortura, pues podrían perfectamente existir ámbitos de actuación de los sujetos activos del delito bajo estudio en los que se pueden establecer relaciones que generen indefensión en el sujeto pasivo sin que por ello resulte lesionado el bien jurídico protegido por la tortura. Así, por ejemplo, si una persona se encuentra esposada en una comisaría y recibe una bofetada aislada por parte de un funcionario policial, no concurriría el delito estudiado a pesar de que la víctima se encuentre indefensa. Asimismo, podría suceder que ante una manifestación pública de carácter reivindicativo en las calles, la policía antidisturbios cargue contra un grupo de personas que se encuentre desprotegida y en desigualdad de condiciones respecto del órgano policial, y que tal acción genere que algunas personas terminen incluso con heridas graves. Estos casos difícilmente podrían admitirse que se entran dentro del ámbito de aplicación del delito de tortura: la persona esposada e indefensa no sufre una agresión en el marco de un procedimiento que sea idóneo para doblegar su voluntad; mientras que los manifestantes no han perdido su autonomía y siempre podrían irse del lugar. Por ello, resulta necesario identificar un elemento adicional para abarcar la totalidad de la naturaleza de este delito.

b.1.3. Toma de posición

Para determinar cuál es la naturaleza de las condiciones o procedimientos que caracterizan la tortura, habrá que echar mano del bien jurídico protegido por el presente delito. Desde su dimensión individual, la tortura protege la integridad moral, que está referida a la parte de la dignidad humana vinculada al respeto que merece cada persona por ser portadora de igual autonomía y capacidad de razonar.

Así, la negación del respeto que se debe a la persona en general debe ser el eje central sobre el cual giren las condiciones o procedimientos que tengan capacidad de afectar al bien jurídico protegido. Para que una persona se encuentre bajo un tratamiento que no respeta su condición de persona y la degrada a una condición de inferior rango, debe ser sometida a condiciones o procedimientos que tengan la aptitud de dispensar a alguien un determinado trato. Tal *trato* consiste en establecer entre el autor y la víctima una relación de dominación, es decir, las condiciones o procedimientos que sean idóneos para suponer a la víctima un atentado a su integridad moral deben caracterizarse por manifestar dominación hacia ella. Resulta necesario profundizar en qué consiste la dominación de la que se está hablando.

El dominio sobre la víctima es fundamental para degradar a una persona o minusvalorarla. El aislamiento, la aceptación de la imposibilidad de escapatoria y/o el saberse objeto de la misericordia de una poderosa y malévolamente fuerza son la clave de la

efectividad de la tortura³⁵¹. La dominación es el producto de un proceso sumamente complejo que no solamente ocurre en la esfera externa de la víctima y que es visible por parte de terceros, sino que igualmente la dominación produce efectos que ocurren dentro de la víctima que la hacen prisionera de sufrimiento.

Tanto *Luban* como *Sussman* han defendido que la víctima, en la tortura, debe percibir sus sentimientos como un problema. *Sussman* explica en este sentido que el torturador desea algo que la víctima, en principio, no quiere entregar. De allí que se inicie un prolongado proceso de amenazas y de causación de dolor. Este sufrimiento que recibe la víctima tiene una doble entidad: por un lado la víctima lo experimenta como un agente exógeno que la invade, es decir, una ajenidad no invitada que la víctima desea expulsar o abolir. En este sentido, dicha persona permanece pasiva frente al sufrimiento, pues es algo que le ocurre desde afuera. Así, *Luban* sostiene que en la tortura el dolor forzosamente interrumpe la concentración de la víctima en cualquier otra cosa externa a la misma, es decir, disminuye todos sus intereses y los reconduce a su cuerpo y el daño que siente dentro de ella. Inclusive sensaciones más moderadas de prolongada molestia pueden distraer a una persona de tal manera que le sea imposible prestar atención a cualquier otra cosa, como sabe todo aquel que tiene la necesidad de defecar y no puede³⁵².

Por otro lado, el sufrimiento es también algo que pertenece a la víctima, porque es una experiencia íntima que, a su vez, demanda, suplica o persuade a la víctima que lo siente. En ocasiones un sufrimiento deja claro qué es lo que se necesita hacer o dejar de hacer para mitigarlo, pero asimismo se pueden sentir dolores agudos no específicos que no se sabe cómo apaciguarlos. En estos casos, las personas que padecen estos sufrimientos sienten la necesidad de hacer algo, por eso se retuercen, se quejan, gimen, hacen muecas. En este sentido, el dolor es confrontar la insistente petición de hacer algo³⁵³.

Entonces, el sufrimiento tiene un carácter endógeno y exógeno. Esta es la dualidad que aprovecha el torturador, pues toma el dolor y lo pasa a través del cuerpo de la víctima, para que, una vez instaurado en su interior, comience a expresar la voluntad del torturador. La víctima resistente se obliga a guardar silencio, pero al mismo tiempo experimenta adentro de sí misma algo muy íntimo que habla por el torturador. Así, el sufrimiento es algo que no solamente inflige el torturador, sino que también es algo que la víctima se hace a sí misma, una auto-traición que funciona a través de su cuerpo y sus sentimientos. Por ejemplo, en Irak los soldados de los EUA obligaban a los presos iraquíes a que se masturbaran a sí mismos en medio de las burlas de los primeros. El prisionero es forzado a colocar sus más íntimos deseos al servicio de los torturadores, en un desesperado intento de excitarse a sí mismos para el entretenimiento de la soldadesca. Éstos podrían haber golpeado, incluso matado a los prisioneros, pero solo el prisionero mismo habría podido ofrecer su propia intimidad erótica para ser usada en su contra. Asimismo, cuando los torturadores obligan a sus víctimas a permanecer en posiciones incómodas por prolongados períodos de tiempo, el propio esfuerzo de la víctima en por permanecer en una posición particular sirve como

³⁵¹ Cfr. COPELON, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 1994, p. 344.

³⁵² Cfr. LUBAN, *Va. L. Rev.*, 2005, p. 1430.

³⁵³ Cfr. SUSSMAN, *Phil. & Pub. Aff.*, 2005, pp. 19-20.

fuente inmediata de su sufrimiento. También en el caso del *water-boarding* o ahogamiento parcial o *submarino*, la tortura consiste no solo en la agonía de inhalar y tragar agua, sino además en la lucha contra la propia desesperada urgencia por respirar que le precede. Así, quien sufre la tortura es obligada a experimentarse a sí misma no solo como una víctima pasiva, sino que además se siente como un cómplice activo de su propio socavamiento³⁵⁴. Dicho socavamiento sería el estado de rendición total al que puede llegar la víctima luego de haber expulsado cualquier emoción e intentos de resistencia como un medio de supervivencia³⁵⁵, así como renunciar a la voluntad de vivir³⁵⁶.

Ese socavamiento también implica permitir, por parte del autor, que la víctima adquiera algún irrazonable y falso resquicio de esperanza, es decir, hacerle creer que el torturado aún puede hacer algo para aplacar o calmar al sujeto activo. Así, un pequeño acto de amabilidad o una indulgencia ocasional con el detenido evoca en éste el deseo de confiar³⁵⁷. Si la víctima lo es de una tortura indagatoria y posee la información requerida por el torturador, se encontrará a sí misma considerando, aunque no quiera, que quizás no sea tan negativo revelar la información o que la traición no sería tan grave porque ella ha aguantado más de lo que podría serle exigido, etc. Incluso en caso de que la víctima no posea la información requerida por el torturador, aún una parte de sí misma se encontrará apoyando la posición del torturador, por lo que en este caso la víctima empezará a preguntarse cómo puede desplegar mejor su ignorancia u ofrecer alguna mentira o una información alternativa que quizás aplaque al torturador, tal vez usando una gran inventiva. En el caso de la tortura intimidatoria no hay nada en particular que el sujeto activo requiera para detener la tortura, pero la víctima es obligada a colocarse en la posición de tratar de anticiparse y entender el humor o las rarezas del sujeto activo y, aunque la víctima no quiera, se halla tratando de captar los intereses de su torturador, anticiparse a sus exigencias y presentarse ella misma de tal manera que podría evocar lástima o satisfacción en el torturador. El objetivo del torturador, además de infundir en la víctima el miedo a morir, es que la víctima se dé cuenta de que su vida depende de él, que debe ganarse su indulgencia mediante la complacencia de sus caprichos, y que cualquier cosa agradable o desagradable que haga la víctima tendrá alguna influencia en su propia vida o muerte, es decir, que su vida ya no le pertenece, sino que se le está siendo permitido vivir³⁵⁸.

Sussman sostiene que la víctima halla dentro de sí misma «un sucedáneo del torturador, un sustituto que no solamente exige una particular demanda de información, denuncia o

³⁵⁴ Cfr. SUSSMAN, *Phil. & Pub. Aff.*, 2005, pp. 22-23.

³⁵⁵ Tiene que ver con el estado de entumecimiento de la víctima cuando está siendo torturada, en el que ésta se concentra solamente en su respiración y en disociar la mente de su cuerpo. La persona convertida en vegetal deja de lado cualquier sentimiento o emoción comprensible en virtud de la situación, como son el miedo, la venganza o el odio, pues constituyen pérdidas inútiles de energía (cfr. COPELON, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 1994, p. 347).

³⁵⁶ Renunciar a la voluntad de vivir es la total pasividad, es funcionar como un robot o como un muerto viviente, pero no es lo mismo que volverse suicida. De hecho, el suicidio en este ámbito es considerado como un acto de resistencia, ajeno al socavamiento al que se está haciendo referencia (cfr. COPELON, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 1994, p. 347).

³⁵⁷ Cfr. COPELON, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 1994, p. 349.

³⁵⁸ Cfr. COPELON, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 1994, p. 346; SUSSMAN, *Phil. & Pub. Aff.*, 2005, pp. 23-25.

confesión, sino que toda la perspectiva de la víctima es entregada a tal sustituto, hasta el punto de que lo único que importa a la víctima es complacer al torturador que aparece infinitamente distante, importante, inescrutable, poderoso y libre»³⁵⁹. El resultado final de este proceso desemboca en la destrucción del mundo tal y como había sido conformado por parte de la víctima y su sustitución por otro mundo perverso en la el que se pierde la autonomía y se convierte en objeto de la voluntad de otro. La propia esencia de la persona, sus sentidos, sus afectos y sus emociones operan secretamente contra ella misma, aliándose con los deseos e intereses del sujeto activo. El sujeto pasivo se encuentra prisionero de su propio dolor, un dolor que se alía con el torturador. Por ejemplo, una víctima de tortura declaró que «yo lloraba y les pedía que me mataran. Ellos se reían. Eran los dueños de nuestras vidas y de nuestras muertes (...) Sufrí la peor sensación de mi vida, la de no poder morir»³⁶⁰.

No obstante lo anterior, se debe tomar en consideración que el tipo contenido en el artículo 174 CP no requiere que la víctima alcance niveles de sumisión que conlleven la completa destrucción de la autonomía de la voluntad. No se debe soslayar que la tortura es un delito de idoneidad, de aptitud, con lo que se subraya que en el ordenamiento jurídico español la configuración del delito bajo estudio no requiere que las víctimas se encuentren completamente a merced del sujeto activo, en condiciones de esclavitud o de lavado cerebral, sino que basta con que el sometimiento a condiciones o procedimientos sean aptos para producir sufrimientos físicos o mentales; la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o atentados contra la integridad moral de modos diferentes a los anteriores.

Pues bien, para que las mencionadas condiciones y procedimientos puedan alcanzar la idoneidad o aptitud típica *se necesita que su naturaleza consista en la dominación del sujeto pasivo por parte del sujeto activo*. Así, no resulta relevante que se inflija una cantidad determinada de dolor o el traspaso de un umbral determinado arbitrariamente, así como tampoco resulta necesario que efectivamente se aniquile la voluntad o personalidad de la víctima. Basta con que el sujeto activo dé lugar a las condiciones o procedimientos que revelen su poder arbitrario de ejecutar actos de dominación sobre otra persona³⁶¹.

Así, las condiciones o procedimientos que son aptos para afectar al bien jurídico pueden materializarse en presiones físicas, psíquicas, o ambas entrelazadas, lo que constituye el común de los casos. Desde el punto de vista de las coerciones físicas que asimismo generan terror psíquico, se incluyen los golpes deliberados y demás castigos físicos o mentales: los golpes y demás contactos físicos pueden generar anomalías en el funcionamiento normal del cuerpo humano, cambios en la apariencia física de la víctima y mutilaciones o malformaciones del organismo. La conducta debe ser de tal entidad que debe tener capacidad para la dominación, como el someter a descargas eléctricas, duchas

³⁵⁹ SUSSMAN, *Phil. & Pub. Aff.*, 2005, pp. 25-26.

³⁶⁰ Diario El País, «Brasil se estremece con los relatos de torturas de las mujeres de la dictadura», http://internacional.elpais.com/internacional/2013/05/29/actualidad/1369856527_560626.html (última visita, 30 de mayo de 2013).

³⁶¹ Cfr. COPELON, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 1994, p. 348.

frías con mangueras de presión, golpear en la palma de las manos y pies, suspender por brazos o codos por detrás de la espalda, penetrar forzosamente en orificios del cuerpo humano con palos o porras, extraer uñas de manos o pies, moler los dientes, quemar pecho u órganos genitales, atentar contra la libertad sexual, mutilar partes del cuerpo humano, etc. La esencia consiste en producir sufrimientos que sean idóneos para que a la larga el torturador logre erigirse en el señor prepotente o soberbio que ejerce su dominio sobre la víctima³⁶², y en tal sentido ésta finalmente lleve a cabo comportamientos o rinda declaraciones que violen sus propios principios y lealtades, produciéndose en ella, al mismo tiempo, una sensación de aborrecimiento hacia sí misma³⁶³.

El Tribunal Supremo estimó que era constitutivo de tortura el procedimiento según el cual una persona, estando esposada en la vía pública y por tanto en situación de vulnerabilidad —indefensión—, fue sometida a repetidos golpes y puñetazos por cuatro funcionarios policiales, quienes le pisaron la cabeza contra el asfalto mientras le agarraban por el cuello para que no gritase. Una vez en la comisaría, le introdujeron una pistola en la boca, le amenazaron de muerte y le golpearon repetidamente con el arma en la espalda. Todo esto mientras la víctima les repetía entre sollozos que era hemofílico³⁶⁴. En otro caso, dos funcionarios policiales en una comisaría desnudaron a un detenido por completo, le pusieron una pistola en la cabeza lo que provocó que el detenido se descompusiera de miedo y defecara mientras le golpeaban reiteradamente. Luego le obligaron a que recogiera sus propios excrementos con las manos³⁶⁵. Estos comportamientos recogidos por la jurisprudencia son representativos de la dominación que constituye la esencia de la conducta típica del delito de tortura.

Asimismo, la naturaleza de dominación de las condiciones o procedimientos puede manifestarse en presiones psíquicas, en modalidades de tratamientos que afectan a la estabilidad emocional de la víctima y, por ejemplo, aislar a la persona en celdas frías, oscuras y sin ventilación; torturar a familiares en presencia de la víctima; amenazas de muerte incluyendo los simulacros de fusilamiento; suministrar drogas, o aplicación combinada de las llamadas técnicas de desorientación o de privación sensorial, como las que fueron evaluadas por el TEDH en la comentada sentencia del caso Irlanda v. Reino Unido (obligar al sujeto pasivo a permanecer durante horas en posiciones incómodas, cubrir la cabeza con una capucha durante la detención, mantener al detenido en una habitación donde hay permanente ruido a un volumen alto, evitar que el detenido pueda dormir y privarle de alimentos y líquidos³⁶⁶).

En todo caso, si bien dichas técnicas de desorientación no involucran apremios físicos importantes, igualmente constituyen unas condiciones y procedimientos que tienen una naturaleza de tal magnitud que puede infundir en la víctima sentimientos de temor, angustia

³⁶² Cfr. LUBAN, *Va. L. Rev.*, 2005, p. 1432.

³⁶³ Cfr. COPELON, *Columb. Hum. Rts. L. Rev.*, 1994, p. 347.

³⁶⁴ Cfr. STS de 30 de noviembre de 2009 (ponente Andrés Martínez Arrieta), Ant. 1.º.

³⁶⁵ Cfr. STS de 25 de abril de 2001 (ponente Diego Antonio Ramos Gancedo), Ant. 2.º.

³⁶⁶ Sobre el caso Irlanda v. Reino Unido, cfr. *supra* nota al pie n.º 323.

e inferioridad de alta intensidad. En ese sentido, las mencionadas técnicas son capaces de generar una sensación de indefensión en la víctima que alcanza el umbral de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el delito de tortura, si se agregan otros aspectos que se revisarán más adelante, relativos a la duración y a otras circunstancias.

b.2. Duración de las condiciones o procedimientos

El fin de protección del bien jurídico exige que, en la interpretación de los elementos que conforman el comportamiento típico, se tome en cuenta el interés protegido. Para que el comportamiento típico del delito de tortura afecte a la integridad moral, deben darse condiciones o procedimientos que sean aptos para generar en la víctima sentimientos de humillación o degradación. Para ello, se sostuvo que resulta necesario que tales condiciones y procedimientos tengan una naturaleza de dominación. Así, resulta relevante tomar en consideración el período de tiempo en que la víctima es sometida a tales condiciones o procedimientos para considerarlos como relevantes para la afectación al bien jurídico.

El TEDH en diversas sentencias ha considerado la duración como un factor fundamental a tomar en cuenta en el análisis de las conductas para determinar si alcanzan el umbral de los malos tratos que ya implican una violación al artículo 3 CEDH³⁶⁷. En efecto, el TEDH tomó en consideración la corta duración de las presiones y emociones agudas a la que había sido sometida la víctima para desestimar la tortura en la decisión *Egmez v. Chipre*³⁶⁸.

Se advierte, en todo caso, que resulta difícil establecer cuándo un período de tiempo de duración de las condiciones o procedimientos resulta relevante penalmente en lo que concierne al delito de tortura. Según *Sussman*, la tortura requiere no solo la completa indefensión y vulnerabilidad de la víctima, sino también que el torturador disponga de una real o percibida libertad, sin plazo definido, para doblegar la voluntad del sujeto pasivo³⁶⁹, pero el tipo contenido en el artículo 174 CP no exige que se doblegue completamente la autonomía de voluntad de la víctima, sino que basta con que la conducta tenga idoneidad para constituir una situación de indefensión y dominación sobre ésta. Para ello habrá que tomar en cuenta lo que objetivamente el punto de vista de un tercero observador estime prudente, teniendo presente las características personales de la víctima, en unos casos, o la aptitud general de lesión del bien jurídico, otros casos, lo que será analizado en el siguiente subapartado d).

En principio, se entiende que cuanto más se extiendan los interrogatorios o malos tratos en el tiempo, a lo largo de horas o de días, mayor es la aptitud para dominar al sujeto pasivo y, en consecuencia, mayor será la posibilidad de tipicidad de la conducta. La

³⁶⁷ Cfr. *Dikme v. Turquía*, 1.º de julio de 2000, §§ 95-96; *Gäfgen v. Alemania*, 1.º de junio de 2010, § 88; *Selmouni v. Francia*, 28 de julio de 1999, § 100; *Tekin v. Turquía*, 9 de junio de 1998, § 52.

³⁶⁸ Cfr. *Egmez v. Chipre*, 21 de diciembre de 2000, § 76.

³⁶⁹ Cfr. SUSSMAN, *Phil. & Pub. Aff.*, 2005, p. 30.

extensión temporal del período de dominación de la víctima influye en los sentimientos de miedo, angustia e incertidumbre de ésta sobre su destino. En el caso de Gäfgen contra Alemania se deja en evidencia que un período de tiempo que pareciera insignificante puede ser suficiente para reducir de manera importante el ejercicio de la autonomía de una persona y forzar su voluntad, siempre que, claro está, concurren otras circunstancias. Diez minutos, si son considerados de forma aislada, no constituirían una circunstancia apta para producir la humillación que el tipo de tortura requiere; no obstante, esos diez minutos en el caso concreto fueron vividos bajo un gran apremio³⁷⁰: los policías, estando sometidos a una intensa presión (querían salvar la vida de un niño), amenazaron al sujeto diciéndole que tenían a su disposición a un oficial especialmente entrenado en causar intensos dolores y que dichas torturas serían supervisadas por un médico. Tal situación de seriedad, nerviosismo y alta tensión era apta para lesionar el bien jurídico y en efecto provocó el derrumbamiento de la víctima, que confesó todo lo que deseaban los funcionarios policiales por el contexto de indefensión y dominación. Por lo tanto, la exigencia típica de que las condiciones o procedimientos deben realizarse durante un período de tiempo tiene que vincularse con la modalidad concreta de tales procedimientos para determinar la relevancia penal a los efectos del delito en estudio.

En una sentencia, el Tribunal Supremo indicó la duración de la conducta carecía de importancia a los efectos de la lesión a la integridad moral porque lo trascendente era la naturaleza vejatoria de la misma: se obligó al detenido a desnudarse en el interior del vehículo en la explanada trasera de una gasolinera³⁷¹. Pero en este caso el mencionado Tribunal estaba interpretando el delito contenido en el artículo 173 CP, en el que no se exige condiciones o procedimientos en los que se tome en consideración la duración.

b.3 Otras circunstancias de las condiciones o procedimientos

Además de la naturaleza de dominación y la duración, el Código penal exige considerar otras circunstancias para que las condiciones o procedimientos sean típicos del delito de tortura. Las condiciones y procedimientos a los que se ha hecho mención pueden tener otras características adicionales a los malos tratos físicos, mentales y humillantes para la

³⁷⁰ En septiembre de 2002, un niño de once años fue secuestrado por un sujeto que quería cobrar un rescate, pero al recoger la suma de dinero exigida fue perseguido y posteriormente capturado por la policía. En la oficina central del cuerpo policial fue informado de sus derechos como acusado, entre los cuales se encontraba el derecho a permanecer en silencio y a consultar a un abogado. Seguidamente fue interrogado sobre dónde podían localizar al niño secuestrado mientras él respondía con evasivas y responsabilizando a terceros. Como el detenido se negaba a revelar el lugar donde había escondido al niño el vicepresidente de la policía de Frankfurt, Daschner, permitió que un detective amenazara al detenido con producirle un considerable dolor físico, y, si fuera necesario, someterle efectivamente a tal dolor físico hasta que indicara el paradero del niño secuestrado. Acto seguido, el detective amenazó al detenido con que sería sometido a un muy grave dolor porque iba a ser dejado a merced de un especialista entrenado para producir dolores agudos si no revelaba el escondite donde había dejado al niño. La resistencia del detenido se quebrantó a los diez minutos y éste indicó el paradero del cuerpo del niño, que en realidad había muerto por asfixia en el momento del secuestro.

³⁷¹ STS de 16 de junio de 2009 (ponente Miguel Colmenero Menéndez de Lurca), FJ 2.º.

víctima y su duración para estimar la configuración del delito de tortura del artículo 174 CP. El mencionado texto legal se limita a señalar «otras circunstancias» sin más, por lo que resulta necesario establecer algunas pautas materiales para delimitar el alcance del tipo penal en aras del principio de legalidad penal y, en consecuencia, de la seguridad jurídica.

En este sentido, se debe considerar el bien jurídico protegido como una pauta material para analizar las «otras circunstancias», que forman parte de las características de las condiciones o procedimientos. Esto significa que las «otras circunstancias» deben aportar algo a la dominación de la persona, para que las condiciones o procedimientos sean lesivos al bien jurídico tutelado. En la presente investigación se propone que se incluyan en la evaluación de la tipicidad de la conducta tanto aspectos objetivos como aspectos subjetivos de la víctima que tengan la capacidad de influir en el desprecio a su condición de persona como ser moral.

Una circunstancia adicional objetiva que ha de ser tomada en cuenta es el lugar de comisión del hecho. Si el hecho se produce en una comisaría policial o en un recinto clandestino, por ejemplo, constituye un factor que coadyuva a la sensación de indefensión y dominación de la víctima, al incrementar la facilidad con la que el sujeto activo puede explotar su vulnerabilidad³⁷².

Asimismo, se pueden incluir características del sujeto pasivo como la edad, el sexo, el estado de salud o las creencias religiosas, de tal manera que se pueda abarcar la totalidad de la dimensión lesiva de la conducta típica. En el caso de la edad, por ejemplo, se podría considerar como una circunstancia a tomar en cuenta en la evaluación del impacto que las condiciones o procedimientos tienen en la integridad moral de la víctima. Los sujetos pasivos que sean menores de edad, ya sea en la adolescencia o en la niñez, y quienes sean ancianos, por ejemplo, podrían considerarse más vulnerables e indefensos al lado de quienes tengan más capacidad física y psíquica de resistencia frente a los embates del autor. En lo que respecta al sexo, la contextura física diferenciada entre los hombres y las mujeres, así como la diferencia entre los procesos psíquicos de ambos, puede ser utilizada por el autor para administrar los procedimientos que faciliten el ambiente de dominación que sea capaz de humillar a la víctima del delito de tortura. En cuanto al estado de salud, se observa que la vulnerabilidad de una persona es tanto mayor en la medida que se encuentre en peor estado de salud, lo cual debe ser tomado en cuenta al evaluar la tipicidad de las condiciones y procedimientos aplicados por el sujeto activo. Por último, las creencias religiosas, en la medida que forman parte de la personalidad de la víctima, son susceptibles de ser manipuladas para vejar a ésta³⁷³.

³⁷² El Tribunal Supremo tomo en cuenta especialmente el lugar de la comisión de la conducta — dependencia policial— para evaluar la indefensión de la víctima de delito contra la integridad moral (cfr. STS de 29 de noviembre de 2004 [ponente Gregorio García Ancos]), FJ 2.º).

³⁷³ *Waldron* trae un buen ejemplo de cómo las creencias religiosas pueden desempeñar un papel importante en la dominación del individuo. Una técnica de interrogatorio llevada a cabo en la Bahía de Guantánamo consistía en que funcionarias se sentaban a horcajadas sobre detenidos musulmanes, bailando sensualmente (*lap-dancing*) y manchando la ropa del detenido con lo que parecía sangre de la menstruación. De esta manera,

La edad, el sexo y el estado de salud de la víctima son circunstancias que, asimismo, han sido tomadas en cuenta por la jurisprudencia del TEDH cuando ha evaluado si la severidad de la conducta del autor es suficientemente grave como para que entre en aplicación la prohibición contenida en el artículo 3 CEDH³⁷⁴. Asimismo, también pueden ser tomadas en cuenta en la evaluación del contexto de realización del comportamiento típico las circunstancias de la custodia en la que se encontraba la víctima³⁷⁵, por su capacidad de generar angustia y sufrimiento.

Por lo tanto, las «otras circunstancias», a las que se refiere el Código penal como elementos integrantes de las condiciones o procedimientos realizados por el autor para afectar la integridad moral, son aquellas que forman parte de la persona de la víctima y que pueden ser determinantes en dicha afectación. Desde la perspectiva de la presente investigación se proponen el lugar de comisión, la edad, el sexo, el estado de salud y las creencias religiosas de la víctima, con lo cual se toman en consideración criterios que ya forman parte de la jurisprudencia del TEDH, es decir, forman parte del entorno jurídico.

c) Las aptitudes de las condiciones o procedimientos

Hasta este punto se ha indicado que la conducta típica del delito bajo estudio consiste en que el sujeto activo obligue al sujeto pasivo a que reciba, soporte o padezca unas condiciones o procedimientos que tienen una determinada naturaleza, duración u otras circunstancias. Estas condiciones o procedimientos deben, a su vez, tener la idoneidad para causar sufrimientos físicos o mentales; la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o atentados contra la integridad moral de modos diferentes a los anteriores. A continuación se analizarán cada una de estas posibilidades típicas.

c.1. Condiciones o procedimientos que suponen sufrimientos físicos o mentales

Esta es una de las características de la conducta típica que el legislador ha previsto como lesiva de la integridad moral y que resulta la más común en la práctica. La definición del Derecho internacional de los derechos humanos prevista en la CCT prevé como tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con lo cual el legislador español tuvo en cuenta el comportamiento que propone la mencionada Convención para plasmar una modalidad o forma particular de atentar contra la integridad moral, aunque no la única, toda vez que la conducta típica del Código penal es más amplia que la internacional.

los interrogadores lograban que los afectados se sintieran sucios y, en consecuencia, incapaces de rezar, lo que contribuía a la docilidad de la víctima en el interrogatorio (cfr. WALDRON, *Torture, Terror, and Trade-Offs*, p. 8).

³⁷⁴ Cfr. Gäfgen v. Alemania, 1.º de junio de 2010, § 88; Keenan v. Reino Unido, 3 de abril de 2001, § 109; Carabulea v. Rumania, 13 de julio de 2010, § 144; Selçuk y Asker v. Turquía, 24 de abril de 1998, § 76; Tekin v. Turquía, 9 de junio de 1998, § 52.

³⁷⁵ Cfr. Aydin v. Turquía, 25 de septiembre de 1997, § 84.

Un sector de la doctrina señala que lo que debe calificarse como físico o mental es el sufrimiento y no el método, considerando que para estos autores los sufrimientos físicos o mentales son un resultado típico cuya realización es requerida para la consumación del tipo³⁷⁶. En la presente investigación, como ya se adelantó, lo que resulta relevante para el perfeccionamiento de la conducta típica es que las condiciones o procedimientos sean aptos o idóneos para producir sufrimientos físicos o mentales como formas particulares de afectación a la integridad moral, por lo tanto lo relevante es que el método sea apto para producir el sufrimiento, sin que sea necesario que tal sufrimiento deba materializarse.

Asimismo, es de destacar que el Código penal emplea la voz «sufrimiento» y no «dolor» como suele referirse en la doctrina, lo cual es de recibo porque no todos los casos de tortura implican dolor en el sentido físico; en cambio el sufrimiento sí es una modalidad de atentado a la integridad moral que abarca sensaciones negativas más allá de dolor en sentido estricto, como incomodidades que pueden ser tan opresivas como el dolor, como por ejemplo el agotamiento producto de la privación de sueño.

Sin embargo, el hecho de que el delito de tortura sea de mera actividad no significa que la materialización de un resultado de sufrimiento sea totalmente irrelevante. En efecto, no es necesaria producción del resultado para la configuración del injusto penal, pero sí resulta relevante a los efectos de evaluar la gravedad del delito para la imposición de la pena. Sobre este aspecto se profundizará *infra* en el apartado B).

Por otro lado, cabe destacar que el legislador ha contemplado tanto la vertiente física como la psíquica del sufrimiento, con lo cual acoge un sentido amplio del delito de tortura acorde con lo previsto en el ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos. Asimismo, al prever como conductas típicas ambas clases de sufrimientos el legislador reconoce la posibilidad de que haya casos en que el sufrimiento físico y el mental no coincidan, dándoles igual relevancia en el concepto de tortura, lo cual es de suma importancia, toda vez que en el caso español, los apremios que algún sector de la doctrina anglosajona no reconoce claramente como tortura por no haber contacto físico directo entre el agresor y la víctima³⁷⁷, son considerados torturas sin problemas, siempre que, por supuesto, se afecte a los bienes jurídicos protegidos.

Así, debido a que el legislador ha contemplado las condiciones o procedimientos que supongan, en clave de aptitud, los sufrimientos mentales como conducta típica del delito bajo estudio, las llamadas cinco técnicas de privación sensorial mencionadas en la sentencia del caso Irlanda v. Reino Unido, que anteriormente fueron objeto de comentarios, podrían ser consideradas torturas en el caso español, mientras que el TEDH las definió *solo* como tratos crueles, inhumanos o degradantes cuando fue llamado a juzgarlas. Asimismo, las amenazas de tortura también podrían ser consideradas torturas por el sufrimiento mental que suponen, y no como ya ha decidido el TEDH en el caso antes comentado de Gäfgen contra Alemania, en el que el demandante había sido amenazado de ser torturado por la

³⁷⁶ Cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 131; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 238.

³⁷⁷ Cfr. POSNER, «Torture, Terrorism, and Interrogatio», p. 292.

policía si no revelaba el paradero de un menor de edad que previamente había secuestrado y que se sospechaba que seguía vivo. En este supuesto el TEDH indicó que en el caso concreto tales amenazas no constituían tortura sino que eran tratos crueles, inhumanos o degradantes (aun cuando, asimismo, sostuvo el TEDH en su fundamentación que la amenaza de tortura puede constituir tortura, ya que la naturaleza de tortura abarca tanto el dolor físico como el sufrimiento mental)³⁷⁸. Otros casos que pueden considerarse como tortura por el sufrimiento mental que causan serían los supuestos de la llamada tortura oblicua, en los que la víctima es obligada a presenciar la tortura de familiares u otras personas cercanas con las que se tiene especial aprecio o un deber de cuidado³⁷⁹.

El Código penal, a diferencia de la CCT, no establece que los dolores o sufrimientos físicos o mentales deban ser graves, por lo que conductas típicas menos graves también pueden dar lugar a torturas. Sin embargo, *Rebollo Vargas* sostiene una posición reduccionista, según la cual podrían existir conductas que reuniesen todos los requisitos objetivamente típicos de tortura y que, según el autor, no serían constitutivas de tal delito por no ser graves³⁸⁰. Así, según el mismo autor, las conductas graves serían tortura, y entre las conductas no graves habría unas que serían torturas y habría otras que no lo serían, lo cual haría sumamente difícil, sino arbitraria, la puesta en práctica de tal criterio de clasificación, considerando que ya es lo suficientemente complicada la división que el legislador plantea entre la tortura grave y la no grave a los efectos de la imposición de la pena. *Rebollo Vargas* parte del supuesto de que si no se establece un límite de gravedad, cualquier atentado a la integridad moral, sea de la intensidad que sea, sería delito de tortura. El propio autor sostiene que ello iría contra la *ratio* del precepto, y justamente allí reside la objeción a su postura. Si una conducta cumple con todos los requisitos del tipo objetivo significa que no se trata de *cualquier* atentado a la integridad moral, sino que se trata de condiciones o procedimientos que tienen una naturaleza, duración y circunstancias que no cualquier condición o procedimiento tiene. Se trata de conductas que ya tienen una

³⁷⁸ Cfr. *Gäfgen v. Alemania*, 1.º de junio de 2010, § 108.

³⁷⁹ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, «De las torturas y otros delitos», p. 232; MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 72; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 239; MILLER, «Torture», <http://plato.stanford.edu/archives/sum2011/entries/torture/> (última visita, 25 de agosto de 2012). Por su parte, *Tamarit Sumalla* manifiesta que el Código penal no contempla expresamente los supuestos de tortura de terceros como instrumento de presión hacia la persona para alcanzar las finalidades típicas (indagación, castigo y discriminación) por parte del sujeto pasivo, es decir, la llamada «tortura oblicua», sin embargo admite que en referencia a los sufrimientos mentales podría ser admitida solamente si hay una estrecha relación de parentesco o afectividad entre las dos personas (cfr. TAMARIT SUMALLA, «Artículo 174», pp. 254-255). En la presente investigación se sostiene que efectivamente constituye un caso de sufrimiento mental, por lo que no constituye ningún problema su recepción en el caso español. Asimismo, esta solución parece corroborada por lo previsto en el artículo 177 CP, en el que se contempla la posibilidad de llevar a cabo la tortura en un tercero.

³⁸⁰ Cfr. REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», pp. 272-273. El autor defiende que no responde a la *ratio* del artículo 174 CP que se eleve a la categoría de tortura cualquier atentado a la integridad moral, sea de la clase e intensidad que sea; pero tampoco aporta criterios para evaluar a partir de qué intensidad un atentado a la integridad moral se encuadra en el mencionado precepto.

impronta de dominación, que se dirigen a la humillación o degradación, es decir, implica una lesión al bien jurídico protegido, y ello sigue siendo así aun cuando después sea catalogada como no grave a efectos de la imposición de la pena.

Así, los sufrimientos físicos o mentales pueden implicar, por un lado, las llamadas por *Elsbtain* prácticas terroríficas que ninguna persona prudente pondría en duda de que se tratan de torturas y que dejan daños físicos y psíquicos duraderos o permanentes, como serían arrancar las uñas de las manos y los pies y, en general, las mutilaciones de partes del cuerpo humano; agresiones sexuales; aplicaciones de electricidad; lesiones que dejan marcas o rastros que, aunque no sean permanentes, sí dejan importantes secuelas sobre el cuerpo humano por un tiempo prolongado: falta de apetito, cicatrices y demás heridas exteriores que generen dolor severo, etc. Y, por otro lado, los sufrimientos físicos o mentales también abarcan las presiones físicas moderadas que, sin dejar daños físicos o psíquicos duraderos, sí alcanzan a lesionar el bien jurídico debido al contenido relevante de humillación o degradación mediante la causación, en la víctima de las coacciones, sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad³⁸¹. Ejemplos de estas coerciones que no dejan daños permanentes ni especialmente duraderos serían la aplicación combinada de alguna de las siguientes conductas: la privación del sueño, la exposición a temperaturas extremas, el suministro de drogas, la aplicación de malos tratos físicos, forzar al detenido a permanecer de pie o en posiciones incómodas por días, etc. El sometimiento a algunos de estos procedimientos puede efectivamente suponer sufrimientos físicos y mentales capaces de negar el respeto que se debe a las personas en tanto seres morales, lo cual caracteriza a la humillación.

Por último, es importante recordar que no cualquier conducta capaz de producir sufrimientos físicos o mentales es típica a los efectos del delito de tortura, sino que hay que tener en cuenta, en la totalidad de los casos, que las condiciones o procedimientos que tengan tal aptitud deben reunir los requisitos antes esbozados relativos a la indefensión que implica el *someter*, la dominación que se encuentra en la naturaleza de las condiciones o procedimientos típicos; así como el considerar la duración de los mismos y la salud, el sexo, la edad, las creencias religiosas, etc., de la víctima. De tal manera que una bofetada aislada que un funcionario policial propine a algún detenido, aunque constituya un procedimiento que tenga la aptitud de causar sufrimiento a la víctima, no presenta todas las características necesarias para la configuración del tipo objetivo del delito de tortura.

c.2. Condiciones o procedimientos que suponen la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión

La doctrina que defiende que el delito de tortura es de resultado ha sostenido, en lo que se refiere a la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, que el legislador español ha ampliado la conducta que tradicionalmente ha sido señalada por la comunidad internacional mediante el artículo 1.1 CCT. En efecto, el

³⁸¹ Cfr. Selmouni v. Francia, 28 de julio de 1999, § 99; Keenan v. Reino Unido, 3 de abril de 2001, §110.

artículo 174.1 CP abarcaría casos de tortura que no significan sufrimientos físicos o mentales, pero que anulan la personalidad o disminuyen la capacidad física o mental del individuo³⁸². En relación con la presente investigación, se estima que el legislador penal castiga una modalidad particular de atentar contra la integridad moral que es el menoscabo de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, sin que concurra la aptitud de causar sufrimiento físico o mental.

Se considera que el legislador cuando prevé esta modalidad de la conducta típica se refiere específicamente a la tortura que persigue fines de investigación, toda vez que va dirigida a alterar la capacidad de formación de la libertad de volición y el libre albedrío³⁸³. En efecto, la disposición penal hace referencia a las «facultades», las cuales deben ser entendidas como capacidades, aptitudes, potencialidades, que se encuentran en el sustrato espiritual de la persona, es decir, en un momento inmediatamente anterior a su externalización mediante la ejecución material de la libertad, pues las libertades desde el punto de vista externo (libertad de obrar) ya serían un ámbito propio del delito de coacciones. En el mismo sentido se ha pronunciado *Rodríguez Mesa*, cuando indica que lo que se protege es la posibilidad de que el individuo mantenga las facultades necesarias para hacer valer su libertad moral³⁸⁴. Estas facultades están referidas al ámbito del conocimiento, discernimiento o decisión de la persona.

Según lo señalado en el Diccionario de la Real Academia Española, «conocer» en su acepción segunda es entender, advertir, saber, echar de ver; mientras que según su acepción tercera es percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él³⁸⁵. *Rodríguez Mesa* vincula la facultad de conocer con las facultades sensoriales³⁸⁶. Por su parte, «discernir» en su primera acepción es distinguir algo de otra cosa, señalando la diferencia que hay entre ellas³⁸⁷; y, por último, «decidir» en su acepción primera es formar juicio definitivo sobre algo dudoso o contestable³⁸⁸.

Como se podrá advertir, el comportamiento típico del sujeto activo supone la supresión o disminución de las facultades de percibir lo que sucede alrededor del sujeto pasivo, de captar las diferencias entre una cosa y otra, y la aptitud de resolver libremente un dilema³⁸⁹. Estas conductas persiguen no tanto la producción de sufrimientos físicos o mentales por sí

³⁸² Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 240.

³⁸³ En sentido semejante, GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 134.

³⁸⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 240.

³⁸⁵ Cfr. Real Academia Española, «Diccionario de la lengua Española», <http://lema.rae.es/drae/> (última visita, 25 de agosto de 2012).

³⁸⁶ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 240.

³⁸⁷ Cfr. Real Academia Española, «Diccionario de la lengua Española», <http://lema.rae.es/drae/> (última visita, 25 de agosto de 2012).

³⁸⁸ Cfr. Real Academia Española, «Diccionario de la lengua Española», <http://lema.rae.es/drae/> (última visita, 25 de agosto de 2012).

³⁸⁹ Cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 134.

solos, sino que se doblegue la capacidad de volición autónoma del individuo y se convierta en instrumento del sujeto activo. El TEDH sostiene que una conducta es considerada degradante cuando rompe la resistencia moral de la víctima de tal manera que se lleve a esta a actuar en contra de su voluntad o conciencia³⁹⁰.

Ahora bien, resulta necesario recordar en que los menoscabos a las facultades de percibir lo que ocurre alrededor, de captar las diferencias entre una cosa y otra, y de tener aptitud para resolver un dilema de manera autónoma, son entendidos por el legislador penal como formas particulares de atentados contra la integridad moral. El delito de tortura se perfecciona cuando la conducta desplegada por el autor tiene aptitud para producir tales consecuencias dañosas, sin que se requiera un resultado. De eso se trata cuando la disposición bajo estudio señala como típicas las condiciones o procedimientos que *suponen*.

Ejemplo de medidas psiquiátricas que constituyen condiciones o procedimientos que suponen una disminución o supresión de las comentadas facultades pueden ser la llamadas técnicas de privación sensorial o el suministro a la víctima de drogas que puedan obliterar su personalidad o disminuir sus capacidades, convirtiendo a la víctima en un mero instrumento al servicio de la voluntad del sujeto activo, en un ser desorientado que ha perdido su *yo*, sin que se le cause sufrimiento físico o, incluso, sin que siquiera se haya percatado que ha sido drogada³⁹¹. En este sentido, *Rodríguez Mesa* pone como ejemplos de conductas que suponen la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión las llamadas técnicas de privación sensorial, de lavado de cerebro y de despersonalización. Las primeras estarían referidas a las que alteran los procesos necesarios para mantener el equilibrio entre el organismo y las cambiantes condiciones del medio ambiente, como serían la falta de sueño, la privación de alimentos, el aumento de la actividad sensorial que impida el equilibrio vigilia-sueño o el aislamiento de cualquier medio estimulante. Las técnicas de lavado de cerebro producen una disfunción en el cerebro que hace que el individuo adopte una nueva ideología, siendo incapaz de adecuarse a su propio sistema de valores, lo cual también ocurriría con las técnicas de despersonalización³⁹². De hecho, en relación con las técnicas de privación de sueño, un grupo de investigadores de la Universidad de Stanford ha llevado a cabo pruebas que demuestran que independientemente de la cantidad total de sueño, un tiempo mínimo sin interrupciones es crucial para la consolidación de la memoria³⁹³.

Waldron se opone a que las técnicas de lavado de cerebro sean comprendidas como tortura. Este autor sostiene que para que estas técnicas tengan éxito se requiere que la víctima no se percate completamente de lo que le ocurre, es decir, debe creer que actúa según sus propias convicciones, aun cuando en realidad sus creencias, deseos y

³⁹⁰ Cfr. *Keenan v. Reino Unido*, 3 de abril de 2001, §110; *Gäfgen v. Alemania*, 1.º de junio de 2010, § 89.

³⁹¹ Cfr. COPELON, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 1994, p. 341.

³⁹² Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 240-241.

³⁹³ Cfr. <http://www.pnas.org/content/108/21/8844.full.pdf+html?sid=9ac05a88-5f72-4aab-877b-91ba84916205> (última visita, 28 de julio de 2013).

percepciones fueron reorganizadas de tal manera que reflejan el plan del sujeto que le lava el cerebro, y en caso de que la víctima empiece a percatarse que está siendo objeto de una manipulación, en ese momento se desmorona el proceso de lavado de cerebro. Según el mencionado autor, el hecho de que la víctima crea que actúa según sus propias convicciones cuando en realidad es títere de otra persona, constituiría una contradicción frente a la naturaleza de la tortura, pues ésta requiere justamente que la víctima se dé cuenta, aunque sea mínimamente, de qué es lo que están haciendo con ella.

La objeción de *Waldron* viene precedida por la idea de que la tortura produce resultados exteriores que se desvinculan de la conducta en el espacio y el tiempo. Para la visión de este autor, debe haber un efectivo resultado dañoso en la personalidad y cuerpo de la víctima; por ello es importante que la víctima tome conciencia de que está procediendo en contra de su voluntad, manipulada por las conductas del torturador. Según la perspectiva de la presente investigación, que es la de la dogmática penal española y no filosófica, lo que se castiga es la aptitud o capacidad de la conducta, es decir, el delito se consuma independientemente de que la víctima sufra o sienta menoscabada sus facultades de conocimiento y decisión. Así, si un individuo somete a otro a alguna técnica de lavado cerebral o de despersonalización sin lograr que la víctima llegue a identificar como propia una voluntad que en realidad es impuesta por otro (es decir, la víctima no sufre el dilema sobre si se somete al torturador o si continúa resistiendo a sus embates³⁹⁴), igualmente se trata de un medio idóneo para lesionar el bien jurídico.

c.3. Condiciones o procedimientos que de cualquier modo atenten contra la integridad moral

Esta clase de condiciones o procedimientos es objeto de controversia en la doctrina, pues para *Grima Lizandra* la modalidad de conducta típica bajo estudio es una cláusula específica para los casos de tortura punitiva³⁹⁵, mientras que otro sector de la doctrina se inclina por considerar que simplemente constituye una cláusula de cierre de carácter residual y que los sufrimientos físicos o mentales y la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión son ejemplos de atentados a la integridad moral³⁹⁶. Dentro de este último sector, cabe destacar dos posiciones. Por una parte, *Rebollo Vargas* sostiene que si bien es una cláusula de cierre, no amplía desmesuradamente el tipo pues solo se castigarían los menoscabos «graves» a la integridad

³⁹⁴ Cfr. SUSSMAN, *Phil. & Pub. Aff.*, 2005, pp. 9-10.

³⁹⁵ Cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 140.

³⁹⁶ Cfr. BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, p. 161; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», p. 93; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Título VII. De las torturas», p. 508; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 238; REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 273; PÉREZ MACHÍO, «Artículo 174», *Comentarios al Código Penal*, p. 691; DEL ROSAL BLASCO, «Torturas y otros delitos», p. 1237.

moral, cuando se llevan a cabo algunas de las finalidades del tipo subjetivo³⁹⁷. La otra posición es la de *Rodríguez Mesa*, quien hace un esfuerzo delimitador al indicar que la cláusula bajo estudio no es tan residual pues expresa, en definitiva, la conducta nuclear típica³⁹⁸, que son los tratos degradantes o humillantes que se realicen según las formas y finalidades previstas en el tipo, con lo cual tampoco hay una ampliación indebida del ámbito de aplicación del tipo³⁹⁹.

Por un lado, no es de recibo sostener que las condiciones o procedimientos que de cualquier modo atenten contra la integridad moral se refieran solamente a los casos de la tortura punitiva, es decir, la que se inflige para castigar al sujeto pasivo por algo que ha hecho o que se sospeche que ha hecho. Precisamente, al ser una cláusula que se refiere a un atentado a la integridad moral sin mayores precisiones, puede estar referida también a la tortura que persigue información o a la que se realiza por motivos de discriminación. La disposición legal apunta al atentado a la integridad moral sin más distinciones, por lo que de la letra de la ley no cabría establecer distinciones entre la tortura punitiva, la tortura indagatoria y la tortura discriminatoria en lo que se refiere a esta cláusula. En definitiva, la instrumentalización de la persona no solamente abarca aquellos casos en los que es sometida a un castigo, sino también cuando se la obliga a aportar alguna información en contra de su voluntad o es sometida a discriminación por su forma de ser.

Asimismo, tampoco se puede compartir la posición de quienes sostienen el carácter residual de la conducta típica bajo estudio, toda vez que ello convertiría el tipo penal en un tipo abierto, además de que haría difícil su diferenciación con respecto del tipo penal previsto en el artículo 175 CP⁴⁰⁰.

Por último, en relación con la postura de *Rebollo Vargas*, en la presente investigación no se puede compartir la idea según la cual esta modalidad castiga las conductas de cierta gravedad, porque el tipo penal prevé las tres modalidades de conducta típica en condición de igualdad, siendo cualquiera de las tres susceptibles de ser valoradas como graves o menos graves a los efectos de la imposición de la pena correspondiente. Así, no hay ninguna razón por la cual la modalidad de conducta bajo estudio esté reservada a las de mayor gravedad mientras que las conductas que tienen aptitud de producir sufrimientos físicos, por ejemplo, estén excluidas de tal calificación.

³⁹⁷ Cfr. REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 273. Sobre la exigencia de gravedad del menoscabo a la integridad moral para que la conducta sea típica del delito de tortura, se comentará al respecto cuando se analicen las condiciones o procedimientos que supongan sufrimientos físicos o mentales.

³⁹⁸ Asimismo, *Barquín Sanz* sostiene que todos los supuestos de conducta típica de tortura pueden resumirse en atentados contra la integridad moral (cfr. BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, p. 161). Por su parte, así también parecen sugerirlo LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Título VII. De las torturas», p. 508; MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 73.

³⁹⁹ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 244-245.

⁴⁰⁰ Cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «De las torturas y de otros delitos contra la integridad moral», p. 122.

Desde la perspectiva de la presente investigación, las condiciones o procedimientos que de cualquier otro modo atenten contra la integridad moral de la víctima, constituyen la modalidad genérica de conducta típica que afecta los bienes jurídicos protegidos, con especial referencia a la integridad moral. En otras palabras, mientras que las conductas típicas aptas tanto para producir sufrimientos físicos o mentales como para suprimir o disminuir facultades de conocimiento, discernimiento o decisión son modalidades específicas de la conducta típica que tienen aptitud para atentar contra la integridad moral, la presente modalidad sería la que atenta genéricamente a la integridad moral. Esta modalidad genérica está especialmente referida a los tratos humillantes que no sean en sí aptos ni para producir sufrimientos físicos o mentales, ni aptos para producir supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, pero que sin embargo atentan contra la integridad moral por la degradación a la que es sometida la víctima.

Quienes en un esfuerzo delimitador de esta modalidad genérica argumentan que los sufrimientos físicos o mentales y la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión son ejemplos de atentados a la integridad moral van en la dirección correcta, pues tal interpretación estaría tomando en cuenta la sistemática de la disposición bajo estudio y limitaría considerablemente el ámbito de aplicación de la conducta típica que a primera vista pudiera parecer indeterminada o de extensión arbitraria. Sin embargo, en la presente investigación se considera mejor justificado hablar de modalidades específicas que afectan al bien jurídico más que de «ejemplos», es decir, afectaciones a la integridad moral que se manifiestan a través de la aptitud concreta para causar sufrimientos físicos o mentales, o para causar menoscabos en capacidades cognitivas y decisorias de la víctima.

En este sentido, la postura de *Rodríguez Mesa* es la más acorde con la sistemática del tipo al destacar que los atentados a la integridad moral se refieren a los supuestos de tratos degradantes o humillantes que se llevan a cabo siguiendo las finalidades previstas en el tipo⁴⁰¹. Así, desde la perspectiva de la presente investigación *la condición o procedimiento que tenga aptitud de humillar o degradar a la víctima es la modalidad genérica de afectar a la integridad moral, distinta de los sufrimientos físicos o mentales y la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión de la víctima, que serían modalidades específicas*. Aunque lo humillante o degradante debe impregnar todas las modalidades de conducta típica del delito de tortura, es decir, también los sufrimientos físicos o mentales y la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión de la víctima, el legislador ha entendido que las condiciones o procedimientos de dominación que tienen aptitud para producir sufrimientos o menoscabos en las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, ya son consideradas humillantes para la víctima y, en tal virtud, afectan al bien jurídico protegido⁴⁰².

⁴⁰¹ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 244-245.

⁴⁰² No obstante, el Tribunal Supremo ha sostenido que «el trato degradante no tiene porqué ser inexcusablemente elemento constitutivo de la tortura. Los malos tratos definen una actitud general y amplia,

Por lo tanto, la modalidad genérica de la conducta típica bajo estudio es la que es apta para producirle a la víctima —aunque no se exija ningún resultado— sentimientos de humillación no acordes con su condición de persona, como puede ser el caso de obligar a la persona a que se desnude y camine entre risas y burlas de otros, o el caso que consiste en obligar al sujeto pasivo a que lama la suela de los zapatos del sujeto activo, o el supuesto de negarle del uso del baño a la víctima obligándola así a orinarse o defecarse con la ropa puesta, lo cual es degradante al tratar a un adulto como si fuera un niño pequeño que no controla sus esfínteres, etc. En definitiva, esta modalidad genérica de la conducta típica del delito bajo estudio constituye, de acuerdo con *Waldron*, un conjunto de tratos a la víctima inaceptables desde el respeto a la integridad moral, como lo serían, por ejemplo, la bestialización, la instrumentalización, la infantilización y la demonización de la víctima.

Waldron propone la siguiente lista de degradaciones: a) la bestialización, que consiste en otorgar un trato al detenido que es más acorde con los animales que con los humanos, por ejemplo, usarle como bestia de carga; pegarle; arrearle; tratarle como si no tuviese lenguaje ni capacidad de raciocinio o entendimiento, etc.; b) la instrumentalización, que implica tratar a la víctima como un objeto manipulable para los propósitos del torturador, o utilizarle de manera no suficientemente respetuosa con su humanidad como un fin en sí mismo, por ejemplo, el abuso sexual; c) la infantilización, en la que un adulto es tratado como si fuera un niño, por ejemplo, obligarle a orinarse o defecarse sin quitarse la ropa; y d) la demonización, según la cual se trata a la víctima —quien es vista como hostil, malvada, y, por tanto, es temida o despreciada— como si fuese simplemente la vil encarnación del mal⁴⁰³.

Teniendo presente que el tipo del delito de tortura no requiere que se produzca un resultado, la conducta es típica incluso cuando la víctima, en su posición de sumisión física o indefensión, se sienta superior moralmente a su torturador.

son un "plus" de perversidad y maldad que acoge sin embargo distintas y variadas conductas de mayor o menor entidad, de más o menos transcendencia. Pero dentro de esos malos tratos son evidentemente diferentes el trato degradante y la tortura. El trato degradante implica quizás una conducta desde la habitualidad (...), conducta repetida más en relación a situaciones de menor entidad aunque siempre hirientes a la dignidad porque suponen en todo caso menosprecio y humillación. La tortura supone por el contrario una conducta más intensa, que en la legislación española por lo común supone la comisión de otra figura delictiva, aunque también se castigue, como excepción más atenuada, el interrogatorio con intimidación o violencia física». Con este razonamiento el Tribunal Supremo pretende diferenciar la tortura del delito de malos tratos previstos del Código penal anterior. Para ello toma la diferenciación establecida por el TEDH entre tortura o trato inhumano con trato degradante (cfr. STS de 2 de marzo de 1998 [ponente José Augusto De Vega Ruiz], FJ 10.º). En la legislación penal actual se prevé al lado del delito de tortura el delito de atentado a la integridad moral por parte de funcionario público en el artículo 175 CP. En el presente trabajo se defiende que en ambos delitos hay un trato degradante o despreciativo a la víctima, pero en el delito de tortura se castiga a un grupo determinado de funcionarios públicos con específicas competencias y, además, estos sujetos activos deben perseguir determinadas finalidades. La tortura debe afectar a la integridad moral, y para ello se ha previsto la vía de la humillación o degradación de la persona como modo básico de ataque a dicho bien jurídico. Si la humillación o degradación no fueran consustanciales al delito de tortura, bastaría que el legislador agravara la pena del delito de lesiones en función del sujeto activo o de las finalidades perseguidas, perdiendo así el delito de tortura su autonomía.

⁴⁰³ Cfr. WALDRON, *Can. J. L. & Jurisprudence*, 2010, pp. 282-283.

d) La evaluación de la aptitud de las condiciones o procedimientos, ¿debe ser general o específica?

Por último, en el momento de evaluar cuándo se está en presencia de una condición o procedimiento que, atendiendo a todas las características y modalidades mencionadas, tenga la aptitud o la idoneidad para afectar el bien jurídico, se podría tomar en cuenta una perspectiva subjetiva —como la del autor o la de la víctima— o la evaluación podría sustentarse en una visión objetiva basada en la aptitud para producir a la generalidad de las personas sufrimientos físicos o mentales; supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o atentados contra la integridad moral de modos diferentes a los anteriores. Es decir, ¿cuál es la perspectiva de evaluación de tales aptitudes o idoneidades de las condiciones o procedimientos?

Algunos autores se han pronunciado al respecto. Por un lado, se ha sostenido que el criterio preponderante debe ser el subjetivo del autor de las torturas. En este sentido *Yarwood* defiende que para distinguir la tortura de otras formas de abuso, es esencial que el objeto de evaluación sea la conducta del torturador y no el sufrimiento de la víctima. De esta manera, afirma la autora, se enlaza la culpabilidad del autor con su responsabilidad penal⁴⁰⁴. Para llegar a esta conclusión, la mencionada autora se apoya en que la tortura exige para su consumación que concurren finalidades específicas en el autor que acompañen la intencionalidad de la acción, lo cual da soporte a la idea de que la perspectiva del autor es la relevante⁴⁰⁵; además de que el dolor o sufrimiento físico de la víctima de tortura es incidental y no refleja la culpabilidad del autor. Asimismo, la mencionada autora indica, en referencia a la violencia sexual, que es la perspectiva del autor la que permite distinguir entre una violación que persigue la satisfacción sexual de éste de la tortura consistente en vejaciones de tipo sexual, en la que el autor persigue ejercer control y poder⁴⁰⁶.

Por otra parte, no faltan quienes colocan en la balanza mayor peso en la perspectiva centrada en la víctima, que es la receptora del comportamiento típico y la titular del bien jurídico lesionado. En este sentido, *Ingelse* sostiene que solo la víctima puede ser testigo del dolor y su intensidad⁴⁰⁷.

Lo correcto sería tomar en cuenta la perspectiva de un tercer observador objetivo que analice la conducta en el momento *ex ante*, que sea espectador de la conducta y analice su

⁴⁰⁴ Cfr. YARWOOD, *JJIS*, 2008, p. 335.

⁴⁰⁵ Cfr. YARWOOD, *JJIS*, 2008, p. 330.

⁴⁰⁶ Cfr. YARWOOD, *JJIS*, 2008, pp. 336-337. En relación con el carácter incidental del dolor o sufrimiento, hay que tomar en cuenta que en el ejemplo del autor se constata una visión estrecha de lo que constituye dolor o sufrimiento. El sufrimiento siempre está presente en la tortura, es consustancial a ella, pues es el medio eficaz para romper la voluntad de la víctima al empujarla a la indefensión y la humillación. El sufrimiento también es psíquico.

⁴⁰⁷ Cfr. INGELSE, *The U.N. Committee Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: An Assessment*, 2001, p. 209; citado por CULLEN, *Cal. W. Int'l L.J.*, 2003, p. 33. En el mismo sentido, cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «De las torturas y de otros delitos contra la integridad moral», p. 121.

aptitud para lesionar el bien jurídico. Ahora bien, lo importante es determinar si esa aptitud debe ser para la generalidad de las personas o si más bien se deben tomar en cuenta las características especiales de cada sujeto pasivo.

Harper propone un test híbrido, en el sentido de que el análisis debe incluir no solamente el efecto que tendría la conducta del autor sobre una persona promedio, sino que también es importante tomar en cuenta elementos como la edad, el sexo, la salud y las posibles discapacidades que afecten al sujeto pasivo concreto, así como y la naturaleza, propósito y duración de los actos sobre la víctima⁴⁰⁸. En sentido semejante *Rodríguez Mesa* propone tomar en cuenta las especiales características de la víctima como la edad, el sexo, el estado de salud, etc., y además «las características fisiológicas del dolor infligido (intensidad, duración, cualidad, etc.), las actitudes culturales frente al dolor, y sobre todo la situación en la que se da el sufrimiento (...) impuesto en una situación de indefensión...»⁴⁰⁹. Estas dos autoras se refieren a la evaluación de los sufrimientos físicos o mentales como resultados de la conducta del sujeto activo, que para ellas son imprescindibles para el perfeccionamiento del delito de tortura. De estas posturas se deduce que resulta relevante considerar las características especiales de la víctima y que las mismas sean del conocimiento del autor.

En la presente investigación se observa que no todas las modalidades de ataque al bien jurídico protegido requieren de la misma perspectiva de la idoneidad. Por un lado, se sostiene que resulta relevante tomar en consideración las características específicas de la víctima concreta para evaluar la aptitud de la conducta típica, pero, por otro lado, también en determinados casos lo relevante es evaluar la aptitud desde una perspectiva general para estimar la lesión al bien jurídico protegido por el delito bajo estudio. Es decir, a veces hay que observar las circunstancias particulares de la víctima y otras veces hay que observar a la víctima como una representación de la humanidad en general.

¿Por qué existe la posibilidad de apreciar diferentes aptitudes para las distintas formas de condiciones o procedimientos? Porque las condiciones o procedimientos son diferentes. Las condiciones o procedimientos aptos para causar en la víctima sufrimientos físicos o mentales, o para suprimir o disminuir sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión son modalidades específicas de las condiciones o procedimientos que suponen atentados a la integridad moral. El legislador ha estimado que estas modalidades específicas son lesivas para el bien jurídico protegido porque son capaces y están destinadas precisamente a causar sufrimiento físico o mental o supresión o disminución de facultades cognitivas y volitivas del sujeto pasivo, que constituyen por sí mismas formas particulares de minusvalorar la personalidad de la víctima. Un trato que esté destinado a causar tales males a otra persona es lesivo, de una forma más particular aunque menos directa, del interés que toda persona tiene en recibir de los demás un trato mínimo que sea respetuoso con su condición de persona por constituir un ser moral.

⁴⁰⁸ Cfr. HARPER, *Santa Clara L. Rev.*, 2009, p. 924. La autora realiza este test híbrido para determinar el alcance de la frase *dolores o sufrimientos graves* de la definición de tortura de la CCT.

⁴⁰⁹ RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 239.

De tal manera que las condiciones o procedimientos que son idóneos para causar tanto sufrimientos físicos o mentales como la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, que constituyen modalidades o formas particulares o específicas de atentado contra la integridad moral, deben ser evaluados desde el punto de vista del espectador objetivo que toma en cuenta la aptitud concreta de la conducta del agente para producir el atentado a la integridad moral en la particular víctima. Ello se desprende de la propia redacción del artículo 174 CP, al consagrar que se castigan las condiciones o procedimientos desplegados por el autor que *le supongan* a la víctima las distintas modalidades de atentado a la integridad moral. Además, como ya se ha examinado, cuando el tipo describe las condiciones o procedimientos típicos, se incluye en la evaluación *otras circunstancias*, tales como la edad, el sexo, el estado de salud y las creencias religiosas de la víctima, es decir, elementos que tienden a concretizar la aptitud de las condiciones o procedimientos típicos. Como consecuencia, la conducta típica debe ser concretamente idónea para causar la afectación al bien jurídico a la particular víctima, pues una condición o procedimiento que sea apto para causar sufrimientos físicos a un niño puede que no lo sea para un adulto, o el procedimiento que sea apto para disminuir la capacidad volitiva de una persona impresionable puede que no sea apto para otra víctima de carácter especialmente fuerte.

La evaluación debe hacerse desde una perspectiva *ex ante*, en la cual el autor debe conocer las características personales de la víctima. Si el autor no sabe *ex ante* que el interrogado es sordo y le obliga a escuchar ruidos a un elevado volumen para que confiese, estaría el delito de tortura consumado porque ha utilizado un procedimiento que es apto para suponer sufrimiento a la víctima; pero si el autor a sabiendas de que el torturado es sordo lo somete al mismo procedimiento, no habrá conducta típica.

Sin embargo, la perspectiva para evaluar la idoneidad de las condiciones o procedimientos que atentan, de forma genérica y mediante humillaciones, contra la integridad moral del sujeto pasivo ha de ser distinta. Estas condiciones o procedimientos lesionan directamente el trato respetuoso que toda persona merece en tanto que ser moral, es decir, lesionan el bien jurídico aun cuando el objeto material concreto no se sienta personalmente degradado. Lo relevante en esta perspectiva es que el sujeto activo ha afectado directamente, con su conducta, a la humanidad, es decir, su conducta avergonzaría a cualquier persona por pertenecer a un grupo de individuos que procediera de tal manera con sus semejantes. En estas situaciones, aunque el sujeto pasivo sea impasible, el ciudadano medio no puede permanecer indiferente porque su tolerancia ante una afrenta de dicha naturaleza vulnera la idea misma de humanidad, en el sentido de que la retrotrae a momentos en los que se cosificaban a las personas.

Waldron sostiene que, aunque sea cierto que la dignidad tiene un componente de conciencia (si es asociada a los aspectos conscientes de la humanidad como son la razón, el entendimiento, la autonomía, el libre albedrío, etc.), por lo que la degradación sería típicamente experimentada como humillación subjetiva, no es necesario que siempre sea así pues en algunos casos se podría juzgar que el trato es objetivamente degradante aunque la víctima lo consienta o lo quiera. Así, este autor ha defendido que aunque el sujeto pasivo

esté inconsciente o no se percate del maltrato a que es sometido, tal trato es degradante para la persona que lo padece si ha tenido efectos en terceros que lo han observado y han llegado a tal conclusión, pues es suficiente la evaluación por el estándar del tercero objetivo que piensa correctamente y que observa el trato como humillante o envilecedor para la víctima, es decir, como una muestra de falta de respeto o una disminución de su dignidad humana⁴¹⁰.

Con anterioridad se afirmó que algunas prácticas como el lanzamiento de enanos eran violatorias de la dignidad humana aun cuando el sujeto, de manera personal, no se considere a sí mismo degradado o humillado. Los miembros de una sociedad civilizada deberían tratar a los demás y ser tratados por sus pares de forma respetuosa. Si alguien trata a otra persona como si fuera una bestia, es decir, de manera infrahumana, además de afectar al sujeto pasivo también se afecta a la humanidad. *Kant* sostenía que la humanidad misma es una dignidad⁴¹¹. Los seres humanos son el mejor ejemplo del reino animal y de esta manera el respeto mutuo como dignidad es expresado cuando la gente se comporta y es tratada de acuerdo con su condición de humanos, no como animales. Así, cuando una sociedad trata a alguien de manera inhumana, o cuando la gente se involucra en actividades que son deshumanizadoras, la dignidad se afecta al no respetarse los estándares de decencia en el trato intersubjetivo que marca el progreso de una sociedad madura. En este sentido, la profesora de Derecho de la Universidad de Maryland *Leslie Meltzer Henry* sostiene que la esclavitud ofende a la dignidad aunque no sea experimentada de forma negativa por el esclavo y aunque el esclavo conserve una sustancial cantidad de autonomía, porque tal práctica ofende a la dignidad en su vertiente colectiva⁴¹². Por su parte, el TEDH sostuvo en una sentencia que la amenaza dirigida hacia una persona que sea excepcionalmente insensible puede no producirle ningún efecto personal a ésta, pero ser incontrovertiblemente degradante; y, a la inversa, una persona excepcionalmente sensible puede quedar profundamente afectada por una amenaza que podría ser descrita como degradante solamente como una tergiversación del significado ordinario o usual de la palabra⁴¹³.

Por ejemplo, un funcionario policial decide colocarle un collar de perro a un detenido y lo «pasea» por toda la comisaría con una cuerda mientras el detenido anda a gatas. Mientras lo lleva y lo ata al pie de su escritorio, el funcionario se ufana ante sus compañeros de que tiene una mascota nueva. Esta conducta configura un atentado a la integridad moral aunque el sujeto pasivo sea masoquista y, de hecho, esté disfrutando con la bestialización a la que está siendo sometido.

⁴¹⁰ Cfr. WALDRON, *Can. J. L. & Jurisprudence*, 2010, pp. 283-284.

⁴¹¹ Cfr. KANT, *La metafísica de las costumbres*, p. 335.

⁴¹² Cfr. HENRY, *U. Pa. L. Rev.*, 2011-2012, p. 222.

⁴¹³ Cfr. *Campbell y Cosans v. Reino Unido*, 25 de febrero de 1982, § 30. Sin embargo, en el caso concreto, el TEDH desestimó la pretensión de los solicitantes porque no fueron demostrados mediante certificados médicos u otros medios probatorios que las víctimas habían sufrido personalmente algún sufrimiento psíquico.

Por tanto, la idoneidad de las condiciones o procedimientos para causar sentimientos de humillación no acordes con la condición de persona de la víctima debe ser general, y no específica como la aptitud de las condiciones o procedimientos para causar en la víctima sufrimientos físicos o mentales o la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión.

B) Gravedad

El Código penal establece para el delito de tortura una penalidad que depende de la distinta gravedad de la conducta típica. En efecto, el artículo 174.1 CP, en su parte *in fine*, establece que el culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Ahora bien, ¿dónde se debe fijar el límite que indique cuándo un atentado a la integridad moral es grave y cuándo no lo es?

La doctrina ha propuesto una serie de criterios para determinar la frontera entre una y otra intensidad del comportamiento típico, pero en realidad pareciera que la tendencia es valorar casuísticamente. *Grima Lizandra* por ejemplo, sugiere ciertos criterios como la tolerancia de la víctima, las circunstancias en que se inflige la conducta y los valores imperantes en el contexto socio-cultural; pero reconoce que no puede haber un criterio general para resolver todos los casos⁴¹⁴. Por su parte *Muñoz Conde* propone que podría ser útil la distinción que en el Derecho internacional de los derechos humanos se hace entre tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes; de tal manera que los últimos corresponderían a las torturas menos graves. Sin embargo, el propio autor reconoce las dificultades de tal metodología, sobre todo considerando la ambigüedad y las contradicciones en que ha incurrido la comunidad internacional al delimitar cada una de tales figuras normativas⁴¹⁵.

La jurisprudencia, asimismo, ha reconocido la dificultad de fijar en los casos concretos los límites para establecer si una conducta determinada puede considerarse de gravedad o no en aras de la aplicación de la pena correspondiente. En una sentencia el Tribunal Supremo estimó que el uso contundente de un instrumento alargado y con dureza para causar dolor físico, dentro del cuartel en el que el acusado ejercía funciones de mando (jefe de grupo de la Guardia Civil), estando la víctima esposada, no es suficiente para calificar de grave la tortura, porque la duración fue escasa y las lesiones no fueron importantes⁴¹⁶. En otra sentencia, el Tribunal Supremo ha estimado que para establecer la gravedad de la conducta típica no debe atenderse exclusivamente al resultado lesivo, «sino a las circunstancias de mayor o menor intensidad del atentado a la integridad moral que puede

⁴¹⁴ Cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 142-143.

⁴¹⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, pp. 202-203. Asimismo, ALONSO DE ESCAMILLA, «Torturas y otros delitos», p. 156.

⁴¹⁶ Cfr. STS de 4 de mayo de 1998 (ponente Joaquín Martín Canivell), FJ 9.º.

presentarse extremo aunque no deje huella o no produzca lesión, para lo que habrá que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso»⁴¹⁷.

Asimismo, también el Tribunal Supremo ha sostenido, en el contexto del artículo 175 CP, que el «contexto» es la referencia para constatar tanto la tipicidad como la gravedad de la conducta, poniendo como ejemplo hechos que se llevan a cabo en dependencias policiales cuando el sujeto pasivo se encuentra sin ninguna capacidad de respuesta defensiva⁴¹⁸. En otra decisión, el Tribunal Supremo, también en referencia al artículo 175 CP, determinó que el atentado a la integridad moral no era grave «atendido que no consta que fuera extenso el tiempo de la agresión y tampoco la utilización para llevarla a cabo de instrumentos complementariamente hirientes»⁴¹⁹, con lo cual tomó en cuenta el tiempo de duración y el uso de instrumentos hirientes. Asimismo, también en aplicación del delito previsto en el artículo 175 CP, el Tribunal Supremo estimó los hechos como graves por haberse empleado una fuerza física de manera injustificada, por haberse utilizado un arma de fuego de tal manera que la víctima creía que su vida corría riesgo real, y porque la víctima fue obligada a exhibirse sin pantalones en presencia de otras personas⁴²⁰. Por último, el Tribunal Supremo ha defendido, en otra sentencia, que aun cuando la víctima fue sometida a golpes y obligada innecesariamente a desnudarse, la escasa duración de los hechos (quince segundos) no permite que sea catalogada la afectación a la integridad moral como grave. Por lo tanto, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden obtener cinco parámetros para estimar la gravedad o no de una conducta típica lesiva de la integridad moral: la duración, el uso de instrumentos hirientes, el lugar de comisión, la situación de indefensión de la víctima y la exhibición de partes del cuerpo que ameritan recato.

En la presente investigación se considera grave el atentado a la integridad moral cuando la víctima efectivamente llega a sufrir los efectos materiales de la conducta típica. El Código penal se refiere a la gravedad de los «atentados», y aunque pudiera decirse que el legislador se refiere a la gravedad de la ejecución de las condiciones o procedimientos —y, por tanto, la gravedad de la tortura dependería de factores como los antes apuntados como la duración, los medios empleados, el lugar de comisión, la situación de indefensión de la víctima o la exhibición de partes del cuerpo que ameritan recato—, se considera en el presente trabajo que *la gravedad del atentado se refiere a los efectos de los sufrimientos físicos o mentales y de la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión de la víctima*⁴²¹.

⁴¹⁷ STS de 23 de abril de 2001 (ponente Carlos Granados Pérez), FJ 1.º.

⁴¹⁸ Cfr. STS de 11 de diciembre de 2008 (ponente José Ramón Soriano Soriano), FJ 9.º.

⁴¹⁹ STS de 25 de septiembre de 2007 (ponente Siro Francisco García Pérez), FJ 6.º.

⁴²⁰ Cfr. STS de 3 de octubre de 2001 (ponente Perfecto Agustín Andrés Ibáñez), FJ 6.º.

⁴²¹ *Grima Lizandra y Barquín Sanz* son del mismo parecer. Ambos, cuando sostienen que el delito de tortura es de resultado, concluyen que la gravedad del delito debe predicarse de dicho resultado, y no del medio de ataque (cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 141; BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, p. 168).

Como ya se ha adelantado, en el presente trabajo se concibe el delito de tortura como un delito de mera actividad, que se consuma tan pronto como el sujeto activo realiza una conducta que posea aptitud para humillar, causar sufrimientos físicos o mentales o suprimir o disminuir las facultades que señala el tipo, de tal manera que si cumplida esa condición no se produce la humillación, el sufrimientos físicos o mental, o la supresión o disminución de las facultades que señala el tipo, el delito de todas formas se consuma. Aunque no sea necesaria la efectiva materialización de resultados para la consumación del delito de tortura, el acaecimiento material de éstos, especialmente en lo que se refiere a los sufrimientos físicos o mentales y al menoscabo en las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, puede tener consecuencias jurídicas en lo que se refiere a la evaluación objetiva de la gravedad de la conducta típica. Así, si las condiciones o procedimientos típicos son aptos para causar humillaciones en la víctima, constituirán un delito de tortura que merece una pena de prisión de uno a tres años, mientras que si además de lo anterior se produce efectivamente un sufrimiento físico o mental, o un menoscabo en las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, es decir, un resultado material de la conducta típica, el delito de tortura deberá ser castigado en su versión agravada, es decir, con prisión de dos a seis años.

Para evaluar la gravedad de la tortura habrá que atenerse a datos objetivos que expresen la gravedad del delito como son los contenidos en los informes periciales que reflejen los efectos de los atentados a la integridad moral en el físico y en la psique de la víctima. De tal manera que hay torturas agravadas cuando el sujeto activo produce en el sujeto pasivo, al menos con dolo eventual, la pérdida, inutilidad o una disminución importante en la funcionalidad de un órgano o miembro o de un sentido, así como deformidades y marcas en el cuerpo de carácter permanente o duradero en el tiempo. Por ejemplo, la mutilación de un brazo, de un dedo de la mano, disminución de la vista, cicatrices notorias en el cuerpo, desviación del tabique nasal, pérdida de dientes, etc. Desde el punto de vista psíquico, serían graves las torturas que produzcan alguna enfermedad mental que requiera un tratamiento prolongado, como por ejemplo lo sería un estrés postraumático resultante de ellas.

C) El abuso del cargo

El tipo objetivo del delito de tortura exige que el sujeto activo haya actuado en abuso de su cargo. En tanto que funcionario público, el sujeto activo ostenta una serie de deberes y obligaciones legales que deben ser sobrepasadas para la configuración del tipo penal, o, como ha sostenido el Tribunal Supremo, el sujeto activo debe llevar a cabo un «comportamiento extralimitativo»⁴²². *Rodríguez Mesa* defiende que, a tal efecto, se tiene que diferenciar entre el abuso de la situación jurídica y el abuso de poder en sentido estricto. El abuso de la situación jurídica es el supuesto en el que el sujeto activo abusa de su cargo para realizar el delito con mayor facilidad, es decir, el abuso del cargo es un instrumento

⁴²² Cfr. STS de 25 de septiembre de 2009 (ponente Luciano Varela Castro), FJ 3.º.

que facilita la lesión del bien jurídico. El abuso de poder en sentido estricto sucede cuando el sujeto, al abusar de su cargo, lleva a cabo actos propios del ejercicio del poder público, con lo cual el abuso del cargo conlleva la lesión a otro bien jurídico, la función pública⁴²³. En el caso del delito de tortura, la citada autora sostiene que el abuso del cargo en sentido estricto, unido a la finalidad pública de la tortura, implica no solamente una mayor facilidad para la lesión de la integridad moral, sino también la lesión al bien jurídico consistente en el correcto ejercicio de la función pública. Por eso el cargo del que el autor abusa debe ser el que le concede la potestad investigadora y sancionadora, de tal manera que se pueda lesionar el bien jurídico colectivo protegido por el delito de tortura⁴²⁴.

Ahora bien, la previsión del «cargo» como elemento normativo del tipo del delito bajo estudio podría generar confusión en la interpretación. En efecto, el legislador penal pudiera dar a entender que dentro de las funciones del cargo desempeñado por el sujeto activo, tienen cabida conductas que sean atentatorias contra la integridad moral. Ello sería así porque el tipo, además de exigir que se dispense a alguien determinado trato atentatorio contra la integridad moral, exige que tal trato se realice abusando del cargo. Es decir, las conductas que atentan contra la integridad moral de los sujetos pasivos no serían típicas por sí mismas: habría unas conductas que se desempeñarían en cumplimiento del cargo público y habría otras conductas que se desempeñarían en abuso del cargo público, siendo estas últimas las que el legislador habría estimado como típicas del delito de tortura.

Así, siguiendo esta línea de interpretación, podría sostenerse que las conductas que se desempeñan en el ejercicio del cargo público serían aquellas capaces de infligir los sufrimientos e incomodidades al sujeto pasivo que sean necesarias para obtener la información requerida. En este sentido, los interrogatorios que causen algún grado de sufrimiento físico o mental constituirían un estado normal de interacción entre un funcionario público y un ciudadano sospechoso de haber cometido un hecho punible. Como se trata de una función pública, en la que los funcionarios públicos solo pueden desempeñar sus funciones en el marco de lo establecido en las normativas legales y reglamentarias, estas conductas estarían dentro del grupo de casos en los que una actividad generadora de riesgos es permitida en determinadas circunstancias porque existe una reglamentación expresa.

No obstante, los protocolos de actuación que detallen técnicas de interrogatorio aptos para producir sufrimientos físicos o mentales al interrogado como parte de las funciones del cargo son ilegales por cuanto la LFCS establece en su artículo 5.3.b) que los miembros de tales fuerzas y cuerpos «velarán por la vida e 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». Así, este mandato de respeto al honor y dignidad de la persona convierte en ilegal a cualquier protocolo de suministro de dolor en determinadas circunstancias al detenido.

⁴²³ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 229.

⁴²⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 229-230.

De tal manera que no existe posibilidad que dentro del ejercicio legítimo del cargo haya un espacio para el ejercicio de una presión física o mental que tenga la misma *calidad* o entidad valorativa que un comportamiento típico constitutivo de tortura. Las conductas llevadas a cabo por el sujeto activo que tienen la aptitud de atentar contra la integridad moral son aquellas dirigidas a generar la sensación de dominación sobre la víctima. Esta situación de dominación no está permitida ni regulada por el ordenamiento jurídico como parte de las funciones públicas de los sujetos activos del delito bajo estudio, es decir, no forma parte de los medios legítimos de quienes ostentan las funciones públicas de investigar y sancionar.

Por otra parte, ya se ha indicado que las condiciones o procedimientos típicos implican para la víctima un estado de indefensión. Los interrogatorios que legítimamente pueden llevar a cabo las autoridades y funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones indagatorias son, por el contrario, inidóneos para generar indefensión en el interrogado, ya que están revestidos de una serie de derechos y garantías. Y en caso de que se proceda al interrogatorio, éste se encuentra formalizado de tal manera que no es posible ni querido por la ley que la persona interrogada se sienta vulnerada e indefensa por el uso de alguna forma de brutalidad, pues el elemento de convicción así obtenido no tendría ninguna posibilidad de ser tomado en cuenta para llevar el caso a juicio, ni para fundamentar sentencia alguna.

Por tanto, no puede decirse que exista en la función pública investigadora un ámbito de conductas que puedan generar indefensión en las personas que deba ser tolerado de modo general. Tampoco en el ámbito de la función pública sancionadora se ha de tolerar que una persona sea castigada por lo que ha hecho o se sospeche que ha hecho en condiciones de humillación. La pena legal (en tanto consecuencia jurídica de algún supuesto de hecho previsto en las leyes penales) se encuentra determinada y su imposición implica coerción en quien la padece, pero ésta no está en la misma escala valorativa o *continuum* de la tortura.

Todo lo expuesto determina que el abuso del cargo como elemento del tipo es de incorporación desafortunada, habiendo sido preferible que el legislador estipulara en su lugar la fórmula «en el ejercicio de sus funciones», para reforzar la idea de la necesidad de que los hechos se llevasen a cabo en el desempeño de las funciones propias del cargo⁴²⁵.

Se concuerda con *Rodríguez Mesa*, en el sentido de que el abuso del cargo en el delito de tortura tiene una doble dimensión: por un lado, el abuso del cargo implica que éste sea utilizado por el sujeto «para llevar a cabo una actividad diferente de aquella para la que se le ha conferido el cargo»⁴²⁶, lo cual ocurre generalmente en los casos de tortura punitiva y

⁴²⁵ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 230. Según esta autora, al Anteproyecto de Código Penal de 1994 preveía la fórmula «en el ejercicio de sus funciones», pero en virtud de la propuesta del Consejo General del Poder Judicial, que elaboró un informe al referido Anteproyecto, la estipulación original fue sustituida por «abuso del cargo», quizás por ser más descriptiva en lo que se refiere a la situación de desigualdad entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

⁴²⁶ Es de resaltar que, como se verá en el capítulo siguiente, puede suceder que la autoridad o funcionario público actuante sea incompetente para realizar la actividad en cuyo marco se lleva a cabo la conducta típica, debiendo entonces adelantar que si el funcionario público es incompetente absolutamente, ni siquiera podría

discriminadora; y, por otro lado, el abuso del cargo también ocurre cuando «aún empleándose según su destino, se haga de forma ilícita, por el modo de llevarlo a cabo...»⁴²⁷, lo cual, como se indicó más arriba, es más común en los supuestos de tortura indagatoria en la que se hace uso de las facultades del cargo, pero empleando medios ilícitos. En todo caso, *Rebollo Vargas* señala que, al preverse que el comportamiento típico debe llevarse a cabo con abuso de cargo, queda excluida la agravante del artículo 22.7 CP referida al prevalimiento del carácter público del sujeto activo⁴²⁸.

Finalmente, en lo que respecta a quiénes pueden hacer uso de los cargos que implican las funciones comentadas de investigación y sanción, en el capítulo II de la presente investigación se expuso el elenco de los posibles sujetos activos del delito de tortura y los alcances de tales funciones públicas⁴²⁹.

III.3. Conclusiones

El tipo objetivo del delito de tortura es de mera actividad y consiste en dispensar a alguien un determinado trato en ciertas circunstancias: el sujeto activo debe someter al sujeto pasivo a una serie de condiciones o procedimientos que sean idóneos para suponer a la víctima, desde una perspectiva general, atentados a la integridad moral (humillación o degradación) o, desde una perspectiva concreta, sufrimientos físicos o mentales o la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento y decisión. La idoneidad, general o concreta, de dichas condiciones o procedimientos se refiere a que deben manifestar indefensión y dominación para la víctima, para lo cual se debe tomar en consideración la duración del comportamiento y otras circunstancias, como el lugar de comisión, la salud, el sexo, la edad y las creencias religiosas de la víctima.

El comportamiento típico debe representar una actividad que exceda del ejercicio del cargo que ostenta el sujeto activo o que, siendo tal actividad propia del cargo, se realiza de forma ilícita por los medios empleados.

Por último, la cantidad de pena que le corresponde al sujeto activo depende de si el atentado contra el bien jurídico es grave o no grave. Hay gravedad cuando la idoneidad de la conducta típica se manifiesta en un resultado material externo; mientras que si tal resultado no se realiza, la conducta típica se considera como no grave.

ser sujeto activo del delito de tortura, pero si su incompetencia es relativa, no habría problema para considerarlo autor.

⁴²⁷ RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 231.

⁴²⁸ Cfr. REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», p. 286.

⁴²⁹ Cfr. *supra* capítulo II, subtítulo II.2, apartado B).

CAPÍTULO IV. EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE TORTURA

La parte subjetiva del tipo doloso en general puede contener el dolo en sentido estricto y otros elementos subjetivos del tipo. De ambos factores se nutre el tipo del delito de tortura. En efecto, por una parte el tipo doloso contenido en el artículo 174 CP exige que el sujeto activo se haya representado el riesgo de realización del tipo previsto en la mencionada disposición penal en el momento de desplegar el comportamiento, es decir, en el momento de su actuación concreta. Por otra parte, el tipo subjetivo del delito de tortura también contiene unos elementos subjetivos, aparte del dolo, que están constituidos por las concretas finalidades que debe perseguir el autor mientras desarrolla la conducta típica. Seguidamente, se analizará el contenido del dolo en el delito de tortura y después se analizará lo referido a los elementos subjetivos del tipo comentado.

IV.1. El dolo en el delito de tortura

De la redacción del artículo 174 CP se desprende que el delito de tortura es un tipo doloso, lo que significa que respecto a este delito no cabe la posibilidad de su comisión mediante imprudencia. El artículo 12 CP establece que las acciones y omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley, y ésta no ha previsto el delito de tortura imprudente. En todo caso, la previsión de una tortura cometida por imprudencia desnaturalizaría el concepto mismo de tortura, pues el proceso de indefensión y dominación de la víctima que implica la conducta típica debe necesariamente llevarse a cabo intencionadamente y porque la tortura, llevada a cabo por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, debe practicarse siguiendo finalidades específicas que guían al autor, lo cual es contradictorio con un injusto imprudente. Además, la condición especial de los sujetos activos, quienes tienen especiales competencias funcionariales, resulta poco propicia para admitir que éstos no saben que se están sobrepasando en el ejercicio de sus competencias públicas mientras realizan el tipo objetivo.

En relación con el concepto de dolo, en la doctrina se ha sostenido un extenso debate acerca de su alcance. Algunos autores han sostenido que el dolo requiere para su configuración que el sujeto activo tenga conocimiento de que su conducta es peligrosa para el bien jurídico y voluntad de llevarla cabo (teoría de la voluntad), mientras que otros se conforman solo con la concurrencia del mencionado conocimiento para afirmar que existe dolo. Si bien la doctrina dominante sostiene que el dolo es conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal⁴³⁰, en la presente investigación se sigue la tesis según la cual un comportamiento típico es doloso cuando es llevado a cabo por parte de un sujeto que conoce concretamente que tal conducta tiene capacidad de realizar un tipo penal⁴³¹.

⁴³⁰ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, pp. 314-315; ROXIN, *Derecho penal*, pp. 415-416.

⁴³¹ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 275. Sobre el concepto de dolo y la discusión de la doctrina en cuanto a su alcance y requisitos, cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 271-276; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, pp. 312-316; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, pp. 25-186. Por su parte, el Tribunal Supremo ha

Algunos autores han señalado que el delito de tortura solo puede llevarse a cabo mediante dolo directo⁴³², atendiendo a la clasificación tripartita del dolo entre dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual. Como quiera que en el presente trabajo se defiende la tesis según la cual el dolo está compuesto solamente por el elemento cognitivo, la distinción tripartita del dolo pierde sentido, pues solo admitiendo que el dolo directo de primer grado está compuesto también de un elemento volitivo le otorga relevancia conceptual (no práctica) a la mencionada distinción⁴³³. No obstante ello, la exigencia por parte del tipo penal de determinados elementos subjetivos del tipo que revelan que el legislador exige una determinada finalidad, invita a excluir cualquier posibilidad de dolo eventual⁴³⁴, ya que no es posible empíricamente que el sujeto activo no persiga un resultado que tampoco prevea como seguro y, al mismo tiempo, su comportamiento se encuentre impulsado por propósitos específicos, como son el castigo, la indagación o la discriminación.

El autor debe tener conocimiento de diversos extremos descriptivos y normativos para que su conducta se acredite como dolosa. Los elementos descriptivos que deben ser objeto de conocimiento por parte del interviniente son aquellos que constituyen una realidad naturalística aprehensible por los sentidos⁴³⁵, o en otras palabras, aquellos elementos que existen con independencia de cualquier contexto normativo⁴³⁶; mientras que los elementos normativos son aquellos extremos del tipo que solo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma⁴³⁷, es decir, que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social⁴³⁸.

No obstante, se pone de manifiesto que la doctrina ha señalado la dificultad de establecer una clara delimitación entre lo descriptivo y lo normativo del tipo objetivo. *Roxin* sostiene que, aun manteniendo por razones terminológicas una delimitación de elementos

sostenido —mediante STS de 2 de julio de 2010 (ponente Manuel Marchena Gómez), FJ 1.º— que «en definitiva, la jurisprudencia viene generalmente estimando que quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima (STS 1715/2001, de 19 octubre; 439/2000, de 26 de julio)».

⁴³² Cfr. COBO DEL ROSAL, *Derecho penal*, p. 232; MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 83; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 256-261.

⁴³³ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, pp. 177-186.

⁴³⁴ Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, p. 415. En referencia específica al delito de tortura, DEL ROSAL BLASCO, «De las torturas y otros delitos», p. 221. Sin embargo, *Rodríguez Mesa* admite la posibilidad del dolo eventual en el delito de tortura solo en lo que se refiere a la mayor o menor gravedad del resultado (cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 256-261).

⁴³⁵ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 241.

⁴³⁶ Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, p. 307.

⁴³⁷ Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, p. 307.

⁴³⁸ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 242.

descriptivos y normativos, siempre subsistirá un entramado normativo en los elementos descriptivos y, asimismo, podrá haber un substrato descriptivo en los elementos normativos. Así, la mayoría de los elementos del tipo estarían impregnados por elementos descriptivos y valorativos, en los que puede predominar tanto un elemento como el otro⁴³⁹. Por razones expositivas, en el presente trabajo se va a diferenciar entre los elementos descriptivos y normativos sobre los que debe recaer el conocimiento del interviniente, reconociendo de antemano las comentadas dificultades.

De la lectura del tipo contenido en el artículo 174 CP se desprende que el dolo típico del delito de tortura debe abarcar la conducta típica, la condición de autoridad o funcionario público, el abuso del cargo público y la mayor o menor gravedad de la conducta. Dentro de la conducta típica se pueden distinguir entre el someter a condiciones o procedimientos que supongan sufrimientos físicos o mentales y que supongan un menoscabo en las facultades cognitivas y volitivas del sujeto pasivo, que constituyen elementos descriptivos del tipo; y el someter a condiciones o procedimientos que supongan un atentado a la integridad moral de la víctima, que constituye un elemento normativo social del tipo. Por su parte, la condición de autoridad o funcionario público y el abuso del cargo público constituyen elementos normativos jurídicos del tipo, y la mayor o menor gravedad de la conducta típica sería un elemento normativo social del tipo.

A) Elementos descriptivos del tipo de tortura

Como se indicó, los elementos descriptivos en el tipo objetivo del delito de tortura son los que el legislador ha previsto como modalidades específicas de conductas típicas que suponen un atentado a la integridad moral de la víctima, a saber, el someter a la víctima a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales o le supongan la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión. De tal manera que deberá acreditarse que el sujeto activo tiene conocimiento de la aptitud o idoneidad de causar sufrimientos físico o mentales, o menoscabos en las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, en el contexto de indefensión y dominación para la víctima. En el capítulo anterior se determinó el alcance del comportamiento típico, siendo lo relevante en este momento que el sujeto activo conozca que el comportamiento que se realiza tiene la capacidad de causar a la víctima algún tipo de sufrimientos físicos o mentales, así como la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión.

En este sentido, el conocimiento de los elementos descriptivos no presenta mayores dificultades dado que se requiere la aprehensión de los hechos por los sentidos, aun cuando como se adelantó antes, puedan verse involucrados elementos de valoración. Así, la precisión de si una determinada conducta puede suponer un menoscabo a las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, podría eventualmente involucrar descripciones con elementos de valor.

⁴³⁹ Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, pp. 306-307; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre los elementos normativos*, pp. 75-76.

En materia de error, constituye un error de tipo el desconocimiento de las circunstancias descriptivas del hecho antes apuntadas. Se observa que la naturaleza misma del delito de tortura haría de difícil configuración una situación de error sobre los elementos descriptivos, ya que el tipo objetivo exige que se lleven a cabo una serie de actuaciones entrelazadas entre sí de manera sistemática que generen una situación de indefensión y dominación que tenga la aptitud para generar sufrimientos físicos o mentales o la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión de la víctima. Tales extremos dificultarían un error de tipo sobre los elementos descriptivos mencionados, que sería de más fácil configuración si el tipo objetivo estuviera constituido por hechos aislados, puntuales o espontáneos.

B) Elementos normativos del tipo de tortura

a) Elementos normativos jurídicos del tipo de tortura

Como se indicó más arriba, los elementos normativos jurídicos presentes en el tipo objetivo del delito de tortura lo constituyen la condición de autoridad o funcionario público competente para llevar a cabo investigaciones y sanciones, y el abuso del cargo.

En general, para determinar el conocimiento de los elementos normativos del tipo se ha sostenido que basta con que el sujeto activo comprenda el significado social del contenido de los conceptos, no siendo necesario que el interviniente lleve a cabo una subsunción jurídica exacta en los conceptos previstos por la ley. Así, se debe utilizar como criterio decisivo la llamada «valoración paralela en la esfera del profano» (es decir, se debe presuponer que el sujeto ha advertido el significado lesivo de su conducta para el bien jurídico) para determinar el conocimiento de los elementos normativos jurídicos (y sociales) del tipo y así contemplar el dolo⁴⁴⁰. En el delito de tortura, la condición de autoridad o funcionario público y el abuso del cargo deben ser conocidos por el sujeto activo en su significación social.

En todo caso, al tratarse de un delito que solo puede ser cometido por sujetos especialmente determinados, es decir, por una especial clase de funcionarios públicos, no solamente deberá atenderse a la valoración paralela en la esfera del profano, sino que además deberá tomarse en cuenta la mayor diligencia que se le pueda exigir a los

⁴⁴⁰ Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, p. 460; MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 269-270; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, p. 316. Asimismo, STS de 7 de noviembre de 2007 (ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), FJ 3.º; STS de 29 de enero de 1998 (ponente José Antonio Marañón Chávarrí), FJ 4.º; STS de 28 de febrero de 2007 (ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), FJ 10.º. *Díaz y García Conlledo* atribuye a *Edmund Mezger* (cfr. MEZGER, *Derecho penal*, pp. 238-239) la creación de la fórmula de la valoración paralela en la esfera del profano, como respuesta a la tesis según la cual el autor doloso debe realizar una subsunción correcta de los hechos en la ley con su configuración exacta (cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre los elementos normativos*, pp. 270-273).

funcionarios públicos, en tanto obligados especiales⁴⁴¹, acerca del conocimiento de sus deberes y sus límites; así como los conocimientos especiales adicionales que eventualmente posea el autor en el momento de ejecutar la acción.

En lo que se refiere al error sobre los elementos normativos del tipo, se han decantado diversas posiciones acerca de cuál es la naturaleza de tal error considerando las lógicas dificultades que se pueden derivar de la naturaleza compleja de tales elementos. Un sector de la doctrina sostiene que el error sobre los elementos normativos del tipo constituye un error de tipo, al ser un error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal⁴⁴². Un segundo sector sostiene que el error sobre los elementos normativos del tipo son errores de prohibición, al ser considerados errores vinculados a la antijuridicidad. Y un tercer sector sostiene que, si bien normalmente el error sobre el elemento normativo excluye el dolo⁴⁴³, existen en el tipo unos llamados «elementos de valoración global del hecho» que hacen inseparables los elementos del tipo y otros elementos del injusto, y que a su vez se encuentran compuestos, por un lado, de presupuestos positivos y negativos de la valoración global del hecho que pertenecen al tipo y, del otro lado, de valoraciones del conjunto que se apuntan al elemento «antijurídicamente» como valoración definitiva del injusto relativa a la totalidad del hecho⁴⁴⁴. Así, los errores en los presupuestos de la valoración global del hecho serían errores de tipo (el error en este caso afecta a una circunstancia cuya concurrencia haría aparecer la actuación del sujeto como no reprobable); mientras que los errores sobre la valoración de conjunto serían de prohibición (cuando conciernen a la antijuridicidad de la acción típica, es decir, que aún refiriéndose a una circunstancia de hecho, incluya en sí el juicio de antijuridicidad).

⁴⁴¹ La condición de obligados especiales de los sujetos activos del delito de tortura se estudiará *infra* en el capítulo V, subtítulo V.1. de la presente investigación.

⁴⁴² *Mir Puig* sostiene que el error sobre los elementos normativos jurídicos merece el mismo tratamiento de los elementos descriptivos de hecho del tipo, dado que en el término «hecho» del artículo 14.1 CP —que regula el error de tipo— se deben incluir los elementos jurídicos del tipo o de las causas de justificación (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 279-280). Por su parte, *Díaz y García Conlledo* defiende que «el error sobre la concurrencia en el hecho del sentido o significado material auténtico del elemento normativo es un error de tipo excluyente en todo caso del dolo» (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre los elementos normativos*, pp. 422-423).

⁴⁴³ Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, p. 460.

⁴⁴⁴ Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, pp. 299-302. *Roxin* había sostenido con anterioridad que los elementos del deber jurídico (elementos de valoración global del hecho) pertenecen al tipo penal, «en la medida en que no se diferencian de las circunstancias de hecho normativas. De esta manera, estos elementos deben ser abarcados por el dolo y se caracterizarán frente a las otras circunstancias de hecho (también normativo-jurídicas) porque en virtud del conocimiento de ellas, en la mayoría de los casos el autor deducirá con necesidad lógica la prohibición de su hecho. Este rasgo esencial de los elementos del deber jurídico, consistente en expresar en el caso normal el disvalor jurídico que recae sobre la totalidad del hecho, es de todos modos una propiedad que según la teoría de Welzel y la opinión preponderante, tendría que fundamentar su pertenencia a la antijuridicidad. Los elementos del deber jurídico tienen, por tanto, una doble faz: describen el hecho, y, por otra parte, albergan en sí el juicio de antijuridicidad» (ROXIN, *Teoría del tipo penal*, p. 132).

En la presente investigación se sigue esta última tesis y, en consecuencia, se estima que la falta de conocimiento de la condición de autoridad o funcionarios público con competencia en materia de investigación o castigo es un error de tipo, porque recae sobre un aspecto que define el hecho, es decir, sin la concurrencia de un funcionario público con tales competencias no se vulneraría el bien jurídico colectivo protegido por el delito de tortura. Sin embargo, si se considera que el delito de tortura es un delito especial que solamente puede ser cometido por una autoridad o funcionario público, un interviniente difícilmente podría alegar desconocimiento sobre su condición de autoridad o funcionario público, toda vez que para acreditar el dolo solamente basta con el «conocimiento de las circunstancias que fundamentan materialmente la cualidad de funcionario», sin que sea necesario que el interviniente se califique a sí mismo como funcionario⁴⁴⁵. No se debe pasar por alto, además, que solamente se requiere la citada valoración paralela en la esfera del profano. Así, por más que el sujeto sostenga que no se considera a sí mismo como funcionario público cuando sabe que desempeña funciones de Administración pública, sería un error de subsunción o de interpretación que dejaría incólume el dolo típico. Por ejemplo, si un policía local interino llevara a cabo la conducta típica del delito de tortura creyendo que no es funcionario público desde la perspectiva del Derecho administrativo, igualmente se entiende entendería que se encuentra realizando funciones públicas por lo que tal error no sería relevante desde la perspectiva de la valoración paralela en la esfera del profano.

Sin embargo, en relación con el abuso del cargo hay dos supuestos que cabría considerar. Por un lado, el caso del sujeto activo que desconoce que actúa con abuso del cargo porque entiende que las competencias asignadas le permiten desarrollar una conducta típica, y por otro lado, el caso de quien desconoce que actúa con abuso del cargo porque de hecho cree actuar fuera del ejercicio del cargo en un caso de incompetencia relativa (funcional o territorial, es decir, actúa fuera de su ámbito territorial de competencia, o durante un permiso, o durante sus vacaciones, o durante un período de suspensión temporal del ejercicio del cargo, etc.). En el primer caso en que el sujeto cree que la conducta no constituye un abuso del cargo, según la propuesta de *Roxin* antes expuesta, se trataría de un error en la valoración del conjunto, en juicio de antijuridicidad como tal, ya que el error en lo que se considera un abuso del cargo en el delito de tortura sería un elemento de valoración global del hecho (las actuaciones que forman parte del cargo excluyen el tipo, dentro de las cuales se incluyen las causas de justificación generales), por lo tanto podría fundamentar un error de prohibición, debido a una falsa subsunción⁴⁴⁶. Mientras que en el segundo caso, es decir, cuando el sujeto cree erróneamente que no hay abuso del cargo

⁴⁴⁵ Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, pp. 460-461.

⁴⁴⁶ En contra, *Rodríguez Mesa* estima que en todos los casos en los que el sujeto entienda que su conducta es lícita, porque el cargo se lo permite, desconoce que actúa con abuso del cargo, con lo cual está desconociendo uno de los elementos típicos, *ergo*, el error debe ser considerado de tipo y no de prohibición (cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 255). No se puede compartir esta postura porque justamente se está sosteniendo que el abuso del cargo no es un elemento típico común, sino que es un elemento de valoración global del hecho en el que se incluyen factores valorativos que son propios del juicio de antijuridicidad, es decir, sugiere una ausencia de causa de justificación.

porque en el momento del hecho considera que ni siquiera está en ejercicio del cargo, sería un error sobre el presupuesto de la valoración global del hecho, por lo que se trataría de un error de tipo⁴⁴⁷. Por otra parte, si el sujeto activo sabe que actúa con abuso del cargo, pero cree erróneamente que en el caso particular concurre una causa de justificación, habría un error sobre la existencia de una causa de justificación que daría lugar a un error de prohibición⁴⁴⁸.

b) Elementos normativos sociales del tipo de tortura

Los elementos normativos sociales en el tipo objetivo del delito de tortura están referidos a la conducta típica nuclear consistente en someter a la víctima a condiciones o procedimientos que supongan un atentado a su integridad moral y a la mayor o menor gravedad de la conducta típica a los efectos de imposición de la pena.

Para determinar el contenido de estos elementos de valoración social caben todas las consideraciones puestas de manifiesto para los elementos normativos jurídicos del tipo, es decir, que los conceptos de atentado a la integridad moral y la mayor o menor gravedad de la conducta típica constituyen el contenido normativo del tipo objetivo que deben ser conocidos por el sujeto activo en su significación social, tomando en cuenta la valoración paralela en la esfera del profano y los conocimientos especiales adicionales que eventualmente posea el autor en el momento de ejecutar la acción.

Por su parte, el error sobre estos elementos normativos sociales, consistentes en el atentado a la integridad moral y en la gravedad de la conducta, resultan asimismo de difícil configuración práctica considerando que la conducta típica requiere de una atmósfera de cierta tensión y una cadena de actuaciones entrelazadas entre sí para alcanzar alguna finalidad —sistematicidad—, que determinen una situación de indefensión y dominación para la víctima, es decir, de humillación. Ello requiere de una cierta intencionalidad que difícilmente haría oponible un desconocimiento. Asimismo, la valoración paralela en la esfera del profano tiende a ampliar el significado de «integridad moral» por su ambigüedad, lo cual haría casi imposible estimar un error de tipo invocando desconocer que la conducta desplegada era de carácter humillante.

En cuanto a la mayor o menor gravedad de la conducta típica, la misma debe ser abarcada por el dolo ya que también los elementos típicos accidentales previstos en el tipo penal y que determinan la agravación o atenuación del delito base son parte del contenido del dolo⁴⁴⁹. En el caso del delito de tortura, el sujeto debe conocer que la conducta típica objetiva que está llevando a cabo tendrá consecuencias naturalísticas en la víctima, que son las que se consideran relevantes en la presente investigación para considerar grave el atentado a la integridad moral, y en tal virtud imponerse la pena correspondiente.

⁴⁴⁷ En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 255.

⁴⁴⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 255-256.

⁴⁴⁹ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 269-271.

IV.2. Los elementos subjetivos del tipo del delito de tortura

Además del dolo, el tipo del delito de tortura exige para su configuración la concurrencia de elementos subjetivos adicionales. Se trata de componentes subjetivos que caracterizan la voluntad de acción del autor en la medida en que afectan a la forma de comisión del hecho, al objeto de la acción protegida por el tipo o al bien jurídico⁴⁵⁰. En efecto, el tipo bajo estudio requiere que la conducta típica y dolosa se lleve a cabo respecto de una persona con el fin de: a) obtener una confesión; b) obtener información; c) castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido; o d) discriminarla⁴⁵¹. Estos elementos subjetivos del tipo son determinantes no solo para delimitar la conducta típica del delito de tortura en relación con otros delitos como el de atentado a la integridad moral por parte de funcionario público previsto en el artículo 175 CP, sino que también resultan relevantes para identificar el bien jurídico colectivo protegido por el primer delito, que es el correcto ejercicio de la función pública en sus vertientes investigadora y sancionadora, y el sujeto activo del mismo delito, tal como ya se indicó en los capítulos I y II, respectivamente, del presente trabajo.

Antes de analizar cada uno de los elementos subjetivos que componen el tipo del delito de tortura de manera particular, se revisarán de manera preliminar algunos aspectos generales necesarios para la completa comprensión de los mencionados elementos subjetivos.

A) Aspectos generales de los elementos subjetivos del tipo en el delito de tortura

Los elementos subjetivos que, aparte del dolo, el tipo exige para su realización son muy relevantes para diferenciar la tortura de otras conductas que tengan el mismo contenido objetivo. Por ejemplo, si un funcionario policial inflige intencionalmente sufrimiento físico extremo a alguien indefenso solamente porque en ese momento siente ira, no se podría estimar que se haya cometido el delito de tortura, precisamente porque no concurren los elementos subjetivos propios del citado delito. En este caso el sujeto activo tendría un trato más privilegiado al ser merecedor de una pena menor a la del delito de tortura, es decir, la pena establecida en el delito previsto en el artículo 175 CP. A continuación se revisarán algunos aspectos generales relevantes para la interpretación que han sido objeto de debate

⁴⁵⁰ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, p. 340. En relación con su prueba, el Tribunal Supremo ha sostenido que el elemento subjetivo del tipo no es propiamente un hecho, por no tener una existencia tangible, sino que es una deducción derivada del comportamiento externo del agente, pudiendo extraerse el «ánimus» de la misma estructura de los hechos (cfr. STS de 30 septiembre de 2009 [ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre], FJ 4.º; STS de 26 de noviembre de 2004 [ponente Julián Artemio Sánchez Melgar], FJ 6.º).

⁴⁵¹ Cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 115 y 120; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, pp. 201-202; COBO DEL ROSAL, *Derecho Penal*, p. 232; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 174», pp. 255-256; ZÚNIGA RODRÍGUEZ, «El tipo penal de la tortura», p. 898.

en la doctrina, y después se examinarán cada uno de los elementos subjetivos del tipo del delito bajo estudio.

a) Importancia de la previsión de elementos subjetivos en el tipo de tortura

La doctrina ha puesto de manifiesto la importancia de los elementos subjetivos del tipo en el delito de tortura. El profesor de Derecho de la Universidad Estatal de Arizona *Daniel Rothenberg* destaca en este sentido que es importante entender que el delito de tortura se define fundamentalmente como una conducta orientada hacia objetivos⁴⁵². Por su parte *Copelon* pone de manifiesto tal importancia en el sentido de que las finalidades que se exige que persiga el sujeto agente ayudan a esclarecer la maldad de la tortura, porque subrayan el principio de no derogabilidad de la prohibición según el cual aun cuando la finalidad pueda ser legítima, como sería obtener la información para salvar vidas inocentes, el uso de la tortura no sería un medio legítimo para obtenerla; y además, los propósitos enumerados revelan la maldad política y social de la tortura como instrumento para reprimir a un grupo o a toda la sociedad⁴⁵³.

Desde la perspectiva de la presente investigación, los elementos subjetivos del tipo de tortura desempeñan un papel relevante para determinar el desvalor de tal conducta, especialmente en lo que se refiere a la diferenciación de la tortura respecto de los atentados a la integridad moral previstos en los artículos 173 y 175 CP⁴⁵⁴. Las finalidades de investigación y castigo vinculan específicamente el delito de tortura con la recurrente práctica del *ius puniendi* estatal, ya sea legal o ilegal, consistente en investigar y castigar delitos, infracciones y eventuales amenazas a la estabilidad del orden instituido recurriendo a la humillación y vejación de las personas, ya sea preventivamente o represivamente. Sin estos elementos subjetivos se configuraría un delito como el previsto en el artículo 175 CP, en el que se castiga cualquier atentado a la integridad moral cometido por funcionario público, independientemente que tal conducta vaya dirigida hacia alguna finalidad.

Así, el legislador, en lo que se refiere a las autoridades y funcionarios públicos, ha conformado en los artículos 175 y 174 CP dos áreas de intervención en lo que se refiere a los atentados a la integridad moral de las personas. Por un lado, un área muy amplia en la que se prohíbe cualquier atentado a la integridad moral y, por otro lado, un área más específica y más grave en la que se castigan los mismos atentados cuando están orientados hacia finalidades específicas. Esto trae como consecuencia que si concurriera cualquier otro ánimo distinto a los tipificados en el artículo 174 CP, como lo serían, por ejemplo, causar dolor o sufrimiento gratuitamente y de forma aislada sin ninguna razón o para satisfacer el

⁴⁵² Cfr. ROTHENBERG, *Alb. L. Rev.*, 2003-2004, p. 475.

⁴⁵³ Cfr. COPELON, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 1994, p. 330.

⁴⁵⁴ En este mismo sentido, ALONSO DE ESCAMILLA, «Torturas y otros delitos», p. 156.

sadismo del sujeto agente, se configuraría el delito más genérico previsto en el artículo 175 CP, mientras que en lo que respecta al delito bajo estudio sería una conducta atípica⁴⁵⁵.

Por todo lo anterior, los elementos subjetivos del tipo del delito de tortura revelan que incluso cuando el sujeto activo persigue buenas intenciones (salvar vida de terceros) el hecho es típico; caracterizan el tipo de dicho delito⁴⁵⁶ y ponen en evidencia la relación directa entre éste y el *ius puniendi* del Estado.

b) La previsión de finalidades específicas en el concepto de tortura según el Derecho internacional de los derechos humanos

En el Derecho internacional de los derechos humanos, compuesto tanto por las definiciones de tortura previstas en los instrumentos internacionales sobre la materia como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales, se ha previsto que el comportamiento señalado como de tortura debe ir acompañado de determinadas finalidades específicas, a la manera de los elementos subjetivos del tipo en el Derecho penal. En este subapartado se procederá a examinar cuáles son las finalidades que desde el ámbito de los derechos humanos se han asignado a la tortura y se analizará si tales finalidades se encuentran o no abarcadas por los elementos subjetivos previstos en el artículo 174 CP.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos que contienen definiciones de tortura incluyen un elenco más amplio de finalidades que debe perseguir el sujeto activo. Así, al ser analizadas de manera conjunta las definiciones de tortura propuestas por la DCT⁴⁵⁷, la CCT⁴⁵⁸ y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

⁴⁵⁵ Cfr. STS de 28 de febrero de 2011 (ponente Enrique Bacigalupo Zapater), FJ 6.º.

⁴⁵⁶ Cfr. SAP Madrid, Sección 1.ª, de 8 de marzo de 2005 (ponente Consuelo Romera Vaquero), FJ 1.º.

⁴⁵⁷ «Artículo 1. 1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. 2. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante».

⁴⁵⁸ «Artículo 1. 1. A los efectos de la presente 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 se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. 2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance».

(CIPST)⁴⁵⁹, se puede llegar a la conclusión de que las finalidades que debe perseguir el sujeto activo, según el Derecho internacional de los derechos humanos, son: a) obtener de la persona afectada o de un tercero información o una confesión; b) castigarla o penarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido; c) intimidar o coaccionar a esa persona o a otras; d) como medida preventiva y e) discriminar por cualquier razón. De tal manera que en el Derecho internacional de los derechos humanos también se exigen elementos teleológicos adicionales a la intencionalidad de la conducta del agente, sin los cuales no cabría hablar de tortura.

Es de resaltar que las finalidades previstas tanto en la CCT⁴⁶⁰ como en la CIPST son enunciativas, por lo tanto dejan abierta la posibilidad de que se agreguen otras finalidades distintas a las expresadas en sus textos, tal como en efecto se procedió en el Tribunal Penal

⁴⁵⁹ Artículo 2 establece: «Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo».

⁴⁶⁰ Asimismo, CULLEN, *Cal. W. Int'l L.J.*, 2003, p. 33 y ROTHENBERG, *Alb. L. Rev.*, 2003-2004, p. 475. Sobre el carácter enunciativo o taxativo de los propósitos de la tortura en el ámbito internacional, la doctrina se ha inclinado por entender que se trata de una lista indicativa, sobre todo en función de las discusiones durante los trabajos preparatorios de la CCT. Así, durante dichos trabajos, hubo una discusión sobre la conveniencia de incluir en la definición de tortura las finalidades o propósitos por los cuales el sujeto activo inflige dolor o sufrimiento grave a la víctima. El resultado fue una solución de compromiso: una lista de propósitos, los más comunes, se incluiría en la definición; pero dicha lista debía tener un carácter enunciativo. Así, en su versión inglesa, la CCT el listado está precedido por la fórmula «propósitos tales como» (*such purposes as*) (cfr. BURGERS/DANELIUS, *The United Nations Convention*, p. 118); mientras que en su versión francesa tal listado está encabezado con la expresión «particularmente» (*notamment*). Sin embargo, la versión castellana de la CCT difiere de la inglesa y de la francesa, porque no se incluyó ninguna expresión que diera cuenta del carácter enunciativo de las finalidades (cfr. VILLÁN DURÁN, «La convención contra la tortura», p. 397). Se entiende en el Derecho internacional que cualquier extensión de las finalidades señaladas en la lista debe tener relación directa con los supuestos en ella expresados. En los trabajos preparatorios de la CCT se indicó que la expresión «tales como» implica que los otros propósitos que se consideren en los casos concretos debían tener algo en común con las finalidades ya expresadas en la norma, y que tal expresión no debía tener el mismo sentido que en la CIPST tiene la fórmula «o con cualquier otro fin» (cfr. BURGERS/DANELIUS, *The United Nations Convention*, p. 118). Rodríguez Mesa propone como criterio para interpretar el sentido ilustrativo de la lista de propósitos para el perfeccionamiento de la tortura, que se trate de conductas relacionadas con intereses y políticas de Estado ya que los sujetos activos son funcionarios públicos por motivos conectados con sus funciones públicas (cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Tortura y otros delitos*, p. 62). Parece acertado este punto de vista, toda vez que se entiende que el sentido de la CCT está vinculado con las actividades de quienes ejercen funciones de autoridad y se valen de ella para cometer abusos. En el mismo sentido De la Cuesta Arzamendi, quien considera que el carácter indicativo de las finalidades es coherente con la condición de contenido mínimo de la definición de la CCT, según lo señalado en el artículo 1.2 de la CCT, es decir, que la definición puede ser ampliada por otros instrumentos internacionales o por las legislaciones nacionales (cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura*, pp. 64-65).

Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), que señaló en una sentencia que, además de las finalidades de la tortura señaladas en la CCT, también debería considerarse la humillación como finalidad de la tortura que practica el sujeto agente. Así, en dicho fallo el TPIY indicó que las finalidades de la tortura son las siguientes: a) obtener información o confesión; b) castigar, intimidar, *humillar* o coaccionar a la víctima o a terceros; y c) discriminar por cualquier motivo a la víctima o a terceros⁴⁶¹.

Por su parte, la jurisprudencia del TEDH toma en cuenta las finalidades del autor para evaluar si el hecho viola o no la prohibición de tortura contenida en el artículo 3 CEDH, aun cuando en la mencionada disposición no se conceptualiza la tortura⁴⁶². En este sentido, el TEDH ha estimado en su jurisprudencia que es consustancial a la tortura que el sujeto activo persiga como objetivos o finalidades extraer confesión o información, castigar o discriminar⁴⁶³.

De las definiciones de tortura contempladas en los mencionados instrumentos internacionales se destaca que, además de los elementos subjetivos ya tipificados en el artículo 174 CP, se agregan al elenco de finalidades de la conducta tres más, a saber, intimidar, coaccionar y como medida preventiva, mientras que la jurisprudencia del TPIY ha agregado la humillación como uno de los fines de la tortura. Estas cuatro finalidades, que no aparecen expresamente en el elenco de elementos subjetivos del tipo de tortura del Código penal, sin embargo, podrían implícitamente formar parte de alguna de las finalidades explícitas, lo que será examinado seguidamente.

b.1. La humillación

Al incluir la humillación dentro de los propósitos prohibidos, el TPIY argumentó que de acuerdo con el espíritu general del Derecho internacional humanitario el principal propósito es la protección de la dignidad humana. Sin embargo, el mismo Tribunal ha sostenido posteriormente que, aun cuando otros propósitos pudieran ser considerados, la humillación no ha alcanzado el estatus de costumbre internacional, pues no se encuentra prevista en ningún instrumento internacional de derechos humanos, ni tampoco existe jurisprudencia asentada al respecto⁴⁶⁴.

Al respecto se observa que la humillación podría localizarse, en la sistemática del delito bajo estudio, tanto en el tipo objetivo solamente, como en el tipo objetivo y subjetivo

⁴⁶¹ Cfr. Fiscal v. Anto Furundzija, 10 de diciembre de 1998, § 162; Fiscal v. Miroslav Kvočka, 2 de noviembre de 2001, § 140; Fiscal v. Dragoljub Kunarac y otros, 22 de febrero de 2001, § 179.

⁴⁶² «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

⁴⁶³ Cfr. Aksoy v. Turquía, 18 de diciembre de 1996, § 64; Selmouni v. Francia, 28 de julio de 1999, § 98; Salman v. Turquía, 27 de junio de 2000, § 115; Dikme v. Turquía, 1.º de julio de 2000, § 96; Denizci y otros v. Chipre, 23 de mayo de 2001, § 384; Gäfgen v. Alemania, 1.º de junio de 2010, § 88; Carabulea v. Rumania, 13 de julio de 2010, § 147.

⁴⁶⁴ Cfr. Fiscal v. Milorad Krnojelac, 15 de marzo de 2002, § 185.

simultáneamente. En efecto, como se indicó en esta investigación⁴⁶⁵, la conducta típica genérica prevista en el tipo se refiere a los casos en que el comportamiento del sujeto activo es idóneo para producir humillaciones, como pueden ser las infantilizaciones, instrumentalizaciones o bestializaciones, es decir, la humillación se halla en la naturaleza misma de las conductas típicas que consisten en condiciones o procedimientos que suponen un atentado a la integridad moral.

Asimismo, en lo que se refiere a las formas particulares de atentados a la integridad moral constituidos por los sufrimientos físicos o mentales y las disminuciones de las facultades cognitivas, volitivas y decisorias del sujeto pasivo, también se mencionó que ambas modalidades tenían un componente de humillación en su esencia, porque son conductas que son capaces y están dirigidas a causar tales sufrimientos y disminuciones. Además, la tortura tiene, en todo caso, una naturaleza de indefensión y dominación, lo que lleva a sostener que siempre hay una idoneidad de humillación en la conducta típica.

Por lo tanto, desde esta perspectiva, la humillación no sería una finalidad específica de la conducta del autor, sino que sería parte del tipo objetivo del delito de tortura. O visto de otra manera, siempre hay una situación idónea para humillar cuando se configura el tipo objetivo del delito de tortura, a veces de manera inmediata (atentados contra la integridad moral), a veces de manera mediata (mediante sufrimientos físicos o mentales y disminuciones de las facultades cognitivas, volitivas y decisorias de la víctima).

Ahora bien, también podría contemplarse el supuesto en el que el sujeto activo, además de someter a otro mediante una conducta con la idoneidad para la humillación, tuviera como finalidad subjetiva la mera humillación. En la presente investigación se sostiene que si bien hay necesidad y merecimiento de pena frente a atentados a la integridad moral por parte de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones con la sola finalidad de humillar a la víctima, tal delito no debería denominarse tortura. El desvalor del fenómeno de la tortura no solamente comprende la dimensión individual del perpetrador y sus íntimas finalidades, sino que también comprende una dimensión política-colectiva, porque históricamente la tortura siempre ha sido entendida como una forma de ejercicio de poder por parte de las autoridades políticas, ya sea en ámbitos administrativo-policiales y judiciales: es de interés del Estado, en general, la investigación y castigo de los delitos, faltas, infracciones administrativas, la disciplina dentro de los servicios administrativos y la estabilidad política frente a diferentes amenazas. La finalidad de humillar al margen de las funciones públicas de investigar y sancionar supondría una desnaturalización de la tortura. De hecho, tal finalidad no se prevé en las definiciones de tortura previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Se podría decir al respecto que funcionarios públicos de investigación y sanción bien podrían tener como finalidad humillar para intimidar a alguien o a algún sector de la población; sin embargo en tales circunstancias podría subyacer la finalidad punitiva del Estado, que, como se verá más adelante, no se circunscribe únicamente a sancionar conductas consideradas ilegales o anti-reglamentarias, sino que también se entiende que se castiga a una persona cuando ésta no

⁴⁶⁵ Cfr. *supra* capítulo III, subtítulo III.2., apartado A), c) c.3.

ha cometido ningún ilícito, pero desempeña alguna actividad que se considera una amenaza a la estabilidad nacional⁴⁶⁶. Por lo tanto, en esta investigación se estima acertado, por un lado, que el legislador no haya contemplado la finalidad de humillación dentro del tipo subjetivo del delito de tortura y, por otro lado, que el legislador haya previsto el delito contenido en el artículo 175 CP, en el que podrían subsumirse los atentados a la integridad moral con la finalidad de humillar.

b.2. La intimidación

La finalidad de intimidación a personas o a grupos de éstas⁴⁶⁷ podría considerarse como finalidad de la tortura prevista en el artículo 174 CP si se la incluye dentro de la finalidad discriminatoria, es decir, aquella con la que se pretende intimidar a una etnia o a un sector de la población con una opinión política o creencia religiosa determinada que sea perseguida por el Estado. No obstante, *Rothenberg* considera, sin aportar las definiciones correspondientes, que las finalidades de intimidar y discriminar son diferentes al analizar la CCT⁴⁶⁸, en cuyo caso la finalidad de intimidación resultaría atípica en lo que se refiere al delito de tortura. En el caso español, son típicos desde la perspectiva de la tortura los atentados a la integridad moral que persiguen la intimidación ya sea individual de la víctima de la conducta típica, o ya sea a la generalidad de las personas de la que forma parte la víctima, es decir, para intimidar a un colectivo por cuanto son diferentes, cuando la finalidad del autor del delito es la discriminación. En efecto, la tortura puede constituir el envío de un mensaje para quienes sean diferentes, a quienes se recuerda que se encuentran en inferioridad, para que vivan con miedo.

Por ejemplo, piénsese en el supuesto en que en la comisaría policial de una determinada localidad los funcionarios tienen como política la persecución de inmigrantes, ya sea legales o ilegales, que provengan de países del tercer mundo. Para ello, cada vez que tienen la oportunidad torturan a algún miembro de ese colectivo para amedrentar a la víctima en particular, su familia o círculo cercano y al colectivo en general.

Por lo tanto, si la intimidación que moviliza al autor cuando martiriza a la víctima tiene la finalidad última y más específica de discriminar, no habría problemas para incluirla dentro del ámbito de conductas típicas castigadas por la tortura (si el hecho se inserta, además, en una investigación penal o administrativa), pero si la intimidación es por otros fines o va dirigida a toda la sociedad en general y no a grupos determinados, la conducta no sería encuadrable en este tipo de tortura, sino que, dadas las circunstancias de persecución sistemática contra toda la población civil o una parte de ella, sería subsumible en la modalidad de tortura previsto como delito de lesa humanidad en el artículo 607 bis CP⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ Cfr. *infra* subtítulo IV.2, apartado B), c).

⁴⁶⁷ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura*, p. 64.

⁴⁶⁸ Cfr. ROTHENBERG, *Alb. L. Rev.*, 2003-2004, p. 474.

⁴⁶⁹ Cfr. *infra* subtítulo IV.2., apartado A) c) y subtítulo IV.2., apartado B) d).

Por ejemplo, si un funcionario policial somete a condiciones o procedimientos típicamente objetivos de tortura a un delincuente habitual, para que sus camaradas de fechorías reflexionen sobre la forma de ganarse la vida, tal conducta no sería típica desde la perspectiva de la tortura a los efectos de la finalidad discriminatoria de la conducta, aunque sí sería intimidante y posiblemente constitutiva del delito de tortura a los efectos de la finalidad subjetiva de castigo. En caso de que se considere que la intimidación no es subsumible en el tipo del delito de tortura (por no estimarse las motivaciones punitivas o discriminatorias), el ordenamiento jurídico-penal español evita una eventual laguna de punibilidad al castigar los atentados a la integridad moral sin que haya elementos subjetivos especiales mediante el delito previsto en el artículo 175 CP.

b.3. La coacción

En cuanto a la coacción, en tanto empleo de «fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo»⁴⁷⁰, *Rodríguez Mesa* cree pertinente la coacción como finalidad de la tortura pues permitiría abarcar los casos en que, sin llegar a atemorizar a la víctima, ésta es obligada a hacer algo contrario a su voluntad o su conciencia⁴⁷¹. Sin embargo, al igual que lo sostenido con anterioridad sobre la humillación, la coacción tampoco puede ser considerada como un elemento subjetivo del tipo autónomo ya que no es una finalidad a la que apunta el agente, sino que es un instrumento para alcanzar las finalidades de la tortura. Así, la coacción forma parte relevante de la naturaleza de las condiciones o procedimientos (indefensión-dominación) a los que el agente somete a la víctima para los fines de indagación, punición o discriminación, por lo que al igual que la humillación, forma parte del tipo objetivo, no del tipo subjetivo.

b.4. Medida preventiva

Por último, la CIPST incorpora como finalidad el que la tortura se lleve a cabo como medida preventiva. Esta finalidad guarda estrecha semejanza con la intimidación, en el sentido de que mediante la tortura a una persona o a un grupo de ellas se les intenta crear un estado de terror, ya sea en la víctima para que no haga algo en el futuro o no vuelva a repetir aquello por lo que se le tortura, o ya sea para crear un estado generalizado de temor en un sector determinado de la población, de tal manera que se disuada a los eventuales simpatizantes de ese grupo para prevenir la conformación de grupos resistentes. En este último caso se trata de intimidar a grupos de personas, normalmente mediante la tortura selectiva en determinadas personas emblemáticas o importantes para generar un efecto multiplicador. Ha de recordarse lo que se dijo respecto de la intimidación como finalidad de la tortura, es decir, aquella tortura intimidatoria que tienda a la discriminación de personas o grupos de personas es típica por ser, a su vez, tortura discriminatoria.

⁴⁷⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, p. 572.

⁴⁷¹ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 64.

c) Los elementos subjetivos del tipo de tortura, ¿deberían ampliarse o suprimirse?

La doctrina se ha pronunciado respecto del listado de finalidades que deben o no integrar el tipo subjetivo del delito de tortura, destacándose dos cuestiones fundamentales. Por un lado, existen opiniones que sostienen que, de hecho, se cometen torturas para alcanzar finalidades que superan a las señaladas en la disposición penal bajo estudio; y, por otro lado, hay quien se ha pronunciado reclamando que en la tortura no debería haber ningún elemento subjetivo del tipo, es decir, que las finalidades señaladas en el tipo subjetivo deberían ser suprimidas para que se pueda perseguir más ampliamente tal conducta delictiva.

Entre quienes entienden que la tortura se realiza persiguiendo más finalidades de las recogidas en tipos penales como el previsto en el sistema jurídico español se encuentra *Posner*, que sostiene que en la práctica las finalidades de la tortura son la extracción de información exacta, la extracción de confesiones inexactas, la intimidación a personas o grupos de personas y el puro sadismo⁴⁷². Por su parte, *Luban* indica que en general las finalidades de la tortura en la práctica son el placer de la victoria, aterrorizar, castigar, extraer confesiones y reunir pruebas⁴⁷³. En este trabajo de investigación se confrontarán las finalidades señaladas por los mencionados autores con las previstas en el Derecho positivo español, con la finalidad de verificar si el legislador español ha venido incurriendo en alguna laguna de punibilidad.

En lo que respecta a la extracción de confesiones inexactas señaladas por *Posner*, esta finalidad podría estar comprendida dentro de las finalidades señaladas en el artículo 174 CP y, por ello, será examinada más adelante⁴⁷⁴. En lo que concierne a la intimidación, ya se tomó postura al respecto al analizar las finalidades de la tortura en el Derecho internacional de los derechos humanos⁴⁷⁵. En lo que respecta a la tortura practicada por mero sadismo, tal finalidad del autor excluye la tipicidad de la conducta en lo que respecta al delito de tortura, aunque ello no signifique que quede impune, pues podría ser castigada por el delito de atentado a la integridad moral por parte de autoridad o funcionario público, previsto en el artículo 175 CP.

El denominado placer de la victoria señalado por *Luban* se refiere a las torturas que siguen al triunfo en la batalla y que se llevan a cabo por motivos como revivir la victoria, demostrar lo absoluto del dominio sobre la víctima, refregarle al perdedor su derrota y humillarle. Pareciera que esta finalidad conecta con la tortura con fines de mera humillación, lo cual es más acorde con el delito del artículo 175 CP, porque en España la humillación con el objetivo de solamente degradar sin ninguna otra finalidad adicional no es relevante de acuerdo con el delito bajo estudio. La tortura que persigue aterrorizar puede

⁴⁷² Cfr. POSNER, «Torture, Terrorism, and Interrogatio», p. 294. La intimidación o la coerción a la víctima o terceros también constituyen finalidades de la tortura en la definición de la CCT.

⁴⁷³ Cfr. LUBAN, *Va. L. Rev.*, 2005, pp. 1432-1436.

⁴⁷⁴ Cfr. *infra* subtítulo IV.2., apartado B), a).

⁴⁷⁵ Cfr. *supra* subtítulo IV.2., apartado A), b) b.2.

reconducirse a la modalidad que antes se indicó como la tortura intimidatoria, por lo que si se hace con la intención de discriminar, entraría dentro de la tipicidad de la conducta prevista en el artículo 174 CP. Las demás finalidades serán analizadas posteriormente en el apartado B).

Por otro lado, entre quienes proponen en la doctrina la supresión total de las finalidades de la tortura como requisitos indispensables del tipo subjetivo se encuentran *Barquín Sanz* y la jurista norteamericana *Rebecca Schechter*⁴⁷⁶. El primero es contrario a que se hayan incluido elementos subjetivos en el tipo de tortura porque los considera innecesarios y que no contribuyen a matizar el injusto. *Barquín Sanz* sostiene que los elementos subjetivos del tipo pueden generar dos consecuencias indeseables: la aplicación automática del tipo, dando por supuesto el elemento subjetivo salvo que concurren datos que lo descarten; o, al contrario, la procedencia de una interpretación garantista que tropieza con la diabólica dificultad de la prueba del fuero interno de las personas. En este sentido, *Barquín Sanz* propone de *lege ferenda* que la mención de las finalidades sea suprimidas de la configuración de la conducta típica⁴⁷⁷. Por su parte *Schechter* defiende que, siendo la prohibición del tortura una norma de imperiosa e inderogable vigencia, la presencia de unas específicas finalidades como requisitos para la configuración de la conducta implicaría que el abuso que se cometa por parte de una autoridad o funcionario público que carezca de tales finalidades no sería tortura, así como que serían justificados los abusos cometidos por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que fueran llevados a cabo con una finalidad legal⁴⁷⁸. Por tales motivos, estima esta autora que las finalidades o propósitos en la tortura, en tanto requisitos para su perfeccionamiento, deben ser suprimidos⁴⁷⁹.

En lo que se refiere a la posición de *Barquín Sanz*, se observa que en realidad este autor no critica la presencia de los elementos subjetivos del tipo en el delito de tortura, sino la presencia de tales elementos en cualquier delito, es decir, se trata de una postura crítica en relación con la institución de los elementos subjetivos adicionales al dolo y la imprudencia en el tipo subjetivo. Asimismo, las críticas que formula sobre el peligro de «aplicación automática» a modo de presunción de culpabilidad y la «diabólica dificultad de prueba del fuero interno de las personas», aparte de ser ambas excluyentes la una de la otra, son críticas que bien podrían formularse al dolo, por lo que si se toman en serio, el Derecho

⁴⁷⁶ Cabe subrayar que esta postura ha obtenido un fuerte respaldo

⁴⁷⁷ Cfr. BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, p. 174.

⁴⁷⁸ Cfr. SCHECHTER, *Am. U. Int'l L. Rev.*, 2003, pp. 1258-1259. Esta autora sostiene, por ejemplo, que la sola privación de alimentos a las personas que se encuentran bajo el control del Estado en la condición de prisioneros debería constituir tortura, independientemente de que tal privación por parte de los garantes sea impulsada por motivos de investigación, castigo o discriminación o no, es decir, el solo hecho de privar de alimentos a quienes se encuentran bajo la custodia del Estado hasta llegar al padecimiento de extrema hambruna por parte de los afectados, que tradicionalmente ha sido señalado como trato cruel, inhumano o degradante, para la citada autora debería constituir tortura, criticando así que se requiera para la estimación de la tortura de la presencia de especiales motivaciones más allá de la intencionalidad de la conducta (cfr. SCHECHTER, *Am. U. Int'l L. Rev.*, 2003, p. 1269).

⁴⁷⁹ Cfr. SCHECHTER, *Am. U. Int'l L. Rev.*, 2003, pp. 1258-1259

penal devendría en pura responsabilidad objetiva. En el presente trabajo se sostiene que los elementos subjetivos del tipo de tortura son fundamentales para determinar con la mayor precisión posible las conductas típicas que son susceptibles de lesionar o poner en peligro a los bienes jurídicos protegidos. La supresión de los mencionados elementos subjetivos tendría como efecto la ampliación del ámbito de aplicación del delito de tortura a todo el espectro de la función pública, lo cual no se compadece ni con lo que históricamente se ha conocido como tortura, ni con su reconocimiento como derecho fundamental, tanto en el ordenamiento jurídico internacional como en la Constitución española.

Se podría argumentar que la previsión de elementos subjetivos del tipo dejaría fuera otras conductas igualmente graves, como la tortura por mero sadismo. Esta crítica sería acertada si el delito de tortura solamente protegiera la integridad moral de la víctima. En efecto, si lo que se pretende castigar es la humillación a la que las personas pueden ser sometidas por los funcionarios públicos, la previsión de especiales elementos subjetivos del tipo no tendría sentido, pues bastaría el dolo consistente en conocer que se está humillando para configurar el tipo. Sin embargo, el delito de tortura no es solamente una previsión dedicada a la protección del acervo moral de las personas. La tortura tiene una clara relación histórica con el *ius piniendi* estatal, pues ha sido utilizada por todas las formas de gobierno desde la antigua Grecia hasta la actualidad, ya sea de manera legal o de manera ilegal o paralegal, para la investigación y castigo de conductas o ideas. El uso de un instrumento que afecta a la integridad moral de las personas para perseguir finalidades estatales es lo que configura el delito de tortura, específicamente las finalidades de investigación y castigo policial y judicial. Desde esta perspectiva, el fin de discriminación sí constituye una adición a las finalidades que no se compadece con la naturaleza del delito bajo estudio, siendo necesario un esfuerzo interpretativo para la aplicación racional de esta figura, lo cual se llevará a cabo más adelante⁴⁸⁰. Pero lo relevante en este momento es que hay una clara vinculación entre la historia de la tortura como fenómeno y como delito en España con los elementos subjetivos del tipo y que, por tal razón, aún permanecen en el tipo subjetivo. *Peters* sostiene que la historia de la semántica de la palabra «tortura» posee una dimensión pública: la tortura es un tormento infligido por una autoridad pública con fines manifiestamente públicos. Estos elementos distinguen a la tortura de otras formas de brutalidad⁴⁸¹. Desde esta perspectiva, resulta criticable la ampliación de la conducta típica a aquellas que tienen finalidades discriminatorias.

En lo que respecta a la crítica de *Schechter*, se observa que esta autora se muestra preocupada ante la posibilidad de que conductas materialmente constitutivas de tortura queden excluidas de la prohibición absoluta de su práctica prevista en la CCT. Esto es porque la CCT prevé la prohibición absoluta de la tortura en el artículo 2, pero en relación con los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes la CCT no prevé expresamente tal prohibición absoluta. Si la definición de la tortura incluye determinadas finalidades, se corre el peligro de que no se prevean otras finalidades igualmente

⁴⁸⁰ Cfr. *infra* apartado B), d).

⁴⁸¹ Cfr. PETERS, *La tortura*, p. 15.

merecedoras de prohibición absoluta. En consecuencia, *Schechter* aboga por la supresión total de las finalidades de la tortura como requisitos para su configuración y así poder abarcar dentro de la prohibición de la tortura cualquier sufrimiento físico o mental independientemente de la finalidad.

Pero en lo que corresponde al Derecho español, se observa que no es necesaria la supresión de las finalidades típicas por el motivo apuntado por *Schechter*. Los atentados a la integridad moral que se lleven a cabo sin las finalidades señaladas en el artículo 174.1 CP son constitutivos del delito previsto en el artículo 175 CP cuando son cometidos por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; es decir, habría posibilidad de perseguir la conducta aun cuando ésta no esté dirigida a la investigación, sanción o discriminación.

Por otra parte, si se eliminasen las especiales finalidades subjetivas señaladas en el tipo del delito de tortura, se castigarían de igual manera los atentados a la integridad moral que cometiesen todas las autoridades y funcionarios públicos, independientemente de sus competencias, es decir, no se protegerían especialmente las actividades de sanción e investigación públicas. Desde la perspectiva de la presente investigación resulta razonable que los atentados a la integridad moral que se lleven a cabo en el marco de actividades que caracterizan al *ius puniendi* estatal sean las denominadas como delito de tortura y su castigo sea más grave que los atentados a la integridad moral cometidos por finalidades privadas, como por ejemplo el mero sadismo del sujeto activo.

La postura que defiende que los elementos subjetivos del tipo deberían suprimirse de la definición legal de tortura ha tenido un fuerte respaldo tanto en el Derecho penal internacional como en el Código penal. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁴⁸² define la tortura, en su artículo 7.2.e), como la causación intencional dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control. El Código penal, por su parte, castiga los delitos de lesa humanidad en el artículo 607 bis CP, dentro de los cuales incluye la tortura (artículo 607 bis 2.8º CP), incorporando una definición alternativa que se aparta de la señalada en el artículo 174 CP. En efecto, la mencionada disposición señala una definición de tortura más amplia: «A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físico o psíquicos». La tortura, como delito de lesa humanidad, fue incorporada al Código penal luego de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, mediante artículo único.160 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de septiembre, que modifica el Código penal, para coordinar la legislación penal española con las competencias de la Corte Penal Internacional.

Ahora bien, ni la Corte Penal Internacional se ha pronunciado sobre el artículo 7.2.e) en alguna sentencia, ni tampoco el delito recogido en el Código penal ha sido aplicado por la jurisprudencia. La doctrina ha sostenido que la configuración de la tortura como delito de lesa humanidad no requiere de propósitos o finalidades particulares⁴⁸³. En relación con el tipo contenido en el artículo 607 bis 2.8º CP se observa que la conducta típica puede

⁴⁸² Ratificado por España el 30 de abril de 1999, y entró en vigor el 1 de julio de 2002.

⁴⁸³ Cfr. VON HEBEL/ROBINSON, «Crimes within the jurisdiction of the court», p. 99; AMBOS, *Los crímenes del nuevo Derecho penal internacional*, pp. 71-72.

realizarla cualquier persona que tenga al sujeto pasivo bajo su custodia o control y no solamente las autoridades y funcionarios públicos encargados de investigar y sancionar delitos, faltas e infracciones. Además, el delito de tortura previsto en el artículo 607 bis 2.8° CP consiste en someter a alguien a sufrimientos físicos o psíquicos en el marco de un ataque generalizado o sistemático a la población civil. Por último, la pena varía si esta tortura es grave o no grave, recibiendo una pena más grave que la prevista para el delito de tortura previsto en el artículo 174 CP.

Se observa que la razón por la cual el legislador no previó finalidades en calidad de elementos subjetivos del tipo se debe a que los delitos de lesa humanidad pueden ser cometidos por cualquier persona, es decir, por su configuración el mandato no va dirigido exclusivamente a las autoridades o funcionarios públicos, sino que va dirigido a cualquier sujeto que tenga a otro bajo su custodia y control. Estos delitos contra la comunidad internacional no solamente son manifestación de una política de Estado, sino también de organizaciones que no necesariamente se encuentran integradas por autoridades o funcionarios públicos⁴⁸⁴. Quizás por este motivo, el legislador en el artículo 607 bis 2.8° CP no se remitió a la definición de tortura prevista en el artículo 174 CP, como sí lo hizo en el caso de las lesiones entendidas como delitos de lesa humanidad en el artículo 607 bis 2.3° CP, donde el legislador se refirió a los delitos 149 y 150 CP contra la salud humana. Por lo tanto, como el sujeto activo podría ser un sujeto particular que interviene en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella, el legislador prefirió no mencionar finalidades específicas que sean reflejo de deberes específicos, que son más propios de las autoridades y funcionarios públicos.

d) ¿Es posible apreciar la concurrencia de los elementos subjetivos en los casos de motivaciones estrictamente privadas?

Señalada la conveniencia de que existan elementos subjetivos que delimiten las conductas que se deben considerar constitutivas de torturas, resulta pertinente plantearse si el sujeto activo del delito bajo estudio debe actuar siempre por móviles públicos⁴⁸⁵ o también es posible que actúe por móviles privados.

En relación con las motivaciones públicas del sujeto activo, de investigación y sanción, no habría problemas para considerar tal conducta como delito de tortura. En efecto, el legislador penal pareciera haber considerado como caso paradigmático del delito bajo estudio que el sujeto activo persiga los fines públicos de investigación y sanción que forman parte del cargo que desempeñan. Solamente cabe agregar que las motivaciones públicas de investigación y sanción no se refieren únicamente a la persecución de delitos o faltas comunes, sino que dichas investigación y sanción también pueden referirse a

⁴⁸⁴ Cfr. VON HEBEL/ROBINSON, «Crimes within the jurisdiction of the court», pp. 97 y 99; SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, p. 44. Estos autores comentan el artículo 7 del Estatuto de Roma, que es el origen del artículo 607 bis CP.

⁴⁸⁵ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», p. 92; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 174», p. 254.

personas u organizaciones que el Estado considera una amenaza para su seguridad, como se verá más adelante⁴⁸⁶.

Por ejemplo, considérese el supuesto de una persona que es sometida a torturas por repartir folletos en la vía pública en los que se convoca a una manifestación pública contraria al gobierno establecido.

En relación con las motivaciones privadas, en la presente investigación se sigue la tesis de *Rodríguez Mesa*, que sostiene que el móvil del sujeto activo del delito de tortura puede ser privado, pero si el hecho aparece como un acto público se mantiene su finalidad pública, con lo cual es abarcado por el delito de tortura⁴⁸⁷.

Por ejemplo, un funcionario policial que, teniendo funciones de investigación, comete tortura para indagar dónde se encuentra el botín de un atraco, aunque el móvil del funcionario sea el de apoderarse del botín⁴⁸⁸.

En consecuencia, los elementos subjetivos deben estar referidos a finalidades vinculadas con hechos que el sujeto activo debe investigar y sancionar como parte de su función pública, y tales hechos deben consistir en infracciones penales o administrativas, o en actividades vinculadas a situaciones u organizaciones que amenazan la seguridad del poder establecido y se actúe con apariencia de ejercer la función pública. Asimismo, la conducta típica llevada a cabo con fines discriminatorios por el sujeto activo también debe aparecer como un acto público, en el sentido que debe ser llevada a cabo en el marco del desempeño de funciones de investigación y sanción del Estado. De tal manera, no cabrían dentro del tipo de tortura analizado los actos de índole estrictamente privada, como sería el supuesto del funcionario policial que en su domicilio somete a humillaciones a su esposa para que confiese alguna presunta infidelidad matrimonial. Sobre esto se volverá más adelante cuando se analice la tortura punitiva⁴⁸⁹, que es donde con mayor frecuencia se pueden presentar los casos concretos.

e) ¿Qué ocurre si en el comportamiento típico no concurre alguno de los elementos subjetivos del tipo?

En caso de que no concurren estos elementos subjetivos en la conducta desplegada por el autor, serían aplicables otros tipos penales que protegen la integridad corporal, la libertad sexual, la libertad o el artículo 175 CP, según sea el caso, por lo que de todos modos no cabría la impunidad. Sería el caso, por ejemplo, del funcionario policial que produce sufrimientos físicos en la víctima de forma gratuita. Al respecto, *Barquín Sanz* ha sostenido que es incomprensible que la tortura gratuita tenga menos pena que la tortura indagatoria o

⁴⁸⁶ Cfr. *infra* apartado B), c).

⁴⁸⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Tortura y otros delitos*, p. 223.

⁴⁸⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Tortura y otros delitos*, p. 223.

⁴⁸⁹ Cfr. *infra* apartado B), c).

sancionadora porque en muchos casos la primera puede ser mucho más grave⁴⁹⁰. Al respecto se observa que la tortura gratuita puede efectivamente lesionar la integridad moral del sujeto pasivo, y, quizás, también puede lesionar el correcto ejercicio de la función pública en sentido general, pues el sujeto activo del artículo 175 CP también es una autoridad o un funcionario público pero cuya competencia no es la de investigación y sanción. Estos sectores de la función pública son protegidos en el artículo 174 CP. En este sentido, las torturas gratuitas no afectan el desarrollo de un procedimiento público judicial o un procedimiento disciplinario o administrativo-sancionador, y por tal razón no merecen la misma pena que tiene el delito de tortura. En definitiva, la llamada tortura gratuita y la tortura prevista en el artículo 174 CP tienen naturaleza jurídica distinta, siendo ésta última más específica en su contenido de injusto que la primera, y ello justifica su mayor punibilidad.

f) ¿Qué clase de delito es el de tortura desde la perspectiva de los elementos subjetivos que lo integran?

En virtud de la clasificación más usual de los delitos cuyos tipos contienen elementos subjetivos⁴⁹¹, éstos se dividen en delitos de intención, delitos de tendencia y en delitos de expresión. Los delitos de intención o de tendencia interna trascendente son aquellos delitos cuyos elementos subjetivos están constituidos por una finalidad o motivo que va más allá de la realización del hecho típico⁴⁹². Dentro de los delitos de intención se encuentran los delitos de resultado cortado y los delitos mutilados de dos actos. Los primeros son aquellos cuyo resultado externo va más allá del tipo objetivo y que debe acontecer por sí mismo, es decir, sin la intervención del autor⁴⁹³, mientras que los delitos mutilados de dos actos son aquellos cuyo resultado adicional debe producirlo la propia acción típica sin una segunda acción adicional⁴⁹⁴. Por su parte, los delitos de tendencia o con tendencia interna intensificada son aquellos tipos con elementos subjetivos en los que una tendencia subjetiva es inherente a un elemento típico o codetermina la clase de delito⁴⁹⁵. Por último, los delitos de expresión son aquellos en los que el tipo requiere que concurra en el autor un estado interior de conocimiento que entra en contradicción con el comportamiento externo⁴⁹⁶.

La doctrina mayoritaria distingue la tortura punitiva de la indagatoria. Por un lado, se sostiene que el delito de tortura causado por un sujeto activo que persigue las finalidades de obtener información o extraer una confesión mediante la conducta típica está incluido

⁴⁹⁰ Cfr. BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, pp. 175-176.

⁴⁹¹ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, p. 342; ROXIN, *Derecho penal*, p. 317

⁴⁹² Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 287-288; ROXIN, *Derecho penal*, p. 317.

⁴⁹³ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, p. 342; MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 236.

⁴⁹⁴ Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, p. 317.

⁴⁹⁵ Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, p. 317; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, p. 342.

⁴⁹⁶ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, p. 343.

dentro de los llamados delitos de intención, específicamente dentro de los delitos de resultado cortado, toda vez que los atentados contra la integridad moral, que pueden prolongarse en un tiempo más o menos largo, provocarán la posterior obtención de la información requerida sin necesidad de un nuevo acto⁴⁹⁷. Esto significa que el delito se consuma aunque no se haya obtenido el resultado esperado⁴⁹⁸.

Por otro lado, las torturas producidas con fines de castigo y de discriminación constituyen un delito de tendencia, ya que tales finalidades le confieren a la conducta su especial peligrosidad para los bienes jurídicos protegidos, es decir, la conducta típica realiza en sí misma la motivación impulsora del sujeto activo⁴⁹⁹. Sin los mencionados elementos subjetivos, la conducta vulneraría o pondría en peligro otros bienes jurídicos diferentes. Aun cuando se sostenga que en última instancia es irrelevante determinar exactamente si un delito es de intención o de tendencia⁵⁰⁰, en la presente investigación se acompaña a la doctrina mayoritaria y se sostiene que la tortura indagatoria es un delito de resultado cortado, mientras que las torturas punitiva y discriminatoria son delitos de tendencia interna intensificada.

B) Aspectos específicos: Los elementos subjetivos del tipo de tortura en concreto

a) Obtener una confesión

La obtención o extracción de confesiones ha sido una finalidad histórica de la tortura. En el sistema de procedimiento penal inquisitivo, heredero de la Inquisición, las pruebas eran tasadas y se requerían testimonios y confesiones para alcanzar la sentencia condenatoria. A pesar de que el proceso penal y el régimen de la prueba han cambiado ostensiblemente en la actualidad —en la gran mayoría de los sistemas procesales la

⁴⁹⁷ Cfr. REBOLLO VARGAS, «Artículo 174», p. 274; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 251; MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 82; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», p. 95.

⁴⁹⁸ El Tribunal Supremo ha defendido que no es preciso para la consumación del delito, que el propósito que guía al agente se vea cumplido, sino que constituye un elemento tendencial, junto con el dolo que deben darse en quien actúa (cfr. STS de 4 de mayo de 1998 [ponente Joaquín Martín Canivell], FJ 9.º; STS de 30 septiembre de 2009 [ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre], FJ 3.º).

⁴⁹⁹ Cfr. REBOLLO VARGAS, «Artículo 174», p. 274; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 251; MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 83. Por su parte, el Tribunal Supremo ha sostenido sin mayores precisiones, es decir, sin formular mayores distinciones entre los distintos elementos subjetivos del tipo, que no es preciso para la consumación del delito de tortura que el propósito que guía al agente se vea cumplido, sino que constituye un elemento tendencial, junto con el dolo que deben darse en quien actúa (cfr. STS de 4 de mayo de 1998 [ponente: Joaquín Martín Canivell], FJ 9.º).

⁵⁰⁰ *Roxin* plantea que en realidad tales distinciones carecen de importancia para la aplicación del Derecho. Dice el autor que «lo único que importa en todos los casos es si o hasta qué punto un elemento subjetivo debe encuadrarse en el injusto o en la culpabilidad» (ROXIN, *Derecho penal*, p. 318).

confesión por sí sola no constituye un elemento de convicción—, se sigue practicando la tortura con esta finalidad, tanto en tiempos de paz como de guerra.

Por ejemplo: un funcionario que pierde su reloj de pulsera durante una intervención policial en la que se detiene a una familia numerosa, cree que uno de los detenidos podría habérselo quitado, por lo que ya en comisaría escoge a uno de los hombres de la familia para que confiese o diga quién le arrebató el mencionado reloj. Así, con la ayuda de otro funcionario policial sacan del calabozo a un detenido y en un rincón cercano le insultan, le exigen que les entregue el reloj o diga dónde se halla. Para conseguir la confesión o información desnudan a la víctima por completo, le ponen una pistola en la cabeza, lo que provoca que la víctima se descomponga de miedo y defeque mientras le golpean reiteradamente. Los dos policías obligan a la víctima a recoger con sus manos los excrementos. Los funcionarios también sacan del calabozo a tres menores, y con la misma finalidad los desnudan íntegramente, les amedrentan y, además, golpean reiteradamente. El Tribunal Supremo estimó en este caso que los autores actuaron movidos por la intención de obtener una confesión o testimonio⁵⁰¹.

Un sector de la doctrina se inclina por considerar que la confesión no es estrictamente un concepto procesal en el sentido de aportar información auto-inculpatória por parte de la víctima, sino que también abarca cualquier declaración del sujeto pasivo en un procedimiento indagatorio o sancionador judicial o administrativo disciplinario y sancionador⁵⁰². Sin embargo, otro sector sostiene que el artículo 174 CP entiende como confesión el reconocimiento de los hechos por el imputado o investigado, porque ese es el alcance que el propio Código penal otorga a la confesión cuando regula las atenuantes genéricas en el artículo 21.4.^a CP y porque en sentido procesal también así lo ha entendido el Tribunal Supremo en su jurisprudencia⁵⁰³. «Confesar», según la segunda acepción del término en el Diccionario de la Real Academia Española, es reconocer y declarar obligada (la persona) por la fuerza de la razón o por otro motivo, lo que sin ello no reconocería ni declararía⁵⁰⁴, lo que implica una auto-inculpación. Asimismo, desde la perspectiva histórica de la tortura, ésta era un medio para la auto-inculpación de los pecados y delitos. En consecuencia, se comparte que la última postura es la más acorde con la perspectiva histórica y gramatical. Además, si el legislador no hubiera previsto, al lado de la confesión, la finalidad indagatoria en el delito bajo estudio, pudiera entenderse a la confesión en un sentido amplio, pero como el legislador sí prevé la mencionada finalidad indagatoria la confesión debe interpretarse solamente como una declaración auto-inculpatória.

La obtención de una confesión que sea auto-inculpatória para la víctima abarca tanto la confesión de la verdad como las confesiones inexactas, es decir, aquellas en las que la víctima se inculpa por un hecho ocurrido en el pasado que en realidad no ha cometido,

⁵⁰¹ Cfr. STS de 25 de abril de 2001 (ponente Diego Antonio Ramos Gancedo), FJ 9.º.

⁵⁰² Cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 117 y 118.

⁵⁰³ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 247; STS de 30 de noviembre de 1995 (ponente Luis Román Puerta Luis), FJ 8.º.

⁵⁰⁴ Cfr. Real Academia Española, «Diccionario de la Lengua Española», <http://lema.rae.es/drae/> (última visita, 30 de enero de 2013).

toda vez que tal supuesto queda abarcado también por el ámbito de protección de la norma que prohíbe torturar. La víctima puede entonces ser obligada mediante la tortura a confesar una conducta que el sujeto activo sabe que en realidad dicha víctima no realizó, o ésta puede asumir tal culpa como un medio para evitar seguir siendo sometido a vejámenes. Tanto si la confesión perseguida por el sujeto activo es verdadera como si es falsa, demuestra la supremacía del torturador, siendo la víctima mortificada, avergonzada ante sus debilidades y angustiada ante la posibilidad de haber puesto en peligro a otros⁵⁰⁵. Asimismo, entran dentro de estos supuestos los casos en los que el sujeto activo persigue como finalidad la confesión, exacta o inexacta, aunque ésta no llegue a producirse por parte del sujeto pasivo, es decir, aunque la víctima no emita confesión alguna.

b) Obtener información

En relación con la extracción de información como finalidad del sujeto activo, en la presente investigación se entiende que el Código penal se refiere a cualquier clase de declaración evacuada por un investigado, imputado o por un tercero, por ejemplo, un testigo o un perito, que tenga cierta relevancia para el procedimiento público penal, disciplinario o administrativo-sancionador que se sigue y que puede versar acerca de hechos sobre los cuales tiene derecho a guardar silencio o se trate de una información que el sujeto pasivo esté obligado a aportar⁵⁰⁶. Asimismo, la información que se busca extraer puede estar relacionada con las actividades de inteligencia del Estado. En definitiva, mediante la obtención de la información el sujeto activo pretende reunir material probatorio en un procedimiento judicial o administrativo disciplinario o sancionador y de inteligencia, ya sea para castigar una conducta pasada como para evitar una conducta futura.

Por ejemplo, un caso de la jurisprudencia: la señora M. fue detenida durante ocho días, durante los cuales permaneció encerrada en un cuarto, esposada a una cama, encapuchada y con la luz de la habitación encendida y la radio siempre prendida a todo volumen. M. únicamente podía salir de dicha habitación cuando los captores así se lo ordenaban. Fue sometida a largos y continuos interrogatorios referentes a su vinculación y la de su ex esposo con el auto-denominado Ejército Guerrillero de los Pobres. Durante los interrogatorios fue amenazada con ser torturada físicamente y con matarla a ella o a miembros de su familia si no colaboraba. Repetidas veces se le advirtió de que nunca volvería a ver a su hijo. Le mostraron algunas cartas que había escrito al padre de su hijo, fotografías de éste, de su madre y otros miembros de su familia, su casa y su coche, así como otras fotografías de combatientes guerrilleros que habían sido torturados y muertos en combate, manifestándole que en esas mismas condiciones sería encontrada por su familia. Durante su detención ilegal, sus captores la obligaron a hacer llamadas telefónicas a su familia y a mentir sobre la situación en que se encontraba⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ Cfr. COPELON, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 1994, p. 332.

⁵⁰⁶ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Tortura y otros delitos*, p. 248.

⁵⁰⁷ Cfr. Maritza Urrutia v. Guatemala, 27 de noviembre de 2003, § 58.6.

Por otra parte, para estimar la concurrencia del elemento subjetivo del tipo consistente en obtener una información de la víctima no se requiere necesariamente que el sujeto activo formule las preguntas durante los apremios ilegítimos, bastando con que se sepa mediante indicios que los tormentos son llevados a cabo con la finalidad indagatoria, para lo cual es indiferente el que las preguntas sean formuladas con anterioridad o con posterioridad, o incluso, el que las preguntas y humillaciones sean llevadas a cabo en el lugar de la detención de la víctima y no en la comisaría donde se le tomaría la declaración formal firmada. Lo relevante en este sentido es que se sepa que no se trata de atentados a la integridad moral gratuitos, sino que se persigue «ablandar» al detenido. Por ello, no se comparte la postura del Tribunal Supremo cuando ha desestimado la aplicación del tipo de tortura alegando que «la paliza recibida no guarda relación con tal finalidad, bien porque para nada se mencionara esa posibilidad cuando la agresión se produjo, bien porque las preguntas tendientes a la confesión o al testimonio se produjeran después del ataque físico»⁵⁰⁸.

Asimismo, es de resaltar que los apremios físicos necesarios para lograr una difícil detención no deben confundirse con el interrogatorio posterior, es decir, los apremios constitutivos de tortura tienen que estar relacionados con la obtención de información, y no son trasladables a esta situación los sufrimientos físicos ocasionados al detenido que se hayan producido con ánimo de detención⁵⁰⁹.

Por último, al igual que en el caso de las confesiones inexactas, también se castiga como tortura al sujeto activo que atenta contra la integridad moral de la víctima para obtener una información inexacta. La disposición penal establece que la finalidad es obtener información, sin ninguna mención acerca de la veracidad de la misma, y no habría ningún impedimento para considerar que la información inexacta querida por el autor sea un motivo que escape de la tipicidad. Aunque la información sea inexacta, se trata de una información que se incorpora a un procedimiento judicial o administrativo sancionador, con lo cual se lesiona el correcto ejercicio de la función pública investigadora y sancionadora.

Por ejemplo se puede pensar en el caso del funcionario policial que estando convencido de la culpabilidad del sujeto A por la comisión de un determinado delito, necesita de un testigo que declare en su contra, por lo que tortura al sujeto B para que declare falsamente en la investigación policial. El testigo es torturado para que aporte una información que no sería auto-inculpatoria como sería un caso de tortura para obtener una confesión, sino que sería inculpatoria de un tercero, en este caso de A.

c) Castigar

El Código penal establece que uno de los elementos subjetivos que integra el tipo de tortura consiste en que el sujeto activo debe actuar con el fin de castigar al sujeto pasivo por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido. Según el

⁵⁰⁸ STS de 18 de enero de 1999 (ponente José Augusto de Vega Ruiz), FJ 3.º.

⁵⁰⁹ Cfr. STS de 22 de septiembre de 1995 (ponente José Augusto de Vega Ruiz), FJ 5.º.

Diccionario de la Real Academia Española, «castigar», en su primera acepción, es «ejecutar algún castigo en un culpado», mientras que en su segunda acepción es mortificar y afligir⁵¹⁰. El mencionado diccionario establece que «castigo», en su primera acepción, es pena que se impone a quien ha cometido un delito o falta; en su cuarta acepción es reprensión, aviso, consejo, amonestación o corrección; y en su quinta acepción se dice que es ejemplo, advertencia, enseñanza⁵¹¹. Así, desde un punto de vista estrictamente formal, pareciera que la finalidad que debe perseguir el autor del delito de tortura es la de ejecutar una pena que mortifique o aflija a un culpado de haber cometido un delito o falta o cualquier otra conducta que pueda ser objeto de una reprensión, amonestación, corrección o advertencia.

Por su parte, en lo que respecta a la percepción social, la expresión «castigar» dice razón de una persona que inflige alguna clase de dolor a otra por algo que esta última ha realizado o dejado de realizar. Por lo tanto, es posible asumir que el castigo al que se refiere el elemento subjetivo del tipo de tortura bajo estudio está referido a la idea de represalia, a la idea de desquite o venganza por algo que el autor atribuye a la víctima. En este sentido, se persigue dar cobertura típica a aquellos casos en los que las autoridades o funcionarios públicos actúan en represalia por una conducta o una omisión anterior del sujeto pasivo⁵¹².

Ahora bien, no solamente debe tratarse de una represalia por una conducta u omisión del sujeto pasivo, ya sea porque así lo haya determinado una investigación policial previa o así haya sido establecido en una sentencia judicial, sino que además el Código penal castiga por tortura cuando el sujeto activo tiene una mera sospecha de la responsabilidad de la víctima. Aun cuando según el Diccionario de la Real Academia Española la palabra «sospechar» en su primera acepción significa aprehender o imaginar algo por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad⁵¹³, no es necesario que tal imaginación de la responsabilidad de la víctima mediante conjeturas sea efectivamente fundada en apariencias o visos de verdad, pues puede caber la posibilidad de una sospecha sin que haya tal fundamento desde el punto de vista de un tercer observador. Es decir, basta con que la sospecha haya surgido en la esfera interna del agente, aunque aparezcan como infundadas. En todo caso, se estaría bajo el umbral de la sospecha siempre que no se haya alcanzado la certeza que se obtiene al finalizar la investigación policial o administrativa.

⁵¹⁰ Cfr. Real Academia Española, «Diccionario de la lengua Española», <http://lema.rae.es/drae/> (última visita, 31 de enero de 2013).

⁵¹¹ Cfr. Real Academia Española, «Diccionario de la lengua Española», <http://lema.rae.es/drae/> (última visita, 31 de enero de 2013).

⁵¹² Cfr. STS de 30 septiembre de 2009 (ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), FJ 3.º; STS de 26 de noviembre de 2004 (ponente Julián Artemio Sánchez Melgar), FJ 6.º; STS de 23 de abril de 2001 (ponente Carlos Granados Pérez), FJ 1.º. La SAP Barcelona, Sección 9.ª, de 20 de noviembre de 2008 (ponente María Magdalena Jiménez Jiménez), dice que una de las finalidades de la tortura es la de «consolidar una venganza».

⁵¹³ Cfr. Real Academia Española, «Diccionario de la lengua Española», <http://lema.rae.es/drae/> (última visita, 25 de agosto de 2012).

Así, son conductas típicas de tortura los supuestos en los que el sujeto activo pretende hacer «justicia por su propia mano», ya sea porque no confía en la justicia penal o administrativa por considerarla lenta o demasiado permisiva, o porque cree que el sujeto pasivo merece un castigo adicional al formalmente previsto en la ley, o simplemente porque pierde la compostura ante el hecho cometido por el sujeto pasivo. De tal manera que en estos casos la tortura punitiva es considerada como una forma adicional de castigo legal, independientemente de la cuestión formal de culpabilidad o inocencia⁵¹⁴.

En un caso unos funcionarios policiales creyendo que las víctimas habían agredido a un compañero funcionario del mismo cuerpo policial con anterioridad, propinaron a una pareja en el andén de una estación de ferrocarriles repetidos golpes, insultos y amenazas de muerte que fueron calificadas por la Audiencia Provincial de Barcelona como torturas⁵¹⁵. En otro caso la parte recurrente alegaba que el delito de tortura solo puede ser cometido cuando la acción se dirige contra el autor del hecho delictivo que se investiga, y que la conducta es atípica cuando el funcionario actúa en la creencia errónea de que el detenido es el autor del delito investigado. El Tribunal Supremo desestimó tal argumento diciendo que «el error en la persona del autor no tiene relevancia en la configuración del tipo penal, pues el perjudicado, al tiempo de la detención era sospechoso en la comisión del hecho delictivo que se investigaba»⁵¹⁶.

El desquite o represalia que ejecuta el autor mediante la conducta típica del delito de tortura debe estar motivado por determinados hechos que se atribuyen a la víctima. Ahora bien, resulta pertinente referirse a qué clase de hechos se refiere el legislador. Tal como se indicó en la parte general del presente apartado sobre los elementos subjetivos del tipo de tortura, el bien jurídico protegido en el presente delito debe ser tomado en cuenta en la labor interpretativa. El correcto ejercicio de la función pública en su vertiente sancionadora obliga a considerar como típicos únicamente los castigos que tengan su origen en infracciones penales y administrativas y en la realización de actividades que, sin ser estrictamente ilegales, sean consideradas por el Estado una amenaza a su seguridad. Por lo tanto, no deben ser consideradas torturas punitivas los atentados a la integridad moral perpetrados por un sujeto agente que persigue desquitarse por una conducta previa de la víctima de carácter fútil no relacionada con el *ius puniendi* estatal.

Por ejemplo, el Tribunal Supremo estimó la aplicación del artículo 175 CP, y no el delito de tortura, en el supuesto de un detenido golpeado y pateado en todo el cuerpo por parte de un funcionario policial, quien le reprochaba de la rotura de su camisa de paisano⁵¹⁷. Asimismo, el Tribunal Supremo, en un caso en el que los funcionarios policiales atentaron contra la integridad moral de una persona por miccionar en la vía pública, condenó por el delito del artículo 175 CP y no por el delito de torturas, mediante una argumentación un tanto confusa según la cual hay un quebranto a «componentes personales extramuros del

⁵¹⁴ Cfr. COPELON, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 1994, p. 333.

⁵¹⁵ Cfr. SAP Barcelona, Sección 21.ª, de 30 de diciembre de 2010 (ponente Carles Almeida Espallargas), FJ 5.º.

⁵¹⁶ STS de 30 de noviembre de 2009 (ponente Andrés Martínez Arrieta), FJ 3.º.

⁵¹⁷ Cfr. STS de 16 de abril de 2003 (ponente Julián Sánchez Melgar), FJ 5.º.

ámbito del artículo 174» que encajarían en el delito del artículo 175 CP, sin explicar cuáles son esos componentes⁵¹⁸. Otro ejemplo lo constituye un caso en el que la Audiencia Provincial de Sevilla estimó que no concurrían los elementos subjetivos del delito de tortura al no considerar que hubiera habido un castigo, en el supuesto de un funcionario policial que había agredido a una persona al interpretar la actitud de ésta como altiva o «chulesca». En este caso el sentenciador condenó finalmente por lesiones y detención ilegal⁵¹⁹.

Sin embargo, existe una opinión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sostiene que la tortura punitiva no se refiere a castigos legalmente establecidos (que serían hechos justificados porque solo pueden ser aplicados judicial o administrativamente mediante un procedimiento formalizado y por autoridades competentes para ello), sino que castiga los actos represivos contra la conducta de un sujeto que sean injustificados, desproporcionados e innecesarios⁵²⁰.

-El Tribunal Supremo aplicó el artículo 174.1 CP a los duros apremios físicos sufridos por la víctima, motivados por una actitud que el sujeto activo consideró como de «mofa» (la víctima eludía la práctica de la prueba de alcoholemia porque no podía exhalar)⁵²¹.

-En un caso de la jurisprudencia, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife estimó como delito de tortura una serie de conductas humillantes y degradantes perpetradas por un sujeto activo que actuó motivado por la venganza, al responsabilizar a la víctima de haber propiciado el traslado disciplinario de un compañero a otro centro de detención de menores⁵²².

La tortura punitiva puede llevarse a cabo antes de que dé comienzo formal la investigación penal o administrativa contra la víctima, durante dicha investigación o en el período posterior de la decisión que da por finalizados los procedimientos judiciales o administrativos. Los casos en los que el sujeto activo actúa antes de iniciarse cualquier procedimiento o investigación contra la víctima por algún hecho delictivo o infracción que se le atribuya serían aquellos en los que el funcionario policial, al tener conocimiento de que la víctima cometió o pudo haber cometido un delito que aún no ha sido denunciado formalmente, detiene a la persona sospechosa y la somete a torturas. Los otros casos se cometerían cuando, una vez iniciada la investigación penal o administrativa, el sujeto activo actúa en represalia por el hecho investigado contra la víctima.

Por ejemplo, en su celda de un centro penitenciario el interno J. C., sacerdote que cumplía condena por delito de corrupción de menores, fue despertado y sacado de la misma por los guardias J. y F., y le ordenaron que se vistiera, conduciéndole hasta una oficina, donde luego de hacerle preguntas sugestivas, F. propinó a J. C. un puñetazo en la

⁵¹⁸ Cfr. STS de 20 de julio de 2004 (ponente Joaquín Giménez García), FJ 2.º.

⁵¹⁹ Cfr. SAP Sevilla, Sección 4.ª, de 31 de marzo de 2003 (ponente Margarita Barros Sansinforiano), FJ 3.º.

⁵²⁰ Cfr. STS de 28 de febrero de 2011 (ponente Enrique Bacigalupo Zapater). Voto particular de Enrique Bacigalupo Zapater, al que se adhirió Julián Artemio Sánchez Melgar.

⁵²¹ Cfr. STS de 9 de octubre de 2002 (ponente José Manuel Maza Martín), FJ 2.º.

⁵²² Cfr. SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 5.ª, de 19 de octubre de 2012 (ponente Francisco Javier Mulero Flores), FJ 2.º.

boca, conminándole verbalmente a no mentir. J. se aproximó por detrás a J. C. y comenzaron los dos funcionarios a darle golpes con las manos en la cabeza y en la cara al tiempo que le gritaban «curita, curita, niños no». Mientras tanto, J. C. se quejaba y chillaba de dolor por los golpes recibidos. Continuaron golpeándole con las manos en la cabeza y en la cara, hasta que J. C. sangrando por el labio y llorando, se unió al coro de voces que decían «niños no, niños no», repitiéndolo varias veces hasta que los dos funcionarios estimaron que había aprendido la lección⁵²³.

Sin embargo, en ocasiones el Tribunal Supremo pasa por alto que la tortura protege el correcto ejercicio de las funciones públicas investigadoras y sancionadoras, y solamente toma en cuenta que la tortura lesiona la integridad moral de la víctima en concreto, por lo que ha estimado como torturas comportamientos que aun siendo lesivos para la integridad moral, no lesionan la dimensión colectiva del bien jurídico protegido. En este sentido, el Tribunal Supremo ha catalogado como delito de tortura hechos que no se encuentran dentro del ámbito de las infracciones penales o administrativas y que generan la venganza personal del sujeto activo, aun cuando el comportamiento se lleve a cabo como si fuese parte del ejercicio de competencias públicas de investigación y sanción.

Por ejemplo, en un caso en el que agentes policiales golpearon y humillaron a una persona que el día anterior había interpuesto una denuncia contra ellos por amenazas, el Tribunal Supremo estimó que se había cometido tortura en su modalidad de castigo, toda vez que los sujetos activos habían utilizado su cargo público para golpear, humillar y detener a dicha persona por razones ajenas a su función y puramente vindicativas⁵²⁴. En la presente investigación se sostiene que esta venganza, aun relativa a hechos de trascendencia pública como es la interposición de una denuncia, no debió ser castigada como tortura porque el hecho de interponer una denuncia ante los órganos policiales, judiciales o administrativos competentes, no es más que el ejercicio de una facultad legal de la víctima, con respecto de la cual no caben investigaciones ni sanciones. Los funcionarios policiales actuaron motivados por la venganza de carácter personal y no en ejercicio de sus funciones investigadoras o sancionadoras.

Asimismo, el Tribunal Supremo conoció el caso de un detenido en comisaría policial que se encontraba en estado de agresividad y, en un momento dado, gesticulando con los brazos y encarándose con los funcionarios policiales, tocó a uno de ellos ante lo cual éstos saltaron sobre el detenido y durante escasos segundos realizaron técnicas de reducción que comportaron algunos golpes propinados con los pies. La sentencia determinó que los agentes habían actuado con el ánimo de reducir la resistencia del detenido, mientras que el voto particular de dos magistrados sostuvo que se trataba de una tortura punitiva porque la acción de los funcionarios policiales fue excesiva e innecesaria y tuvo el propósito de castigar al detenido por haber tocado a uno de ellos durante su protesta⁵²⁵.

⁵²³ Cfr. STS de 5 de noviembre de 2002 (ponente Joaquín Martín Canivell).

⁵²⁴ Cfr. STS de 30 septiembre de 2009 (ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), FJ 4.º.

⁵²⁵ Cfr. STS de 28 de febrero de 2011 (ponente Enrique Bacigalupo Zapater). Voto particular de Enrique Bacigalupo Zapater, al que se adhirió Julián Artemio Sánchez Melgar. Sin embargo, en otra decisión el Tribunal Supremo consideró aplicable el tipo residual contenido en el artículo 175 CP y no el delito de tortura

Por último cabe citar el caso, tomado de la jurisprudencia, en que un funcionario de instituciones penitenciarias sometió a golpes a un interno vejándole y denigrándole «por su insolencia al haberle querido dar flores y replicarle con la palabra “mariquita”»⁵²⁶.

Finalmente, en la jurisprudencia se han visto casos en los que el exceso en el cumplimiento del deber de los funcionarios policiales se puede confundir con el tipo del delito de tortura, específicamente la punitiva, cuando los apremios físicos se han entendido como castigos por la actuación previa de la víctima, generalmente consistente en un golpe físico o una actitud de arrogancia e irrespeto a la autoridad policial. Esto ocurre generalmente cuando los agentes emplean apremios físicos intensos e innecesarios que se llevan a cabo para neutralizar la resistencia a la detención por parte de la víctima, en los que puede surgir la duda sobre si el exceso en el uso de la fuerza sobre el detenido ya controlado entra dentro del ámbito del delito de tortura o permanece dentro del campo de aplicación del delito de lesiones. En estos casos habrá que fijarse en si existe un sometimiento a las condiciones o procedimientos que sean aptos para afectar la integridad moral del detenido, es decir, que sean aptos para humillarle o vejarse en condiciones de dominación desde el punto de vista de un tercer observador⁵²⁷. Muchas veces estos casos de exceso en el cumplimiento del deber no tienen la duración o la naturaleza suficiente como para afectar el bien jurídico protegido y, por tanto, desde el punto de vista de la tortura no se configura el tipo objetivo.

-Por ejemplo, en un caso extraído de la jurisprudencia, una persona, ante el requerimiento de agentes policiales, se había negado a identificarse correctamente y, además, les profirió insultos. Los funcionarios decidieron introducirlo en las dependencias policiales para sancionarle por una falta administrativa y es entonces cuando el acusado se opone a la detención. El detenido pretendió zafarse de la actuación policial y escapar haciendo el gesto de dar un puñetazo, pero fue reducido por la fuerza, con el uso de porras o defensas, y cayó al suelo, braceando y dando patadas contra de los agentes, aunque sin llegar a golpearles. Seguidamente el detenido fue esposado. La Audiencia Provincial estimó que la conducta de los agentes policiales no era constitutiva de tortura porque no se probó que las lesiones se ocasionaran como represalia para castigar el comportamiento del sujeto pasivo. En este sentido, la sentencia dijo que lo pretendido por los sujetos activos era

en un caso en el que el funcionario policial golpeó, pateó, vejó y humilló a un sujeto por haberle roto la camiseta durante el forcejeo producido durante su detención [cfr. STS de 16 de abril de 2003 (ponente Julián Artemio Sánchez Melgar), FJ 5.º]. En la presente investigación se estima que es un claro caso de tortura, considerando que se encuentra probado que el sujeto activo había «golpeado con patadas y puñetazos, mientras se encuentra inmovilizado y esposado en la calle, reprochándole algo tan desproporcionado con su actitud vejatoria y humillante, como la rotura de su camisa de paisano».

⁵²⁶ SAP Granada, Sección 2.ª, de 20 de enero de 2006 (ponente Pedro Ramos Almenara). En este caso la Audiencia Provincial estimó que no había tortura por falta de condiciones o procedimientos aptos para la configuración del delito del artículo 174 CP, pero en lo que se refiere al tipo subjetivo estimó que sí había una afectación a la integridad moral y por ello condenó al acusado por delito del artículo 175 CP.

⁵²⁷ En STS de 28 de febrero de 2011 (ponente Enrique Bacigalupo Zapater), FJ 3.º, el Tribunal Supremo indicó en un caso en el que se pretendía que se aplicase el delito del artículo 175 CP, que en los hechos probados (lesiones físicas) no se observaba «que el detenido haya sido rebajado a la condición de mera cosa».

acabar con la fuerte y tenaz resistencia del detenido, y que por ello se llevó a cabo una vejación injusta de carácter leve, que está tipificada en el artículo 620 CP⁵²⁸.

-El Tribunal Supremo conoció el caso de un detenido en comisaría policial que se encontraba en estado de agresividad y, en un momento dado, gesticulando con los brazos y encarándose con los funcionarios policiales, tocó a uno de ellos ante lo cual éstos saltaron sobre el detenido y durante escasos segundos realizaron técnicas de reducción que comportaron algunos golpes propinados con los pies. La sentencia determinó que los agentes habían actuado con el ánimo de reducir la resistencia del detenido, mientras que el voto particular de dos magistrados sostuvo que se trataba de una tortura punitiva porque la acción de los funcionarios policiales fue excesiva e innecesaria y tuvo el propósito de castigar al detenido por haber tocado a uno de ellos durante su protesta⁵²⁹.

d) Discriminar

Según el Diccionario de la Real Academia Española, discriminar es dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc⁵³⁰. La discriminación constituye una forma de violencia en la que una persona es agredida porque ser heterogénea, es decir, el factor de riesgo en estos casos es la diferencia⁵³¹.

En tal sentido, ya se adelantó, cuando se analizó la definición de tortura de la CCI⁵³², que un sector de la doctrina española discrepa de la inclusión de la discriminación como una de las finalidades perseguidas por el sujeto activo de la tortura. *De la Cuesta Arzamendi* opina que el margen de aplicación de la finalidad discriminatoria es muy escaso, toda vez que estaría abarcada ya en los casos de tortura punitiva, es decir, con fines de castigo⁵³³. En el mismo sentido, *Rodríguez Mesa* considera que el motivo de discriminación no debió haberse previsto, porque no tiene la autonomía necesaria y por su difícil delimitación en relación con los tratos degradantes⁵³⁴. En un trabajo posterior, al comentar el artículo 174

⁵²⁸ Cfr. SAP Zaragoza, Sección 6.ª, de 13 de julio de 2009 (ponente Rubén Blasco Obedé).

⁵²⁹ Cfr. STS de 28 de febrero de 2011 (ponente Enrique Bacigalupo Zapater). Voto particular de Enrique Bacigalupo Zapater, al que se adhirió Julián Artemio Sánchez Melgar. Sin embargo, en otra decisión el Tribunal Supremo consideró aplicable el tipo residual contenido en el artículo 175 CP y no el delito de tortura en un caso en el que el funcionario policial golpeó, pateó, vejó y humilló a un sujeto por haberle roto la camiseta durante el forcejeo producido durante su detención [cfr. STS de 16 de abril de 2003 (ponente Julián Artemio Sánchez Melgar), FJ 5.º]. En la presente investigación se estima que es un claro caso de tortura, considerando que se encuentra probado que el sujeto activo había «golpeado con patadas y puñetazos, mientras se encuentra inmovilizado y esposado en la calle, reprochándole algo tan desproporcionado con su actitud vejatoria y humillante, como la rotura de su camisa de paisano».

⁵³⁰ Cfr. Real Academia Española, «Diccionario de la lengua Española», <http://lema.rae.es/drae/> (última visita, 25 de agosto de 2012).

⁵³¹ Cfr. COPELON, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 1994, p. 330.

⁵³² Cfr. *supra* capítulo I, subtítulo I.2., apartado C), b).

⁵³³ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura*, p. 64; GRIMA LIZANDRA, «Delitos contra la integridad moral», p. 283.

⁵³⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 65.

CP, *Rodríguez Mesa* sostiene que el motivo de discriminación no es un elemento subjetivo del tipo, sino que constituye una razón (discriminatoria)⁵³⁵.

Históricamente la tortura siempre ha tenido un carácter público vinculado al *ius puniendi* estatal, ya sea como un episodio del procedimiento penal, ya sea como una práctica de funcionarios del Estado fuera del ámbito judicial propiamente dicho. *Ulpiano* sostuvo, en el siglo III, que por *quaestio* (tortura) se ha de entender el tormento y sufrimiento del cuerpo para obtener la verdad; *Azo*, en el siglo XIII, declaró que «la tortura es la indagación de la verdad por medio del tormento»; y *Bocer*, en el siglo XVII, señaló que «la tortura es el interrogatorio mediante el tormento del cuerpo, respecto del delito que se sabe que ha sido cometido, tormento legítimamente ordenado por un juez con el fin de obtener la verdad sobre dicho delito»⁵³⁶. Las finalidades públicas de investigación y sanción de hechos considerados punibles son las que han distinguido la tortura de otras formas de coerción.

Además, la tortura tiene un carácter público porque también ha sido un instrumento del ejercicio del poder, cuando éste considera amenazada su seguridad. Las finalidades indagatorias y punitivas encajan en tal uso de la tortura, porque efectivamente este hecho delictivo ha sido un medio de inteligencia para desbaratar las organizaciones disidentes y para castigar la desobediencia al orden establecido. De ahí proviene la crítica relativa a la falta de autonomía de la discriminación a la que hacen referencia *De la Cuesta Arzamendi* y *Rodríguez Mesa*.

La definición de tortura contenida en la CCT también incluye como finalidad de este delito la discriminación y es de suponer que el legislador español quiso homologar la definición jurídico-penal de tortura del Código penal con la prevista en el mencionado instrumento internacional. Tal decisión es criticable no solamente porque se aleja de lo que históricamente ha sido la tortura, sino también porque al abrir la espita de finalidades distintas a las clásicas de investigación y castigo, deja fuera otras finalidades que pueden ser igualmente graves como la discriminatoria, por ejemplo, la tortura por mero sadismo. *Peters* defiende que «la tortura judicial es el único tipo de tortura, sea administrada por un funcionario judicial o por otros instrumentos del Estado. (...) otras acciones llamadas sentimentalmente “tortura” sería mejor llamarlas de otro modo. Trasponer términos familiares de un ámbito del significado a otro para obtener un efecto dramático es un recurso de la retórica, no del análisis histórico o social. Y la entropía semántica no aclara la comprensión»⁵³⁷. La afectación de la integridad moral de las personas por motivos discriminatorios pudo haberse tipificado ya sea de manera especial o como una agravación del atentado a la integridad moral nuclear previsto en el artículo 173 CP.

Se observa que la tortura que persigue castigar al sujeto pasivo consiste en una represalia por un hecho del pasado, mientras que la tortura indagatoria pretende un comportamiento futuro externo, es decir, extraer información que el sujeto pasivo tiene relacionada con

⁵³⁵ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, «Artículo 174», p. 424.

⁵³⁶ PETERS, *La tortura*, pp. 12-13.

⁵³⁷ PETERS, *La tortura*, p. 21.

hechos que presenció o realizó en el pasado⁵³⁸. Es decir, las torturas punitivas e indagatorias se realizan por asuntos que un sujeto puede dejar de hacer o de los que el sujeto puede desprenderse. Pero la tortura discriminatoria es diferente, en el sentido de que se trata de castigar formas de ser, características que pertenecen a la esfera de la personalidad de la víctima⁵³⁹. No se castiga por lo que se hace o lo que ha visto o conocido como ocurre con las torturas punitivas e indagatorias, sino por lo que se *es*.

Ahora bien, tampoco parece que la intención del legislador fuera castigar la tortura discriminatoria en todos los ámbitos de actuación de las autoridades y funcionarios públicos. Es decir, la tortura discriminatoria del artículo 174 CP no parece abarcar los atentados a la integridad moral realizados por un funcionario del ministerio del Trabajo, por ejemplo. Con anterioridad se adelantó que la discriminación señalada como finalidad en el tipo es la susceptible de realizarse como consecuencia del abuso del cargo de los funcionarios públicos que tienen competencia indagatoria y sancionatoria⁵⁴⁰. De esta manera los sujetos activos del delito de tortura se mantienen dentro de los límites fijados históricamente, es decir, los ámbitos de la autoridad estatal esenciales para la idea de orden del Estado: los procedimientos penales, disciplinarios y administrativo-sancionadores, así como los que procuran enervar las amenazas de la seguridad del Estado.

Por lo tanto, en la presente investigación se estima que la tortura discriminatoria pretende reprimir los atentados a la integridad moral llevados a cabo por funcionarios públicos encargados de las investigaciones penales y administrativas, así como de la imposición y ejecución de las sanciones correspondientes, con fines discriminatorios.

Un ejemplo sería que en el curso de una investigación penal, un funcionario policial cargado de ideología xenófoba, sometiera a torturas a un sospechoso solamente por ser extranjero. En cambio, sería atípico del delito de torturas si el mismo funcionario policial supremacista cometiera el hecho en la calle sin que estuviera investigando infracción alguna ni se encontrara castigando por la sospecha de haber cometido alguna infracción. En un caso extraído de la jurisprudencia se evidenció discriminación por la orientación sexual, pero no fue castigado como tortura según el artículo 174 CP. El caso versaba sobre funcionarios policiales que, mientras estaban en un coche policial esperando la luz verde de

⁵³⁸ El sujeto activo pretende extraer de la víctima algo que tiene (la información).

⁵³⁹ La no discriminación se articula como un derecho autónomo y general. La no discriminación se contempla en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, en el ámbito del Consejo de Europa la no discriminación es un valor esencial, y desde la entrada en vigor del Protocolo n.º 12 a la Convención Europea de Derechos Humanos, la igualdad y la no discriminación constituyen un derecho autónomo, no dependiente de los otros reconocidos en la Convención. En el ámbito comunitario el Tratado de la Unión Europea establece en su artículo 2 la no discriminación como uno de los valores comunes de la Unión y la lucha contra la discriminación como uno de los objetivos de la misma. Por su parte, el artículo 19 (antiguo artículo 13) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea habilita al Consejo para «adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». El desarrollo de este principio ha dado lugar a la aprobación de diferentes directivas que forman un importante *corpus* normativo de protección frente a la discriminación.

⁵⁴⁰ Cfr. *supra* capítulo II, subtítulo II.2., apartado A).

un semáforo para avanzar, vieron cruzar el paso de peatones a una persona R. llamativamente vestida «dándose la circunstancia de que en la zona existe una discoteca dedicada al público Homosexual (sic)», y, «al empezar a parpadear el semáforo de peatones, el acusado V., entre risas, le indicó a R. “venga date prisa maricón”, éste se volvió e hizo con el brazo un gesto despectivo, ante lo cual V., bajó del vehículo dirigiéndose a R., que había terminado de cruzar la calle, diciéndole “espera maricón”, aquél, se asustó y comenzó a correr hacia la calle Trafalgar, siguiéndole V. a pie, y el otro acusado con el vehículo, al que puso en funcionamiento las señales de emergencia, tomando contradirección. En la calle Trafalgar, R. se detuvo, diciéndole V. “maricón al suelo”, agachándose, y al llegar V. junto a él, lo tiró al suelo, esposándole y dándole un “rodillazo” en la zona lumbar, cuando lo tenía en esta situación volvió a llamarlo “maricón” y lo golpeó contra el suelo. El otro acusado, llegó al lugar, y entre los dos subieron a R. al coche policial, obligándole V. M. a permanecer tumbado, diciéndole “que los maricones no tenían derecho a ir sentados”»⁵⁴¹. La Audiencia Provincial desestimó que concurriera tortura discriminatoria, porque estimó que había un concurso de leyes con el delito de detención ilegal, que debía ser resuelto estimando solamente el delito contra la libertad, porque, según dicho Tribunal, abarca el injusto total del hecho.

De esta manera, no le asistiría razón a la crítica expuesta por *De la Cuesta Arzamendi* según la cual la tortura discriminatoria podría ser incluida dentro de la tortura punitiva, porque en estos casos el agente estaría castigando a la víctima por algo que no es responsabilidad de ésta (su forma de ser), siendo que la tortura punitiva está dirigida a hechos que serían responsabilidad de la víctima, es decir, castigos que tienen su origen en infracciones penales y administrativas y en la realización de actividades que, sin ser ilegales, son consideradas por el Estado como una amenaza a su seguridad.

En cuanto a la idea de *Rodríguez Mesa* según la cual la discriminación no es un elemento subjetivo del tipo sino una «razón», se observa que sí es un elemento subjetivo del tipo y que junto a la finalidad de castigar se trataría de un elemento subjetivo representado por una tendencia interna intensificada. En definitiva, los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo son motivos que el legislador exige en algunos casos para constituir el tipo de algún delito⁵⁴². Es decir, los elementos subjetivos del tipo son razones, motivos o tendencias, dentro de las cuales, en el caso del delito bajo estudio, se encuentra la discriminación.

Resulta necesario destacar que el artículo 607 bis 1 CP prevé que se considera delito de lesa humanidad la comisión de los hechos que se señalan en el numeral 2, dentro de los cuales se encuentra el delito de tortura, «por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional» y «en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales con la intención de mantener ese régimen». Es decir, se considera delito de lesa humanidad la comisión del delito de tortura (cuya definición está señalada en el

⁵⁴¹ SAP Barcelona, Sección 3.ª, de 20 de marzo de 2001 (ponente Ana Ingelmo Fernández).

⁵⁴² Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, p. 278.

artículo 607 bis 2.8° CP⁵⁴³) por razones discriminatorias cuando se comete de forma masiva o sistemática. Como se podrá advertir, esta tortura discriminatoria se encuentra prevista para situaciones en las que no impera la vigencia de los derechos y libertades constitucionales, sino que se requiere que se lleve a cabo bajo un régimen que irrespete sistemáticamente y de manera intolerable los principios universalmente aceptados de respeto a los derechos humanos más elementales.

En el presente subapartado se ha sostenido que la tortura también ha sido un instrumento de ejercicio del poder cuando éste considera amenazada su seguridad, fundamentalmente por motivos políticos y, además, se ha sostenido que comete la tortura prevista en el artículo 174 CP el sujeto activo que pretende intimidar por razones políticas, raciales o religiosas, porque se entiende que está llevando a cabo una tortura discriminatoria⁵⁴⁴. Ahora bien, ¿dónde se encuentra el límite entre la tortura discriminatoria política, racial, religiosa u otra del artículo 174 CP y la tortura discriminatoria como delito de lesa humanidad del artículo 607 bis CP? La clave de la respuesta se encuentra en qué debe entenderse como ataque «generalizado o sistemático» en el concepto de delito de lesa humanidad.

El origen de este delito contenido en el artículo 607 bis CP se encuentra en el Estatuto de Roma, que en su artículo 7.1 reza que «se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos (...) cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque». En los trabajos preparatorios del mencionado Estatuto se debatió si «ataque generalizado o sistemático» debía ser entendido de forma acumulativa o alternativa. Quienes sostenían que los elementos «generalizado» y «sistemático» debían concurrir de manera acumulativa (Arabia Saudí y países asiáticos) defendían que de acoger la solución contraria, es decir, la alternativa, no se podría diferenciar entre delitos de lesa humanidad entendidos solo como ataques generalizados y una «ola de delitos» comunes, incluso cuando no haya ninguna conexión entre estos delitos. Con este enfoque acumulativo se buscaba restringir el alcance de los delitos de lesa humanidad. La posición contraria que indicaba que podían ser delitos de lesa humanidad los ataques generalizados o los ataques sistemáticos a la población civil parecía, por el contrario, demasiado expansiva⁵⁴⁵. En efecto, *Rueda Fernández* sostiene, al comentar el artículo 7.1 del Estatuto de Roma, que «el carácter generalizado es un criterio del crimen contra la humanidad, pero no es el único. A veces, un acto inhumano contra una sola persona puede también constituir un crimen contra la humanidad si se inscribe en un sistema, se ejecuta según un plan, o si presenta un carácter repetitivo»⁵⁴⁶. La solución final a esta disyuntiva vino con una solución de compromiso: hay que interpretar de manera conjunta los artículos 7.1 y 7.2.a) del Estatuto de Roma. El artículo 7.2.a) contiene la definición normativa de «ataque contra una población civil» a los fines del Estatuto de

⁵⁴³ Cfr. *supra* subtítulo IV.2., apartado A) c).

⁵⁴⁴ Cfr. *supra* subtítulo IV.2., apartado A) b) b.2).

⁵⁴⁵ El TPIR ha sostenido que es más acorde con el Derecho consuetudinario internacional interpretar que «generalizado» y «sistemático» son dos requisitos alternativos, es decir, que no se necesita que concurren los dos requisitos para estimar un delito de lesa humanidad (cfr. *Fiscal v. Alfred Musema*, 27 de enero de 2000, § 203).

⁵⁴⁶ RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos de Derecho internacional*, pp. 140-141.

Roma, y dice que «es la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política». De esta disposición se destaca que los múltiples actos deben tener como base una cierta política, con lo cual se descartan, como delitos de lesa humanidad, los actos aislados y sin coordinación, aunque se realicen a una escala masiva, cuando no se encuentren enlazados por una determinada política. Con esto se destaca que el elemento cuantitativo no es el determinante para diferenciar un delito ordinario, como es el delito de tortura del artículo 174 CP, de un delito de lesa humanidad, sino que resulta necesario que el ataque a la población civil se realice como parte de una política. De esta manera, si los hechos se realizan a escala general y se vinculan a una autoridad estatal u organizativa⁵⁴⁷, ya sea por acción u omisión, se está frente a un delito de lesa humanidad. Entonces, no es necesario adoptar una fórmula acumulativa, sino más bien se entiende que el artículo 7.2.a) del Estatuto de Roma exige que esté presente el elemento político, tanto si el ataque a la población es generalizado como si dicho ataque es sistemático⁵⁴⁸.

Sin embargo, el Código penal, aunque prevé en su artículo 607 bis que debe haber un «ataque (...) contra la población civil o una parte de ella», no contiene una definición normativa al estilo del Estatuto de Roma en su artículo 7.2. No obstante ello, dicha definición forma parte del ordenamiento jurídico español y la interpretación sistemática (y auténtica) aconseja tomar en cuenta lo establecido en el Estatuto de Roma. De tal manera que la diferencia entre la tortura discriminatoria del artículo 174 CP y la tortura discriminatoria del artículo 607 bis CP radica en que la primera, aunque se realice de forma generalizada o sistemática, no se enmarca en de una política activa o permisiva de un Estado u organización; mientras que la tortura discriminatoria en tanto delito de lesa humanidad requiere, en sus vertientes generalizada⁵⁴⁹ o sistemática⁵⁵⁰, de una política o plan preconcebido de un Estado u organización que aliente o promueva expresamente la consumación de tal tortura o que sea tolerante o la apruebe implícitamente⁵⁵¹.

Ahora bien, al tipificar la discriminación como un elemento subjetivo del tipo de tortura el legislador penal no explica cuáles son los motivos de discriminación que son objeto de castigo. Para determinar los motivos de discriminación que son susceptibles de persecución penal, el intérprete puede recurrir a la Constitución, al artículo 607 bis CP y al CEDH. La Constitución establece el derecho a la igualdad y a la no discriminación en su artículo 14.

⁵⁴⁷ En ocasiones, organizaciones irregulares ejercen la autoridad en determinadas zonas territoriales y realizan funciones como si fueran el Estado.

⁵⁴⁸ Cfr. AMBOS, *Los crímenes del nuevo Derecho penal internacional*, pp. 53-54; VON HEBEL/ROBINSON, «Crimes within the jurisdiction of the court», pp. 94-97; SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, p. 44; LIROLA DELGADO/MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional*, p. 121.

⁵⁴⁹ Se entiende por generalizados los ataques a la población civil masivos, de gran escala, frecuentes, llevados a cabo colectivamente con una seriedad considerable y dirigidos contra múltiples víctimas (cfr. Fiscal v. Alfred Musema, 27 de enero de 2000, § 204).

⁵⁵⁰ Se entiende por sistemáticos los ataques a la población civil organizados, que siguen un patrón regular sobre la base de una política común y que involucren importantes recursos o medios públicos o privados (cfr. Fiscal v. Alfred Musema, 27 de enero de 2000, § 204).

⁵⁵¹ Cfr. AMBOS, *Los crímenes del nuevo Derecho penal internacional*, pp. 55-56.

En esta disposición constitucional se cita como motivos de discriminación el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión, y el mismo artículo cierra con una cláusula que señala el carácter enunciativo del listado de motivos, al prohibir la discriminación por cualquier otra condición o circunstancia personal o social. El artículo 607 bis CP prevé, aparte de los mencionados en la Constitución, los siguientes motivos de discriminación: políticos, nacionales, étnicos, culturales de género discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional. Por su parte, el artículo 14 CEDH, que prevé la prohibición de discriminación, establece un listado de motivos que incluye la lengua, el origen nacional o social y la fortuna. Los motivos de discriminación previstos en el Estatuto de Roma fueron recogidos, en su integridad por el legislador penal español en el comentado artículo 607 bis CP.

Un caso de la jurisprudencia que pudiera ejemplificar esta clase de tortura es el siguiente: «... el inspector se acerca a los jóvenes de referencia, los cuales, a preguntas de aquél, le dicen que son de Perú, tras cuya manifestación y de manera inmediata –el inspector– da dos o tres bofetadas en la cara a M. A., un rodillazo en los testículos y un puntapié en el pie izquierdo, cayendo derribado al suelo»⁵⁵². En este caso los acusados fueron condenados por lesiones y los hechos transcurrieron en marzo de 1993, cuando no estaba tipificada la tortura discriminatoria.

IV.3. Conclusiones

La tortura es un delito doloso en el que se requiere que el agente conozca concretamente que su conducta es capaz de realizar el tipo objetivo. Sin embargo, el mencionado delito no admite en la práctica el dolo eventual, porque el tipo también exige para su realización la concurrencia de elementos subjetivos distintos al dolo.

Los elementos subjetivos del tipo presentes en el delito de tortura no solamente permiten diferenciarlo de otros delitos contra la integridad moral, sino que además evidencian la prohibición absoluta de dicha infracción, caracterizan el delito de tortura y manifiestan la relación existente entre este delito y el *ius puniendi* estatal.

Tales elementos subjetivos son cuatro: obtener una confesión, obtener una información, propinar un castigo y discriminar. Así, el legislador español acertadamente ha descartado otras finalidades que podría haber contemplado, como el sadismo. Además, al configurarse el tipo penal se ha descartado la opinión de quienes abogan por que no se prevea ninguna finalidad adicional al dolo.

En relación con la obtención de una confesión, el sujeto activo debe realizar la conducta típica impulsado por la finalidad de obtener una declaración auto inculpatória de reconocimiento de hechos, ya sea veraz o no. En cuanto a la extracción de información, no es necesario que el interrogatorio se realice coetáneamente con el sometimiento a condiciones o procedimientos que atenten contra la integridad moral de la víctima. Asimismo, tampoco es relevante que la información que el sujeto activo quiere obtener de

⁵⁵² STS de 17 de octubre de 1998 (ponente: Enrique Bacigalupo Zapater). Hechos probados.

la víctima sea veraz o no. Por su parte, el castigo como finalidad de la tortura se refiere a que el agente debe perseguir una represalia por algo que atribuye a la víctima, ya sea con certeza o ya sea mediante una mera sospecha. Los hechos que la víctima debe confesar e informar, o por los que el sujeto activo busca una represalia, deben estar referidos a la comisión de delitos, faltas, infracciones administrativas o cualquier participación en alguna actividad u organización que amenace la seguridad y estabilidad del Estado de Derecho, por lo que las torturas punitiva e indagatoria no abarcan los supuestos en los que el sujeto activo tiene motivaciones privadas o fútiles. Por último, mediante la finalidad discriminatoria el sujeto activo lleva a cabo la conducta típica por las características del sujeto pasivo. Los motivos de discriminación son abiertos, aunque pueden ser guía de orientación los señalados en los artículos 14 CE, 207 bis CP y 14 CEDH: el nacimiento, la raza, el sexo, la etnia, la cultura, el género, la discapacidad, la religión, la opinión, el color, la lengua, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna y cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

CAPÍTULO V. LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE TORTURA

Una vez determinados en el capítulo II quiénes pueden ser autores del delito de tortura y analizado en los capítulos III y IV cuál es la conducta que deben realizar tales autores para configurar el tipo de tortura, en el presente capítulo se abordará qué ocurre cuando dos o más personas participan en la ejecución del delito bajo estudio. Es decir, en el presente capítulo se estudiará el régimen jurídico de la llamada codelincuencia en el delito de tortura.

El sistema penal español está basado en la diferenciación de las categorías de autor y de partícipe, lo cual obliga a establecer cuándo se es autor y cuándo se es partícipe, así como a estudiar cómo es la relación entre todos estos intervinientes. Para cumplir con el objetivo del presente capítulo, resulta necesario recordar que en la introducción del capítulo II se indicó que el delito de tortura es un delito especial. Pues bien, para resolver los problemas propios de la autoría y participación, en la presente investigación se toma partido a favor de considerar el delito bajo estudio en la subcategoría de delitos especiales constitutiva de los delitos de infracción de deber, porque las condiciones especiales que tienen las autoridades o funcionarios públicos para ser sujetos activos del delito de tortura tienen su origen en la existencia de una institución.

Seguidamente se expondrá una breve consideración acerca de la naturaleza del delito de tortura en cuanto delito de infracción de deber, con el fin de aportar la base teórica necesaria para la resolución de los problemas respecto de la autoría y la participación cuando interviene más de un agente en el hecho típico. Posteriormente se examinará la autoría y la participación de los intervinientes, tanto cualificados como no cualificados, en el delito de tortura.

V.1. El delito de tortura como delito de infracción de deber

Para que se mantenga una cierta paz social que permita el libre desarrollo de la personalidad de quienes integran la sociedad, se han establecido ciertas instituciones que cumplen determinados fines sociales o de interés general. Estas instituciones se consideran funcionales al sistema, por lo que quienes asumen la responsabilidad de llevarlas a cabo no solamente son dotados de unas prerrogativas especiales, sino que también, y en virtud de la relevancia de la institución, se encuentran obligados a cumplir determinados deberes que imponen actuaciones positivas. De tal manera que para el bien común resulta necesario no solamente que quienes integran la sociedad desenvuelvan sus vidas sin producir daños a los demás, sino que también en determinados ámbitos es necesario que unos ayuden a los otros, es decir, que procuren un determinado bienestar⁵⁵³.

Así, por ejemplo, las funciones públicas, llevadas a cabo en las diversas administraciones, surgen para atender necesidades sociales, por lo que su preservación y estímulo es de interés general. Con ese fin, determinadas personas son incorporadas a la función pública,

⁵⁵³ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, pp. 100-101.

es decir, para el desarrollo y protección de tales actividades. Las atribuciones asumidas por estos funcionarios públicos significan, por un lado, un compromiso en virtud del cual los demás ciudadanos pueden esperar que quien asume la obligación cumpla con las funciones públicas encomendadas en beneficio de todos y, por otro lado, la exclusión de la posibilidad de que otros puedan coadyuvar en la prestación del servicio, porque solamente los comprometidos pueden actuar en el caso concreto como consecuencia de esta asunción de compromisos frente a tercero. Esto coloca a los servidores públicos en un estatus especial en virtud del cual la infracción de sus deberes implica la violación de un deber jurídico público de su incumbencia, es decir, de un deber positivo que tiene el funcionario público respecto de sus atribuciones y competencias.

Ahora bien, la propia importancia funcional de las instituciones empuja al legislador penal a dos líneas de acción. Por un lado, el legislador tiende a reconocer las instituciones como bienes jurídicos dignos de protección, de tal manera que sean perseguidos los ataques más graves al funcionamiento de tales instituciones llevados a cabo tanto desde fuera como desde dentro de la esfera de éstas. Por ejemplo, el delito de falso testimonio realizado por un particular lesiona a la correcta Administración de justicia desde fuera de la institución, mientras que el delito de malversación por parte de un funcionario público lesiona el correcto funcionamiento de la Administración desde dentro. Por otro lado, dada la relevancia que a veces tiene el ejercicio de los deberes positivos en los bienes jurídicos del resto de la ciudadanía, el legislador instaura agravaciones de delitos comunes o establece tipos especiales, en todo caso siempre con la pena más agravada que si el mismo hecho lo hubiera cometido un no obligado especial. La finalidad última del legislador penal es garantizar el mantenimiento o permanencia de la institución protegida: tanto los delitos que se cometen contra la institución desde fuera, como los delitos cometidos por los que participan de la institución —contra la propia institución o contra agentes externos de la institución— persiguen que ésta funcione siempre y permanezca cumpliendo su tarea en interés general. De allí que, por ejemplo, el obligado especial deba responder ante las fallas en el cumplimiento de la institución que es de su incumbencia, independientemente de que haya hecho o no algo en sentido naturalístico.

Por tal motivo el legislador ha redactado ciertos tipos penales en los que el autor lo es por la infracción de deberes que son de su incumbencia y en los que no se requiere necesariamente que haya creación activa de un riesgo. Estos tipos penales son denominados como delitos de infracción de deber, en los que tal infracción es punible para proteger la capacidad funcional de los ámbitos de la vida ya preformados⁵⁵⁴, o la conformación completa o parcial de un mundo común⁵⁵⁵. Por ejemplo, en virtud de la funcionalidad social de determinados sectores como lo es la Administración, el legislador

⁵⁵⁴ Cfr. ROXIN, *Política criminal*, p. 63: «En los delitos consistentes en la infracción de un deber se trata de sectores de la vida conformados ya jurídicamente (...) cuya capacidad de funcionamiento deber ser protegida».

⁵⁵⁵ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 994: «Aquí se trata de la conexión de ámbitos vitales, de un mundo que, idealmente, se ha de configurar en parte conjuntamente, es decir, de altruismo —aun cuando no necesariamente desinteresado—».

penal considera tales ámbitos como intereses dignos de protección penal y los reconoce como bienes jurídicos penales, y para ello recurre a la técnica de los delitos de infracción de deber, tal como ocurre con los delitos de funcionarios en los que se protegen diversos bienes jurídicos⁵⁵⁶.

Así, el delito de tortura se encuentra configurado como un delito de infracción de deber, con el cual se protegen los bienes jurídicos integridad moral y el correcto ejercicio las funciones públicas de investigación y sanción. Especialmente en relación con éste último bien jurídico colectivo, se entiende que el Estado ha confiado a un determinado sector de las autoridades y funcionarios públicos —como se indicó en el capítulo II— un conjunto de funciones relativas a la conducción de investigaciones cuando ocurran conflictos, la decisión de los mismos y la ejecución forzosa de dichas decisiones. Estas autoridades o funcionarios públicos tienen la prerrogativa de llevar a cabo funciones que tienen un impacto significativo en el ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos. Son prerrogativas porque suponen facultades asignadas con exclusividad y que pueden emplear en sus relaciones con los demás, que no tienen tales prerrogativas. Tal poder de incidencia en los derechos de los demás lleva aparejado que la ley establece para estos sujetos prohibiciones y obligaciones que constituyen verdaderos deberes especiales que solo a ellos les incumben y que son consustanciales al ejercicio de tales facultades.

En lo que respecta al delito de tortura, *el funcionario público competente en materia de investigación y sanción (sujeto activo del delito de tortura) tiene el deber especial de procurar que los ciudadanos se vean libres de atentados contra la integridad moral, tanto durante las investigaciones penales y administrativas como durante la imposición y ejecución de las sanciones correspondientes*. Como se trata de un delito de infracción de deber, el autor está obligado a ayudar a que las investigaciones y sanciones penales y administrativas se lleven a cabo sin atentados contra la integridad moral. Ello significa que, aunque él no lleve a cabo la conducta que comporte la lesión activa de la integridad moral, la situación es de su incumbencia y debe responder como autor; y que en caso de que el sujeto obligado realice la conducta típica, además de lesionar el deber de no atentar contra la integridad moral de otro (deber negativo de no dañar), también lesiona el deber positivo de procurar que las investigaciones y sanciones penales y administrativas se lleven a cabo sin torturas.

De tal manera que los funcionarios públicos que tengan atribuciones en tales ámbitos tienen deberes negativos, que se traducen en no ocasionar al resto de los ciudadanos atentados a la integridad moral —no dañar al bien jurídico—, y deberes positivos que obligan a actuar cuando la incolumidad de la integridad moral de la víctima y el correcto ejercicio de las funciones públicas investigadora y sancionadora se encuentren en peligro o en proceso de lesión, es decir, deben actuar positivamente para la instauración y mantenimiento de una relación para el fomento y ayuda del bien jurídico, sin que tenga

⁵⁵⁶ Cfr. BACIGALUPO, *Autoría y participación*, p. 101. Para revisar las posturas favorables y contrarias a la teoría de los delitos de infracción de deber, cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, pp. 742 y ss.

relevancia el origen de los peligros ni tampoco la manera en que se llevan a cabo los daños al bien jurídico⁵⁵⁷.

Los delitos en los que el agente es un obligado especial como el delito de tortura son distintos a los delitos comunes agravados por la condición de que el autor sea un funcionario público. La conducta prevista en el tipo del artículo 174 CP contiene un injusto que es distinto al previsto en el tipo común previsto en el artículo 173 CP. El correcto ejercicio de la función pública implica para las autoridades y funcionarios públicos (y no para el resto de los particulares) un verdadero deber positivo de estar siempre en condiciones de cumplir con sus funciones de investigación y sanción en estricto apego a la legalidad y al respeto de los derechos fundamentales, especialmente en lo referido a la integridad moral⁵⁵⁸. En relación con los bienes jurídicos protegidos por el delito de tortura, a saber, la integridad moral y el correcto ejercicio de las actividades de investigación y sanción de la función pública, el obligado especial ostenta una posición de garantía respecto de la incolumidad de los mencionados bienes jurídicos, de tal manera que le corresponde controlar los peligros que pudieran cernirse sobre éstos⁵⁵⁹. Este deber positivo no vincula a los particulares, es decir, entre éstos y el bien jurídico no existe un vínculo determinado alguno, de allí que el legislador haya previsto separadamente la conducta violatoria de la integridad moral por parte de un particular de la cometida por los funcionarios públicos, en la que además se agregan otros requisitos en el tipo subjetivo, a saber, finalidades específicas. Si el delito de tortura no existiera, habría que recurrir a un subtipo agravado por la condición de funcionario público, y tal circunstancia sería protectora de un bien jurídico individual en todo caso, constitutiva de una lesión a la institución negativa de «no dañar a otro», que estaría agravada por la condición de especial vulnerabilidad de la víctima frente a la acción de un funcionario público, pero nada más. Es decir, en este supuesto no cabría hablar de una defraudación de las expectativas de los ciudadanos en que los funcionarios públicos actúen dentro del marco de la legalidad y en apego a los derechos fundamentales en el desempeño de sus funciones investigadoras y sancionadoras. Sería un tipo de injusto totalmente distinto al que protege el actual 174 CP, que tiene un faz colectiva⁵⁶⁰.

Por último, en la doctrina se ha sostenido que es posible que el obligado especial se desvincule de su deber positivo⁵⁶¹. El supuesto que más se relaciona con el delito de tortura es el de la delegación de deberes. Así, teóricamente pudiera ocurrir que un obligado especial delegue en otro, de acuerdo con ciertas normas, el deber positivo de procurar la incolumidad de la integridad moral de las personas sujetas a investigación y sanción. Sin embargo, se ha destacado que el obligado positivamente no queda exonerado de sus

⁵⁵⁷ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 203.

⁵⁵⁸ Una explicación muy completa de las instituciones positivas, de las que sin duda forma parte la función pública y su ejercicio por parte de los funcionarios públicos, se encuentra en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, pp. 93 y ss.

⁵⁵⁹ Con carácter general, es decir, no específicamente referido al delito de tortura, RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio*, p. 114.

⁵⁶⁰ Sobre la relación *aliud-aliud* entre el delito especial impropio y el delito común paralelo, véase GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, p. 492.

⁵⁶¹ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, pp. 173-178.

deberes de forma absoluta porque, por un lado, siempre queda la supervisión y vigilancia de las conductas de los subordinados en los que se ha delegado⁵⁶², y, por otro lado, si el obligado especial delegante conoce de algún peligro para el bien jurídico al que se encuentra vinculado, seguirá estando obligado a impedir el resultado dañino, porque el delegante sigue manteniendo alguna clase de facultad sobre lo delegado, es decir, no se produce una enajenación⁵⁶³.

Así, los superiores jerárquicos en una comisaría de policía y el policía que concretamente está a cargo del atestado de un detenido tienen el mismo deber negativo y positivo respecto de la salvaguarda de la integridad moral de éste y del mantenimiento de la confianza institucional de los ciudadanos en que el Estado ejecute las actividades indagatorias y sancionatorias respetando las garantías del Estado de Derecho y los principios democráticos. Si bien los policías y oficiales de policía realizan de forma efectiva las competencias de investigación y sanción respecto de los detenidos y testigos, los superiores jerárquicos que tengan conocimiento de que los inferiores están realizando una conducta constitutiva de tortura están obligados a hacer lo que se encuentre a su alcance para mantener incólumes los bienes jurídicos protegidos por dicho delito⁵⁶⁴. El deber especial de los obligados no proviene de la orden que un funcionario recibe para que se encargue particularmente de un detenido, sino que tiene su origen en la Constitución y las leyes e involucra a todos los que asumen el sector de la Administración que se encarga de investigar y sancionar delitos, faltas, infracciones administrativas o disciplinarias y amenazas a la seguridad y estabilidad del Estado de Derecho. Resulta oportuno recordar que en el capítulo II de la presente investigación se sostuvo que para ser sujeto activo del delito de tortura no es necesario que el funcionario policial se encuentre directamente encargado de la investigación en la que se tortura al detenido o testigo, y que, incluso, tampoco se requiere que el funcionario policial sea competente en el territorio donde se realiza el hecho delictivo para ser autor, siempre que la víctima perciba que está actuando el aparato

⁵⁶² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, p. 29; MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, p. 98. En este sentido, el Tribunal Supremo ha dicho que no es posible que quienes ejercen una posición de garante puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias de cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce a la delegación de la posición de garante el valor exonerante de responsabilidad, siempre que la delegación se efectúe en personas capacitadas para la función y que dispongan de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar (cfr. STS de 26 de marzo de 1994 [ponente Enrique Bacigalupo Zapater], FJ 2.º). Al respecto, *Sánchez-Vera Gómez-Trelles* señala que, de todas formas, los límites de la delegación de deberes pueden resultar discutibles en los casos concretos (cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 175).

⁵⁶³ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 175; MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, p. 90. Asimismo, un sector de la jurisprudencia ha sostenido que mediante la delegación se traslada el ejercicio de la competencia, no de la titularidad (SAP Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 3 de junio de 2005 [ponente Ana Moreno Galindo], FJ 4.º).

⁵⁶⁴ Desde la perspectiva de la presente investigación, los oficiales superiores de una comisaría mantienen las competencias de investigación y sanción. En efecto, dichos oficiales son responsables de todas las investigaciones que realizan sus subordinados, y en este sentido, deben actuar positivamente cuando conozcan que se encuentran en peligro los bienes jurídicos protegidos por el delito de tortura. En cambio, los funcionarios administrativos que no tienen competencia indagatoria o sancionatoria no tienen el deber positivo que fundamenta la punibilidad de los autores del mencionado delito.

investigador y sancionador del Estado⁵⁶⁵. En estos casos de «incompetencias» también se lesionan los bienes jurídicos protegidos por el delito de tortura.

V.2. Autoría en el delito de tortura

En el capítulo II se indicó quiénes tienen competencia en materia de investigación y sanción penal y administrativa, y, por tanto, quiénes son los sujetos susceptibles de ser autores del delito de tortura. Resta indicar que la autoría supone una relación de pertenencia entre el sujeto y el hecho típico, es decir, que el delito es imputable al sujeto como «suyo»⁵⁶⁶. Así, solamente podrían ser autores quienes se encuentran en la posición de investigar o sancionar infracciones penales y administrativas, porque estos agentes pueden ser «dueños» o figuras centrales del hecho típico, en tanto que a ellos les corresponde el deber, susceptible de ser infringido por acción u omisión, de que se lleven a cabo las investigaciones y se impongan las sanciones penales y administrativas sin que el afectado vea lesionada su integridad moral. En otras palabras, el hecho típico solamente podrá pertenecerle al portador del mencionado deber, quien asumirá el hecho como suyo. De hecho, sin la infracción de tal deber no habría hecho típico principal, pues lo que fundamenta la autoría en estos delitos es la infracción del deber específico del implicado de comportarse adecuadamente en el cumplimiento de una concreta materia jurídica encomendada⁵⁶⁷.

Asimismo, es importante adelantar en este momento que todas las formas de intervención de un *intranseus* se encuentran equiparadas bajo el manto de la autoría⁵⁶⁸, ya sea que quebrante su deber de forma comisiva u omisiva. Las consecuencias de esta afirmación se constatan con más claridad cuando concurren dos o más intervinientes al suceso delictivo, ya que por más que la aportación fáctica al resultado final de un interviniente sea de mera ayuda, el quebranto del deber hacia la protección de los bienes jurídicos lo convierte en la figura central del suceso, es decir, el hecho ya le pertenece por haber infringido su deber⁵⁶⁹. Esto significa que la autoría del delito de tortura no depende de cuánto domine el interviniente, sino de si lesiona o no lesiona su deber especial y tal lesión puede alcanzarse haciendo lo indebido u omitiendo lo debido de cara a la protección del bien jurídico. Esto se examinará con más detenimiento en lo que sigue.

A) Ejecuciones conjuntas a título de autor

Para analizar los grupos de casos de codelincuencia en el delito de tortura, en la presente investigación se hará un análisis horizontal, que consiste en colocar a los intervinientes en la

⁵⁶⁵ Cfr. *supra* capítulo II, subtítulo II.2., apartado A) a)

⁵⁶⁶ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 374.

⁵⁶⁷ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, p. 386.

⁵⁶⁸ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, pp. 183-184.

⁵⁶⁹ Cfr. BACIGALUPO, *Autoría y participación*, p. 111.

misma perspectiva frente al hecho típico, y un análisis vertical, que consiste en que uno de los intervinientes se encuentra más cerca del hecho que el otro, que se encuentra detrás en la misma línea vertical. El análisis horizontal de la situación de codelincuencia, entendido como ejecución conjunta a título de autor, será estudiado en el presente apartado; mientras que el análisis vertical de la situación de codelincuencia, entendido como autoría a través de persona intermedia, será estudiado más en el apartado B) del presente subtítulo.

Las ejecuciones conjuntas a título de autor son las situaciones en las que dos sujetos intervinientes en el hecho, de los cuales al menos uno es *intranseus*, se ponen de acuerdo dolosamente para llevar a cabo la conducta típica. Desde la perspectiva de los delitos de responsabilidad por la propia organización se podría configurar una coautoría en la medida en que los intervinientes conformen un plan global unitario en el que tienen un papel preponderante ambos sujetos, y ninguno de éstos realiza completamente el hecho típico⁵⁷⁰. En estos casos, el plan ejecutivo se realiza por los intervinientes de manera conjunta, dividiéndose el trabajo, de tal manera que cada uno considera como suyo el hecho. Las distintas aportaciones de los sujetos son parte esencial de la realización del plan durante la etapa ejecutiva. Dichas aportaciones pueden consistir en acciones y en omisiones, siendo lo relevante que la intervención sea de tal entidad que no le quede ninguna duda a un tercer observador objetivo que ambos intervinientes son verdaderos protagonistas o figuras centrales del suceso.

Sin embargo, la idea según la cual el delito de tortura es un delito de infracción de deber puede conducir a soluciones diferentes a las que se llegaría si el delito bajo estudio fuera de responsabilidad por la propia organización. A continuación se examinarán las posibles combinaciones de casos en función de la cualidad de los intervinientes, a saber si son *intranseus* o *extranenseus*.

1. Puede ocurrir que dos funcionarios *intranseus*, actuando ambos dolosamente lleven a cabo el comportamiento típico conjuntamente.

-Mientras un funcionario pregunta al detenido, otro le aplica descargas eléctricas, otro le sujeta para evitar que se caiga de la cama de hierro a causa de las convulsiones, y otro observa cuidadosamente al detenido para verificar que no se desmaye o no se muera.

-Caso de funcionarios que se van relevando durante el interrogatorio como estrategia que corresponde a un plan organizado para vencer la resistencia del torturado⁵⁷¹.

Estos serían los casos más comunes en la práctica, en los que dos o más funcionarios públicos a cargo de la investigación de un delito se ponen de acuerdo para hacer que, por ejemplo, el sospechoso confiese mediante la aplicación de diversas técnicas de presión que llevan a cabo mediante un reparto de funciones.

En este grupo de casos se asoma una primera dificultad que requiere ser resuelta para la determinación de las diferentes responsabilidades. En efecto, en un delito de infracción de

⁵⁷⁰ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 401; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, p. 391.

⁵⁷¹ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 311, nota al pie n.º 113.

deber como es el delito de tortura, surge la duda sobre si un interviniente *intranseus* responderá como coautor cuando concurre con otro, en la medida que el hecho pertenece por igual a los intervinientes y además infringen el mismo deber confiado a varias personas a la vez, o si por el contrario no sería posible la coautoría en esta clase de delitos porque los deberes que obligan a cada interviniente son de naturaleza personal y directa, por lo que habrían autorías accesorias o paralelas entre los distintos intervinientes *intranseus*.

Los partidarios de la primera postura entienden que dentro de los delitos de infracción de deber hay obligaciones que son personales e individuales, como la obligación de alimento a los hijos, en los que no cabe la coautoría; mientras que hay otras obligaciones especiales que están confiadas a varias personas a la vez, en las que sí cabe la coautoría, como sería el caso de la vigilancia de internos que puede estar confiada a varios funcionarios de prisiones⁵⁷². Los partidarios de la segunda postura se inclinan por considerar que no es posible la coautoría entre varios obligados especiales en ningún caso porque todo deber es personalísimo e independiente, y que la condición de sujeto obligado no se comparte sino que se constituye siempre individual e inmediatamente respecto del bien jurídico protegido para su ayuda y fomento. Según esta última postura habrían autorías confluyentes o accesorias⁵⁷³.

En el presente trabajo se toma partido por la postura que no estima posible la coautoría en los delitos de infracción de deber en ningún caso, dada la dificultad que encierra la primera postura al intentar establecer una clasificación entre deberes individuales y deberes conjuntos. El deber individual de uno de los padres de alimentar a su hijo puede ser visto como un deber conjunto si la madre también lo tiene respecto del mismo hijo común. Además, de admitir la coautoría en esta clase de delito, se obligaría al intérprete a analizar la calidad y cantidad de las aportaciones de cada uno dentro del plan conjunto, lo que llevaría a establecer una gradación de la intervención del agente, que iría desde la ayuda atípica, pasaría por la participación y llegaría hasta la coautoría, dando cabida a que el obligado especial pueda desde ser partícipe del hecho principal de otro *intranseus* hasta ser cofigura central del suceso, siempre en función de cuánto domine el agente. En definitiva, se introducirían elementos de organización que son ajenos a la lógica de los delitos de infracción de deber dentro de los cuales se encuentra el delito de tortura, en los que basta la infracción del deber para que se configure la autoría, independientemente de si el agente

⁵⁷² Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, p. 391; BACIGALUPO, *Autoría y participación*, p. 122; y para el caso específico del delito de tortura, RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 310-311. En un caso de torturas el Tribunal Supremo sostuvo: «También se afirma que del relato no se sabe quienes (sic) fueron los autores de las lesiones. Olvida esta crítica que la situación analizada es claramente de una autoría plural y que por tanto si se sabe quienes (sic) han ejecutado las acciones típicas el resultado causado por la suma de las violencias individuales ejercidas sobre la víctima debe imponerse a la totalidad de los intervinientes, resultando una coautoría típica» [STS de 14 de mayo de 2001 (ponente Joaquín Giménez García), FJ 3.º].

⁵⁷³ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 202. Por su parte, Robles Planas sostiene que los delitos especiales de deber se caracterizan porque la lesividad específica reside en el quebrantamiento personal de la relación de confianza, por ejemplo, por parte del funcionario público frente al Estado (cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, p. 134); lo cual puede interpretarse como que no acepta coautorías entre obligados especiales, sino la responsabilidad individual de autoría para cada uno.

domina más o menos o simplemente ayuda a la ejecución. Sobre la participación de un *intranens* en el hecho principal de otro *intranens* se volverá más adelante⁵⁷⁴.

Entonces, *como cada autor en el delito de tortura tiene respecto de los bienes jurídicos protegidos una relación inmediata e independiente de la actuación de los demás intervinientes, y como la autoría se determina en función de la infracción del deber exclusivamente, resulta más sistemáticamente coherente no admitir la coautoría entre los intervinientes intraneus y en su lugar hablar de autoría accesoria o paralela entre los intervinientes*⁵⁷⁵.

1.1. Una variante del caso anterior es la ejecución conjunta de la conducta típica del delito de tortura entre dos *intranens*, actuando ambos dolosamente pero uno de ellos sin alguno de los elementos subjetivos del tipo de tortura.

Dos funcionarios se ponen de acuerdo para torturar a un detenido que se encuentra indefenso, pero mientras uno de ellos pretende castigar a la víctima el delito que cometió previamente, el otro coejecuta por mero sadismo sin saber lo que la víctima había hecho previamente.

Como en el caso anterior, el *intranens* que coejecuta dolosamente y persiguiendo alguna de las finalidades propias del delito de tortura, responde como autor de tal delito; mientras que el *intranens* doloso pero sin intención deberá responder como autor del delito previsto en el artículo 175 CP, en el que se castigan los atentados a la integridad moral sin que se requieran especiales motivaciones típicas.

2. Otro grupo de casos lo constituye la ejecución conjunta de la conducta típica del delito de tortura entre un *intranens* y un *extraneus*, ambos con el dolo de atentar contra la integridad moral de la víctima y con algún elemento subjetivo del tipo de tortura.

Un funcionario policial encargado del atestado policial y un particular amigo de él que está de visita en la comisaría, movidos por la homofobia que comparten desde la infancia, y sabiendo que entre los detenidos se encuentra un homosexual, deciden entrar en su celda y producirle sufrimientos físicos y vejámenes, y así lo hacen efectivamente.

El *extraneus* no es portador de la obligación especial que fundamenta su capacidad para ser autor del delito de tortura, por más que su aporte sea relevante. Ello determina la imposibilidad de que pueda haber alguna coautoría entre un *intranens* y un *extraneus*⁵⁷⁶ aun cuando materialmente hagan lo mismo, porque normativamente ocurren dos sucesos paralelos distintos: el *intranens* responde en virtud de la lesión de su deber positivo de

⁵⁷⁴ Cfr. *infra* subtítulo V.2., apartado B), b) 1.

⁵⁷⁵ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, pp. 201 y ss. Este autor defiende que en cada delito cometido por un obligado positivamente habría un concurso aparente de leyes entre un delito de infracción de deber en el que se lesiona a una institución positiva y un delito de dominio del hecho en que se lesiona a una institución negativa. Tal conflicto se resuelve mediante el principio de especialidad a favor del delito de infracción de deber. Por eso defiende que en caso de hablarse de coautoría entre dos obligados especiales es porque también ejecutan un delito de organización, el cual queda dejado de lado en virtud del conflicto de leyes antes expuesto.

⁵⁷⁶ Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 96.

protección, mientras que el *extraneus* responde en virtud de su organización⁵⁷⁷. Así, en lo que se refiere a la responsabilidad del *intranens*, no habría problema alguno en señalar que debe ser considerado autor del delito de tortura de manera independiente a la responsabilidad que corresponda al *extraneus*, dada la vulneración al deber especial que ha llevado a cabo.

En lo que respecta al *extraneus*, descartada la posibilidad de que sea autor de un delito de infracción de deber, cabe una doble posibilidad para este interviniente: o se mantiene la unidad del título de imputación y responde como cooperador necesario del delito de tortura sin perjuicio de que puede ser además autor del delito previsto en el artículo 173 CP u otros delitos en concurso; o se precede a romper la unidad del título de imputación y se castiga por separado al *intranens* del *extraneus*, respondiendo éste como autor accesorio o paralelo del delito común que vulnere el mismo bien jurídico que protege el delito de tortura, a saber, el delito previsto en el artículo 173 CP, que puede ser cometido por cualquiera.

En estos casos en los que las aportaciones de los intervinientes *intranens* y *extraneus* son lo suficientemente importantes como para decir que han coejecutado el suceso conociendo lo que hacían y sus consecuencias, se estima en la presente investigación que debe romperse la unidad del título de imputación y que cada interviniente debe responder en autoría accesoría o paralela por el delito que corresponda. Desde este punto de vista, ambos intervinientes han llevado a cabo hechos principales de los que constituyen figuras centrales, pero cada uno en virtud de su propio delito. En este supuesto de codeincuencia, el *extraneus* no participa en el hecho principal del *intranens*, sino que es auténtico protagonista en el marco de su propia organización⁵⁷⁸.

Por otra parte, la solución que sugiere que el *extraneus* responda como partícipe del delito de infracción de deber cuya autoría corresponde al *intranens*, significaría que se le estaría otorgando la categoría de partícipe a alguien que ha actuado como figura central del suceso, es decir, el *extraneus* no estaría respondiendo en función de su efectiva organización, lo cual no resulta admisible. Asimismo, si el *extraneus* fuera considerado responsable como partícipe del delito del *intranens*, ello no obstaría a que también debiera responder en concurso ideal como autor del delito común que efectivamente comete en calidad de autor. Es decir, no solamente sería un partícipe en el delito previsto en el artículo 174 CP, sino que también sería autor del delito previsto en el artículo 173 CP. En virtud del principio de especialidad debería responder como autor del delito común, por lo que se llegaría al

⁵⁷⁷ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 201.

⁵⁷⁸ A la misma solución llegan *Castro Moreno* y *Roca Agapito* interpretando el delito de malversación de caudales, al estimar que el *extraneus* que coejecuta con el *intranens* debe responder por como autor del delito común subyacente (cfr. CASTRO MORENO, *La malversación de los caudales*, pp. 231-232; ROCA AGAPITO, *El delito de malversación*, p. 328).

mismo resultado si desde un principio se hubiera optado por la autoría accesoria o paralela⁵⁷⁹.

Por lo tanto, cada uno de los intervinientes en el delito de tortura que haga *sujo* el hecho típico debe responder en función de su respectiva obligación frente a los bienes jurídicos en juego en calidad de autoría. El *intranens* está obligado especialmente a mantener la inviolabilidad de los bienes jurídicos protegidos por el delito de tortura, por lo que siempre responderá como autor de tal delito; mientras que el *extraneus* no tiene ninguna obligación especial en relación al menos a uno de los bienes jurídicos protegidos, a saber, el correcto ejercicio de la función pública investigadora y sancionadora, pero sí tiene una obligación general o común negativa frente a la integridad personal de la víctima, en el sentido de que se debe organizar de tal manera que no debe humillar o vejar a un tercero. Por ello el *extraneus* debe responder como autor del delito común subyacente, es decir, como autor paralelo del delito previsto en el artículo 173 CP⁵⁸⁰.

3. Podría pensarse en otras combinaciones de intervinientes que lleven a cabo los actos ejecutivos propios de las figuras centrales en el delito de tortura que no encierran mayores dificultades al momento de asignar responsabilidades cuando las hubiere. A continuación se proponen cinco grupos de casos.

3.1. Casos en los que dos *intranens* llevan a cabo actos ejecutivos, pero uno de ellos los realiza sin dolo, es decir, sin conocimiento que se encuentra realizando actos atentatorios contra la integridad moral de la víctima.

Sería el caso del funcionario policial A encargado de la custodia de un detenido, a quien por razones discriminatorias somete a procedimientos capaces de atentar contra su integridad moral. Luego de dejar la habitación en la que se encuentra la víctima, le dice al funcionario B del turno siguiente que tiene el deber de verificar el estado de cada una de las habitaciones, que no verifique nada porque él ya se encargó de ello. B no cumple con sus obligaciones funcionariales y por ello deja al detenido sin alimentación ni cuidados necesarios, lo que produce graves sufrimientos físicos y psicológicos al detenido.

En este caso, como se ha venido sosteniendo, cada interviniente *intranens* debe responder en virtud de su propia e independiente infracción de deber, por lo que cada uno respondería por separado frente a su respectiva obligación especial. Así el *intranens* que actúa dolosamente responde como autor del delito de tortura, mientras que el otro *intranens* que actúa sin dolo es impune en lo que se refiere al delito de tortura, toda vez que no existe la figura imprudente para el delito bajo estudio.

3.2. Casos en los que un *intranens* y un *extraneus* llevan a cabo actos ejecutivos, pero uno de ellos los realiza sin dolo, es decir, sin conocimiento de que se encuentra realizando actos atentatorios contra la integridad moral de la víctima.

⁵⁷⁹ Por otra parte, en la presente investigación se sostiene que la norma prevista en el artículo 65.3 CP no es aplicable a los casos en los que el *extraneus* es la figura central del suceso, sino que se circunscribe a los casos en los que dicho interviniente es inductor o cooperador necesario del hecho de otro. Cfr. *infra* subtítulo V.2., apartado C), d).

⁵⁸⁰ En contra de esta solución, cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 96.

Es el caso del funcionario policial que se encuentra torturando a un detenido que es judío ortodoxo y llega de visita a la comisaría un amigo del funcionario que es peluquero a quien le encomiendan que simplemente le corte la frondosa barba al detenido. El peluquero *extraneus* efectivamente le corta la barba al detenido pensando que ello era algo sin relevancia porque desconocía el significado religioso de la barba sin arreglar de los practicantes de dicha religión.

Cuando el interviniente *extraneus* es quien actúa sin el dolo del delito bajo estudio, no respondería por delito alguno al actuar sin el conocimiento necesario de la situación, es decir, su conducta sería atípica a menos que el error sea vencible y haya un delito imprudente que castigue la lesión a la integridad moral, pero tal infracción no se prevé en el Código penal. Por su parte, el *intraneus* sería autor del delito de tortura en virtud del artículo 174 CP al haber infringido su deber especial.

Y al contrario, cuando el interviniente *intraneus* es quien actúa sin el dolo del delito bajo estudio y el *extraneus* actúa con conocimiento de la situación, el *intraneus* realizaría una conducta sin tipicidad subjetiva por lo que no sería punible, mientras que con relación al *extraneus* que realiza actos coejecutivos caben dos posibles respuestas. Por un lado, siguiendo la teoría de los delitos de infracción de deber, se podría mantener la unidad del título de imputación y castigar al *extraneus* como partícipe del hecho típico objetivo llevado a cabo por el *intraneus*, pues en los delitos de infracción de deber, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de dominio, no se requiere el dolo del autor del hecho principal⁵⁸¹, porque lo que fundamenta la autoría es solamente la infracción del deber aunque se obre sin dolo, es decir, en los delitos de infracción de deber solo se requiere la realización del tipo objetivo, no del tipo subjetivo (si el obligado especial infringe su deber obrando en error de tipo será autor aunque puede quedar impune porque en los delitos de infracción de deber solo son punible en forma dolosa)⁵⁸². Esta solución conllevaría a un concurso real con una autoría del delito común subyacente en virtud de lo dispuesto en el artículo 177 CP.

Por otro lado, se podría sostener que se debe romper la unidad del título de imputación y castigar al *extraneus* como autor del delito común subyacente previsto en el artículo 173 CP al carecer la condición de obligado especial que requiere el delito de tortura, toda vez que materialmente no llevó a cabo actos de ayuda o de cooperación, sino que realizó verdaderos actos coejecutivos de autoría. En virtud de lo explicado con anterioridad, se considera preferible romper la unidad del título de imputación y hacer responder al *extraneus* por su acto, que no es accesorio de ningún otro en el presente caso.

3.3. Casos en los que dos *intranei* llevan a cabo actos ejecutivos y ambos actúan dolosamente, pero entre ellos no se perfecciona ningún acuerdo para llevar a cabo el delito de tortura.

⁵⁸¹ Es decir, cuando el obligado especial infringe el deber sin dolo también sigue siendo la figura central del suceso (cfr. BACIGALUPO, *Autoría y participación*, p. 169).

⁵⁸² Cfr. BACIGALUPO, *Autoría y participación*, pp. 167-169.

Sería el caso de un funcionario policial a cargo de la custodia que en su turno de guardia atenta contra la integridad moral de un detenido con fines punitivos, y tras el cambio de guardia el funcionario policial del turno siguiente también le somete a un tratamiento constitutivo de tortura punitiva sin saber que el anterior funcionario había hecho lo propio, es decir, sin que exista ninguna estrategia conjunta para vencer la resistencia del detenido.

En realidad este no constituye un caso de ejecución conjunta, sino de ejecución sucesiva por parte de dos *intranei*. Así, cada uno de estos obligados especiales *intranei* lesiona su correspondiente deber especial personalísimo, por lo que deben responder como autores accesorios o paralelos del delito previsto en el artículo 174 CP.

3.4. Casos en los que un *intraneus* y un *extraneus* llevan a cabo actos ejecutivos y ambos actúan dolosamente, pero entre ellos no se perfecciona ningún acuerdo para llevar a cabo el delito de tortura.

Sería el caso del *intraneus* que luego de haber cometido los hechos constitutivos de tortura sobre un presunto violador por motivos de castigo, no se percató de que el padre de la víctima se ha colado en las celdas de la comisaría y también procede a golpear al detenido.

Este caso tampoco es de ejecución conjunta sino que cada interviniente responde en virtud de sus respectivos deberes: el *intraneus* por la infracción de su deber positivo y el *extraneus* por haber dañado a otro vulnerando su deber negativo. Así, habría una autoría accesoria o paralela, respondiendo el *intraneus* por el delito de tortura del artículo 174 CP y el *extraneus* por el artículo 173 CP u otro.

3.5. Casos en los que un *intraneus* y un *extraneus* llevan a cabo actos ejecutivos y ambos actúan sin el dolo requerido para la comisión del delito de tortura. Como quiera que a ambos intervinientes les falta la parte subjetiva del tipo, la conducta resultante sería atípica en lo que se refiere al delito de tortura.

Esquema de los intervinientes cuyas aportaciones tienen la entidad de autoría

<i>Intraneus</i> "A" infringe un deber con dolo	<i>Intraneus</i> "B" infringe un deber	con dolo	mutuo acuerdo	con finalidades	"A" es autor accesorio art. 174 CP
					"B" es autor accesorio art. 174 CP
			sin finalidades	"A" es autor accesorio art. 174 CP	
		sin mutuo acuerdo		"B" es autor accesorio art. 175 CP	
				"A" es autor accesorio art. 174 CP	
				"B" es autor accesorio art. 174	
	sin dolo			"A" es autor art. 174 CP	
				"B" no tiene responsabilidad	
	<i>Extraneus</i> "B" realiza parte del plan ejecutivo	con dolo	mutuo acuerdo		"A" es autor art. 174 CP
					"B" es autor art. 173 CP
sin mutuo acuerdo				"A" es autor art. 174 CP	
				"B" es autor art. 173 CP	
sin dolo			"A" es autor art. 174 CP		
			"B" no tiene responsabilidad		
<i>Intraneus</i> "A" infringe un deber sin dolo	<i>Extraneus</i> "B" realiza parte del plan ejecutivo	con dolo		"A" no tiene responsabilidad	
				"B" es autor art. 173 CP	
	sin dolo			"A" no tiene responsabilidad	
				"B" no tiene responsabilidad	

B) Autorías a través de persona intermedia

En el presente apartado interesa determinar las consecuencias jurídicas de los sujetos intervinientes en el hecho cuando no existe entre ellos ningún plan global de ejecución material conjunta. En este grupo de casos no hay un plan global unitario compartido por dos o más intervinientes que son figuras centrales del suceso de forma conjunta como en los casos del apartado anterior, sino que uno de los intervinientes ejecuta materialmente el hecho mientras que el otro, el situado detrás, no ejecuta materialmente el hecho, pero se vincula al suceso por diversas vías:

1. El interviniente que omite coacciona o engaña al interviniente ejecutor; se aprovecha o utiliza un error que afecta a éste para ejecutar el hecho; o permite, para ejecutar el hecho, la coacción o engaño del ejecutor material por parte de un tercero.

2. El interviniente que omite ordena, designa, encarga, aprueba, solicita, aconseja o provoca al interviniente que ejecute el hecho; o permite la ejecución material que realiza por su cuenta el interviniente ejecutor.

En los delitos de responsabilidad por la propia organización se suele recurrir a la figura de la autoría mediata para resolver buena parte de estos casos. El autor mediato es aquel que realiza el tipo sirviéndose de otro como instrumento para la ejecución de la acción típica⁵⁸³. Se podría decir que en el delito de tortura cabe la autoría mediata, porque no es un delito de propia mano⁵⁸⁴, es decir, no requiere que el comportamiento típico constituya una realización personal por parte del *intrañeus*⁵⁸⁵; sin embargo es necesario realizar algunas aclaraciones antes de iniciar el estudio de los grupos de casos.

En efecto, en los delitos de responsabilidad por la propia organización se acepta la teoría del dominio del hecho para explicar la autoría en general y a la autoría mediata en particular⁵⁸⁶. En lo que respecta a la autoría mediata, la teoría del dominio del hecho ayuda al intérprete a concentrarse en la conducta de la persona de detrás, especialmente en su relación con el ejecutor material. Tal enfoque permite ampliar el ámbito de aplicación de la autoría mediata porque el criterio del dominio se va estructurando en distintos niveles

⁵⁸³ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, pp. 714-715; MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 388; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, p. 23. Comúnmente se dice que la persona situada detrás domina el riesgo del hecho final ya sea recurriendo a la figura de la autoría mediata en sentido estricto (cuando la materialización de la lesión queda en manos del sujeto que ejecuta la conducta sin dolo, de tal manera que el único que realiza, o al que se le puede imputar, el tipo doloso es a la persona de detrás) o a la figura del autor detrás del autor (cuando tanto la persona de detrás como la que ejecuta materialmente el ilícito realizan el mismo tipo doloso, es decir, comparten el dominio del riesgo desde distintas posiciones (cfr. BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, p. 168).

⁵⁸⁴ En contra *Zaragoza Aguado*, para quien el delito de tortura es de propia mano (cfr. ZARAGOZA AGUADO, «De las torturas y otros delitos», p. 1427).

⁵⁸⁵ Cfr. TAMARIT SUMALLA, «Artículo 174», p. 253.

⁵⁸⁶ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 381.

permitiendo admitir la autoría mediata en supuestos muy distintos entre sí⁵⁸⁷. Pero en los delitos de infracción de deber, como es el delito de tortura, el dominio del hecho es irrelevante porque lo importante para determinar la autoría es la lesión del deber específico por parte del obligado especial. Esto determinará soluciones dispares de las que resultarían de la aplicación del dominio del hecho.

A continuación y para una mejor exposición de los supuestos, se analizarán por separado dos grupos distintos de casos en función de si el interviniente que ejecuta materialmente es responsable penal por el hecho realizado. Es decir, ambos grupos de casos tienen como elemento común el supuesto de que hay un interviniente que no ejecuta materialmente el hecho típico, pero que se encuentra involucrado porque deja en manos de otro, por diferentes formas, la realización material del suceso; pero tienen como elemento diferenciador el hecho de que, en un caso (corresponde al número uno), el interviniente que ejecuta es un instrumento sin responsabilidad penal⁵⁸⁸, mientras que en el otro caso (corresponde al número dos) el interviniente que ejecuta es un instrumento con responsabilidad penal, es decir, se encuentra involucrado de manera importante en el hecho típico.

a) Casos en los que la persona que ejecuta materialmente es un instrumento sin responsabilidad penal

En este grupo de casos el interviniente situado detrás no realiza ningún acto de ejecución material, aunque utiliza a otro interviniente engañado o coaccionado⁵⁸⁹. Tales engaños o coacciones pueden haber sido provocados por el interviniente de detrás o simplemente utilizados o aprovechados por éste cuando el ejecutor material incurre en un error por su cuenta. También en este grupo de casos se incluye el supuesto del interviniente que, ubicado detrás, permite que se realicen los hechos por parte de un ejecutor material coaccionado o engañado por un tercero. Por otra parte, es importante resaltar que en este grupo de casos, la persona ubicada detrás debe reunir todos los elementos del tipo subjetivo, es decir, no solo conocer que se está realizando la conducta típica sino que también debe perseguir alguna de las finalidades punitivas, indagatorias o discriminatorias propias del delito de tortura.

⁵⁸⁷ Cfr. BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, p. 165.

⁵⁸⁸ En estos casos el ejecutor material sufre un déficit de libertad relevante, porque se encuentra en una situación de error, estado de necesidad agresivo, inimputabilidad o miedo insuperable, provocados o aprovechados por la persona ubicada detrás.

⁵⁸⁹ En este sentido, se entiende que hay coacción en el presente grupo de casos cuando el sujeto activo obliga a otra persona a cometer el hecho antijurídico mediante el uso de violencia física, intimidación con la causación de un mal inmediato, terror, uso de narcóticos o de hipnosis, etc.; es decir, el sujeto activo debe constreñir al ejecutor material anulando su libertad o afectando su capacidad de decisión y valoración al extremo que el ordenamiento jurídico considere su actuación sin tipo subjetivo, justificada o exculpada.

1. Casos en los que la persona situada detrás es un *intranens* que omite pero que instrumentaliza a otro *intranens* que ejecuta materialmente el hecho engañado o coaccionado.

-El funcionario policial A intima a otro funcionario policial B para que someta a descargas eléctricas al cuerpo exánime del detenido C, diciéndole que ya está muerto cuando en realidad sigue vivo. B lleva a cabo la acción.

-El funcionario policial A le presta una picana encendida al funcionario policial B sabiendo que éste se dispone a aplicarla sobre un bulto que B cree que es un animal muerto, pero que A sabe que es un detenido. Este detenido tiene la piel de color negro y A es conocidamente racista.

-El funcionario policial A, conocido en el cuerpo de policía por ser especialmente violento y sanguinario, apunta con su arma de fuego al funcionario policial B recién incorporado al servicio y le amenaza diciéndole que si no tortura al detenido C para extraerle una confesión, no vivirá para contarlo. B tortura a C temiendo por su vida.

-El funcionario policial A permanece impassible mientras otro funcionario policial B, sin concierto con A, amenaza seriamente al funcionario policial C para que torture al detenido D. C tortura a D temiendo por su vida. D es testigo de un homicidio y A estaba interesado en la información que le estaban extrayendo por la fuerza.

La mayoría de la doctrina que ha considerado este caso en el delito de tortura opina que el *intranens* ubicado detrás es autor mediato, partiendo de la base que el delito de tortura es un delito de responsabilidad por la propia organización⁵⁹⁰. Sin embargo, en la presente investigación se estima, como ya se ha expuesto, que el delito de tortura es un delito de infracción de deber⁵⁹¹.

Los deberes positivos, propios de los delitos de infracción de deber, van unidos a expectativas según las cuales se espera que los *intranens* desempeñen sus actividades funcionariales de investigación y sanción en estricto respeto de los derechos fundamentales de las personas. Para ello, quienes asumen el rol de *intranens* del delito bajo estudio no solamente deben abstenerse de llevar a cabo conductas que dañen la integridad moral de los sometidos a procedimientos administrativos y judiciales, sino que además se encuentran comprometidos a llevar a cabo todo lo posible para la instauración y mantenimiento de una relación para el fomento y ayuda del bien jurídico, sin que tenga relevancia el origen de los peligros ni tampoco la manera en que se llevan a cabo los daños al bien jurídico⁵⁹², que en el caso de la presente investigación son la integridad moral y el correcto ejercicio de la función pública investigadora y sancionadora.

Esto determina que *en el delito de tortura no sea posible estimar la autoría mediata cuando la persona ubicada detrás sea un intranens, porque el deber positivo infringido de actuar para el*

⁵⁹⁰ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 389; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 311; GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 196.

⁵⁹¹ Cfr. *supra* capítulo V, subtítulo V.1.

⁵⁹² Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 203.

*mantenimiento del bien jurídico es inmediato o directo, no mediato*⁵⁹³. La omisión de cumplimiento del deber especial implica una lesión directa al bien jurídico, por lo que el suceso le pertenece aunque no domine nada. Así, en estos casos en los que utiliza como instrumento para la comisión del delito a otro, el *intranens* ubicado detrás responderá siempre por autoría directa, sin necesidad de acudir al instituto de la autoría mediata⁵⁹⁴.

No obstante, desde la perspectiva de los delitos de responsabilidad por la propia organización, estos casos en los que el ejecutor material actúa por engaño, por violencia (casos de autolesión del ejecutor material), o coacción relevante, cabría la autoría mediata para la persona situada detrás, mientras que correspondería la impunidad para el ejecutor material, pues aunque aquél no ejecuta materialmente, le puede ser imputado como de su pertenencia el hecho en virtud de la realización en el resultado del riesgo por él dominado. De esta manera, se podría decir que el hecho típico le pertenece a la persona que se encuentra detrás porque domina el riesgo disminuyendo de manera importante las alternativas de actuación del ejecutor material⁵⁹⁵.

Asimismo, en la presente investigación, como ya se indicó, se entiende que el interviniente *intranens* ubicado detrás puede responder, según los casos, en autoría comisiva u omisiva. En efecto si el *intranens* ubicado detrás se involucra con el hecho engañando, coaccionando o aprovechándose del error en que haya incurrido por su cuenta el ejecutor material, realiza una infracción de su deber especial mediante un comportamiento comisivo que configura el delito de tortura. Pero, asimismo, puede ocurrir que el *intranens* ubicado detrás se limite a permitir que un tercero engañe o coaccione al ejecutor material *intranens*, teniendo el *intranens* observador el dolo y finalidades propias del delito de tortura. En este caso, este *intranens* de detrás también debe responder como autor porque infringe su deber especial de forma omisiva al permitir los hechos. Se especifican estos dos comportamientos comisivos y omisivos porque el Código penal contempla una regla de responsabilidad omisiva en el artículo 176 CP, que es una disposición distinta de la que contiene el tipo de tortura, aunque deben entenderse como una unidad.

La disposición contenida en el artículo 176 CP incrimina al *intranens* que «permite» que otro ejecute los hechos previstos en los artículos 174 y 175 CP. Según el Diccionario de la Real Academia Española, el verbo «permitir» significa, en sus dos primeras acepciones, «1. tr. Dicho de quien tiene autoridad competente: Dar su consentimiento para que otros hagan o dejen de hacer algo (...) 2. tr. No impedir lo que se pudiera y debiera evitar»⁵⁹⁶. Así, «permitir» parece referirse a situaciones en las que la resolución delictiva es completamente

⁵⁹³ En contra, BACIGALUPO, *Autoría y participación*, p. 122, quien sostiene que hay autoría mediata cuando el tipo requiere la infracción de deber y permite que otro sujeto realice la lesión del bien.

⁵⁹⁴ No entra en consideración lo previsto en el artículo 176 CP, porque esta disposición requiere que no haya ningún tipo de acuerdo o instrumentalización entre el omitente y el ejecutante. En el supuesto bajo análisis el omitente instrumentaliza al ejecutante como un medio ejecutivo del propio delito, por lo que entra en consideración el artículo 174 CP.

⁵⁹⁵ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 389-390.

⁵⁹⁶ Real Academia Española, «Diccionario de la lengua Española», <http://lema.rae.es/drae/> (última visita, 25 de agosto de 2012).

ajena al sujeto omitente, y éste se limita únicamente a tolerar, y a situaciones en las que existe una comunicación o acuerdo entre el omitente y el actuante, y el primero consiente o aprueba que el segundo lleve a cabo la ejecución material del hecho. Se observa que «consentir» puede entenderse de dos maneras, de forma activa y de forma pasiva. De forma activa, consentir implica que hay una comunicación entre una persona que pide permiso de hacer o no hacer algo y otra que da su aprobación o consentimiento. Esta comunicación, que puede ser a veces ínfima, tiene la significación de un mutuo acuerdo para ejecutar el hecho, por lo que este supuesto se resuelve según lo indicado *supra* en los casos de ejecuciones conjuntas. En cambio, el consentir de forma pasiva, es decir, consentir lo que hace otro sin que medie entre ellos ninguna comunicación es sinónimo de tolerar, en el sentido de no impedir lo que se debiera y pudiera evitar. A los efectos del artículo 176 CP el «permitir» debe entenderse en el sentido de consentir de forma pasiva o tolerar, es decir, se refiere solo a los casos en que un *intranseus* tolera o deja hacer lo que realiza otro *intranseus* o un *extraneus*⁵⁹⁷. Así, en el artículo 176 CP se castiga un comportamiento omisivo y sin concierto previo con los terceros que ejecutan los hechos sobre la víctima, estando el *intranseus* en posición de impedirlo y no lo hace.

En la doctrina y jurisprudencia se discute acerca de si el verbo «permitiere» implica necesariamente que el sujeto activo que tolera el hecho debe estar ubicado en un rango jerárquico superior de quien ejecuta los hechos señalados en los artículos 174 y 175 CP. Quienes se inclinan por considerar que la disposición lleva implícita una relación de superioridad, sostienen que «sólo puede permitir aquel que tiene autoridad respecto a los hechos realizados por otro de modo que forma parte de los “deberes del cargo” la autorización o no de la actuación de las personas jerárquicamente subordinadas o a la actuación para impedir o perseguir los hechos cometidos por otro»⁵⁹⁸. Asimismo, *Rebollo Vargas* sostiene que a la misma conclusión llegarían quienes entiendan el verbo «permitir» en el sentido de «consentir» (de forma activa), porque quien otorga o da un consentimiento normalmente es un superior⁵⁹⁹. Sin embargo, *Rodríguez Mesa* sostiene que si se toma en cuenta la segunda acepción del significado del verbo «permitir», es decir, «no impedir lo que se pudiera y debiera evitar», se puede defender la idea contraria, es decir, que la conducta típica del artículo 176 CP no exige relación de superioridad⁶⁰⁰. Por su parte, el Tribunal Supremo había sostenido durante la vigencia del artículo 204 bis del Código penal anterior,

⁵⁹⁷ En este mismo sentido, cfr. REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», pp. 290-291. En sentido contrario opina *Barquín Sanz*, quien defiende que la expresión *consentimiento* no debe dejarse de lado en la interpretación del artículo 176 CP, porque según él describe «una conducta que puede producirse tanto a través de una actividad como de una omisión (...) y que está construida de una manera muy semejante al tipo omisivo en estudio: son otros los que hacen algo en lo que se consiente, consentimiento que puede aparecer no solo tácita y expresamente, sino también de modo implícito a conductas de participación activa» (BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, p. 224). En este mismo sentido, *Grima Lizandra* también da cabida al consentimiento, que define como la dimensión positiva del verbo «permitir» (cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 153).

⁵⁹⁸ TAMARIT SUMALLA, «Artículo 176», p. 260. En el mismo sentido, cfr. COLINA OQUENDO, «Título VII. De las torturas», p. 427; GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 154.

⁵⁹⁹ Cfr. REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 291.

⁶⁰⁰ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 375.

que «...la Ley, al equiparar en las penas a quienes materialmente torturan y a los jefes que lo permiten, reputa equivalentes unas y otras conductas: el especial deber de vigilancia y la superioridad jerárquica justifican tal equiparación»⁶⁰¹, con lo cual se inclinaba por la tesis según la cual la modalidad omisiva del delito de tortura requiere superioridad jerárquica respecto del ejecutor material de los hechos. No obstante, el Tribunal Supremo cambió su criterio cuando admitió, también dentro del marco interpretativo del artículo 204 bis el Código penal anterior, que «la posición de garante no surge de una situación jerárquica sino de la propia ley, en este supuesto de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado...»⁶⁰². Este último criterio fue posteriormente ratificado en la aplicación del artículo 176 CP por parte del Tribunal Supremo, argumentando que tal disposición no exige como condición ostentar una superioridad jerárquica sobre el que ejecuta la tortura, sino que es necesario «atender en cada caso a observar si la conducta concreta ha consistido realmente en una actitud de permisividad respecto de los torturadores activos», y para ello quien omite ha de deber y poder impedir lo que en su presencia se realiza y ello puede ocurrir entre compañeros no relacionados jerárquicamente⁶⁰³. Sin embargo, el Tribunal Supremo, con posterioridad, ha vuelto al anterior criterio sosteniendo que el verbo «permitiere» denota una posición implícita de superioridad, es decir, que «se trata de un deber especial por el cargo que incumbe a los superiores sobre sus subordinados»⁶⁰⁴.

En la presente investigación se considera que las obligaciones especiales a los que están sometidos los funcionarios públicos en materia de protección de la integridad moral de las personas sometidas a sus ámbitos de control no dependen del rango jerárquico que ocupen en la Administración pública de que se trate (policial, penitenciaria, etc.), es decir, los deberes positivos que tienen los funcionarios públicos *intranseus* provienen de la Constitución y las leyes que regulan su actuación y no del rango jerárquico que eventualmente ocupe. De ello se desprende que son susceptibles de ser autores en comisión por omisión los superiores jerárquicos, los funcionarios de igual o similar rango o incluso uno de inferior jerarquía al ejecutor de los hechos⁶⁰⁵, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, es decir, de las capacidades de evitar el resultado, que van desde el efectivo dominio del riesgo desde el punto de vista normativo hasta la manifiesta oposición a los hechos con la posterior interposición de la denuncia ante los organismos competentes en materia administrativa o judicial⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ STS de 18 de julio de 1997 (ponente Joaquín Delgado García), FJ 2.º.

⁶⁰² STS de 1 de octubre de 2002 (ponente Andrés Martínez Arrieta), FJ 4.º.

⁶⁰³ Cfr. STS de 5 de noviembre de 2002 (ponente Joaquín Martín Canivell), FJ 6.º.

⁶⁰⁴ Cfr. STS de 16 de abril de 2003 (ponente Julián Sánchez Melgar), FJ 5.º.

⁶⁰⁵ En el mismo sentido, REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 291; BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, pp. 216, 224-225.

⁶⁰⁶ Se destaca que las obligaciones especiales respecto de la integridad moral y el correcto ejercicio de las actividades indagatorias y sancionatorias de la función pública no dependen de la jerarquía, pero sí de las competencias: los funcionarios administrativos que no tengan las mencionadas competencias no se encuentran obligados respecto de los bienes jurídicos protegidos por el delito de tortura, por lo tanto no responden como autores por más que oigan los tormentos que se someten a la víctima y no hace nada al respecto. Pero sí son autores del mencionado delito los funcionarios que, teniendo las mencionadas

Por otra parte, en cuanto a la naturaleza jurídica de la disposición contenida en el artículo 176 CP, se observa que contiene una regla específica de atribución de responsabilidad según la cual, en los delitos contenidos en los artículos 174 y 175 CP, hay una equivalencia entre un no hacer del obligado especial y un hacer de un tercero, sea o no un obligado especial; es decir, un obligado especial que omite es responsabilizado como autor de la conducta que realiza otra persona. La doctrina mayoritaria ha sostenido que esta disposición configura un supuesto de comisión por omisión especial⁶⁰⁷ y que, en caso de no haberse previsto, el intérprete habría podido acudir al artículo 11 CP⁶⁰⁸. Para desentrañar la naturaleza jurídica de la disposición contenida en el artículo 176 CP, hay que recordar que el delito de tortura es de infracción de deber y que no requiere un resultado material para su configuración. En tanto delito de infracción de deber, en el delito de tortura la acción y la omisión son intercambiables, porque lo relevante es que el obligado especial no defraude las expectativas de acción o de omisión frente al bien jurídico, que reflejan los deberes negativos de no dañar y deberes positivos de vigilancia y protección (deberes negativos de no ocasionar al resto de los ciudadanos atentados a la integridad moral y deberes positivos de procurar que los ciudadanos se vean libres de atentados contra la integridad moral)⁶⁰⁹. Estos deberes pueden infringirse cometiendo u omitiendo. Así, se entiende que el legislador haya querido recordar expresamente que la omisión de cumplir el deber especial positivo se castiga como si hubiese ejecutado materialmente la conducta, porque en efecto, es una lesión directa a los bienes jurídicos protegidos por parte del obligado especial cuando deja de actuar positivamente para ayudar al bien jurídico. Además, en tanto delito de mera actividad, es discutible que sea aplicable al delito de tortura la comisión por omisión prevista en el artículo 11 CP, porque se ha sostenido que ésta se reserva para los delitos de resultado material. Por lo tanto, para despejar cualquier duda sobre la posibilidad de castigar la

competencias, se encuentren destinados a tareas administrativas y, conociendo, permiten que sus compañeros ejecuten los hechos delictivos.

⁶⁰⁷ Cfr. REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 291; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 205; GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 156; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 176», p. 259; MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 74. *Lascuraín Sánchez* defiende que «el origen del deber de garantía de ciertas autoridades y de ciertos funcionarios públicos respecto de la integridad moral de las personas es (...) la propia asunción de su cargo y la anudación *ex lege* al mismo de ciertos deberes» (LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Título VII. De las torturas», p. 511). En el capítulo II, subtítulo II.2., apartado B de la presente investigación se indicaron los sujetos activos sobre los que recaen los deberes positivos de garantía en el delito de tortura.

⁶⁰⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 205; GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 156. En contra, *Muñoz Sánchez* defiende que el artículo 176 CP no es superfluo porque «sirve para despejar las dudas que puedan existir sobre si las conductas descritas en los artículos 174 y 175 son o no susceptibles de comisión por omisión» y porque extiende la pena a casos de autoría mediata con instrumento no cualificado y al *intransiens* que «por no haber realizado los actos de ejecución típica en comisión por omisión ni directa ni mediatamente no resultan autores, pero su conducta de cooperación omisiva a un hecho típico con infracción de un deber específico justifica su tratamiento el nivel de la autoría» (MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, pp. 74-75). Asimismo, *Rodríguez Mesa* sostiene que el artículo 176 CP no es innecesario porque se califican como de autoría conductas que mediante el artículo 11 CP solo podrían ser calificadas como formas de participación delictiva en comisión por omisión (cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 367).

⁶⁰⁹ Cfr. *supra* subtítulo V.1.

comisión por omisión en el delito de tortura, el legislador previó esta regla especial de atribución de responsabilidad.

De esta manera, y desde un punto de vista político-criminal, puede observarse que el Estado no solamente trata de disuadir a los *intrañei* de cometer torturas, sino que además procura que la salvaguarda de la integridad moral y del correcto ejercicio de la función pública investigadora y sancionadora involucre también a los *intrañei* que, aunque no realicen materialmente torturas, conozcan que se llevan a cabo.

En lo que se refiere a la impunidad del ejecutor material *intrañeus*, se estima que aunque ejecuta materialmente el hecho típico en virtud de su actividad ejecutora, no debe responder porque ha actuado sin conocimiento (engañado) o sin libertad (coaccionado), por lo que su conducta sería atípica en sentido subjetivo o exculpada, según sea el caso concreto.

2. Casos en los que la persona situada detrás es un *intrañeus* que omite pero que instrumentaliza a un *extraneus* que ejecuta materialmente el hecho engañado o coaccionado.

-Sería el caso del funcionario *intrañeus* A que engaña al *extraneus* amigo de él B diciéndole que si aprieta determinado botón recibiría una gratificación, y, si lo hace repetidamente, el premio será mejor. B presiona el botón que significan descargas eléctricas en el cuerpo del detenido que se encuentra en otra habitación.

-El funcionario penitenciario que, para castigar, obliga a un interno a que se vierta encima agua fría en medio del patio de la penitenciaría durante el invierno.

-El policía que aprovechándose del error en que se encuentra un experto en tortura, lo utiliza para que aplique sus técnicas a un detenido a su cargo, sin que sea consciente de ello⁶¹⁰.

-El funcionario policial A quiere castigar al detenido B, pero se encuentra con la buena fortuna de que al abrir la puerta de su celda, otro funcionario policial C amenaza de muerte a otro detenido D para que torture a B. D, temblando de miedo tortura a B, mientras A se limita a observar.

En este grupo de casos, según lo explicado en el subapartado anterior, el *intrañeus* mantiene una posición de vulneración de su deber positivo respecto de los bienes jurídicos protegidos de manera directa, no mediata, independientemente de que en dicha vulneración se haya interpuesto un *extraneus* que, por otra parte, no puede ser autor del delito de tortura por carecer de la cualificación especial necesaria. De tal manera que el *intrañeus* debe responder como autor directo y en comisión del delito de tortura previsto en el artículo 174 CP si provoca directamente la coacción o el engaño o utiliza el error en que haya incurrido por su cuenta el ejecutor material, y debe responder como autor directo del delito de tortura omisivo según la regla específica de atribución de responsabilidad prevista en el artículo 176 CP si se limita a permitir la ejecución del hecho por un *extraneus* coaccionado o engañado por otro. Por su parte, el *extraneus* debe quedar impune ante la falta de conocimiento o de libertad en que se encuentra.

⁶¹⁰ Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 95.

3. Casos en los que la persona situada detrás es un *extraneus* que omite pero que instrumentaliza a un *intranens* engañado o coaccionado que realiza materialmente el hecho.

-Un ciudadano particular con un alto sentido de justicia obliga, mediante la fuerza o la intimidación, a un funcionario policial a que se humille a sí mismo, por haber cometido en el pasado recientes violaciones de derechos fundamentales.

-Un *extraneus* A le dice a un funcionario policial B que si no tortura al detenido C, su familia sería asesinada.

-Un ciudadano particular A observa cómo un funcionario policial B engaña a otro funcionario policial C, con lo cual resulta torturado el particular D.

El *extraneus* en el delito de tortura carece de la cualificación especial que requiere la autoría de este delito, por lo que no puede ser autor, ni directo ni mediato del mencionado delito. Ahora bien, el *extraneus* podría responder de dos maneras alternativas en este grupo de casos. Una posibilidad es que el *extraneus* responda como inductor del hecho principal no doloso del *intranens*, considerando que en estos delitos solamente la infracción del deber fundamenta la autoría sin que se requiera dolo, es decir, la infracción del deber, aunque sea sin dolo, constituye un hecho principal al que *extraneus* puede participar como inductor; y que la «inducción» a un delito de infracción de deber no requiere crear dolo de la acción típica en el autor⁶¹¹. La otra posibilidad es que el *extraneus* responda como autor mediato del delito común que lesione el mismo bien jurídico que protege la tortura, a saber, el que prevé el artículo 173 CP, al utilizar como instrumento a un *intranens*.

En la presente investigación se estima que el *extraneus* debe ser castigado como autor mediato del delito común, ya que al no ser *intranens* sus actos deben interpretados desde la óptica de los delitos comunes, sin que su intervención como dominadora de la voluntad se vea determinada por la condición de *intranens* del instrumento, es decir, el intermediario no deberá determinar la calificación jurídica de la conducta de quien domina la situación. Esta última posición parece ser la más plausible para este caso, toda vez que el *extraneus* no causa la resolución criminal en otra persona, sino que domina la voluntad esa otra persona, que queda instrumentalizada⁶¹². De esta manera se configura la estructura propia de la autoría mediata, en la que hay un ejecutor material que no alcanza a realizar el tipo de injusto (en este caso el *intranens*) y que necesariamente la autoría, por el delito común, debe recaer en la persona de detrás que domina el hecho.

La doctrina mayoritaria señala que cuando un sujeto se sirve del comportamiento atípico o lícito de alguien para cometer un delito se le debe castigar como autor mediato⁶¹³; por lo tanto, cuando el *extraneus* engaña al ejecutor material el hecho principal es atípico (error de tipo), y por consiguiente no habría problema en admitir que el *extraneus* es autor mediato. Ahora bien, cuando el *extraneus* coacciona o intimida al *intranens* ejecutor se podría decir que

⁶¹¹ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, p. 404; BACIGALUPO, *Autoría y participación*, pp. 72 y 161.

⁶¹² En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 311; MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 95 si el hecho es grave.

⁶¹³ Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, p. 440.

éste actúa movido por un miedo insuperable (artículo 20.6° CP), por lo tanto, realiza un hecho típico y antijurídico que descartaría la posibilidad de una autoría mediata y conduciría a estimar solamente una participación por parte de quien coacciona o intimida. Sin embargo, en la presente investigación se observa que el sujeto sometido a miedo insuperable por coacción o intimidación de otro no está en condiciones de percibir el mandato de la norma prohibitiva dirigida a él por parte del legislador. El miedo insuperable que excluye la culpabilidad asume que el sujeto ha sido motivado perfectamente por el mandato de prohibición que consiste en no torturar, pero que tal motivación es anormal por el terror que sufre dicho sujeto. Ahora bien, el sujeto que actúa atemorizado no se encuentra, en realidad, motivado por el mencionado mandato de prohibición. Asimismo, el Derecho tampoco quiere motivar a la generalidad de los destinatarios a evitar el hecho cuando son amenazados de un mal. Se podría decir, en este sentido, que el terror no afecta solo a la culpabilidad del sujeto, sino que influye incluso en la voluntariedad de la acción. Sería contra-intuitivo sostener que un sujeto aterrorizado deba ser el propietario o la figura central de un suceso delictivo, mientras que quien produce dicho estado mental, incluso asociado a la violencia física, desempeña una simple intervención secundaria en el hecho de otro. Así, si el sujeto realiza el hecho típico aterrorizado de modo insuperable, no realiza el tipo de injusto⁶¹⁴.

Por último, si el *extraneus* se limita a permitir la ejecución material de la tortura por parte de un *intraeus* que es coaccionado o engañado por un tercero, podría considerarse la autoría por omisión prevista en el artículo 450 CP si se estima que «integridad» abarca la integridad moral y si concurren los demás requisitos de tal tipo.

El *intraeus* engañado, por su parte, ejecuta materialmente el hecho sin dolo, lo que significa que no es punible como autor del delito de tortura. Igualmente, el *intraeus* que bajo coacción se autolesiona no realiza hecho típico alguno, y si es coaccionado para que torture a un tercero, su comportamiento será justificado o exculpado.

b) Casos en los que el ejecutor material es responsable penalmente

En este grupo de casos uno de los intervinientes, el situado detrás, no lleva a cabo acto ejecutivo alguno en el sentido material, aunque utiliza a otro que realiza materialmente conducta típica. En estos casos no se puede hablar de un plan conjunto en el sentido de que el hecho pertenezca a ambos intervinientes como ocurre en los casos de coautoría, sino que la persona ubicada detrás en virtud de las circunstancias ordena, solicita, aconseja, provoca o permite la ejecución del interviniente ejecutor, que, al ser a su vez plenamente responsable, no se puede considerar como un mero instrumento sin conocimiento o libertad en el sentido del grupo de casos anterior. Es decir, en estos supuestos se contempla un abanico de supuestos que van desde una orden directa de la persona de detrás que no llega a anular la voluntad del ejecutor material, hasta los casos en los que no hay comunicación alguna entre los protagonistas, limitándose la persona de detrás a permitir que por su cuenta realiza el ejecutor material.

⁶¹⁴ Sobre si el miedo insuperable es una causa de justificación o de exculpación, cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 609.

Cabe recordar que en los delitos de responsabilidad por la propia organización, si el ejecutor material realiza un hecho típico y antijurídico, la persona de atrás solo responde como partícipe. Por ejemplo, no habría autoría mediata, sino inducción por parte de la persona que ordena a un ejecutor material que realice un comportamiento antijurídico y éste lo lleva a cabo conociendo que está realizando un hecho punible⁶¹⁵. Pero en los delitos de infracción de deber, como es el caso del delito de tortura, no tiene relevancia, para la responsabilidad penal del obligado especial ubicado detrás, el hecho de que el ejecutor material realice el injusto completo. En estos casos el obligado especial que sea la persona de atrás puede responder como autor y no como mero partícipe, porque lo determinante en estos delitos no es el dominio del hecho sino la lesión del deber: el obligado infringe su deber ocasionando el resultado típico dejando a otro la ejecución del hecho⁶¹⁶; es decir, el titular del deber lo infringe por medio de la acción de otro⁶¹⁷.

1. Casos en los que la persona situada detrás es un *intranens* que omite pero ordena, solicita, aconseja, provoca o permite que otro *intranens* realice materialmente el hecho siendo responsable. Ambos intervinientes obran con dolo de torturar.

-Sería el caso del juez penal que ordena a un funcionario policial que imprima presión física al detenido para que confiese. El funcionario policial atenta contra la integridad moral del detenido.

-El juez, sabiendo que en una determinada comisaría vejan impunemente a los detenidos homosexuales, ordena la reclusión de un conocido activista por los derechos de los homosexuales en dicha comisaría. Éste es torturado por motivos de discriminación.

-Un funcionario policial A aconseja al funcionario policial B que, para obtener una declaración del detenido C, debe ocasionarle a éste sufrimiento físicos de forma contundente. A insiste tanto que B accede e interroga a C torturándole.

-El funcionario policial que, escuchando que en la habitación de al lado otro funcionario se encuentra causando graves sufrimientos físicos a un detenido para castigarle, no hace nada, limitándose a mirar la televisión.

Este grupo de casos es muy semejante al primer caso señalado en el apartado correspondiente a las ejecuciones conjuntas a título de autor, sin embargo difiere en el sentido de que el plan ejecutivo lo lleva a cabo exclusivamente el *intranens* que ejecuta materialmente la conducta y en que la orden, la solicitud, el consentimiento o la tolerancia no implican la coejecución material del *intranens* ubicado detrás. Sin embargo, como cada uno de los obligados especiales lesiona su deber positivo de manera autónoma, personalísima y directa, uno por acción y el otro por omisión, la solución sería semejante que la señalada para la coejecución dolosa entre dos *intranens*, es decir, la autoría de cada uno es accesoria o paralela. Pero, para analizar con mayor detenimiento este caso, primero, se explicará que no es lo mismo «ordenar» que otro haga algo que «permitir» que otro haga algo (si bien ambos supuestos llegan a la misma consecuencia jurídica, los caminos son

⁶¹⁵ Cfr. BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, pp. 307-308.

⁶¹⁶ Cfr. BACIGALUPO, *Autoría y participación*, p. 77.

⁶¹⁷ Cfr. BACIGALUPO, *Autoría y participación*, p. 168.

distintos) y, segundo, se abordará la cuestión acerca de si es posible la participación de un *intranens* en un delito de infracción de deber.

aa) Sobre el primer asunto, se indica que una orden es un mandato que tiene la voluntad de ser obedecido por otra persona e implica una acción, mientras que permitir implica tolerar, es decir, un dejar hacer algo que el otro ya realiza por su cuenta⁶¹⁸. Desde el punto de vista naturalístico no es lo mismo que un superior jerárquico ordene algo a un inferior que el mismo superior jerárquico permita o tolere lo que haga el inferior en rango. Sin embargo, en términos normativos, en ambas situaciones el superior jerárquico ha lesionado directamente su deber positivo, que consiste en procurar que los ciudadanos se vean libres de atentados a la integridad moral⁶¹⁹. En ambos casos el mencionado superior debe responder como autor directo del delito de tortura dado que cada *intranens* mantiene una relación directa e inmediata con su deber⁶²⁰.

Por lo tanto, si el *intranens* situado detrás ordena o permite al *intranens* ejecutor material que lleve a cabo el hecho constitutivo de tortura y éste efectivamente lo realiza, deberá responder como autor directo del delito de tortura, por acción cuando ordena, según lo previsto en el artículo 174 CP, o por omisión cuando permite, según lo previsto en los artículos 174 y 176 CP; mientras que el *intranens* ejecutor respondería en todo caso como autor del delito de tortura comisivo previsto en el artículo 174 CP. La orden o mandato de torturar del *intranens* de detrás es manifiestamente antijurídica *ex ante*, lo cual exime al *intranens* ejecutor de responsabilidad penal si se negare a darle cumplimiento, según lo previsto en el artículo 410 CP. Una orden de torturar no tiene ninguna apariencia de legalidad⁶²¹. Asimismo, sobre el *intranens* que ejecuta directamente también descansa el deber positivo de procurar que los ciudadanos se vean libres de atentados a la integridad moral en las investigaciones y sanciones penales y administrativas. Por lo tanto ambos intervinientes infringen su respectivo deber especial respecto de los bienes jurídicos protegidos, por lo que ambos merecen la pena del autor por igual, por más que uno haya ordenado o permitido y el otro haya ejecutado.

bb) Como se indicó, el *intranens* que ordena a otro *intranens* responde como autor del delito de tortura, pero, ¿acaso no debería responder como partícipe (inductor) del hecho principal llevado a cabo por el *intranens* que ejecuta materialmente y es autor? Según el razonamiento de la teoría de los delitos de responsabilidad por la propia organización la

⁶¹⁸ Cfr. *supra* subtítulo V.2., apartado B), a) 1

⁶¹⁹ La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sostenido que cuando un garante está en condiciones de cumplir con su deber y no lo hace, debe responder en comisión por omisión. Así, el mencionado Tribunal estableció que «cuando el garante ni siquiera intenta en el momento idóneo impedir un resultado que luego ya no puede evitar, comete el hecho punible por omisión» (STS de 28 de febrero de 2011 [ponente Enrique Bacigalupo Zapater], FJ 5.º).

⁶²⁰ En contra Rodríguez Mesa, para quien en todo caso el *intranens* de detrás es autor mediato (cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 311).

⁶²¹ Sobre esto, cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 506.

respuesta debería ser positiva. En efecto, tanto una orden como una solicitud, consejo, provocación, etc., son conductas propias de un inductor.

De acuerdo con el razonamiento de los delitos de responsabilidad por la propia organización se podría sostener que habría autoría directa por parte del ejecutor material e inducción por parte del sujeto colocado detrás, toda vez que el ejecutor material al actuar dolosamente no es instrumento de nadie y a él le alcanza el deber que es propio del bien jurídico protegido por este delito. Por su parte, la persona situada detrás resulta partícipe, pues aun cuando con su conducta vulnera el deber positivo en lo que se refiere a la dimensión colectiva del bien jurídico protegido, no domina el hecho como sí lo hace el ejecutor material. Su voluntad se dirige a la ejecución del hecho principal a través de quien domina el hecho.

Pero el delito de tortura es un delito consistente en la infracción de un deber, lo que conduce entonces al problema de la participación del *intranens* en los delitos de infracción de deber. No se debe olvidar que en un delito de infracción de deber como es el delito de tortura, que es un delito de funcionario, toda contribución por pequeña que sea es merecedora de la pena como autor porque infringe completamente su deber. *La contribución del intraneus, en principio, tendrá el valor de una autoría con independencia de la calidad de la intervención, es decir, no importa lo que domine el obligado especial, porque siempre responderá como autor*⁶²². Ello no impide que el juez, en el momento del cálculo de la pena a imponer, varíe la cantidad de la pena entre los distintos obligados especiales dentro de los márgenes de pena correspondiente a la autoría según las circunstancias del caso, considerando los niveles de responsabilidad de los obligados especiales frente los deberes positivos lesionados, como por ejemplo, las diferencias de rango dentro de la organización jerárquica.

No obstante, *Roxin* y *Jakobs* admiten la participación del obligado especial de manera excepcional cuando por diversas razones no puede ser autor, en los casos de los delitos de propia mano y en los llamados delitos de dominio cualificado. Así, en los casos en los que el obligado especial que ejecuta el hecho típico tiene dolo y tiene conocimiento de que quien le ordena o sugiere efectivamente persigue alguna de las finalidades típicas, pero que tales no son propias sino que son ajenas, no sería una figura central del suceso sino que participaría en un hecho ajeno, convirtiéndose así en un cooperador necesario. Este sería el único caso en el que podría hablarse de un *intranens* partícipe en el delito de tortura⁶²³.

Según *Sánchez-Vera Gómez-Trelles*, podría haber otros casos en los que habría un *intranens* que respondería como inductor: el caso del obligado especialmente que no impide el injusto de inducción que estaba obligado a impedir por su deber positivo y el caso de una incumbencia (fundada en una institución positiva) respecto de la adquisición de un dolo

⁶²² Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 213; BACIGALUPO, *Autoría y participación*, p. 111. En contra, *Grima Lizandra* sostiene que el *intranens* que interviene en el hecho principal de otro *intranens* debe responder como partícipe cuando el *intranens* autor sea de igual rango o superior del *intranens* partícipe (cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 197-198). Asimismo, *Bolea Bardon* sostiene que en los delitos de infracción de deber es conveniente seguir distinguiendo entre autoría y participación para delimitar mejor los ámbitos de responsabilidad (cfr. BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, p. 439, nota al pie 107).

⁶²³ Ejemplo de este caso, cfr. *infra* subtítulo V.2., apartado B), b) 1.1.1.

determinado por una persona concreta⁶²⁴. Este último caso lo circunscribe a las relaciones paterno-filiales, pero en lo que se refiere al primer caso, en el delito de tortura tal obligado especial «inductor» sería autor por omisión al tolerar que se lleve a cabo el delito de tortura que estaba obligado a impedir, según lo previsto en el artículo 176 CP: El jefe de una comisaría observa cómo un funcionario policial induce a un tercero a que torture a un detenido y no impide ni dicha inducción ni el hecho del tercero.

1.1. Una variante del grupo de casos anteriormente señalado lo constituye aquel en que el *intranens* situado delante realiza materialmente el hecho dolosamente, pero sin que concurren en él los elementos subjetivos típicos del delito de tortura.

El jefe de la comisaría policial A quiere castigar a un detenido B por el delito presuntamente cometido. Para ello, ordena (sin que tal orden implique una coacción) al obediente subalterno C que ocasione sufrimientos físicos en el detenido, sin que éste sepa por qué se le ha ordenado llevar a cabo tal conducta. No obstante, obedece.

Este supuesto debe resolverse de la misma manera que el caso anterior en lo que respecta al *intranens* situado detrás que ordena o que permite infringir su deber utilizando al *intranens* ejecutor material para la comisión del delito bajo estudio. La violación de su obligación especial le convierte en autor aunque no haya dominado ejecutivamente nada, y tal violación se manifiesta en la orden o permisión que le hace al otro *intranens*⁶²⁵. La variante se reflejaría en la responsabilidad del *intranens* de delante que actúa sin los elementos subjetivos propios del delito de tortura. Si se tiene en consideración que el comportamiento de este *intranens* carece de una parte importante del tipo subjetivo, tal comportamiento sería atípico a la luz del delito de tortura; sin embargo, dicho *intranens* sería autor del delito de atentado a la integridad moral por parte de funcionario público previsto en el artículo 175 CP, en el que no se exigen los elementos subjetivos del tipo de tortura pero coinciden en lo que se refiere al tipo objetivo.

1.1.1. Una subvariante del caso anterior es la que se refiere al *intranens* que omite pero ordena que otro *intranens* ejecute materialmente con dolo, pero sin que concurren en éste los elementos subjetivos del tipo de tortura, aunque conozca que concurren en el otro sujeto situado detrás.

El jefe de la comisaría policial A quiere castigar a un detenido por un delito cometido y así se lo hace saber al funcionario policial B. En ese sentido, A llama a un subalterno C que se encontraba haciendo guardia en la puerta de la oficina y le ordena que ocasione sufrimientos físicos al detenido. C, que había escuchado los deseos de castigo de A, obedece y tortura al detenido sin saber la causa del castigo.

⁶²⁴ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 213.

⁶²⁵ *Sánchez-Vera Gómez-Trelles* sostiene que en los casos en que tanto la persona de delante como la de detrás son *intranens*, han de resolverse de la misma manera que si la persona de delante, *intranens*, fuese un *extranens*: no es necesario hablar de autoría mediata. Sin embargo, la doctrina de los delitos especiales admite la autoría mediata, diciendo que si el hombre situado detrás conoce la falta de responsabilidad del autor «*intranens*» estaría utilizándole igual que si utilizase las fuerzas de la naturaleza. (cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, pp. 211-212).

En este caso el *intranens*, como en el caso anterior, ha infringido su deber ordenando o permitiendo al subalterno la ejecución de la conducta típica, por lo cual no hay nada nuevo que agregar al respecto. La novedad vendría dada por la responsabilidad del *intranens* ejecutor material, en quien no concurre la finalidad típica sino que simplemente la conoce. Si bien este *intranens* ejecutante infringe su deber especial, originado en la Constitución y las leyes, de no someter a torturas a los detenidos, podrían plantearse al respecto a él dos soluciones: la primera, que tal conocimiento de una finalidad ajena es suficiente como para considerar que concurre en él no solamente el dolo sino que también los elementos subjetivos del tipo, por lo que sería autor accesorio del delito de tortura⁶²⁶; la segunda, que tal conocimiento de que otro (el *intranens* situado detrás) pretende castigar mediante la ejecución que él lleva a cabo lo convertiría en un partícipe, siendo el otro la figura central del suceso. En este supuesto, el *intranens* que ejecuta directamente no tiene la finalidad típica, pero coopera, ejecutando, con el *intranens* ubicado detrás. En la presente investigación se considera que ésta última es la solución correcta. *Jakobs* defiende que el obligado especial responde como partícipe cuando no puede ser autor porque no cumple en su persona todos los elementos de la autoría, por ejemplo, cuando le falta la intención trascendente requerida⁶²⁷.

Un sector importante de los partidarios de la teoría de los delitos de infracción de deber admiten que en algunas ocasiones excepcionales cabe la posibilidad de que un especialmente obligado solamente participe en el hecho. Así, además *Jakobs*, *Roxin* sostiene que el obligado especial puede ser un partícipe omisivo cuando contravenga un deber de evitar el resultado, pero no exista un tipo autónomo omisivo del que se derive la punición por autoría⁶²⁸. Asimismo, *Stratenwerth* y *Sánchez-Vera Gómez-Trelles* indican que es cómplice el garante que solo tuviese la posibilidad de evitar la complicidad prestada por otro, pero no el hecho mismo⁶²⁹.

Por lo tanto, podría decirse que *el intranens que tiene conocimiento que está llevando a cabo las finalidades típicas de la tortura que corresponden a otro, que le son ajenas, debe responder como partícipe. Su infracción de deber es suficiente para fundamentar su punibilidad, pero la ausencia de finalidades «propias» hace decaer la autoría y le convierten en el partícipe del agente a quien pertenecen dichas finalidades.* No es la misma situación del caso anterior, donde no solamente hay un total desconocimiento de la existencia de finalidades típicas, sino que el agente tiene finalidades

⁶²⁶ *Sánchez-Vera Gómez-Trelles* defiende que si un tercero que se encuentra obligado positivamente contribuye al hecho de otro obligado positivamente o le induce al mismo, esa contribución tendrá siempre el valor de una autoría (cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 228).

⁶²⁷ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 1028.

⁶²⁸ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, pp. 516 y ss. El autor sostiene que la posición de garante cumple dos funciones: fundamentar la punibilidad y al mismo tiempo la autoría; pero la punibilidad y la autoría tienen requisitos distintos, por lo que es posible que en el caso concreto se den los requisitos de la punibilidad, pero no los de la autoría.

⁶²⁹ Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, p. 415; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 200.

propias, pero que son atípicas a la luz del tipo subjetivo del delito de tortura, siendo tal conducta subsumible en el tipo previsto en el artículo 175 CP.

2. Casos en los que la persona situada detrás es un *intranens* que, sin ejecutar el hecho, ordena, solicita o permite que un ejecutor material *extraneus* realice materialmente el hecho típico siendo responsable. Ambos intervinientes obran con dolo de torturar.

-Un funcionario policial que tiene a su cargo la custodia de un sospechoso de violación y que se encuentra profundamente indignado por lo que el detenido hizo a la víctima, le dice a los familiares de ésta que permitirá que entren en la celda y que podrán hacer lo que quieran con él. Los familiares entran la celda y someten a sufrimientos físicos al detenido.

-Un funcionario policial encargado de la custodia de un sospechoso de pedofilia observa cómo el padre de una de las víctimas entra en la habitación donde el detenido se encuentra y le empieza a someter a sufrimientos físicos continuados y no hace nada al respecto.

-Un funcionario encargado de la custodia de un detenido le pide insistentemente a un amigo que no es funcionario público que torture al detenido para castigarlo, creyendo así podrá evitar la persecución penal. El amigo somete a sufrimientos físicos continuados al detenido.

La doctrina especializada en el delito de tortura se ha posicionado en este supuesto. Un sector entiende que en estos casos el *intranens* debe responder como inductor del delito de torturas, mientras que el *extraneus* ejecutor del comportamiento típico respondería como autor del delito común subyacente⁶³⁰. En cambio, otro sector de la doctrina estima que el hombre de detrás *intranens* debe responder por un título de participación en virtud del delito común subyacente, mientras que el *extraneus* respondería como autor del delito común subyacente⁶³¹. Por su parte, Muñoz Sánchez comparte esta última solución si el comportamiento típico es grave, pero si la tortura no es grave habría impunidad tanto para el *intranens* como para el *extraneus*⁶³². Sin embargo, en la misma obra el mismo autor también se inclina por solucionar los casos de instrumentos dolosos no cualificados mediante la comisión por omisión prevista en el artículo 176 CP al considerar insatisfactoria la solución de que el *intranens* responda como partícipe de un delito común⁶³³. Rebollo Vargas sostiene la tesis según la cual el *intranens* responde como autor mediato del delito de tortura, mientras que el *extraneus* responde como autor del delito común subyacente cuando el menoscabo a la integridad moral es grave⁶³⁴; mientras que en sentido semejante Rodríguez Mesa sostiene también que el *intranens* debe responder como autor mediato, pero difiere de Rebollo Vargas en cuanto a la responsabilidad del *extraneus*, pues defiende que el particular debe responder

⁶³⁰ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos de tortura y otros tratos degradantes», p. 82.

⁶³¹ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura*, pp. 202-203.

⁶³² Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 96.

⁶³³ Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, pp. 107-108; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», pp. 95-96.

⁶³⁴ Cfr. REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 304.

como cooperador necesario del delito de tortura⁶³⁵. Esta última es la tesis defendida por *Mir Puig* pero en sentido general para los casos de instrumentos dolosos no cualificados⁶³⁶.

En la presente investigación se parte, como se ha expuesto repetidamente, de la idea de que el delito de tortura es un delito de infracción de deber y desde esa perspectiva se debe analizar el presente caso. *El intraneus que, ubicado detrás, ordena, solicita o permite la ejecución material del extraneus se erige como figura central del suceso al vulnerar el deber especial que le obliga a actuar positivamente para el mantenimiento del bien jurídico protegido, por lo que a pesar de no hacer nada fácticamente, normativamente ha ejecutado el delito al infringir el deber, debe responder como autor directo*⁶³⁷. Ahora bien, cabe hacer alguna distinción acerca de las maneras de alcanzar tal autoría, considerando el Derecho positivo. Como se indicó anteriormente⁶³⁸ no es lo mismo «ordenar» que «permitir», y, además, en este supuesto también se puede contemplar el «solicitar», es decir, que el *intraneus* solicite a un *extraneus* la realización del hecho típico. Si el *intraneus* permite o tolera que un *extraneus* ejecute materialmente el delito de tortura, deberá responder como autor mediante la regla específica de atribución de responsabilidad omisiva del delito de tortura prevista en el artículo 176 CP; pero si el *intraneus* ordena o solicita al *extraneus* la ejecución material de la tortura, ello revela una conducta activa por parte del *intraneus* que infringe directamente el deber. En estos casos, entonces, la autoría se fundamenta en el artículo 174 CP.

En relación con la tesis que defiende una solución en la que el *intraneus* que ordena es partícipe (inductor) mientras que el *extraneus* ejecutor material es autor del delito común subyacente, se destaca que dicha solución es la que resultaría de la tesis que le da importancia central al dominio del hecho de los intervinientes también en los delitos especiales. Desde la perspectiva de la presente investigación se insiste en que el *intraneus* debe ser castigado como autor del delito de tortura, porque desde la teoría de los delitos de infracción de deber el *intraneus* infringe su deber completamente cuando realiza incluso una inducción: una manifestación de su deber como *intraneus* es abstenerse de inducir (ordenar o solicitar) atentados a la integridad moral de las personas. Así, en este grupo de caso habría autorías paralelas o accesorias entre la autoría del *extraneus* por el delito del artículo 173 CP y la autoría del *intraneus* por el delito del artículo 174 CP⁶³⁹.

⁶³⁵ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 312-313.

⁶³⁶ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 389

⁶³⁷ En este sentido, GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 197; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, pp. 206-208.

⁶³⁸ Cfr. *supra* subtítulo V.2., apartado B), b) 1 aa).

⁶³⁹ De acuerdo con la solución, pero por una vía distinta, cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 315. Esta autora considera al *intraneus* partícipe como un inductor del delito común cometido por el *extraneus* y además autor mediato del delito de tortura (entendiendo que ha utilizado al *extraneus* como instrumento), con lo cual, en virtud del principio de especialidad, el *intraneus* respondería como autor mediato del delito de tortura. Como se puede evidenciar, esta autora llega a la misma conclusión pero recorriendo el camino de los delitos de dominio. Por su parte, *Rebollo Vargas* parece ser partidario que el *intraneus* sea partícipe del delito común cometido por el autor *extraneus* (cfr. REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 310).

También se indicó que un sector de la doctrina ha propuesto castigar al *intranens* como autor por la vía de la figura omisiva prevista en el artículo 176 CP cuando ordena o solicita la ejecución material del delito de tortura a un *extraneus*⁶⁴⁰. No se comparte tal recurso al artículo 176 CP, porque éste se refiere a la conducta omisiva de permitir (consentir o tolerar) y un interviniente que ordena o solicita (induce) no permite en el sentido omisivo, sino que hace algo, es decir, colabora activamente en la comisión del ilícito. Es cierto que el tipo contenido en el artículo 174 CP presupone que el autor realice una conducta ejecutiva directa y que la conducta del inductor no se entiende como de ejecución directa; sin embargo, debe tomarse en consideración que, por un lado, el delito de tortura es un delito de infracción de deber, por lo que no importa el *quantum* de la organización del sujeto activo, éste siempre responderá como autor; y por otro lado, el que induce a otro realiza una actividad sobre el ejecutor directo (una orden, una solicitud, un consejo o una provocación adecuadas) lo que excede o supera una simple «permisión»: inducir es una acción si se la compara con consentir o tolerar. Por estas razones se estima que el *intranens* que induce debe responder como autor activo.

En cuanto a la responsabilidad del *extraneus* ejecutante, surgen dos posibilidades alternativas, a saber, si debe responder como partícipe del delito de tortura en que incurre el *intranens* omitente, o debe responder como autor del delito previsto en el artículo 173 CP o del delito común que corresponda en virtud de la conducta desplegada, con lo cual se rompería la unidad del título de imputación. Se considera que en este caso la última de las alternativas es la aplicable, puesto que *el extraneus ejecutante es plenamente responsable y ejecuta toda la conducta típica sin colaborar con el delito de nadie. Aunque no pueda ser autor del delito de tortura por no ser un obligado especial, sí es la figura central del suceso en lo que respecta al delito común*. De tal manera que deberá responder por la figura típica común que castiga la misma conducta, es decir, la contenida en el artículo 173 CP.

No obstante esto, se destaca que si el *intranens* situado detrás no permite ni solicita, sino que ordena al *extraneus* ejecutor material de una manera tan violenta que lo cercena de libertad, se configuraría el caso ya comentado del *intranens* que coacciona a un *extraneus* para que ejecute materialmente el hecho típico del delito de tortura, lo que redundaría en la impunidad de este último⁶⁴¹.

3. Casos en los que la persona situada detrás es un *extraneus* que induce o permite que un *intranens* realice materialmente el hecho siendo responsable. Ambos intervinientes obran con dolo de torturar.

-El representante de un menor escolar acude a la escuela pública para buscar a su hijo y al pasar por alguno de los pasillos del centro accidentalmente observa como un maestro le produce sufrimientos físicos a un alumno por ser éste un conocido acosador escolar y no hace nada al respecto.

⁶⁴⁰ Grima Lizandra propone que el *intranens* que participa al delito del *extraneus* deba responder como inductor o cooperador del delito común cometido por el autor del delito, aunque después se inclina por aplicar en estos casos el contenido del artículo 176 CP y castigar al *intranens* partícipe como autor omisivo (cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, pp. 197-198).

⁶⁴¹ Cfr. *supra* subtítulo V.2., apartado B), a) 2.

-El padre de la víctima de un hecho atribuido al detenido le manifiesta al funcionario policial encargado del atestado su deseo de que al margen de la justicia formal, el detenido reciba humillaciones y vejaciones por lo que le hizo a su hija. El funcionario en cuestión acude a la celda y tortura al detenido.

En los casos en que el *extraneus* sea el hombre de detrás y utilice a un *intraneus*, quien ejecuta actos correspondientes a la tortura, no habría autoría mediata del delito de tortura por parte del *extraneus* porque no puede ser autor⁶⁴². Solo puede ser autor el obligado especial que infringe el deber, por lo que el *intraneus* actuante responde como autor del delito de tortura a través del artículo 174 CP, ya que es plenamente responsable, es decir, no es instrumento de nadie, e infringe directamente el deber respecto de los bienes jurídicos protegidos⁶⁴³. Por su parte, si el *extraneus* omitente se limita a tolerar o a aprovecharse de la conducta típica llevada a cabo por el ejecutor material, y tal omisión no implica ninguna ayuda o participación en el hecho típico, debería quedar impune. Si, en cambio, tal omisión significa una forma de participación a la ejecución del hecho, ya sea como inductor o como cooperador, *el extraneus debe responder como partícipe en el delito de tortura pues no puede ser autor mediato del delito especial cometido por el intraneus que ejecuta materialmente*⁶⁴⁴, *ni tampoco realiza un hecho principal que pudiera dar pie a una autoría con la consiguiente ruptura de la unidad del título de imputación, sino que se limita a participar de un hecho principal perpetrado por otro, por el intraneus*. Sobre la participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber, se profundizará en el siguiente apartado.

⁶⁴² Asimismo, RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 311. En contra REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 307, para quien el *extraneus* es autor mediato del delito previsto en el artículo 173 CP (considera el delito de tortura como un delito especial impropio).

⁶⁴³ En el mismo sentido, REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 307.

⁶⁴⁴ En el mismo sentido, MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 95, cuando el hecho es grave. Este autor viene sosteniendo que si el *intraneus* que actúa comete un atentado a la integridad moral no grave, no realizaría ningún hecho punible porque el artículo 173 CP solo le da relevancia jurídico-penal a los atentados graves. Ello traería como consecuencia que tanto el *intraneus* como el *extraneus* situado detrás, ambos actuando dolosamente, quedarían impunes. A diferencia de otras definiciones de tortura, la definición legal del Código penal no exige que el comportamiento típico sea de una especial gravedad, sino que sea atentatorio contra la integridad moral de la víctima, es decir, se atenta o no se atenta, no hay atentados menos graves y atentados más graves. Ello significa que en el caso bajo estudio, cuando un *intraneus* atenta contra la integridad moral, en todo caso realiza el injusto del delito de tortura.

Esquema de casos de *intraanei* que no ejecutan materialmente

<p><i>Intraeneus</i> "A" es el hombre situado detrás que omite con dolo</p>	<p><i>Intraeneus</i> "B" es el ejecutor material</p>	<p>con dolo</p>	<p>con elementos subjetivos</p>	<p>ordenado (inducido)</p>		<p>"A" es autor accesorio art. 174 CP</p>
				<p>permitido</p>	<p>(actúa por su cuenta u ordenado-inducido por un tercero "C")</p>	<p>"B" es autor accesorio art. 174 CP</p>
					<p>(actúa coaccionado o engañado por un tercero "C")</p>	<p>"A" es autor art. 176 CP</p> <p>"B" no tiene responsabilidad</p>
			<p>sin elementos subjetivo</p>	<p>ordenado (inducido)</p>		<p>"A" es autor accesorio art. 174 CP</p>
				<p>permitido</p>	<p>"B" es autor accesorio art. 175 CP</p>	
					<p>"A" es autor accesorio art. 176 CP</p> <p>"B" es autor accesorio art. 175 CP</p>	
	<p>siendo mero instrumento engañado o coaccionado</p>			<p>"A" es autor directo art. 174 CP</p> <p>"B" no tiene responsabilidad</p>		
	<p><i>Extraneus</i> "B" es el ejecutor material</p>	<p>con dolo</p>	<p>ordenado (inducido)</p>	<p>"A" es autor accesorio art. 174 CP</p>		
				<p>permitido</p>	<p>(actúa por su cuenta u ordenado-inducido por un tercero "C")</p>	<p>"B" es autor accesorio art. 173 CP</p>
					<p>(actúa coaccionado o engañado por un tercero "C")</p>	<p>"A" es autor art. 176 CP</p> <p>"B" es autor accesorio art. 173 CP</p>
<p>siendo mero instrumento engañado o coaccionado</p>			<p>"A" es autor directo art. 174 CP</p> <p>"B" no tiene responsabilidad</p>			

Esquema de casos de *extranei* que no ejecutan materialmente

<i>Extraneus</i> "A" es el hombre situado detrás que omite con dolo	<i>Intraneus</i> "B" es el hombre situado delante que ejecuta	con dolo	permitido	(actúa por su cuenta u ordenado-inducido por un tercero "C")	"A" no tiene responsabilidad "B" es autor art. 174 CP
				(actúa coaccionado o engañado por un tercero "C")	"A" es autor art. 176 CP "B" no tiene responsabilidad
			inducido o ayudado		"A" es partícipe art. 174 CP "B" es autor art. 174 CP
		siendo mero instrumento engañado o coaccionado			"A" es autor mediato art. 173 CP "B" no tiene responsabilidad

C) Participación del *extraneus* en el delito de tortura

Bajo el presente apartado se abordará lo relacionado con la participación del *extraneus* en el delito de tortura, lo que reviste interés dado que este delito es de infracción de deber. En relación con la participación del *intraneus* en el hecho principal de un *intraneus*, ya se adelantó la posición de la presente investigación cuando se estudió el caso de los *intranei* que inducen a los *extranei* a cometer el delito bajo estudio. Como quiera que parte de la doctrina ha venido defendiendo que en estos casos el *intraneus* debe responder como inductor del delito ejecutado por el *extraneus*, en la presente investigación se trasladó hacia aquel lugar esta discusión⁶⁴⁵. Basta con indicar que lo que se ha defendido en relación con el *intraneus* que induce (ordena, solicita, provoca, etc.) a otro *intraneus* o a un *extraneus*, se repite *mutatis mutandis* en los casos en los que el *intraneus* ayuda o colabora con la ejecución material llevada a cabo por otro *intraneus* o por un *extraneus*. Así, tomando en consideración que el delito de tortura es un delito de infracción de deber, toda contribución, por pequeña que sea, es merecedora de la pena como autor porque el *intraneus*, cuando ayuda a atentar contra la integridad moral de las personas, infringe completamente su deber y debe responder como autor.

-Un funcionario policial A, al ver lo ocupado que se encuentra un compañero de comisaría B humillando y vejando a un detenido C, y que no tiene suficientes manos para hacerlo todo, se acerca con cubos de agua para llenar el recipiente donde el funcionario actuante B posteriormente sumerge la cabeza de C para causarle la sensación de ahogo.

-El particular A, estando internado en una prisión, procede a encerrar en una celda al recién llegado particular B, quien fue condenado por violación a un menor de edad, para someterle a humillaciones y vejaciones por el delito cometido siguiendo una vieja costumbre carcelaria. De ello se percata el funcionario de prisiones C, quien se acerca para entregarle un objeto contundente a A para que pueda hacer uso de él.

⁶⁴⁵ Cfr. *supra* subtítulo V.2., apartado B), b) 2.

Por lo tanto, en lo que sigue del presente apartado se abarcará solamente lo relacionado con la participación del *extraneus* en el delito de tortura. No obstante, al final de este apartado se presentará un cuadro explicativo en el que se incluirá el caso de los *intranei* que induzcan o ayuden a los *intranei* y *extranei*, para exponer con claridad los casos de participación de manera conjunta.

La clase de supuestos que se estudiarán son los siguientes:

-El padre de una víctima de violación se presenta en la comisaría donde se encuentra recluido el culpable de tal delito, y le dice al funcionario encargado de su custodia que si hay justicia en este mundo deberían humillar de la misma manera al detenido como castigo. El funcionario sensibilizado con el dolo de este hombre, va a la celda y maltrata gravemente al detenido.

-Estando el funcionario policial A dispuesto a aplicarle descargas eléctricas a la víctima B, no puede llevarlas a cabo porque la batería eléctrica de la que disponía está descargada. C, un particular que se encuentra visitando a su amigo A en la comisaría y sabiendo la finalidad que perseguía A, extrae la batería de su coche y la entrega a éste para que la pueda utilizar como en efecto hace.

Cuando se revisó el grupo de casos relativo a las conductas coejecutivas entre *intranei* y *extranei*⁶⁴⁶ se adelantó que en los delitos de infracción de deber no es posible que los últimos puedan ser autores porque no son obligados especiales. Sin embargo, una vez admitido esto, cabe una primera pregunta sobre si el *extraneus* debe responder como partícipe o no cuando ayuda en un delito de infracción de deber⁶⁴⁷. Si se entiende que el *extraneus* puede participar como inductor, cooperador necesario o cómplice frente al hecho antijurídico llevado a cabo por el *intraneus*, vendría la necesidad de responder una segunda pregunta, a saber, si en estos casos el partícipe *extraneus* debe responder como partícipe del delito común que hubiera llevado a cabo si él fuera el autor, rompiendo así la unidad del título de imputación; o si por el contrario el partícipe debe responder como tal del delito que el autor *intraneus* concreto ha cometido, de tal manera que tanto éste como el partícipe *extraneus* respondan por el mismo título de imputación.

En la presente investigación se defiende que la intervención del partícipe es autónoma, en el sentido de que tiene su propio contenido de injusto que consiste en la participación en un injusto principal de autor ubicado en la Parte Especial del Código penal, es decir, en haber favorecido la realización antijurídica del tipo por parte del autor, sin que ello signifique que el partícipe responda por lo que ha hecho el autor. *El partícipe extraneus no infringe directamente deber especial alguno, solo se vincula al deber de no determinar al intraneus a infringir*

⁶⁴⁶ Cfr. *supra* subtítulo V.2., apartado A) 3.

⁶⁴⁷ Por ejemplo, en España Robles Planas sostiene en referencia a los por él llamados delitos especiales de deber, que cabe la impunidad de todo *extraneus* que intervenga en él, toda vez que no le alcanza la norma de conducta presupuesta en el tipo. Lo contrario, dice, sería imputarle la infracción de una norma de conducta ajena (cfr. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, p. 242). En el caso específico del delito de tortura, se pronuncia en este sentido Tamarit Sumalla, quien propone que el *extraneus* responda en virtud de lo previsto en el artículo 173 (cfr. TAMARIT SUMALLA, «Artículo 174», p. 253). En contra, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 415 y ss, que critica a la solución de impunidad del *extraneus*.

*su deber o de no auxiliarlo en tal infracción*⁶⁴⁸. El Código penal parece apuntalar esta solución, toda vez que el artículo 65.3 permite la punibilidad de los *extranei* en los delitos especiales⁶⁴⁹. Así no habría problema en admitir que un *extraneus* pueda ser inductor, cooperador necesario o cómplice del delito de tortura⁶⁵⁰. Pero, una vez admitido esto, es necesario tomar partido acerca del título de imputación del partícipe *extraneus*, así como de las consecuencias penológicas.

a) ¿Cuál es el título de participación que le corresponde al partícipe extraneus?

La doctrina ha discutido acerca de si la punibilidad del partícipe *extraneus* se ha de determinar a partir del delito cometido por el autor *intranens* del delito especial o a partir del delito que el mismo *extraneus* hubiera cometido si fuera autor. La solución de esta cuestión tradicionalmente ha pasado por la distinción entre los delitos especiales propios e impropios⁶⁵¹. Así, ha existido consenso en la doctrina en cuanto a que en los delitos

⁶⁴⁸ Cfr. KINDHÄUSER, *Cuestiones fundamentales*, p. 43. En el mismo sentido, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, p. 415. Por su parte, Rueda Martín sostiene que el partícipe *extraneus* ataca de manera accesoria al bien jurídico protegido, pues mediante su contribución penetra en la esfera donde al autor *intranens* ejerce un dominio sobre la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico (cfr. RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio*, pp. 91-92). Por su parte, Sánchez-Vera Gómez-Trelles dice que el comportamiento del *extraneus* que contribuye a un delito de infracción de deber no es jurídicamente neutro, y que aunque las instituciones positivas no rigen de forma primaria para todos los miembros de la sociedad, si son irrenunciables para todo el conjunto de la sociedad, pues toda sociedad tiene siempre algo de comunidad. De esta manera, las expectativas de esas instituciones positivas atañen, al menos de forma mediata, a todos (cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 219). Asimismo, Jescheck/Weigend son partidarios de la posibilidad de que los *extranei* puedan participar en los delitos especiales propios (cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, p. 286), así como Mir Puig cuando sostiene que el interviniente no cualificado no puede ser coautor, sino solo partícipe (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 389, 394-395). Por último, Bacigalupo también defiende que el que no infringe el deber especial realizando una conducta accesoria debe ser cooperador o cómplice de la infracción de deber del autor (cfr. BACIGALUPO, *Autoría y participación*, p. 131). Por su parte, Rodríguez Mesa sostiene que el deber respecto del bien jurídico protegido por el delito especial, afecta a todos los ciudadanos, por lo que el partícipe responde por el tipo especial (cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, pp. 307-308).

⁶⁴⁹ Sin embargo, Robles Planas defiende que no cabe en ningún caso la participación de un *extraneus* en los delitos especiales de deber. Para este autor la regla contenida en el artículo 65.3 CP es una cláusula de merecimiento de pena si se aplica a los delitos especiales de deber, es decir, es una regla de imputación extraordinaria que deberá ser evaluada caso por caso por parte de los jueces, mediante la cual podrán castigar o no a los partícipes *extraneus*. El autor dice que en caso de que se decida castigar, en todo caso la pena debe ser inferior en grado (cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, pp. 147-148). En el presente trabajo se defiende la idea de la participación del *extraneus* en el delito especial, por lo que el artículo 65.3 CP constituye un paso en este sentido.

⁶⁵⁰ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 314; REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 308.

⁶⁵¹ Para los efectos del presente trabajo se sigue la clasificación tradicional según la cual los delitos especiales propios son aquellos que describen la conducta que solamente es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, sin que exista un delito común que se corresponda con ellos de modo que la conducta de una persona que carece de la cualidad exigida fuese también típica. Por su parte, los delitos

especiales propios, el partícipe *extraneus* responde a partir de la punibilidad del delito especial, pero en lo que se refiere al título de imputación del partícipe *extraneus* en los delitos especiales impropios, la doctrina se divide en tres puntos de vista: la teoría individualizadora, la teoría unitaria y la solución mixta⁶⁵².

Los partidarios de la teoría individualizadora rompen la unidad del título de imputación al proponer que el partícipe *extraneus* responda en virtud del delito común subyacente; mientras que los partidarios de las teorías unitarias no rompen el título de imputación, es decir, señalan que la solución correcta es que el partícipe *extraneus* responda por el mismo delito especial imputado al autor. A su vez, los partidarios de las teorías unitarias se dividen en dos en cuanto a las consecuencias penológicas para el partícipe *extraneus*: unos señalan que el partícipe *extraneus* le corresponde la pena calculada a partir de la pena del autor *intraeus*, mientras que otros señalan que dicha pena debe ser aminorada. Por último, los partidarios de la solución mixta señalan que en los delitos especiales impropios, el partícipe *extraneus* debe responder en virtud del delito especial, pero debe otorgársele la pena correspondiente al delito común subyacente.

En primer lugar, en la presente investigación se estima que la clasificación de delitos especiales propios e impropios debe ser superada, principalmente porque el injusto de los delitos especiales impropios es el mismo del de los delitos especiales propios, sin que influya de manera determinante el hecho de que exista un delito común subyacente, subsidiario o paralelo⁶⁵³. En el caso del delito de tortura, son protegidos dos bienes jurídicos, unos de los cuales solo puede ser vulnerado por una autoridad o funcionario público (correcto ejercicio de la función pública investigadora y sancionadora). Tal circunstancia es fundamento de la responsabilidad penal, lo que le otorga a su injusto un carácter diferente frente al tipo del artículo 173 CP: en el delito de tortura, el legislador pretende proteger *algo distinto*, más allá de la mera integridad moral, que es la confianza de las personas en que los funcionarios públicos cumplan sus deberes especiales de investigación y sanción respetando la integridad moral de los ciudadanos. Asimismo, el

especiales impropios son aquellos que guardan correspondencia con un delito común que pudiera ser cometido por cualquier persona, incluso el sujeto no cualificado que realiza la acción (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 238; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 234). En otras palabras, un sector de la doctrina ha entendido a los delitos especiales propios como aquellos en los que el tipo solo designa como autor a personas que poseen una caracterización especial, mientras que los delitos especiales impropios se refieren a aquellos que pueden ser cometidos por cualquiera, pero su autoría por personas cualificadas constituye una causa de agravación de la pena (cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, p. 286). En este mismo sentido, BACIGALUPO, *Autoría y participación*, p. 40.

⁶⁵² GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 434 y ss.

⁶⁵³ En este sentido, cfr. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, p. 472. También Rueda Martín sostiene que el fundamento material que explica la limitación de la autoría de los delitos especiales propios e impropios es el mismo (cfr. RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio*, p. 79). Asimismo, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 250. Robles Planas, por su parte, propugna que los tradicionales delitos especiales propios se deben son en realidad delitos de posición o delitos especiales de deber, mientras que los delitos especiales impropios son en verdad delitos comunes que tienen agravaciones de carácter personal (cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, pp. 125-126).

mencionado artículo 65.3 CP no hace distinción alguna entre los delitos especiales propios e impropios⁶⁵⁴, lo que refuerza la idea de que entre ellos no hay diferencias sustanciales en términos del injusto⁶⁵⁵.

En segundo lugar, la teoría unitaria es la que mejor explica la participación del *extraneus* en un delito especial, entre otras razones porque en un sistema como el español que distingue entre autor y partícipe, éste debe responder por el hecho principal cometido por el autor, y que sin hecho principal de un autor no cabría castigar al partícipe (principio de accesoriadad de la participación). Así, *en los delitos especiales (propios e impropios) se produce un cambio de tipo de injusto, y es éste por el que debería responder también el partícipe extraneus*. Asimismo, y siguiendo a Rueda Martín, el bien jurídico afectado por todos los intervinientes en el hecho es el mismo. Los particulares pueden realizar una acción dirigida a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo en cuya realización se interviene, en el sentido de que mediante su conducta, el partícipe *extraneus* motiva o facilita al autor *intraneus* la realización de la acción típica, contribuyendo así accesoriamente al ataque al bien jurídico especial. En este sentido, el partícipe *extraneus* debe conocer la afectación del bien jurídico mediante la ejecución del hecho típico por parte del autor⁶⁵⁶. Por último, del artículo 65.3 CP se desprende que se mantiene la unidad en el título de imputación entre el autor en un delito especial (condiciones, cualidades o relaciones personales que *fundamentan* la culpabilidad del autor) y el partícipe *extraneus* (que carece de tales condiciones, cualidades o relaciones personales)⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, p. 539; RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio*, p. 79.

⁶⁵⁵ No obstante, la doctrina española ha debatido sobre si el delito de tortura es un delito especial propio (cfr. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 196; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», p. 90); SÁNCHEZ MELGAR, «De las torturas y otros delitos», p. 979) o impropio (cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos de tortura y otros tratos degradantes», p. 82; BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, p.151; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 174», p. 253; DEL ROSAL BLASCO, «De las torturas y otros delitos», p. 232; SÁNCHEZ TOMÁS, «La tortura y otros delitos contra la integridad moral», p. 148; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «De las torturas y de otros delitos contra la integridad moral», p. 127). Muñoz Sánchez dice que si el comportamiento típico que constituye la tortura es grave, dicho delito es especial impropio (siendo el delito contenido en el artículo 173 CP el delito común subyacente o paralelo), mientras que si las torturas no son graves, se trataría de un delito especial propio (cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Los delitos contra la integridad moral*, p. 95). En esta misma línea, REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 300; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 306.

⁶⁵⁶ Cfr. RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio*, pp. 91-92.

⁶⁵⁷ Cfr. RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio*, pp. 84 y ss; y con respecto al delito de tortura, RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 314; GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 197. Por su parte, Gómez Martín se lamenta que no se haya zanjado la discusión sobre la participación del *extraneus* en delitos especiales, quedando aún posibilidades argumentativas para quienes sostiene la tesis individualizadora (cfr. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 543-544). Así, el mismo autor ya ha señalado que la redacción del artículo 65.3 CP permite que los partidarios de la teoría individualizadora sostengan que dicha disposición, al indicar que el *extraneus* podrá responder con la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate, establece simplemente una especial regla de determinación de la pena, aun cuando siga respondiendo por el delito común subyacente o paralelo (cfr. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 547-548). Con anterioridad a la entrada en vigencia del artículo 65.3 CP, se debatía acerca de la aplicabilidad o no

Se defiende esta postura que mantiene la unidad del título de imputación a pesar de que al examinar los casos de autoría conjunta entre *intranens* y *extraneus* se apoyó la tesis contraria, es decir, la que sostenía que al *extraneus* responde por su propio delito común en calidad de autor. La aparente contradicción se explica por la naturaleza de la acción u omisión que desempeña el *extraneus* y su rol dentro del reparto de funciones durante la comisión del injusto típico. Si el *extraneus* desempeña un rol de accesoriedad, en el sentido de mera facilitación a un hecho principal, la calificación jurídica de éste deberá arrastrar consigo al partícipe, aunque no haya lesionado deber especial alguno. Pero si en cambio el *extraneus* lleva a cabo un rol protagónico que hace suyo el injusto típico, deberá responder como autor de su delito común, pues aunque coopere en sentido amplio con un *intranens*, tal intervención no se lleva a cabo para ayudar a otro, sino porque realiza un comportamiento que lo convierte en figura central del suceso. En esta circunstancia debe responder el *extraneus* por su propio delito común.

b) ¿Es admisible la participación en un hecho principal no doloso en el caso del delito de tortura?

Una variante a tomar en cuenta por su relevancia sería la de si podría admitirse la participación en un hecho principal no doloso en el caso del delito de tortura. En general se ha sostenido al respecto que la participación siempre debe ser accesoría respecto del hecho principal del autor, y que tal hecho principal debe ser al menos antijurídico para que sea considerado relevante a efectos de la participación, es decir, se requiere que el hecho principal sea contrario a Derecho (tesis del principio de accesoriedad limitada de la participación). Así, si el autor del hecho principal obra con error de tipo invencible la participación del otro interviniente es impune, y si el autor actúa en error vencible comete un hecho imprudente impune en el caso de los delitos contra la integridad moral, por lo que la participación también quedará impune⁶⁵⁸. Sin embargo, si el autor del hecho incurre en error de prohibición el partícipe del mismo hecho responde como tal, ya que el autor ha cometido un hecho antijurídico aunque no culpable.

del artículo 65.1 CP a los casos de participación de los *extraneus* en los delitos especiales. Los partidarios de la teoría unitaria sostenían que el artículo 65.1 CP no era aplicable en estos casos, porque los elementos de autor en los delitos especiales no son meras circunstancias modificativas de la responsabilidad, sino elementos esenciales del tipo de injusto, cualitativamente distinto al delito común «subyacente». Asimismo se había dicho que tampoco era aplicable analógicamente el artículo 65.1 CP, porque las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal y los elementos de autoría en los delitos especiales tienen naturaleza jurídica distinta: las primeras no se encuentran vinculadas a un tipo de intervención en el delito, mientras que los segundos sí se encuentran vinculados a un tipo de intervención en el delito. En el caso del delito de tortura, la lesión o puesta en peligro tanto de la integridad moral y como del correcto ejercicio de la función pública en su dimensión de investigación y sanción solo pueden ser lesionadas por el funcionario público, por lo que éste constituye el *fundamento de la punibilidad*, cuestión que no entra dentro del supuesto del artículo 65.1 CP, que se refiere únicamente a las circunstancias que *modifican* la responsabilidad. Ahora el debate se traslada a la interpretación del artículo 65.3 CP.

⁶⁵⁸ *Mir Puig* sostiene que puede haber una participación en la que no es preciso el dolo del autor, por lo que cabe la participación imprudente en un hecho imprudente (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 411-412).

Tal razonamiento está dirigido fundamentalmente a los delitos de responsabilidad por la propia organización. Sin embargo, en la presente investigación se ha indicado que el delito de tortura es de infracción del deber, y ello comporta otras consideraciones y consecuencias. *Bacigalupo* sostiene que la noción de accesoriadad debe ajustarse a la estructura del tipo penal, porque en los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber las reglas de autoría y participación no son las mismas⁶⁵⁹. *En los tipos de los delitos de infracción de deber el elemento distintivo y determinante entre autoría y participación es el deber, cuya infracción no necesariamente debe ser dolosa. Así, la cooperación sin infracción de deber tiene relevancia jurídica aun cuando el hecho principal no haya concurrido el dolo*⁶⁶⁰. La consecuencia práctica de esta tesis es que si en el hecho principal de un delito de infracción de deber el autor actúa sin dolo, sigue habiendo un hecho principal y el *extraneus* debe ser sancionado como inductor, cooperador o cómplice de la infracción de deber del *intranens* aunque éste no sea punible, porque la accesoriadad limitada no requiere la punibilidad del autor del hecho principal⁶⁶¹.

Por ejemplo, A, funcionario policial que se encuentra de baja médica, pasea con su amigo B, quien no es funcionario público, y observan a una persona de raza gitana pedir limosna en la boca de una calle, lo cual les molesta mucho porque son racistas y odian a los miembros de dicha etnia. B le insiste reiteradamente a A que le dé una fuerte paliza al gitano, porque al estar de baja, no estaba en ejercicio del cargo y no le sería imputable ningún delito de funcionario. A le hace caso y se lleva al mendigo indefenso a la calle alledaña donde lo somete a graves sufrimientos físicos. En caso de que se admita el error de tipo en el presente caso, el *intranens* quedaría impune, aunque lo realizado ya constituye un hecho principal donde hay una infracción de deber, por lo tanto, el *extraneus* debe responder como inductor del delito de tortura. Teóricamente sí es admisible la participación en un hecho principal no doloso en el caso del delito de tortura, pero si se toma en cuenta las escasas posibilidades de que un obligado especial no suponga el significado lesivo para el bien jurídico de su conducta en la práctica no resulta fácilmente estimable una situación de error de tipo por parte del autor.

⁶⁵⁹ Cfr. BACIGALUPO, *Autoría y participación*, p. 122.

⁶⁶⁰ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, p. 404.

⁶⁶¹ *Roxin* propone como ejemplo el supuesto del *extraneus* que obliga, mediante fuerza o intimidación, a un funcionario a cometer torturas. Este autor sostiene que la doctrina mayoritaria en Alemania reconoce que el *extraneus* debe responder como inductor al delito de tortura, y subraya que para defender tal solución se requiere admitir que en este grupo de delitos la infracción de deber es el fundamento de la autoría y que la participación es intervención sin infracción de deber especial —tesis que, por otra parte, no han sido reconocidas por la doctrina mayoritaria alemana— (cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, p. 404). En la presente investigación no se comparte la solución de *Roxin*: si el *extraneus* genera un estado de terror en el funcionario mediante la coacción, entonces tal *extraneus* se erige como la figura central del suceso porque el hecho le pertenece a él mientras que el funcionario no es más que un instrumento a su servicio. Se insiste en que un *extraneus* que aterroriza a un funcionario para que realice una conducta determinada no interviene en un hecho ajeno o no desempeña ninguna posición secundaria respecto del autor, porque el hecho principal le pertenece al *extraneus*, que es el verdadero protagonista (cfr. *supra* subtítulo V.2., apartado B), a) 3). Por lo tanto, en el caso propuesto por *Roxin* hay una autoría mediata del *extraneus* por el delito común correspondiente, como el previsto en el artículo 173 CP.

c) ¿Cuáles son las consecuencias penológicas para el partícipe extraneus?

En relación con las consecuencias en la pena de la participación del *extraneus*, se considera que a éste le correspondería una menor pena que si fuera *intraneus*, toda vez que no es ni puede ser titular del deber especial, es decir, no se dirige a él la confianza de los ciudadanos en que cumpla con sus atribuciones funcionariales de investigación y sanción de infracciones en estricto apego a la legalidad y a la integridad moral de los ciudadanos. Al carecer de deberes positivos, al *extraneus* le corresponde una menor pena por su participación. Tal posibilidad se encuentra recogida en el artículo 65.3 CP cuando establece para el juez la posibilidad de rebajar la pena del partícipe *extraneus* en delitos especiales.

Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 65.3 CP para el legislador no todos los casos de participación de un *extraneus* en un delito especial son merecedores de menor pena. En este sentido, *Silva Sánchez* apunta que tal facultad no debería conducir a la arbitrariedad en la aplicación judicial del precepto, sino que deben ser tomados en cuenta los criterios dogmáticos relativos a las clases de delitos especiales, a fin de alcanzar mayores grados de seguridad jurídica⁶⁶². Sin embargo la doctrina no es pacífica al respecto. *Silva Sánchez* propone, siguiendo la clasificación de los delitos especiales que él propugna, que en los delitos especiales de dominio (o delitos de posición) no debería efectuarse atenuación alguna a los cooperadores necesarios e inductores; mientras que en los delitos especiales de infracción de deber, los cooperadores necesarios e inductores deberían quedar impunes al no infringir el deber institucional protegido; y por último, en el caso de los delitos especiales de infracción de deber que requieren elementos de dominio, se deberá atenuar la pena rebajándola, además, en un grado⁶⁶³.

Por su parte, *Gómez Martín*, siguiendo a *Roxin*, ha sostenido que cabe la aminoración de la pena para el partícipe *extraneus* en dos casos: cuando el delito especial se fundamenta en estructuras sociales institucionalizadas y cuando el delito especial se fundamenta en el incumplimiento de una función social no institucionalizada. Pero cuando el delito especial no se fundamenta en el incumplimiento de ninguna función institucional o social alguna, no habría razón para atenuar la pena del partícipe *extraneus*, pues el contenido de injusto de éste no es inferior al del autor *intraneus*⁶⁶⁴. Asimismo, *Rueda Martín* propone que solamente cabe renunciar a la atenuación de la pena respecto de determinadas participaciones de *extraneus* en dos casos: cuando se trata de un delito especial en el que solamente cabe la participación de un *extraneus*, es decir, que no exista la posibilidad de participación de un

⁶⁶² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal*, p. 75.

⁶⁶³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal*, pp. 76-77.

⁶⁶⁴ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 521-524. Por otra parte, y como se indicó con anterioridad, *Robles Planas* no entiende que el artículo 65.3 CP sea una regla de aminoración de la pena, sino de una regla de imputación extraordinaria, una cláusula especial de merecimiento de pena. Así, el «podrán» se refiere a la constitución de la responsabilidad del *extraneus* (cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, p. 148).

intraneus, y en los casos en los que el partícipe *extraneus* en el delito especial sea a su vez autor en el delito común paralelo⁶⁶⁵.

En el caso del delito de tortura, el funcionario público encargado de actividades de investigación, sanción y custodia es portador de una posición fuertemente institucionalizada, en virtud de la cual debe cumplir una serie de deberes reglamentados en lo que se refiere a su actividad funcional. Esta posición difícilmente puede ser compartida por un *extraneus*, por lo que en estos casos siempre debería ser merecedor de una aminoración de la pena. Sobre el *extraneus* no existe expectativa alguna de cumplimiento de la función pública en estricto apego a la legalidad y los derechos fundamentales en materia de investigación y sanción. En definitiva, el contenido de injusto del partícipe *extraneus* siempre será inferior al injusto del *intraneus*, porque no es portador de deberes positivos. Por lo tanto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 65.3 CP, al *extraneus* partícipe en el delito de tortura le correspondería la aminoración de pena en un grado con respecto a la del autor *intraneus*.

d) El caso de los intervinientes extraneus en calidad de cómplices

El artículo 65.3 CP se refiere solamente a los inductores y cooperadores necesarios, por lo que los cómplices quedarían fuera de su ámbito de aplicación. En caso de considerarse que tal omisión se explica porque el legislador ya previó la atenuación de la pena a los cómplices en el artículo 63 CP, la conclusión sería que tanto los inductores y cooperadores necesarios como los cómplices serán merecedores del mismo marco penal: la pena inferior en grado a la fijada por la ley para el autor. En este sentido, no se puede entender por qué el legislador previó para los delitos comunes una distinción en el contenido de injusto entre los inductores/cooperadores necesarios (con penas equiparadas a la del autor) y los cómplices (con pena inferior en grado a la del autor), mientras que en los delitos especiales habría una equiparación entre todas las formas de participación⁶⁶⁶.

El hecho de los cómplices *extraneus* en los delitos especiales tiene un menor contenido de injusto, tanto por su menor participación en el hecho como por tener la calidad de *extraneus*, por lo que serían merecedores de una doble atenuación de la pena⁶⁶⁷. Dada su lejanía en relación con el injusto del autor, habría más razones para estimar una menor gravedad del injusto del cómplice que la gravedad del injusto del inductor y cooperador necesario, por lo que los cómplices deben tener siempre menos pena que los inductores y los cooperadores necesarios. En este punto *Sánchez-Vera Gómez-Trelles* sostiene que a los cómplices, al no estar sujetos al deber especial, se les aplicaría la circunstancia analógica del artículo 21.7.^a CP, y, considerando el menor *quantum* de la intervención realizada en comparación con los inductores y cooperadores necesarios, también se les aplicaría el

⁶⁶⁵ Cfr. RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio*, pp. 126-129.

⁶⁶⁶ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 545-546.

⁶⁶⁷ Cfr. RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio*, p. 129.

artículo 63 CP⁶⁶⁸. En cambio, *Rueda Martín* interpreta que se debe aplicar analógicamente *in bonam partem* el artículo 65.3 CP a los casos de participación del cómplice *extraneus*⁶⁶⁹.

Por su parte, *Robles Planas* y *Riggi* se han pronunciado en contra de la doble atenuación o rebaja de pena y a favor de un trato igualitario entre los cómplices, inductores y cooperadores necesarios. Estos autores interpretan el artículo 65.3 CP como un recordatorio de que en los delitos de posición (una modalidad de los delitos especiales) también se dispone del marco de pena que es común a todos los delitos, es decir, desde el marco penal mínimo (previsto para la complicidad) hasta el tope máximo del marco penal (previsto para la autoría). De tal manera, estos autores indican que el artículo 65.3 CP tiene la función de recordarle al juez que gradúe las responsabilidades, desde las de menor hasta las de mayor intensidad según la importancia de las intervenciones, es decir, en atención a las circunstancias normativamente relevantes. En caso de que un cooperador necesario o inductor realice un comportamiento que presenta una menor intensidad, el juez deberá calificar tal conducta como de complicidad. Por consiguiente, según estos autores no operaría la doble rebaja de pena resultante de los artículos 63 y 65.3 CP porque el juez ya debe tener en cuenta la graduación penológica hacia abajo cuando valore una conducta de intervención como de menor importancia, tal como hace con las figuras legales de autoría⁶⁷⁰. Frente a esta postura *Rueda Martín* sostiene que del artículo 65.3 CP no se deduce que la aportación al hecho por parte del inductor y del cooperador necesario sea valorativamente idéntica a la aportación del cómplice⁶⁷¹.

Al respecto se observa que sería forzar el tenor literal posible del artículo 65.3 CP interpretar que el legislador utilizó en esta disposición una noción amplia de complicidad, es decir, comprensiva no solo de las intervenciones en calidad de cómplices (definidas en el artículo 29 CP), sino también de las intervenciones de los inductores y cooperadores necesarios (previstas en el artículo 28 CP). Tal interpretación no parecería posible desde el punto de vista sistemático, pues en el Código penal ambos grupos de intervención son previstas como excluyentes uno de otro, en el sentido de que los cómplices son aquellos individuos que no son inductores ni cooperadores necesarios y que en virtud de las definiciones legales los primeros merecen menor pena que los últimos. Así, difícilmente el legislador pudo prever que para el caso de los delitos especiales fueran iguales las aportaciones de los *extraneus* inductores, cooperadores necesarios y cómplices. Lo sistemáticamente consecuente es que el cómplice no responda igual que un inductor o que un cooperador necesario, incluso en los delitos especiales.

⁶⁶⁸ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 268. En sentido semejante se pronuncia *Gómez Martín*, quien aduce que en Alemania un sector importante de la doctrina considera que es posible atenuar la pena del cómplice *extraneus* en dos grados respecto de la pena del autor: uno como cómplice y el otro como *extraneus* (cfr. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, p. 545).

⁶⁶⁹ Cfr. RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio*, p. 130.

⁶⁷⁰ Cfr. ROBLES PLANAS/RIGGI, *InDret*, 2008, pp. 22-23.

⁶⁷¹ Cfr. RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio*, p. 130, nota al pie n.º 20.

Esquema de participación

“A” es <i>intraneus</i> ejecutor-figura central	“B” es <i>intraneus</i> no ejecutor	“A” es autor accesorio art. 174 CP
		“B” es autor accesorio art. 174 CP, salvo el excepcional caso que no pueda ser autor porque ejecute sin que él tenga una finalidad típica, pero conoce que “A” sí la tiene. En este caso es cooperador necesario.
	“B” es <i>extraneus</i> no ejecutor	“A” es autor art. 174 CP
		“B” es partícipe art. 174 CP con disminución de pena art. 65.3 CP
“A” es <i>extraneus</i> ejecutor-figura central	“B” es <i>intraneus</i> no ejecutor	“A” es autor accesorio art. 173 CP
		“B” es autor accesorio art. 174 CP

V.3. Conclusiones

El delito de tortura es un delito de infracción de deber, lo que determina que la relación del obligado especial con el hecho típico sea casi siempre de autoría, independientemente de la intensidad de la intervención. Excepcionalmente, el *intraneus* es solo partícipe cuando no puede ser autor porque las finalidades típicas conocidas no son propias de él, sino que son de otro (del autor), por lo tanto, no cumple en su persona, todos los elementos de la autoría.

La relación del *intraneus* respecto del deber de protección de los bienes jurídicos amparados por el delito de tortura es individual y directa, por lo tanto, el mencionado delito no admite coautoría ni autoría mediata.

Los *extranei* pueden intervenir como inductores, cooperadores necesarios o como cómplices del delito de tortura, incluso cuando el hecho principal no es doloso, porque el elemento distintivo fundamental entre la autoría y participación es el deber, cuya infracción no requiere la presencia de dolo por parte del autor en esta clase de delitos. El partícipe *extraneus* responde a partir de la punibilidad del delito cometido por el autor *intraneus* del delito de tortura, aunque le corresponde una pena menor a la que le correspondería si fuese *intraneus*.

CAPÍTULO VI. PROBLEMAS DOGMÁTICOS PARTICULARES: LA TENTATIVA Y LOS CONCURSOS EN EL DELITO DE TORTURA

En el presente capítulo se abordará tanto lo relativo a la tentativa como lo relacionado con los concursos. En la primera parte, se examinará el régimen jurídico de la tentativa en el delito de tortura, considerando que éste es un delito de mera actividad. En la segunda parte del capítulo, se analizará el régimen de los concursos en el mencionado delito, para lo cual se estudiará la norma específica sobre esta materia prevista en el artículo 177 CP para todos los delitos contra la integridad moral.

VI.1. La tentativa en el delito de tortura

El análisis de la tentativa en el delito de tortura obliga a examinar los distintos momentos por lo que transcurre el *iter criminis*, es decir, tanto la fase de los actos preparatorios como la fase de los actos de ejecución del mencionado delito. Como se sabe, el principio general en Derecho español es que los actos preparatorios no son punibles, no obstante el Código penal, en sus artículos 17 y 18, incluye algunos actos preparatorios que sí lo son. Luego, en la fase ejecutiva, resulta necesario determinar cuándo se comienza a ejecutar el delito bajo estudio, cuándo hay una ejecución parcial, cuándo hay una ejecución total y cuándo ya se puede decir que se ha consumado el delito. La relevancia de establecer los límites entre cada una de las etapas de la fase de realización delictiva viene determinada por las consecuencias penológicas que ha de merecer el sujeto activo en cada una de las mencionadas fases, toda vez que desde los actos preparatorios hasta la consumación hay una continuidad ascendente en lo que a la cantidad de pena se refiere.

A) Actos preparatorios punibles

Los actos preparatorios punibles previstos en el Código penal son la conspiración, la proposición, la provocación y la apología para delinquir. No es objeto de este trabajo entrar a analizar cada una de las teorías existentes que tienen el objeto de explicar las razones de la punibilidad de estos actos preparatorios, su fundamento o naturaleza jurídica⁶⁷². Sin embargo, se deja constancia de que estos actos preparatorios punibles son impunes en el caso del delito de tortura. En efecto, los artículos 17.3 y 18.2 CP establecen que la conspiración, la proposición y la provocación, en la que se encuentra incluida la apología, solo se castigarán en los casos especialmente previstos por la ley, siendo que en los delitos contra la integridad moral no hay ninguna previsión al respecto.

Esto significa que no se castigan las siguientes conductas: 1) dos o más obligados especiales conciertan la ejecución de un delito de tortura, que finalmente no es ejecutado; 2)

⁶⁷² Para ello, cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 347-349; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, p. 562; JAKOBS, *Derecho penal*, p. 858.

un *intraneus* se dirige a otra u otras personas determinadas, ya sean *intraneus* o *extraneus*, invitándoles —sin que la propuesta revista necesariamente una intensidad muy importante— a la comisión del delito de tortura, sin que ésta llegue a intentarse siquiera; 3) un obligado especial de manera insistente e intensamente incita a través de medios de difusión masiva o directamente a un grupo indeterminado de personas, a la perpetración del delito de tortura sin que éste se llegue a intentar siquiera; 4) un obligado especial de manera insistente e intensamente, y exponiendo ideas o doctrinas que ensalzan la tortura o enaltecen a su autor, incita a través de medios de difusión masiva o directamente a un grupo indeterminado de personas, a la perpetración del delito de tortura sin que éste se llegue a intentar siquiera.

B) La tentativa en el delito de tortura

El delito de tortura es un delito de mera actividad que no requiere un resultado separado en el espacio y el tiempo de la conducta típica, pero, al mismo tiempo, tal conducta puede revestir formas muy variadas. Como antes se indicó, el delito bajo estudio es de aptitud. El verbo «suponer» empleado por el legislador en la redacción del tipo penal, indica que las condiciones o procedimientos constitutivos de la conducta no requieren de un resultado para que se agote el tipo, sino que basta con que «supongan» un sufrimiento físico o mental; un menoscabo de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o un atentado a la integridad moral, a la vista de un tercero que observe la conducta.

Tal comportamiento que consiste en el sometimiento a condiciones o procedimientos de determinadas características implica, la mayoría de las veces, actos complejos y reiterados prolongados temporalmente, aunque no sea descartable que puedan constituir actos más sencillos. Así, *el delito de tortura, siendo un delito de mera actividad, es un delito que requiere de varios actos complejos, separables y que pueden tener cierta duración, lo cual da cabida a la posible estimación de la tentativa*⁶⁷³ según como sea el plan del autor.

Ahora bien, no se trata únicamente de que el delito de tortura sea un delito de mera actividad, sino que además el sujeto activo debe ser una autoridad o funcionario público con funciones públicas investigadoras y sancionadoras. Tales sujeto activos son portadores de deberes positivos de cara a los bienes jurídicos protegidos, es decir, son garantes de protección de los bienes jurídicos frente a los peligros que los amenazan. Así, como el sujeto activo tiene el deber de respetar la integridad moral del detenido y el correcto ejercicio de la función pública investigadora y sancionadora, tal característica puede incidir en la estimación del comienzo de ejecución del delito bajo estudio. Por ejemplo, la doctrina que critica a los delitos de infracción de deber suele destacar que esta teoría comporta en la tentativa un adelantamiento del comienzo de ejecución⁶⁷⁴. En el siguiente subapartado se

⁶⁷³ *Jescheck/Weigend* indican que la tentativa también es posible en los delitos de mera actividad cuando ésta no se consuma con su comienzo por requerir un cierto lapso de tiempo (cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, p. 563).

⁶⁷⁴ Cfr. BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, p. 439.

analizará en primer lugar lo concerniente a la parte objetiva de la tentativa, donde se dará respuesta a la apuntada crítica; en segundo lugar se harán comentarios sobre la parte subjetiva y, en tercer y último lugar, se revisará la figura del desistimiento voluntario de la tentativa en el delito de tortura.

a) El comienzo de ejecución en el delito de tortura

Toda tentativa comienza donde se da inicio a la ejecución de la acción típica. La doctrina sostiene que para determinar el comienzo de ejecución de cualquier delito hay que tomar en cuenta el plan del autor valorándolo desde el criterio objetivo de la inmediatez temporal, es decir, la tentativa comienza cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la realización de la conducta típica si se trata de un delito que se agota con una sola conducta, o cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a uno de los actos descritos en el tipo cuando éste describe varios actos⁶⁷⁵.

En lo que se refiere al delito de tortura, ya se ha adelantado en el capítulo III de la presente investigación, que este delito normalmente implica la comisión de una serie de actos capaces de producir una atmósfera de cierta tensión. Para ello las condiciones o procedimientos típicos deben conformar una cadena de actuaciones entrelazadas entre sí cuya naturaleza es la de determinar una situación de indefensión y dominación para la víctima que sea apta o idónea para producir *ex ante* sufrimientos físicos o mentales; disminución de facultades cognitivas, volitivas y decisorias, o atentados a la integridad moral de modo humillante.

Por lo tanto, la circunstancia de que el delito de tortura revista condiciones o procedimientos susceptibles de ser desglosados, da lugar a indicar que el comienzo de tales procedimientos constituye el comienzo de ejecución del delito de tortura dependiendo del plan global del autor. Así, *podría hablarse de comienzo de la fase ejecutiva del iter criminis cuando, desde la perspectiva de un observador imparcial que toma en consideración el plan global del autor, el sujeto activo efectúa un acto inmediatamente anterior a la lesión del bien jurídico, ya sea que el plan incluya uno o varios actos*. Al dar comienzo a la ejecución del plan global del autor directamente mediante hechos exteriores, basta que al menos uno de tales actos se lleve a cabo para que se hable de un comienzo de ejecución. Y en cuanto al deber infringido, el comienzo de ejecución coincidiría con la infracción del deber del obligado especial que, aunque no llegue a producir daño en el objeto protegido, sea virtualmente lesiva de los bienes jurídicos.

Por ejemplo, si el sujeto pasivo es vendado y conducido a un patio interior de una comisaría policial, pero en el camino es detenido por otros funcionarios policiales, aún no habrá comienzo de ejecución si el plan global del autor era simular un fusilamiento en el mencionado patio. El comienzo de ejecución coincide con el momento en el que el detenido ya se encuentra frente al supuesto pelotón de fusilamiento y una voz empieza el

⁶⁷⁵ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 355-356; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, p. 558; JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 880-882). La distinción entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos del delito ha generado una importante discusión en la doctrina y jurisprudencia (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 353-357; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, p. 557-560; JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 880-888).

conteo en voz alta dirigido a los tiradores. En otro supuesto, si el plan del autor es picanear al detenido previamente mojado y acostado en un catre de hierro, el comienzo de ejecución se inicia antes de que la picana eléctrica haga contacto con el cuerpo de la víctima, mientras que los actos que consisten en preparar la sala, mojar el catre e instalar la fuente de energía eléctrica serían actos preparatorios.

Se pone de manifiesto en este sentido que la sola infracción de deber no determina necesariamente el comienzo de ejecución del hecho típico, sino que debe haber un comportamiento (acción u omisión) que exteriorice la infracción de deber del autor para que se hable de un comienzo de ejecución⁶⁷⁶. El obligado especial ya empieza a infringir su deber cuando procede a amarrar una persona indefensa a una silla para después golpearle, o acercársele a la misma con la intención clara de golpearle en abuso del cargo, pero ello no es suficiente: resulta necesario que el objeto de la acción se vea puesto en peligro concreto, lo cual se alcanza con la exteriorización de la voluntad criminal.

Pudiera suceder que la conducta ejecutiva sea llevada a cabo por un tercero, que sea o no obligado especial, mientras que el *intranens* omite la realización material del hecho. Independientemente de las razones por las cuales hay un omitente que es *intranens* y un ejecutante *intranens* o *extranens*, habría que determinar cuándo se lleva a cabo el comienzo de ejecución, especialmente para el omitente *intranens* situado detrás que infringe su deber.

Por ejemplo, considérese el supuesto de un funcionario policial A, que mientras se retira a su despacho a ver la televisión, ordena al inferior jerárquico B que torture al detenido hasta obtener una confesión. B se dirige a las celdas donde se encuentra el detenido planeando la sesión de torturas: piensa que primero le amenazará y le dará algunas bofetadas, luego le encapuchará y le dará una golpiza, incluyendo golpes en la tráquea, golpes con la mano abierta en las orejas y la nuca y golpes con una porra en la planta de los pies. Una vez que B saca al detenido de su celda, conduce a éste a una habitación aislada para llevar a cabo la orden recibida. Una vez en la habitación, B empieza a aplicar al detenido el procedimiento planeado, y, cuando recién le estaba colocando la capucha (luego de haberle amenazado y propinado un par de bofetadas), irrumpe en la habitación un funcionario de asuntos internos del cuerpo policial y paraliza la sesión.

En este ejemplo, ambos obligados especiales deben responder como autores del delito de tortura en grado de tentativa. Tanto A como B infringen el deber especial de procurar que en las investigaciones no se atente contra la integridad moral de los ciudadanos. Ambos intervinientes, uno pasivo y otro activo, infringen su deber quebrantando expectativas normativas. Pero la infracción de deber requiere que sea exteriorizada por el autor para que sea punible. En el caso comentado, la conducta de B, que se quedó en una puesta en peligro del bien jurídico, representa la exteriorización tanto de su infracción de deber como de la infracción de deber de A. Ambos tienen sus planes de autor: el plan de A es que B

⁶⁷⁶ En contra *Sánchez-Vera Gómez-Trelles*, que defiende que el obligado especial es autor de una tentativa de delito aun cuando el hecho principal no haya entrado en fase de ejecución. Por ejemplo, la madre que ayuda al asesinato de su hijo facilitando al ejecutor material el arma homicida, debe ser castigada como autora de una tentativa de homicidio con independencia de si el ejecutor se encuentra en fase de ejecución (cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 192).

ejecute la orden y el plan de B es la ejecución de los pasos que había planeado con anterioridad a que fuera interrumpida su ejecución en contra de su voluntad. Pero ambos planes se exteriorizan conjuntamente a través de la conducta de B, y dicha exteriorización pone de manifiesto, asimismo, las infracciones de deber de los obligados especiales.

Por lo tanto, en el presente trabajo se defiende que se deben tomar en consideración como actos constitutivos de comienzo de ejecución tanto los llevados a cabo por el sujeto activo, cuando actúa individualmente, como los de otras personas que puedan ser usadas como instrumentos, tanto *intrañeus* como *extraneus*, de tal manera *que no hay comienzo de ejecución para todos los partícipes mientras el ejecutor material no comience a exteriorizar el plan de acción*.

Para los delitos de infracción de deber, *Jakobs* dice que la solución global en relación con el comienzo de la tentativa no puede servir, porque cada obligado especial se encuentra directamente frente al bien afectado. Así, el comienzo de la tentativa solo cabe determinarlo en función del comportamiento de cada obligado especial (solución individual)⁶⁷⁷. Asimismo, *Bacigalupo* defiende que el comienzo de la ejecución de la infracción de deber no necesita conceptualmente la acción de un no obligado por el deber infringido por el obligado especial, es decir, «no es necesario computar la aportación al hecho de todos los partícipes para determinar el comienzo de la ejecución»⁶⁷⁸. Aun cuando en la presente investigación se sostiene que el delito de tortura es en efecto un delito de infracción de deber, no se comparte las conclusiones a las que se llega con la solución individual, a saber, que el garante que omite podría ser autor en tentativa aunque no se produzca la tentativa por parte del ejecutante material. En el Código penal se exige que la ejecución se lleve a cabo por hechos exteriores, los que, como se dijo antes, revelan tanto la infracción de deber como la puesta en peligro del bien jurídico protegido. Si bien se comparte con *Jakobs* que cada obligado especial tiene una vinculación directa e independiente con su respectivo deber, ello no contradice que se deba esperar a que haya un hecho exterior que dé inicio a la fase de tentativa para que las infracciones de deber se pongan de manifiesto, y, en consecuencia, produzcan sus efectos jurídico-penales. Incluso *Bacigalupo*, que defiende la solución individual en lo que se refiere al comienzo de la tentativa en los delitos de infracción de deber, admite que la teoría de los delitos de infracción de deber sería compatible con la solución que afirma que no existe comienzo de ejecución mientras el no garante no comience con la ejecución de su parte de la acción⁶⁷⁹. Así, en la presente investigación se apoya a la mencionada autora cuando defiende que la infracción del deber se debe materializar u concretar en una conducta que lesione o ponga directamente en peligro un bien jurídico.

⁶⁷⁷ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 792.

⁶⁷⁸ BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, pp. 438-439.

⁶⁷⁹ Cfr. BACIGALUPO, *Autoría y participación*, p. 105. Por su parte, *Bolea Bardon* sostiene que «la tipificación de los delitos especiales no se limita a prever la infracción de deber, sino que dicha infracción tiene que manifestarse en una conducta que normalmente llevará a cabo el sujeto cualificado personalmente, aunque en ocasiones también podría realizar otra persona que esté siendo instrumentalizada por aquél a través de un defecto de conocimiento o de libertad» (BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, pp. 438).

b) Ejecución parcial o total en el delito de tortura

Una vez comenzada la ejecución de la fase de tentativa, se requiere establecer cuándo la tortura se ha ejecutado parcialmente y cuándo se ha ejecutado totalmente, es decir, cuándo se han practicado todos o una parte de los actos que objetivamente deberían producir la aptitud para atentar contra la integridad moral. La importancia de esta distinción viene dada por las rebajas de pena señaladas en el artículo 62 CP: la pena puede ser rebajada en un grado o en dos grados de la prevista para el delito consumado, siendo el criterio a tomar en cuenta para imponer una u otra rebaja el grado de ejecución alcanzado.

La doctrina ha propuesto criterios subjetivos, objetivos y mixtos para evaluar cuándo se han realizado todos o una parte de los actos de ejecución que deberían producir la lesión al bien jurídico protegido. Según el criterio subjetivo, el punto de vista a tomar en cuenta para evaluar si se han llevado a cabo todos o parte de los actos ejecutivos es el plan del autor, es decir, según la representación del autor del desarrollo de su plan; mientras que según el criterio objetivo se debe tomar en cuenta la realización o no de todos los actos realmente necesarios para la producción del resultado, con independencia de la representación del autor del hecho⁶⁸⁰. En la presente investigación se sigue el criterio que mezcla aspectos objetivos y subjetivos. Por tanto, como sostiene *Mir Puig*, «debe acogerse un punto de vista objetivo, el del espectador imparcial, pero a la vista del plan del autor: ¿cuándo el espectador imparcial estimaría realizados todos los actos de ejecución habida cuenta del plan que sigue el autor?»⁶⁸¹.

Ahora bien, se plantea la duda acerca de si este espectador imparcial debe hacer esta evaluación atendiendo solamente a lo que ejecute el autor o también debe tomar en cuenta lo que hagan los otros intervinientes, cuando los hubiere, para determinar si se han ejecutados todos o una parte de los actos constitutivos de la conducta de cara a la consumación del hecho punible.

Para decidir esta cuestión también se han planteado diferentes teorías subjetivas y objetivas cuyo alcance escapa al objeto de estudio del presente trabajo, pero en líneas generales se puede decir que conforme al concepto subjetivo los actos ejecutivos se consideran realizados en su totalidad cuando el autor del delito ha ejecutado todo cuanto a él le correspondía. Por su parte, conforme al concepto objetivo será necesaria la realización de todos los actos requeridos para la consumación del delito, independientemente de que sea el autor, un tercero o la misma víctima quien los acabe por ejecutar⁶⁸².

El artículo 16.1 CP dice que para estimar la tentativa se debe tomar en cuenta todos o parte de los actos que «objetivamente» deberían producir el resultado, es decir, no solamente los realizados por el sujeto de la tentativa sino también los actos llevados a cabo por otras personas utilizadas como instrumentos. En este sentido se pronuncia *Mir Puig*,

⁶⁸⁰ Para revisar las teorías subjetiva y objetiva en profundidad, cfr. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, pp. 312-313.

⁶⁸¹ MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 359.

⁶⁸² Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 358-359; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, pp. 306-311.

para quien la sola actuación del sujeto de la tentativa solo afecta al desvalor de acción, siendo necesario también tomar en cuenta la conducta de los instrumentos, pues de éstos depende la eficacia del desvalor de acción y por consiguiente el desvalor de resultado⁶⁸³.

-Por ejemplo, si el soldado A le inyecta al detenido el suero de la verdad para que revele información valiosa, la ejecución de todos los actos necesarios para ejecutar el hecho delictivo coincidirá con los actos ejecutados por A.

-Para aplicar corriente eléctrica en el cuerpo del detenido mediante picanas, se necesita que el funcionario A mantenga unidos los cables a los bornes de una batería y que el funcionario B, situado a cinco metros de distancia, aplique la corriente eléctrica en los genitales del detenido. Mientras A mantiene unidos los cables a la batería, B es interrumpido por un tercero cuando está a punto de aplicar la corriente eléctrica. En este caso se observa que la conducta de A no constituye todo lo necesario para ejecutar el delito, porque se requiere que B aplique la electricidad efectivamente. A y B serían autores en grado de tentativa inacabada aunque A ya había desarrollado toda la actividad necesaria de su parte para consumir el delito y faltaban por practicar los actos de B.

-La autoridad policial A, antes de retirarse a su hogar, gira instrucciones a un subalterno B para que éste torture a un detenido hasta que confiese, y, siendo éste un funcionario muy obediente, se dirige a la celda para cumplir con la orden dada. Cuando B se dispone a propinar el primer golpe al sujeto pasivo alzando el puño, es detenido oportunamente por otro funcionario policial C. En este caso se considera parcial la ejecución tanto de B como de A. Serían casos de tentativas inacabadas para A y B.

Ahora bien, aun cabe la pregunta sobre si en el delito de tortura es posible que entre la ejecución total y la consumación del delito pueda haber un espacio temporal que le de cabida a la tentativa acabada.

La doctrina que sostiene que el delito de tortura es de resultado, no tiene problemas para admitir la tentativa acabada para este delito⁶⁸⁴. En efecto, tradicionalmente se ha sostenido que solo los delitos que exigen un resultado material permiten castigar la tentativa. En este sentido, *Rodríguez Mesa* sostiene que habrá tentativa acabada de tortura cuando el sujeto activo, con alguna de las finalidades típicas, someta a la víctima a condiciones o procedimientos que, aun siendo idóneos para producir algunos de los resultados típicos, no llegan a producirse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor; y habrá tentativa inacabada cuando el sujeto activo, con alguna de las finalidades típicas, hubiere comenzado a someter a la víctima a condiciones o procedimientos susceptibles de causar algunos de los resultados típicos, no pudiese realizar todos los actos tendentes a la consumación por circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, la misma autora ha indicado que aun cuando formalmente pueda sostenerse que la tortura admite las tentativas acabada e inacabada, en la práctica sería imposible de apreciar en la mayoría de los supuestos, ya que «la simple utilización del individuo como mero objeto, como forma de conseguir alguna de

⁶⁸³ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 358.

⁶⁸⁴ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, «Torturas y otros delitos», p. 1238.

las finalidades previstas por el autor, conlleva un atentado contra la integridad moral del mismo, y por tanto la consumación del delito»⁶⁸⁵.

Al respecto se observa que la conducta requiere de dos aptitudes o idoneidades para su tipicidad. En el capítulo III se apuntó que es necesario que la conducta típica tenga una aptitud concreta para causar sufrimientos físicos o mentales y para producir la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión de la víctima; mientras que se requiere que la conducta tenga una aptitud general para humillar o degradar.

Cuando el procedimiento empleado es concretamente idóneo para causar en la víctima los sufrimientos físicos o mentales, o la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, es posible en algunos casos separar la ejecución total de la consumación del delito. El espectador imparcial debe tener en cuenta el plan del autor y las circunstancias personales del sujeto pasivo.

-El obligado especial le suministra a la víctima una droga para disminuir su capacidad de discernimiento, sin saber que la víctima es inmune a esa medicación. En este caso, la aptitud de la conducta realizada por el sujeto activo no es concretamente idónea para causar la disminución cognitiva de la víctima, es decir, el desconocimiento de la situación personal de la víctima convierte en inidóneo el medio empleado. Pero si el sujeto activo, conociendo la mencionada inmunidad concreta de la víctima, le aplica otra droga para vencer tal inmunidad, la ejecución completa es concretamente apta para producir la disminución cognitiva de la víctima específica, *ergo*, se consuma el delito de tortura.

-En el caso antes esbozado relativo al fusilamiento simulado, se había indicado que el comienzo de ejecución coincidía con la voz empezando el conteo al pelotón ya formado frente al detenido vendado. Si el conteo finaliza y los tiradores disparan balas de salva, ello haría coincidir la ejecución total con la consumación del delito bajo estudio.

-El caso del funcionario policial que, para interrogar al detenido, le coloca unos sujetadores en los brazos que están conectados a un botón mediante cables eléctricos. Para descargar energía eléctrica en el cuerpo de la víctima, el sujeto activo aprieta el botón pero la energía no pasa al detenido por razones ajenas a la voluntad del obligado especial. Se observa en este caso que la conducta del sujeto activo es completamente (y concretamente) idónea para causar sufrimientos físicos a la víctima, es decir, para afectar el bien jurídico protegido. ¿Qué pasa si la víctima sabe que si el sujeto activo aprieta el botón sufrirá un sufrimiento físico extremo? En este caso la conducta del actor ya consuma el delito de tortura porque la infracción de su deber se materializa en la lesión a la integridad moral del sujeto pasivo, de manera semejante al caso del fusilamiento simulado. Aunque el sujeto pasivo no haya recibido la descarga eléctrica el delito se consuma: el delito de tortura es de mera actividad, no requiere de un resultado material separado de la conducta para su consumación. Sin embargo, ¿qué pasa si la víctima no sabe que sufrirá un sufrimiento físico extremo si el sujeto activo aprieta el botón porque no estaba mirando o estaba en otra dependencia? En este caso podría haber una tentativa acabada, porque en efecto el sujeto activo infringe su deber y lleva a cabo todo lo necesario para consumir el hecho según su

⁶⁸⁵ RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 318.

plan, pero solo llega a poner en peligro la integridad moral del detenido. El delito de tortura es de mera actividad, pero es de lesión en lo que respecta al bien jurídico protegido, como se explicó de la presente investigación⁶⁸⁶.

Cuando el sujeto activo somete a la víctima a condiciones que suponen un atentado a la integridad moral por el carácter humillante de las mismas, la ejecución total y la consumación se confunden en el tiempo, lo que hace imposible que se configure una tentativa acabada.

Supóngase, por ejemplo, que un ciudadano de piel color negro, experto en primates, es detenido por razones racistas por la policía. Una vez en la comisaría, los policías empiezan a imitar a los gorilas cuando se dirigen a él. El detenido, dado su alto nivel cultural y fuerte orgullo personal, no se siente en lo más mínimo ofendido; al contrario, piensa que la actitud de los policías les ofende a ellos. La ejecución completa de los actos desplegados por los sujetos activos consuman inmediatamente el delito de tortura, pues aunque el trato no sea despectivo para la concreta víctima, sí revela una falta de respeto y desprecio a la persona en general por razones discriminatorias.

Por lo tanto, desde el punto de vista de la presente investigación, *se concluye que en la mayoría de los supuestos la ejecución total o completa de la conducta típica coincide con la consumación del delito de tortura, pues cuando el sujeto realiza todos los actos que objetivamente deberían ser aptos para atentar contra la integridad moral dicho delito se consuma. No obstante, caben supuestos en que es posible la configuración de una tentativa acabada cuando el plan del autor consiste en someter a condiciones o procedimientos a la víctima que le suponen sufrimientos físicos o mentales, o la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión.* En estos supuestos el sujeto activo puede realizar todos los comportamientos concretamente idóneos para causar tales consecuencias, pero no lesionar el bien jurídico protegido por el delito de tortura por razones ajenas a la voluntad del actor.

Como colofón se trae a colación el caso «Gäfgen»⁶⁸⁷ (un funcionario policial amenazó a un sospechoso de secuestro con que sería sometido a tortura por parte de un especialista entrenado para producir dolores agudos si no revelaba el paradero del secuestrado), en el que se observa cómo la ejecución completa de la amenaza, en el contexto del caso, ya implica una lesión a los bienes jurídicos protegidos y una consumación del delito. Se advierte que en otros casos la simple amenaza o intimidación podría constituir una tentativa inacabada, o incluso actos preparatorios impunes. En definitiva, *todo dependerá del plan global del autor, es decir, el espectador imparcial debe evaluar de qué forma el sujeto activo pensaba torturar a la víctima bajo una valoración objetiva (considerando que el plan debe ser idóneo para la generalidad de las personas cuando el autor pretende humillar o degradar a la víctima, o el plan debe ser concretamente idóneo para la víctima si el autor quiere llevar a cabo los otros modos específicos o particulares de lesionar el bien jurídico previsto en el tipo penal bajo estudio).* Si el plan global del autor hubiera previsto que la amenaza sería solamente una actuación previa que debía ser continuada causalmente con la aplicación de un intenso dolor, y es interrumpido tal curso causal por causas

⁶⁸⁶ Cfr. *supra* capítulo III, subtítulo III.1., apartado B).

⁶⁸⁷ Cfr. nota al pie n.º 370 de la presente investigación.

independientes de la voluntad del autor, no habría una ejecución total que hubiera consumado el delito.

c) La parte subjetiva de la tentativa

En principio, los elementos que componen la parte subjetiva de la tentativa de todo delito son la resolución de cometer el delito y los elementos subjetivos del tipo cuando éstos son también exigidos para la consumación del delito⁶⁸⁸.

La doctrina ha debatido sobre el contenido de la resolución de cometer delito. Un sector sostiene que coincide plenamente con el dolo de cometer el delito consumado. Otro sector defiende que la resolución de cometer el delito de la tentativa no es igual al dolo del delito consumado. En este último sector se identifican dos posiciones diferentes. Por un lado, un sector ha mantenido que la voluntad de delinquir en la tentativa, ubicada en el injusto de la tentativa, es un elemento subjetivo distinto del dolo, y que éste es idéntico en el delito intentado y consumado. Por otro lado, se ha sostenido que en la tentativa concurre un dolo distinto del dolo del delito consumado y que coincide con la resolución de delinquir, es decir, se distingue entre el dolo de la tentativa, equiparado con la voluntad de cometer el delito, y el dolo de la consumación⁶⁸⁹.

La doctrina mayoritaria se inclina por la completa identificación entre la resolución de cometer el delito en la tentativa con el dolo de la consumación⁶⁹⁰. En la presente investigación se ha sostenido que el dolo del delito consumado consiste en que el sujeto activo conozca concretamente que la conducta que lleva a cabo tiene capacidad para realizar el tipo penal. De tal manera que el dolo de la tentativa requiere que el sujeto conozca que los actos que realiza tienen capacidad para la consumación de continuar con el plan trazado. No resulta necesario en este apartado repetir lo relativo al dolo del delito de tortura, estudiado previamente⁶⁹¹, sino que basta con determinar que no se requiere ningún elemento subjetivo adicional al requerido para el delito de tortura consumado.

No obstante, vale destacar que en la doctrina también se ha discutido acerca de la punibilidad de la tentativa con dolo eventual. La posición dominante sostiene que no hay

⁶⁸⁸ Cfr. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, p. 74.

⁶⁸⁹ Véase las diferentes posturas y sus defensores en FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, pp. 81-93. El estudio sobre la tentativa de delito no es objetivo de la presente investigación, pero se deja constancia de que también hay posiciones intermedias como, por ejemplo, la de *Mir Puig* que sostiene que el dolo requerido en la tentativa acabada debe ser el mismo del delito consumado, pero en lo que respecta a la tentativa inacabada señala que el impulso voluntario de la parte de ejecución alcanzada constituye el dolo de esta tentativa, al que se le debe agregar un elemento subjetivo adicional del injusto que exige la intención de completar la ejecución (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 360-361).

⁶⁹⁰ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, p. 554; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, p. 83; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, p. 474; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, p. 416; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Artículo 16», pp. 75-76; CÓRDOBA RODA, «Artículo 16», p. 135.

⁶⁹¹ Cfr. *supra* capítulo IV, subtítulo IV.1.

ningún problema para castigar la tentativa cuando el agente se encuentra en dolo eventual, siempre que el delito consumado admita ese grado de dolo⁶⁹². Anteriormente se sostuvo⁶⁹³ que el delito de tortura excluye la posibilidad de dolo eventual, porque además del elemento cognitivo constitutivo del dolo deben concurrir en el hecho concreto determinados elementos subjetivos del tipo, es decir, las finalidades indagatorias, punitivas y discriminatorias que hacen poco probable que pueda hablarse de un delito de tortura cometido con dolo eventual. Esto trae como consecuencia, entonces, que tampoco pueda admitirse una tentativa de delito de tortura con dolo eventual.

A propósito de los elementos subjetivos del delito de tortura consumado, éstos también deben concurrir para que la tentativa sea punible⁶⁹⁴, igual que en la consumación de dicho delito. Los elementos subjetivos del tipo del delito de tortura ya fueron examinados con anterioridad⁶⁹⁵.

C) El desistimiento voluntario en el delito de tortura

El artículo 16.1 CP prevé como uno de los requisitos configuradores de la tentativa que la consumación del delito no se produzca por causas independientes de la voluntad del autor. En caso de que la consumación no tenga lugar por causas dependientes del autor habrá un desistimiento voluntario que enervará la tentativa delictiva. En este sentido, el desistimiento voluntario constituye un elemento negativo del tipo de la tentativa⁶⁹⁶.

Cabe distinguir entre el desistimiento en la tentativa acabada y el desistimiento en la tentativa inacabada. Como en la tentativa inacabada el sujeto no ha terminado de ejecutar la conducta, el desistimiento voluntario implica que el agente se abstiene de seguir ejecutando los actos que darían término a tal ejecución; mientras que en la tentativa acabada, en la que el sujeto ya ha terminado su ejecución, el desistimiento voluntario requiere que el sujeto lleve a cabo una conducta activa dirigida a impedir la producción del resultado⁶⁹⁷.

Asimismo, resulta necesario destacar que el hacer o dejar de hacer que implica el desistimiento debe ser voluntario. Ello significa que el sujeto activo no debe estar motivado por impedimentos forzosos en la tentativa inacabada, ni debe sentirse compelido a actuar

⁶⁹² FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, p. 94; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, p. 416; CÓRDOBA RODA, «Artículo 16», p. 135. Otro sector de la doctrina sostiene que no es punible la tentativa con dolo eventual e incluso hay un tercer sector que defiende la impunidad de la tentativa con dolo eventual en algunos casos. Véase los alcances de esta discusión en FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, pp. 94-98.

⁶⁹³ Cfr. *supra* capítulo IV, subtítulo IV.1.

⁶⁹⁴ Cfr. CÓRDOBA RODA, «Artículo 16», p. 135.

⁶⁹⁵ Cfr. *supra* capítulo IV, subtítulo IV.2.

⁶⁹⁶ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 365.

⁶⁹⁷ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 368; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, pp. 580-581; CÓRDOBA RODA, «Artículo 16», p. 133.

en la tentativa acabada. En este sentido, claramente no es voluntario el desistimiento si el sujeto no continúa ejecutando el comportamiento debido a circunstancias sobrevenidas que impiden la realización de la conducta perseguida. Sin embargo, se han planteado dudas sobre la voluntariedad del desistimiento cuando las circunstancias sobrevenidas constituyen obstáculos (no físicos) que empujan al sujeto a desistir de llevar a cabo la conducta delictiva⁶⁹⁸, como sería, en el caso del delito de tortura, el hecho de que el detenido grite demasiado y el sujeto activo tema ser descubierto, o que el obligado especial desista de su propósito por las voces de alarma que oye de terceros. *Mir Puig* sostiene que el desistimiento voluntario se entiende en el sentido de abandono consciente del plan del sujeto: cuando el sujeto ya no puede realizar su plan conforme lo ideado el desistimiento no es voluntario⁶⁹⁹. Así, la voluntariedad del desistimiento implica que el sujeto haya dejado de lado el plan como lo había decidido por una razón autónoma, sin que hubiera mediado alguna presión insuperable durante la situación fáctica⁷⁰⁰.

Queda exento de responsabilidad penal el obligado especial que evite voluntariamente la consumación del hecho típico intentado, ya sea mediante una acción o una omisión dependiendo de si ha terminado o no su intervención en el plan de ejecución.

Si el plan del autor incluye la ejecución de una serie de actos que se suceden unos a otros, siendo los primeros menos invasivos que los últimos, puede plantearse el desistimiento de la tentativa cuando después de propinarle las primeras bofetadas al prisionero para que confiese (que aún no llegan a ser aptas para ser consideradas atentatorias contra la integridad moral), por razones de conciencia se abstiene de continuar con los actos que tenía planeado y que significarían graves sufrimientos al detenido.

La autoridad policial A, antes de irse a su residencia, gira instrucciones a un funcionario subalterno B para que torture a un detenido. Luego que A se retira de la comisaría, el funcionario B se dirige a las celdas para cumplir con la orden que había recibido, pero al disponerse a dar el primer golpe al sujeto pasivo se arrepiente y desiste de continuar la ejecución. Para B habría impunidad por causa de su desistimiento, no así para A, quien sería responsable de tentativa inacabada⁷⁰¹. Si A y B hubieran planeado llevar a cabo las torturas de manera conjunta y B quisiera que su desistimiento tuviese eficacia jurídica, no solo debe dejar de actuar sino que además debe intentar impedir que A también siga ejecutando.

⁶⁹⁸ Cfr. CÓRDOBA RODA, «Artículo 16», p. 13°.

⁶⁹⁹ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 368. Sobre las distintas teorías psicológicas, valorativas, éticas o jurídicas sobre cuándo ha de entenderse voluntario el desistimiento, véase MIR PUIG, *Derecho Penal*, pp. 366-368; CÓRDOBA RODA, «Artículo 16», pp. 130-133.

⁷⁰⁰ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, p. 584.

⁷⁰¹ Nótese que en este caso, A sería reo como autor de delito intentado tanto en caso de que B hubiera desistido voluntariamente como si B no hubiera podido culminar su ejecución por causas ajenas a su voluntad. En ambos casos, la conducta de B pone de manifiesto la lesión del deber jurídico de ambos intervinientes y la puesta en peligro del bien jurídico, pero cuando desiste voluntariamente B solo éste se beneficia de la impunidad que no alcanza a A. Sobre éste hay tanto necesidad como merecimiento de pena.

Ahora bien, ¿sería posible que en el delito de tortura se produzca un desistimiento voluntario cuando el sujeto ya ha hecho todo lo necesario para consumir tal delito? Anteriormente se indicó⁷⁰² que en el delito de tortura cabe la posibilidad de estimar la tentativa inacabada, porque es perfectamente posible, como se ha visto en los diferentes ejemplos, que el sujeto interviniente sea interrumpido e impedido de seguir con su plan cuando ha ejecutado parcialmente el delito bajo estudio. También se evidenció que en situaciones excepcionales cabría plantearse la posibilidad de una ejecución total por parte del autor sin que haya inmediata consumación del hecho, por lo que teóricamente podría plantearse un desistimiento voluntario, especialmente en los casos en que las condiciones o procedimientos sean concretamente idóneos para causar sufrimientos físicos o mentales a la víctima, o la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión de ésta. Por otra parte, el artículo 16.3 CP establece que cuando intervengan varios sujetos en un hecho, quedarán exentos de responsabilidad penal quienes desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, de manera seria, firme y decidida, la consumación. Resulta necesario recordar que el delito de tortura es un delito de infracción de deber en el que los autores son obligados especiales, es decir, funcionarios públicos competentes en materia de investigación y sanción que tienen el deber especial de procurar que durante las investigaciones penales y administrativas, así como durante la imposición y ejecución de las sanciones correspondientes, los ciudadanos se vean libres de atentados a la integridad moral. Si en el hecho intervienen dos o más *intraanei* cada uno debe responder en autoría porque cada uno quebranta su deber especial de forma directa e independiente del quebranto de deber de los otros, por lo que se configuran autorías accesorias o paralelas en lugar de coautorías, que son más propias de los delitos de responsabilidad por la propia organización⁷⁰³.

Según el contenido del artículo 16.3 CP, para que el desistimiento voluntario entre varios intervinientes tenga eficacia eximente se requiere que el autor desista y, además, que impida o trate de impedir que los restantes intervinientes consuman el delito. Si el delito de tortura fuera un delito de responsabilidad por la propia organización se plantearía una serie de escenarios en los que concurrirían autores con coautores, cómplices, cooperadores inmediatos e inductores⁷⁰⁴. Pero el delito de tortura es un delito de infracción de deber en el que independientemente de la calidad de la intervención del *intraaneus*, el obligado especial debe responder como autor por el quebrantamiento del deber sin tomar en consideración el dominio del hecho.

Por lo tanto, en caso de que intervengan en la tentativa de delito de tortura dos o más *intraanei*, el que desista de su aportación no solamente deberá abstenerse de seguir

⁷⁰² Cfr. *supra* subtítulo VI.1., apartado B), b).

⁷⁰³ Cfr. *supra* subtítulo V.2., apartado A).

⁷⁰⁴ Por ejemplo, cuando intervienen un autor con un cómplice, los efectos del desistimiento de la tentativa del autor alcanzan también al cómplice por el principio de accesoriedad; pero si quien desiste es el cómplice, para que éste quede exento de responsabilidad penal debe, además de desistir, intentar impedir firmemente la consumación del delito por parte del autor (cfr. CÓRDOBA RODA, «Artículo 16», pp. 134-135).

ejecutando el hecho, sino que además deberá impedir seriamente su consumación por parte de los otros *intraanei*. De esta manera, si la intervención material de un obligado especial equivale a una complicidad en un delito de responsabilidad por la propia organización, igualmente deberá dejar de actuar e intentar impedir decididamente que el otro interviniente consuma el hecho, aunque este último sea un superior jerárquico. No es necesario que consiga impedir efectivamente la consumación. Este doble deber de omisión y de acción que recae sobre el obligado especial en el delito de tortura que desiste voluntariamente se compagina muy bien con la equiparación de la acción y la omisión en los delitos de infracción de deber.

El razonamiento expuesto es igualmente aplicable cuando intervengan en el hecho ejecutivo *intraanei* y *extranei*, y uno de éstos quiera desistir voluntariamente. El *extraneus* que quiera desistir voluntariamente deberá dejar de continuar con su ejecución e intentar fehacientemente, dentro de los medios a su alcance, que el *intraaneus* no consuma el hecho que se encuentra ejecutando.

En virtud de lo señalado en el artículo 16.2 CP, el desistimiento voluntario en el delito de tortura puede eximir al sujeto activo de la pena señalada en el artículo 174 CP, pero ello no obsta a que se penalicen las conductas realizadas en caso de constituir otros delitos o faltas.

Un funcionario policial, para obtener una confesión, elabora un plan para torturar al detenido. El plan consiste en someterlo a unas bofetadas iniciales y luego a golpes más duros, aplicación de corriente eléctrica y aislamiento. Una vez que el agente propina las primeras bofetadas desiste de su plan de tortura.

En este caso las bofetadas iniciales, aisladas, no tienen la entidad suficiente como para ser consideradas un procedimiento atentatorio contra la integridad moral de una persona desde una perspectiva *ex ante* por un espectador imparcial, aunque según el plan global del autor dichas bofetadas suponían un comienzo de ejecución del delito de tortura. Así, hay un desistimiento de la ejecución ya iniciada que exime de responsabilidad penal para el agente en lo que se refiere al delito de tortura. No obstante, las bofetadas podrían ser constitutivas de otro delito o falta. Si la conducta constitutiva de comienzo de ejecución no llega a la entidad de atentar contra la integridad moral, tampoco podría ser subsumida en el tipo del delito del artículo 175 CP, que exige también un atentado a la integridad moral. La alternativa de castigo para una conducta que no alcanza la entidad de atentado a la integridad moral podría ser la falta de vejaciones injustas prevista en el artículo 620.2 CP, cuando no se produzca alguna lesión que sea perseguible como delito o falta de lesiones.

D) La tentativa inidónea

No habría ningún problema para castigar la tentativa inidónea de tortura, es decir, cuando por la inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto no se pueda llegar a la consumación del delito efectivamente intentado⁷⁰⁵. Si un sujeto activo entra en una celda y aplica electricidad a un detenido que ya se encontraba muerto aunque él pensaba que estaba

⁷⁰⁵ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 362; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, p. 569.

vivo, se conformaría una conducta que cualquier tercero imparcial evaluaría *ex ante*, situándose en el lugar del autor, como peligrosa para la integridad moral.

Tal sería el caso por ejemplo del funcionario de policía que, sin saber que el detenido es sordo, le introduce en una habitación con música *heavy metal* a un elevadísimo volumen por dos horas para que se doblegue y confiese.

En caso de que la conducta del sujeto activo fuera evaluada como insuficientemente peligrosa *ex ante* por el espectador imparcial, situándose en el lugar del autor, habría una tentativa irreal impune porque el artículo 16.1 CP prevé que el sujeto practique todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado. Si un funcionario policial pretende hacer confesar a un detenido invocando a deidades o usando la magia vudú, el espectador imparcial observará *ex ante* que tales conductas son incapaces de alcanzar la aptitud necesaria para atentar contra la integridad moral del detenido.

VI.2. Los concursos en el delito de tortura

A) Regulación general

El comportamiento típico del delito de tortura es susceptible de dar lugar al mismo tiempo a otros tipos penales. Cuando el sujeto activo lleva a cabo una conducta que sea apta para torturar, también puede cometer otros delitos, como el de lesiones, detenciones ilegales, coacciones, amenazas, agresiones sexuales, etc. De tal manera que cuando un funcionario policial golpea repetidamente a un detenido para extraer alguna información, tal comportamiento puede afectar no solamente a la integridad moral y el correcto ejercicio de la función pública investigadora y sancionadora, sino que además se pueden afectar a otros bienes jurídicos. Esta circunstancia lleva a la necesidad de aplicar, además del tipo del delito de tortura, otros tipos penales para que todo el desvalor del hecho quede debidamente abarcado.

Para resolver estos casos, el Código penal prevé las figuras del concurso de leyes, en el artículo 8, y el concurso de delitos, en los artículos 73, 75, 76 y 77. Así, cuando un funcionario policial con la finalidad de extraer información de un detenido le amenaza, le propina golpes a una persona en todo el cuerpo de manera reiterada y le introduce objetos por vía anal, la primera impresión que se tiene es que entran en juego varias leyes penales que castigarían el mismo comportamiento del sujeto en el momento del enjuiciamiento. Ante tal comportamiento tan complejo cabe preguntarse si hay que aplicar todos los preceptos concurrentes o solamente uno de ellos para su enjuiciamiento⁷⁰⁶. Para ello habría que decidir si uno de los delitos en los que se podría subsumir el comportamiento típico abarca la totalidad del contenido de injusto del comportamiento. Si es así, se aplicará la consecuencia jurídica de tal delito en virtud de las reglas del concurso de leyes porque la

⁷⁰⁶ *Escuchuri Aisa* sostiene que el concurso de leyes es un fenómeno que afecta a la aplicabilidad y eficacia de leyes concurrentes en relación con un caso concreto. El concurso de leyes presupone la subsunción plural del hecho en distintos preceptos (cfr. ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, pp. 242-450).

aplicación conjunta con los otros delitos significaría un *bis in idem*⁷⁰⁷. Por contra, si para agotar el contenido de injusto del hecho resulta necesario aplicar dos o más figuras delictivas, habría que recurrir a las reglas de los concursos de delitos porque el hecho debe enjuiciarse conforme a varios delitos concurrentes⁷⁰⁸ (se aplicaría el concurso ideal o el concurso real dependiendo si se estima que hay una unidad o una pluralidad de hechos).

Para analizar los tipos y compararlos entre sí, no basta con verificar los extremos del tipo objetivo —desvalor de acción y desvalor de resultado— de los diferentes delitos concurrentes, sino que además hay que integrar en el análisis el injusto total, incluyendo la interpretación de los tipos en juego desde la perspectiva de las finalidades de protección de los bienes jurídicos.

Así, *Escuchuri Aisa* señala que al interpretar los tipos concurrentes hay que revisar el valor que tratan de proteger, de qué forma y frente a qué ataques, porque ello permite determinar el alcance de cada tipo y su conexión sistemática con los demás, lo cual esclarecerá las relaciones que existen entre los tipos y determinará la relación concursal adecuada⁷⁰⁹.

Tal como se indicó con anterioridad en el capítulo I, el delito de tortura es un delito pluriofensivo: el injusto típico debe lesionar la integridad moral de la persona afectada y el correcto ejercicio de la función pública investigadora y sancionadora. Así, la pena prevista para el delito de tortura absorbe el desvalor de dos ofensas y ello debe ser tomado en cuenta en el momento de evaluar los concursos de leyes y de delitos que se puedan presentar.

La lesión del bien jurídico integridad moral puede llevarse a cabo a través de diversos medios, tal como se destacó en el capítulo III. Las acciones u omisiones que tengan la aptitud de atentar contra la integridad moral pueden comportar violencia que, asimismo, pudiera parecer lesiva de otros bienes jurídicos protegidos penalmente. Así, en principio, si la violencia ejercida contra un sujeto pasivo forma parte de la naturaleza del atentado a la integridad moral, no habrá estimación de concurso alguno, porque la pena correspondiente al delito de tortura abarca la violencia ejercida por el sujeto activo: sería un caso de concurso aparente de normas penales porque, a pesar de que a primera vista pareciera que se ha trasgredido más de una norma penal, solamente una puede ser aplicada.

En general se podría decir que el delito de tortura comprende dentro de su naturaleza la ofensa de algunos bienes jurídicos personales. Por ejemplo, los atentados a la integridad moral implican la afectación de la salud humana, el honor y la libertad (en el sentido de los delitos de las coacciones y las amenazas). En efecto, el comportamiento típico que conforma el delito de tortura puede implicar —según los casos— la figura básica del delito

⁷⁰⁷ El Tribunal Supremo ha sostenido reiteradamente que hay concurso de delitos, y no de leyes, cuando para abarcar la total antijuridicidad de un comportamiento delictivo concreto es necesaria la aplicación de los diferentes preceptos penales. En otro caso habría concurso de leyes (cfr. STS de 26 de febrero de 2007 [ponente Joaquín Delgado García], FJ 6.º).

⁷⁰⁸ Cfr. ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 103.

⁷⁰⁹ Cfr. ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 228.

de lesiones, coacciones, amenazas e injurias; de tal modo que no resulta necesario que sean tomados en cuenta en el momento de la atribución de responsabilidades: la pena del delito de tortura ya puede comprender las lesiones a tales bienes jurídicos expresadas.

Pero si la violencia ejercida sobre el sujeto pasivo excede la que es consustancial al delito de tortura, cabe el castigo separado como concurso ideal o real. En efecto, el delito de tortura no lesiona todos los bienes jurídicos personales. Las afectaciones más graves a la salud humana, la libertad (referida a la detención ilegal), la vida y la libertad e indemnidad sexuales no se encuentran abarcadas por el desvalor producido por el delito bajo estudio, por lo que deben tomarse en cuenta en el enjuiciamiento del sujeto activo, es decir, para abarcar la totalidad del injusto generado por la conducta del sujeto activo se debe recurrir a los concursos de delitos ideal o real si se entiende que hay unidad o pluralidad de hechos.

Por su parte, para determinar si hay unidad o pluralidad de hechos deben tomarse en cuenta los distintos elementos que contribuyen a formar el hecho delictivo, que afectan a la acción, el resultado, el dolo y el bien jurídico⁷¹⁰

B) Regulación específica: artículo 177 CP

A pesar del régimen general previsto en el Código penal, en su Parte General, para los supuestos en los que una pluralidad de figuras delictivas concurren en el enjuiciamiento de un caso concreto, y que consiste en la aplicación de los concursos de leyes y los concursos ideal y real, el artículo 177 CP establece un régimen específico distinto del régimen general aplicable para el caso en que el delito de tortura concorra con otros delitos. Así, el artículo 177 CP establece lo siguiente:

«Si en 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 les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley».

De tal manera que el régimen general en materia de concursos se aplicará salvo que el delito de tortura concorra con alguno de los delitos que protegen la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, en cuyo caso el legislador previó el régimen concursal especial en la citada disposición, que consiste en que se deben castigar «los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos».

Existe discusión en la doctrina acerca del alcance de esta disposición. Un sector entiende que se trata de privilegiar el concurso real en detrimento de los concursos ideal, medial y de leyes, cuando se produzca un atentado contra la integridad moral junto con alguno de los otros delitos enunciados en el artículo (vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero), con lo cual el legislador rompe el principio de unidad de

⁷¹⁰ Cfr. CUGAT MAURI, «Artículo 77», p. 679.

hecho y opta por castigar conforme al criterio de acumulación material⁷¹¹. En caso de que concurran con el delito contra la integridad moral otros delitos distintos a los mencionados, el intérprete estará en libertad de optar por cualquiera de las tres modalidades concursales concurso de leyes, ideal de delitos y real de delitos.

Otro sector entiende que la regla especial del artículo 177 CP privilegia los concursos de delitos en detrimento de los concursos de leyes. Así, se permite aplicar las reglas generales en materia de concursos ideales, mediales y reales, sin que se afecte la finalidad de la regla bajo estudio, es decir, el reforzamiento de la autonomía de los delitos contra la integridad moral frente a los demás bienes jurídicos personalísimos, pues, en definitiva, el concurso ideal también permite la estimación conjunta del delito contra la integridad moral con el delito que concurra con él⁷¹².

Por último, un sector de la doctrina sostiene que la regla concursal bajo estudio no excluye la posibilidad de que se estime el concurso de leyes cuando corresponda, es decir, que lo dispuesto en el artículo 177 CP no tiene vinculación con lo previsto en el artículo 8 CP, sino que cuando no sea posible aplicar las reglas del concurso de leyes en el caso concreto, ya sea porque el delito de tortura no abarca todo el injusto o ya sea que el otro delito concurrente que aparece en el listado del artículo 177 CP no tome en cuenta el injusto del delito contra la integridad moral, se deberá aplicar el concurso real independientemente de si hay o no pluralidad de hechos⁷¹³.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo parece decantarse por la segunda posición. El mencionado tribunal ha aplicado la regla del artículo 177 CP estimando concurso real, pero sin mayor argumentación. Solamente ha sostenido que «el concurso real es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 177 del Código penal»⁷¹⁴. En el ámbito de las audiencias provinciales se encuentran decisiones judiciales en las que se ha aplicado la regla prevista en

⁷¹¹ En este sentido, GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, p. 199; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», p. 112; RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 322; DÍAZ PITA, «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura», p. 78; GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos de tortura y otros tratos degradantes», pp. 83-84; ARROYO ZAPATERO/Otros, *Comentarios al Código Penal*, p. 427; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, «Torturas y otros delitos», p. 228; FERNÁNDEZ BAUTISTA, «Delitos contra la dignidad», p. 174; REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», pp. 296-297; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «Delitos contra la libertad», p. 147.

⁷¹² Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, «Artículos 173-177», pp. 203-204, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 205; DEL ROSAL BLASCO, «De las torturas y otros delitos», p. 235; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, pp. 134-135.

⁷¹³ Cfr. BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, p. 125; SÁNCHEZ TOMÁS, «La tortura y otros delitos contra la integridad moral», pp. 153-154.

⁷¹⁴ STS de 5 junio de 2003 (ponente Julián Sánchez Melgar), FJ 3.º. Es de destacar que antes de la entrada en vigencia del Código penal, el Tribunal Supremo estimaba la presencia de un concurso ideal: «cuando un solo hecho constituye un delito de detención ilegal (en el supuesto presente se trata de un delito de torturas) y dos faltas más, y por todo ello se sigue el mismo procedimiento al existir razones sustantivas para tal unión en unas mismas actuaciones por tratarse de un caso de concurso ideal, no pueden considerarse prescritas las faltas si no lo fue también el delito» (STS de 25 de abril de 2001 [ponente Diego Antonio Ramos Gancedo], FJ 10.º).

el artículo 177 CP de manera no uniforme, en el sentido de que algunas han entendido que se trata de una norma que pretende excluir las reglas del concurso de leyes⁷¹⁵ cuando se relacionan los delitos contra la integridad moral con los delitos que protegen los bienes jurídicos enumerados en la mencionada disposición, estimando, entonces, que la concurrencia de los delitos referidos debe enmarcarse en el concurso de delitos. Sin embargo, en el «caso Jokin»⁷¹⁶, por ejemplo, se aplicó el concurso real, sin explicar detenidamente la razón de por qué no se aplicó el concurso ideal. En el mencionado caso, la Audiencia señaló en la sentencia que el «comportamiento descrito en el juicio histórico vejó y humilló a J. (ámbito propio del delito contra la integridad moral); pero *también*, afectó a su salud psíquica sumiéndole en un desequilibrio emocional cuya evaluación y afrontamiento hubiera precisado un tratamiento médico» (cursivas añadidas).

En el presente trabajo se defiende la posición según la cual el artículo 177 CP contiene una regla concursal especial que no excluye el concurso de leyes favorable a la aplicación del delito de tortura, sino que descarta la posibilidad de aplicación del concurso ideal y medial, estableciendo así una regla que obliga a considerar el concurso real cuando el caso concreto requiera aplicar el concurso de delitos. Esto es, pudiera ocurrir que el hecho llevado a cabo por el sujeto activo al cometer el delito de tortura también pudiera haber afectado a algunos de los bienes jurídicos mencionados en la disposición comentada. Si el contenido de injusto del delito de tortura abarca el de la otra disposición penal, hay un concurso aparente de normas, es decir, no se pone de manifiesto en realidad una lesión a más de un bien jurídico: las circunstancias fácticas del delito de tortura, el atentado a la integridad moral y el correcto ejercicio de la función pública investigadora y sancionadora son suficientes para comprender todo el injusto penal.

Para valorar si el delito de tortura es capaz de captar totalmente el contenido de injusto del comportamiento realizado por el sujeto activo hay que tomar en cuenta tanto el contenido de injusto como la lesión de los bienes jurídicos, individual y colectivo, protegidos por dicho delito. El injusto está compuesto por el desvalor de acción y el desvalor del resultado. En el delito de tortura habrá que atenerse a lo señalado en el tipo que describe la conducta generadora del riesgo relevante para la lesión del bien jurídico. Es decir, las condiciones o procedimientos (que supongan a la víctima 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) deben ser analizados como un conjunto para determinar si coinciden o no con el otro tipo concursante, que también debe ser analizado de forma global para determinar si hay un *bis in idem*⁷¹⁷. En este análisis del injusto de tortura se debe tomar en cuenta también que tal

⁷¹⁵ Cfr. SAP Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 15 de julio de 2005 (ponente Ignacio José Subijana Zunzunegui), FJ 4.º. En sentido semejante, aunque no tan claramente, SAP Cádiz, Sección 2.ª, de 16 de diciembre 1996 (ponente Rosa María Fernández Núñez), FJ 5.º.

⁷¹⁶ Cfr. SAP Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 15 de julio de 2005 (ponente Ignacio José Subijana Zunzunegui), FJ 4.º.

⁷¹⁷ *Escuburi Aisa* defiende que «a la hora de tener en cuenta una posible infracción del *no bis in idem* no hay que limitarse a constatar una posible coincidencia de elementos típicos, sino que hay que comparar el significado de los tipos globalmente considerados y únicamente cuando su significado sea coincidente (es

delito protege dos bienes jurídicos, uno individual o personal y otro colectivo. Ello ayuda a comprender qué protege el delito de tortura, de qué forma lo hace y frente a qué ataques. Este análisis debe ponerse en contraste con la misma evaluación que se haga del otro delito concurrente con el delito de tortura. Si el delito de tortura valora el contenido total de injusto del hecho habrá un concurso de leyes que favorezca su aplicación.

Por ejemplo, el funcionario A pretende obtener información de una detenida y en el plan que se ha trazado figura la práctica consistente en tocamientos sorpresivos en senos y nalgas de aquella previstos como abusos sexuales en el artículo 181.1 CP, además de golpes y cachetadas. La conducta de A es apta en su conjunto para humillar a la detenida y la apreciación del tipo del delito de tortura es suficiente para abarcar el contenido humillante del abuso sexual sin necesidad de recurrir a un concurso de delitos.

Si el injusto del delito que concurre con el delito de tortura abarca la ofensa de éste, se está en presencia de otro concurso aparente de normas y, por tanto, debe aplicarse solamente el delito que aprehenda todo el desvalor del hecho, es decir, el delito que concurre con el delito de tortura. Este es el supuesto contemplado en la parte *in fine* del artículo 177 CP.

En cambio, si el injusto del delito de tortura no abarca todo el desvalor de la conducta típica, sino que resulta necesaria su complementación con alguno de los delitos mencionado en el artículo 177 CP para comprender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes, es cuando se conforma el supuesto de hecho de la regla prevista en la mencionada disposición: independientemente de si hay unidad o pluralidad de hechos, en todo caso deberán aplicarse las reglas del concurso real, en detrimento de las reglas del concurso ideal, para el cálculo de la pena.

Se defiende la prevalencia del concurso real sobre el concurso ideal (cuando sea necesario estimar un concurso de delitos) porque la expresión literal usada por el legislador en el artículo 177 CP («se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos») es más propia de la acumulación material que se aplica en principio a los concursos reales (punición separada de las infracciones), que de los concursos ideales, donde se aplica el principio de exasperación. Si el legislador hubiera pretendido que se aplicaran los concursos ideales, no habría previsto expresamente una regla especial en el artículo 177 CP, toda vez que cuando el intérprete concluye que es necesario estimar más de un delito para comprender todo el desvalor del hecho, el régimen general indica que en la gran mayoría de los casos habría un concurso ideal. Esto es así porque, dada la amplitud de la conducta típica del delito de tortura, se estimaría casi siempre que habría una unidad de hecho aun cuando exista una pluralidad de movimientos corporales por parte del sujeto activo. ¿Qué sentido tendría establecer que se castigarán los hechos *separadamente con la pena que les corresponda*, si no es para acumularlas?

decir, cuando el desvalor de uno de ellos esté por completo cometido en el otro), se podrá afirmar que una aplicación conjunta de los preceptos en el caso concreto supondrá un *bis in idem*. Sólo en este último caso la imposición de una doble sanción resultará innecesaria y desproporcionada» (ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 250).

El funcionario A pretende que el detenido confiese y para lograrlo le inyecta el suero de la verdad que obnubila a la víctima y anula su voluntad. En este marco, A aprovecha la oportunidad y le realiza a la víctima tocamientos con ánimo lúbrico o lascivo. En este caso, para abarcar todo el injusto que comprende afectaciones a la integridad moral, al correcto ejercicio de la función pública (investigadora y sancionadora) y a la libertad sexual, se debe acudir al concurso de delitos. Como el delito concurrente es uno de los que protege la libertad sexual, se debe aplicar las reglas de concurso real de delitos, aunque se considere que lo realizado por A es una unidad de hecho.

Las razones por las cuales se toma partido por esta línea de interpretación son las siguientes: a) el artículo 177 CP prevé un escenario en el que se contemplan por separado los bienes jurídicos concurrentes y ello solo ocurre cuando hay un concurso de delitos, no de leyes en el que el concurso es aparente. De esta manera, la cláusula prevista en la mencionada disposición no afecta al principio *non bis in idem*; b) defender que incluso en los concursos aparentes de normas se deba resolver según las reglas del concurso de delitos resultaría en aumentos desproporcionados de pena a hechos en los que el delito de tortura en realidad abarca toda la necesidad de pena; c) la parte final de la cláusula contenida en el artículo 177 CP obliga a considerar los concursos de leyes cuando sea otro delito el que abarque el delito contra la integridad moral, con lo que se demuestra que tal concurso no queda derogado por la cláusula en cuestión.

De esta manera es posible estimar el concurso de leyes cuando el único precepto aplicable es el delito de tortura o cuando el único precepto aplicable es el otro delito concurrente. Y en caso de que no pueda haber concurso de leyes, porque ninguna norma penal abarca todo el contenido de injusto de la acción punible, habrá que decidir conforme a las reglas del concurso real si conjuntamente con el delito de tortura se ven afectadas la vida, la integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero.

Se acompaña a Rodríguez Mesa cuando sostiene que el motivo del legislador para optar por el concurso real es penológico: como en el delito de tortura se comprometen otros bienes jurídicos personales distintos de la integridad moral, el legislador optó por incluir en el artículo 177 CP una regla que impida supuestos de desproporción entre las penas y permita apreciar el especial desvalor del atentado a la integridad moral. Esta autora propone como ejemplo la concurrencia en un hecho tanto del delito de tortura como del delito de lesiones agravadas previsto en el artículo 149 CP. En este caso, la pena a imponer según las normas generales en materia concursal sería la de la figura agravada de lesiones (por tener pena más grave que la del delito de tortura) en su mitad superior, es decir, de nueve a doce años. En cambio, si el delito de tortura concurre con el tipo básico del delito de lesiones previsto en el artículo 147 CP, la pena a imponer, según las reglas generales, sería la del delito de tortura en su mitad superior, que prevé además de la privación de libertad la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años⁷¹⁸.

El Tribunal Supremo, en STS de 23 de abril de 2001, sostuvo que la falta de lesiones se debe castigar por separado respecto del delito de tortura en virtud del artículo 177 CP, pero no así las faltas de injurias leves y de maltrato de obra sin causar lesión, cuyos injustos estarían abarcados por el delito de tortura. De tal manera, para el Tribunal Supremo hay un

⁷¹⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 323.

concurso de leyes que excluye la aplicación de la regla concursal especial prevista en el artículo 177 CP: «la consideración del delito de tortura como delito autónomo, dotado de sustantividad propia y no como mera cualificación o agravación de otras conductas delictivas como sucedía en el Código derogado, permite, como expresamente se establece, en el artículo 177, el castigo independiente de las lesiones o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, con las penas que les corresponda por los delitos o faltas cometidos. En el supuesto que nos ocupa, el núcleo típico incorpora sufrimientos psíquicos o mentales u otros modos de atentar contra la integridad moral. Las faltas de injurias leves y maltratos de obra quedan absorbidas por la conducta en que se materializa la tortura y como configuradora de la agresión a la integridad moral. No sucede lo mismo con las dos faltas de lesiones de las que fueron víctimas Carlos Daniel y Roberto que mantiene su independencia y serán castigadas por separado, conforme se dispone en el artículo 177 mencionado»⁷¹⁹.

Por otra parte, y no menos importante, es necesario aclarar lo que se entiende por lesión o daño a «bienes de la víctima o de un tercero» como una de las infracciones que, concurriendo con cualquier atentado contra la integridad moral, da lugar a la aplicación de la especial regla concursal prevista en el artículo 177 CP.

Son tres las líneas doctrinales que se han manifestado al respecto. En primer lugar, quienes defienden que la disposición se refiere a bienes de contenido patrimonial⁷²⁰; en segundo lugar, quienes sostienen que es más acorde con la naturaleza del bien jurídico integridad moral, es que el Código penal se haya referido a los bienes personales⁷²¹; y por último hay incluso quien sostiene que la palabra «bien» se refiere tanto a los bienes personalísimos como a los bienes de contenido económico o patrimonial⁷²². Los partidarios de la primera postura sostienen que darle un sentido patrimonial a la palabra «bienes» parece ser la interpretación natural de la descripción típica y que «se refiere fundamentalmente al robo con violencia e intimidación en el que no se proceda a desvalorar independientemente los actos de violencia física»⁷²³. En relación con la tercera postura, se ha sostenido que el carácter no excluyente de la clausula concursal del artículo 177 CP invita a considerar que los bienes de la víctima o de un tercero pueden referirse tanto a los bienes patrimoniales como a los personales.

⁷¹⁹ STS de 23 de abril de 2001 (ponente Carlos Granados Pérez), FJ 1.º.

⁷²⁰ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 322; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», p. 112; BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, p. 130. El artículo 102 LECrim habla de delitos o faltas cometidos contra bienes como sinónimo de delitos contra el patrimonio.

⁷²¹ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, «De las torturas y otros delitos», p. 234; MUÑOZ SÁNCHEZ, «Artículos 173-177», p. 202; JIMÉNEZ GARCÍA, «Artículo 177», p. 1269; REBOLLO VARGAS, «Título VII. De las torturas y otros delitos», p. 296.

⁷²² Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, «La tortura y otros delitos contra la integridad moral», p. 153.

⁷²³ BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, p. 130.

En la presente investigación se estima que lo más plausible es concluir que la ley se refiere a los posibles concursos con delitos que protejan bienes jurídicos de índole personal, ya sean de la propia víctima o los de un tercero, toda vez que ello permitiría incluir bienes jurídicos personales que podrían superponerse a los delitos contra la integridad moral, como son los delitos contra la libertad, contra el honor, de lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. En cambio, serían más extraños los casos de concurrencia de delitos contra la integridad moral y delitos patrimoniales, además de que en estos casos no habría problema para aplicar las reglas generales de los concursos.

Ahora bien, la parte *in fine* del artículo 177 CP recuerda, en todo caso, que cuando alguno de los preceptos lesivos de los bienes jurídicos previsto en tal disposición penal basta para abarcar todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes se deben aplicar las reglas del concurso de leyes para evitar un *bis in idem*. Se observa, preliminarmente, que hay dos supuestos en los que el bien jurídico integridad moral se encuentra en el injusto de otro delito: el caso de la tortura como delito de lesa humanidad previsto en el artículo 607 bis CP y el caso de la tortura como crimen de guerra previsto en el artículo 609 CP. Un sector de la doctrina defiende que además existen otros casos en los que la integridad moral ya está abarcada por otros delitos, por ejemplo, los previstos en los artículos 139.3ª CP, 148.2º CP, 108.1ª CP, 534.2ª CP⁷²⁴. Al analizar en los siguientes subapartados la concurrencia del delito de tortura con las figuras delictivas que el artículo 177 CP exceptúa del régimen concursal general, se revisará si acaso existe algún delito que contemple el atentado al bien jurídico protegido por el delito de tortura, de manera que se aplique el concurso de leyes a favor de aquél.

Con anterioridad se comentó que el artículo 607 bis CP contiene el delito de tortura en tanto delito de lesa humanidad, y que tal disposición además incorpora una definición normativa de tortura distinta de la que es objeto de estudio en la presente investigación y a la que se refiere el artículo 177 CP⁷²⁵. En todo caso, si el delito de tortura, aunque sea aislado, se perpetra como parte de una política de ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella, y el perpetrador lo sabe, es un delito de lesa humanidad y su estimación no puede concurrir con el delito de tortura previsto en el artículo 174 CP. En el supuesto de hecho del delito de tortura como de lesa humanidad no solamente se lesiona la integridad moral de la víctima, sino que además se incorpora el elemento de ataque a la población civil o a una parte de ella. Es decir, en virtud del principio de la especialidad del artículo 8.1ª CP, solamente puede aplicarse el delito especial de lesa humanidad.

Por su parte, el artículo 609 CP se refiere a la tortura en el contexto de un conflicto armado. Se entiende que hay un conflicto armado cuando se recurre a la fuerza o a la violencia armada entre diferentes actores estatales o no estatales⁷²⁶ en el marco de una confrontación internacional o interna. En este sentido, el TPIY indicó que se puede decir

⁷²⁴ Cfr. CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Manual de Derecho penal*, p. 89.

⁷²⁵ Cfr. *supra* capítulo IV, subtítulo IV.2., apartado A) c).

⁷²⁶ Cfr. AMBOS, *Los crímenes del nuevo Derecho penal internacional*, p. 84;

que existe un conflicto armado cada vez que se recurra a la fuerza armada entre Estados o que haya una violencia armada extendida entre autoridades gubernamentales y grupos organizados armados o que la violencia armada se lleve a cabo entre estos grupos dentro de un Estado⁷²⁷. Para un mejor entendimiento, el Estatuto de Roma indica expresamente que no son conflicto armado «las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos»⁷²⁸. Entonces, cuando la tortura ocurre en tiempo de paz o durante un conflicto armado pero no está relacionada con tal conflicto (por ejemplo, un obligado especial aprovecha el caos general del conflicto armado para torturar a un detenido —el obligado especial quería torturarlo independientemente del conflicto armado—; o un obligado especial tortura a un detenido bajo su custodia sin saber que hacía una hora había estallado un conflicto armado) se aplica el delito de tortura previsto en el artículo 174 CP; mientras que si la tortura ocurre durante un conflicto armado y está relacionada con éste, se considera a la tortura como un delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado⁷²⁹.

Pues bien, si el delito de tortura resulta ser un crimen de guerra porque se desarrolla en un conflicto armado y está relacionado con tal conflicto, se sancionará según el tipo previsto en el artículo 609 CP por el principio de especialidad previsto en el artículo 8.1^a CP, y, aunque en la parte *in fine* del artículo 609 CP se señala que la pena se aplicará sin perjuicio de la que pueda corresponder por los resultados producidos, no podrá estimarse el delito de tortura señalado en el artículo 174 CP sin que se configure un *bis in idem*.

a) La tortura y la salud e integridad física

Es evidente que en la descripción típica del delito de tortura pueden caber también las lesiones como atentados a la salud. En efecto, los procedimientos que supongan sufrimientos físicos o mentales que son propios de la tortura podrían generar consecuencias al cuerpo o a la salud de la víctima, ocasionando o no la necesidad de tratamiento médico, lo que haría coincidir el delito de tortura con el delito o la falta de lesiones, previstas en los artículos 147.1 y 617.1 CP, respectivamente.

Así, por ejemplo, se pone por caso al sujeto A, quien una vez detenido en un control policial de carretera y luego de negarse a someterse a la prueba de alcoholemia, el funcionario policial B, diciéndole que estaba incurriendo en un delito de desobediencia por no querer someterse a dicha prueba —y ante la sorpresa de sus compañeros agentes policiales—, lo empujó, lo pateó y golpeó por distintas partes del cuerpo y lo llevó arrastrando al coche policial donde lo introdujo a la fuerza. A se golpeó contra el bastidor de la puerta del vehículo, agarrándose donde pudo para no caerse, rompiéndole en tal momento la ropa al funcionario B, quien dentro del coche también le pegó en la cara al perjudicado. Luego de la intervención de otros agentes policiales para detener al funcionario B, dejaron ir al sujeto A, sin que se hubiera instruido contra él atestado o diligencia policial

⁷²⁷ Cfr. Fiscal v. Zoran Kupreski, 14 d enero de 2000, § 545.

⁷²⁸ Artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma.

⁷²⁹ Cfr. AMBOS, *Los crímenes del nuevo Derecho penal internacional*, pp. 92-94.

alguna. Como consecuencia de los golpes recibidos, A sufrió hematomas en tórax, contusiones en cara, tórax y zona lumbar y contusión en labio inferior de las que tardó en curar 14 días, estando 10 días imposibilitado para realizar su trabajo y precisando para su curación una asistencia facultativa.

A la vista de este ejemplo, se pueden esbozar respecto del comportamiento descrito algunas dudas sobre los límites entre los delitos de torturas y lesiones. En efecto, una de las conductas típicas del delito de tortura es el someter a la víctima a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias supongan sufrimientos físicos o mentales. Esta conducta puede al mismo tiempo constituir el delito de lesiones. ¿Podría producirse un *bis in idem* si se estiman conjuntamente ambas figuras típicas?

Haciendo un análisis estrictamente enfocado en los bienes jurídicos individuales y personales que ambas estructuras típicas protegen (integridad moral y salud humana), se detectan dos posiciones distintas en la jurisprudencia. Por un lado, se dice que los sufrimientos físicos o psíquicos propios de la tortura se diferencian de las lesiones en que además de las causaciones de padecimientos físicos o psíquicos, se requiere un comportamiento degradante o humillante⁷³⁰. Por otro lado, se sostiene que la diferencia entre las conductas lesivas a la integridad moral y las lesivas a la salud radicarían en la repetición o no de la actuación: si la conducta tiene cierta contumacia y persistencia, sería un delito de tortura, pero si la acción es puntual y abusiva, solo será un delito de lesiones⁷³¹.

En este trabajo se ha defendido que los sufrimientos físicos o mentales son una modalidad especificada por el legislador de atentado contra la integridad moral. Mediante esta previsión se pretende proteger la integridad moral y el correcto ejercicio de las competencias indagatorias y sancionadoras de la función pública, es decir, la conducta típica debe ser idónea para ocasionar en la víctima concreta sufrimientos físicos⁷³², lesionando con ello el trato deferente o respetuoso que toda persona tiene derecho a recibir y, además, la confianza de los ciudadanos en que los funcionarios públicos llevan a cabo sus actividades de investigación y sanción respetando las leyes y la Constitución. En esto consiste el injusto total del delito de tortura⁷³³. Por su parte, las lesiones, ya sean como

⁷³⁰ Cfr. STS de 10 mayo de 2007 (ponente Julián Sánchez Melgar), FJ 8.º. En los hechos probado de esta sentencia se dice que cuatro agentes policiales, sacaron por la fuerza de un coche a dos personas para detenerles, para lo cual emplearon golpes y patadas variadas, superiores en todo caso a los que resultaban precisos para proceder a la inmovilización, sin que se hubiere acreditado la existencia de oposición física por parte de los sujetos pasivos. En este caso el Tribunal Supremo considera la aplicación del delito de atentado a la integridad moral por parte de funcionario público previsto en el artículo 175 CP y el delito de lesiones, y concluye que debe aplicarse solamente el delito de lesiones.

⁷³¹ Cfr. STS de 17 diciembre de 2003 (ponente Juan Saavedra Ruiz), FJ 2.º.

⁷³² Cfr. *supra* capítulo III, subtítulo III.2., apartado A), d).

⁷³³ Así, el Tribunal Supremo ha defendido que «No hemos de confundir los excesos innecesarios en la ejecución de su cometido, que no tienen por que producir humillación o vejación en la víctima de la agresión a la integridad moral. De las primeras deberá responderse como lesiones» (STS de 28 de febrero de 2011 [ponente Enrique Bacigalupo Zapater], FJ 6.º).

delito o falta, protegen la salud humana de la persona prohibiendo alteraciones del aspecto físico y afectaciones del normal funcionamiento del cuerpo humano. Si tales resultados producen la necesidad de un tratamiento médico o quirúrgico para la víctima, hay delito de lesiones, pero si no se requiere tal tratamiento, hay una falta de lesiones. Asimismo, se debe tener en cuenta que el delito o falta de lesiones no protege ningún bien jurídico colectivo semejante al protegido por el delito objeto de estudio en el presente trabajo.

Las anteriores consideraciones conducen a apreciar diferentes concursos en virtud de si el delito de tortura produce para la víctima la necesidad de un tratamiento médico o quirúrgico. Si bien tal tratamiento no es requerido para conformar el tipo de injusto del delito de tortura, sí debe ser tomado en cuenta en el análisis concursal porque forma parte de la circunstancia fáctica que debe ser abarcada por uno (concurso de leyes) o los dos delitos concurrentes (concurso de delitos).

En este sentido, en la presente investigación se sostiene que si en una conducta concurren los delitos de tortura (sufrimientos físicos o mentales) y lesiones que generan la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico para la víctima, ninguno de tales delitos es capaz de aprehender todo el desvalor del hecho. Por un lado, el delito de tortura abarca casi la totalidad del injusto del hecho, pero no comprende el resultado producido que se manifiesta en la necesidad del mencionado tratamiento de salud. Por otro lado, el delito de lesiones del artículo 147.1 CP no protege aspectos del injusto del hecho como el bien jurídico colectivo que el delito de tortura sí protege. Por lo tanto, habrá que estimar un concurso de delitos que, en virtud de la regla concursal prevista en el artículo 177 CP, será el concurso real.

Asimismo, hay que tomar en cuenta el caso de las lesiones psíquicas que son consecuencia de delitos violentos, como es el delito de tortura, en el sentido de si tales lesiones psíquicas deben entenderse como integrantes del delito violento en cuestión y por lo tanto no resulta necesario un pronunciamiento adicional sobre las mismas, o si se trata de consecuencias jurídicas diferentes y, por ende, dos delitos diferenciados. *Felip i Saborit* señala al respecto que aun cuando el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 10 de octubre de 2003 indicó que el estrés postraumático o las depresiones reactivas son consecuencias extratípicas que ya fueron tomadas en cuenta al momento de tipificar la conducta violenta y asignársele una pena, en delitos distintos a las agresiones sexuales el Tribunal Supremo ha venido aceptando la autonomía de las lesiones psíquicas cuando tales perturbaciones sobrepasan en demasía las que son propias del resultado típico del delito violento en cuestión⁷³⁴.

Ahora bien, si en la conducta concurren el delito de tortura (sufrimientos físicos o mentales) y la falta de lesiones del artículo 617.1 CP porque éstas no requieren de tratamiento médico o quirúrgico para la víctima, hay un concurso de leyes favorable a la estimación única del delito de tortura, porque el mencionado delito basta para abarcar todo el desvalor del hecho, aplicándose así el principio de consunción previsto en el artículo 8.3^a

⁷³⁴ Cfr. FELIP I SABORIT, «Las lesiones», pp. 69-70.

CP. Asimismo, el Tribunal Supremo ha estimado que el delito de tortura absorbe la falta de malos tratos de obra prevista en el artículo 617.2 CP⁷³⁵.

Por otra parte, es necesario considerar el supuesto en el que concurre el delito de tortura las lesiones agravadas por el resultado, previstas en los artículos 149 y 150 CP.

Un funcionario policial produce sufrimientos físicos al detenido, para extraer información. Tales sufrimientos causan a la víctima una cicatriz en el rostro de envergadura y dificultades para caminar.

Lo sostenido cuando se analizó la concurrencia en el hecho de los delitos de tortura y lesiones del artículo 147.1 CP se repite para las mencionadas figuras agravadas de lesiones, porque ningún delito concursante puede excluir al otro. Por lo tanto, se impone mediante ley la aplicación en estos supuestos del régimen de concurso real entre ambas figuras delictivas, es decir, tortura con el delito de lesiones. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia⁷³⁶.

En lo que se refiere a la parte *in fine* del artículo 177 CP, en virtud del cual no se aplicaría el concurso real en los concursos de delitos cuando el atentado a la integridad moral ya se encuentre especialmente castigado por la ley, podría sostenerse que entre los delitos que lesionan la salud humana hay un subtipo agravado que puede ser tomado en cuenta en una eventual aplicación de la parte final de la mencionada disposición: el delito previsto en el artículo 148.2.º CP, que castiga las lesiones cuando hubiere mediado ensañamiento o alevosía en el comportamiento del autor.

Por ejemplo, el caso del funcionario policial que para obtener información de la víctima, le arranca las uñas de los dedos de las manos.

El Código penal, en su artículo 139.3.ª, entiende por ensañamiento el aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. La doctrina mayoritaria interpreta que se trataría de conductas especialmente desvaloradas por la actitud sádica o perversa del sujeto activo, al incrementar el dolor de la víctima⁷³⁷. *Díaz Pita* sostiene que en los casos en que se lleva a cabo una conducta de lesiones mediando ensañamiento, no debería ser estimado el delito contra la integridad moral en virtud de lo previsto en la parte final del artículo 177 CP, es decir, para esta autora las lesiones con ensañamiento abarcan el injusto de la integridad moral⁷³⁸. Por otra parte, *Díaz Ripollés* estima al comentar el contenido del artículo 180.1.ª CP, que ni la degradación ni la vejación se superponen con el ensañamiento, toda vez que éste gira en torno a la idea de inhumanidad o brutalidad, mientras que la

⁷³⁵ Cfr. STS de 23 de abril de 2001 (ponente Carlos Granados Pérez), FJ 1.º

⁷³⁶ Cfr. SAP Las Palmas, Sección 1.ª, de 1 de diciembre de 2000 (ponente Emilio Moya Valdés), FJ 1.º.

⁷³⁷ Cfr. FELIP I SABORIT, «El homicidio», p. 39; GONZÁLEZ RUS, «El homicidio y sus formas (II)», p. 33; ALONSO DE ESCAMILLA, «Del homicidio y sus formas», p. 53.

⁷³⁸ Cfr. DÍAZ PITA, «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura», p. 79. Es de resaltar que esta autora se refiere específicamente al delito de trato degradante previsto en el artículo 173.1 CP. Sin embargo, esta circunstancia es irrelevante frente al hecho de considerar equivalentes el ensañamiento con las humillaciones o envilecimientos más propios de los delitos contra la integridad moral.

degradación da lugar a una situación de humillación o envilecimiento de la víctima ante sí misma o ante los demás que afecta a la incolumidad de toda persona por el hecho de serlo, esto es, a la integridad moral⁷³⁹.

Frente a estas posturas, se sostiene en la presente investigación que en caso de concurrencia entre el comentado subtipo agravado del delito de lesiones cuando hubiere mediado ensañamiento o alevosía con el delito de tortura se debe recordar lo sostenido para el tipo básico previsto en el artículo 147.1 CP al comienzo de este subapartado. Es cierto que el ensañamiento o la alevosía le otorgan a la conducta típica básica de lesiones un *plus* desvalorativo que parece abarcar el aspecto lesivo al trato respetuoso con la condición de persona de la víctima (bien jurídico integridad moral), pero al igual que lo señalado *supra*, esta figura agravada del delito de lesiones no abarca la parte del injusto del hecho relacionada con el bien jurídico colectivo protegido por el delito de tortura. Asimismo, el delito de tortura no comprende la parte del hecho que consiste en el tratamiento médico quirúrgico, por lo que es incapaz de abarcar también todo el injusto total por sí mismo. En consecuencia, en contra de lo señalado por la citada doctrina, no es posible aplicar la excepción de la parte *in fine* del mismo artículo, toda vez que el delito de lesiones agravadas por ensañamiento no agota todo el injusto del delito de tortura.

b) La tortura y la libertad ambulatoria

El delito de tortura, en todas sus vertientes y posibilidades, supone una privación de libertad a la víctima por parte de un funcionario público encargado de investigar y sancionar, por lo que la vinculación entre el delito bajo estudio y los delitos que afectan a la libertad ambulatoria es cercana. En el momento en que un funcionario público tiene a su disposición a una persona para torturarla, está al menos limitando ilegítimamente su libertad de marcharse del lugar por un tiempo más o menos prolongado.

Dentro de los delitos contra la libertad, específicamente los delitos de detenciones ilegales y secuestros, se encuentra el tipo previsto en el artículo 167 CP, que protege la libertad ambulatoria del ofendido y cuyo sujeto activo es una autoridad o funcionario público. Al mismo tiempo, en el artículo 530 CP también se prevé un tipo que tiene como sujeto activo una autoridad o funcionario público cuya conducta típica lesiona la libertad ambulatoria de un tercero. La delimitación entre ambas figuras delictivas radica en que la primera requiere que en el hecho se cometa sin que medie causa por delito, mientras que en el delito previsto en el artículo 530 CP sí se requiere causa legal por delito⁷⁴⁰. Además, este último delito se encuentra en el capítulo del Código penal referido a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales.

⁷³⁹ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, «Arts. 178-183», pp. 349-350.

⁷⁴⁰ No hay causa legal por delito cuando el funcionario público, en ejercicio de sus funciones, prive a otro de la libertad, pero actuando sin cobertura legal. Por su parte, hay causa legal por delito cuando el funcionario público realiza una detención con cobertura legal, aunque se convierte en ilícita al incumplirse las garantías del detenido (cfr. BOLEA BARDON/ROBLES PLANAS, «La tipicidad de las detenciones ilegales policiales», p. 14; REBOLLO VARGAS, «Artículo 530», p. 2476; DEL ROSAL BLASCO, «Delitos contra la libertad (I)», p. 161).

La jurisprudencia se ha pronunciado acerca de los concursos entre los delitos contra la libertad y los delitos contra la integridad moral. El Tribunal Supremo ha sostenido que las privaciones de libertad, por sí solas y sin ningún otro elemento adicional, incluyen en sí mismas «un daño moral relevante», por lo que habría un concurso de normas que se debe resolver recurriendo al principio de alternatividad, y el delito más grave, es decir, el delito de detención ilegal, absorbe al delito previsto en el artículo 175 CP, que era el que se estudiaba en el caso concreto⁷⁴¹.

En relación con el delito previsto en el artículo 167 CP, se sugieren dos supuestos para el análisis. Por un lado, el supuesto del funcionario público que, con la finalidad de interrogar, castigar o discriminar, priva de libertad a una persona sin que haya cobertura legal para tal detención y la encierra en un cuarto oscuro. El delito de detención ilegal por parte de funcionario público persigue proteger la libertad ambulatoria de las personas, castigando solamente la conducta de detener a otra persona sin causa por delito. En cambio, el delito de tortura busca proteger la integridad moral de las personas y el correcto ejercicio de la función pública en sus vertientes investigadora y sancionadora. Para ello, se requiere que el sujeto activo someta al sujeto pasivo a condiciones y procedimientos que son de dominación y que requieren de cierta duración para alcanzar la aptitud necesaria para lesionar tales bienes jurídicos. Pues bien, en la presente investigación se comparte con el Tribunal Supremo que una privación de libertad, por sí sola, puede lesionar la integridad moral de la víctima (caso del primer supuesto); sin embargo, el delito previsto en el artículo 167 CP no comprende el injusto total del hecho, porque no protege el correcto ejercicio de la función pública investigadora y sancionadora que sí protege el delito de tortura. Por lo tanto, solo cabe estimar un concurso de leyes en favor de la estimación del delito contra la integridad moral, porque es capaz por sí solo de abarcar todo el desvalor del hecho. Se observa que en este supuesto, lo que permite que el delito de tortura aprehenda el injusto total son los elementos subjetivos del tipo que forman parte de su conducta típica, por lo tanto, el delito de tortura aporta un elemento adicional que el delito de detención ilegal por parte de funcionario público no tiene, con lo cual se configura el principio de especialidad previsto en el artículo 8.1ª CP⁷⁴².

⁷⁴¹ Cfr. STS de 5 de mayo de 2005 (ponente Julián Sánchez Melgar), FJ 4.º; STS de 25 de septiembre de 2009 (ponente Luciano Varela Castro), FJ 3.º. En sentido semejante, la Audiencia Provincial de Barcelona indicó que la «detención, cuando no se ha cometido ilícito alguno, y el incidente es provocado por el agente de la autoridad, quien falta al respeto al ciudadano y lo discrimina por su orientación sexual, supone sin duda una vulneración del derecho a la integridad moral. El trato recibido por Roberto fue contrario a la dignidad humana, pero además se produjo una detención ilegal, por ello, conforme al art. 8-3ª del CP, la detención ilegal absorbe el delito contra la integridad moral, por lo que sólo debe ser sancionado el primero» (SAP Barcelona, Sección 3.ª, de 20 de marzo de 2001 [ponente Ana Ingelmo Fernández], FJ 4.º).

⁷⁴² En cambio, *Rodríguez Mesa* sostiene que en estos supuesto hay un concurso ideal (cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos*, p. 325). Esta autora no aplica la cláusula contenida en el artículo 177 CP porque, se recuerda, considera que los «bienes» a los que se refiere dicha disposición son de carácter económico. Por lo tanto, cuando el delito de tortura concurre con alguno de los delitos contra la libertad, según la citada autora, se aplica en estos casos el régimen general de concursos.

Por otro lado, el supuesto del funcionario público que, con las finalidades del delito de tortura, priva de libertad a una persona sin que haya cobertura legal para tal detención y, además de encerrarla, le obligan a orinar y defecar en el mismo lugar, es sometido a música estridente y la luz se encuentra permanentemente encendida. A diferencia del caso anterior, las condiciones humillantes del encierro agregan un *plus* de desvalor que supera a la mera limitación de movimientos. Así, se observa que el delito de tortura engloba la totalidad del injusto del hecho por ser más amplio o complejo: en este caso, el supuesto del delito de detención ilegal por parte de funcionario público normalmente acompaña al delito de tortura, por lo que según el principio de consunción previsto en el artículo 8.3ª CP, solo se debe estimar el delito de tortura.

En relación con el delito previsto en el artículo 530 CP y su relación concursal con el delito de tortura el análisis no es diferente. En el supuesto de que un funcionario público introduce a un detenido, que estaba legalmente privado de libertad, en una celda aislada y le dice que no lo dejará libre hasta que confiese el delito cometido, el sujeto activo actúa con una de las finalidades propias del delito de tortura, con lo cual vulnera la confianza de los ciudadanos en que los funcionarios públicos competentes en materia de investigación y sanción desarrollarán sus actividades respetando la integridad moral de los detenidos (ya se indicó que la sola privación de libertad puede incluir una lesión a la integridad moral, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo). Este ámbito del injusto del hecho no es abarcado por el tipo previsto en el artículo 530 CP, que se limita a proteger las garantías constitucionales relativas a la libertad individual. Por tanto, en aplicación del principio de especialidad, solamente cabe estimar el delito de tortura en virtud de lo previsto en el artículo 8.1ª CP. Y si además de la simple privación de libertad en violación de los plazos legales del artículo 530 CP, el sujeto activo somete a condiciones capaces de producirle lesiones al detenido persiguiendo las finalidades típicas del delito de tortura, al igual que en el caso del concurso con el delito previsto en artículo 167 CP, se deberá estimar únicamente el delito de tortura, porque la realización de este delito en las susodichas condiciones normalmente supone la violación de las garantías legales de la libertad individual (principio de consunción).

En resumen, tanto en los supuestos en que el sujeto activo detiene a una persona, con o sin causa legal por delito, y utilice la privación de libertad como método único de tortura como en los supuestos en que el sujeto activo utiliza tal privación como uno de distintos medios para torturar, el delito de tortura basta por sí solo para abarcar todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes.

c) La tortura y las amenazas y coacciones

Es muy difícil imaginar un caso de tortura en el que se hallen ausentes amenazas y coacciones. En el capítulo I se indicó que mediante las coacciones, previstas en los artículos 172 y 620.2.º CP, se protege la libertad de obrar en tanto derecho a ejecutar externamente

las decisiones previamente tomadas⁷⁴³; mediante las amenazas condicionales, previstas en el artículo 171 CP, se protege la libertad en sentido interno, es decir, la libertad de escoger qué conducta se desea realizar sin presiones externas y mediante las amenazas incondicionales, previstas en el artículo 169 CP, se protege la seguridad o tranquilidad de la víctima⁷⁴⁴. Tales bienes jurídicos son casi siempre vulnerados cuando se comete el delito de tortura, por lo que la concurrencia entre estos delitos y el delito de tortura es muy común.

La jurisprudencia ha indicado al respecto que el delito de amenazas es un delito de mera actividad, de peligro, cuya acción se integra por la expresión de un anuncio de un mal serio, real y perseverante, además de futuro, injusto, determinado y posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo que origina la natural intimidación en el sujeto pasivo que la percibe. En el sujeto activo debe concurrir un ánimo consistente en el propósito de ejercer la presión sobre la víctima a la que pretende atemorizar privándola de su tranquilidad y sosiego⁷⁴⁵. Siendo necesario en el delito de amenazas que el mal anunciado tenga carácter futuro, habría una concurrencia de delitos con el delito de tortura.

En lo que se refiere al delito de coacciones, éste se comete cuando se impide a otro hacer lo que la ley no prohíbe u obligarle a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto, según lo previsto en el artículo 172.1 CP. Como se podrá observar, también puede haber un concurso del delito de coacciones con el delito de tortura, toda vez que el uso de la violencia sobre otra persona, propio de dicha figura típica, puede formar parte de la conducta constitutiva del delito de tortura. En este caso se podría hablar de concurso medial, pues el delito de coacciones sería un medio necesario para cometer el delito de tortura, porque difícilmente puede haber una lesión a la integridad moral por parte de un funcionario público en ejercicio de sus funciones de investigación y sanción sin impedir con violencia a otra persona hacer lo que la ley no prohíbe o compelerla, igualmente con violencia, a realizar lo que no quiera.

Sin embargo, en lo que se refiere a las amenazas y coacciones concurrentes con el delito de tortura, habría que preguntarse si el injusto es agotado por alguna de las figuras concurrentes o si es necesaria la estimación conjunta de éstas para abarcar la antijuridicidad completa del hecho. En este sentido, el delito de tortura ya incluye en su comportamiento típico las conductas constitutivas de amenazas y coacciones, por lo que la estimación conjunta supondría un *bis in ídem* y, además, ni el delito de coacciones ni el delito de amenazas alcanzan el ámbito colectivo del correcto ejercicio de la función pública investigadora y sancionadora, por lo que en virtud del principio de especialidad, solo debería tomarse en cuenta el delito de tortura en caso de que concurra con esos delitos.

⁷⁴³ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad», p. 94; CERVELLÓ DONDERIS, *El delito de coacciones*, p. 21.

⁷⁴⁴ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad», p. 98; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 160; QUINTERO OLIVARES, «Artículo 169», p. 207.

⁷⁴⁵ Cfr. STS de 1 de junio de 2001 (ponente Andrés Martínez Arrieta). FJ 2.º.

Esto significa que la clausula concursual prevista en el artículo 177 CP no se aplica en estos supuestos. Ello es así porque no se alcanza a configurar un concurso de delitos cuando concurre el delito de torturas con los delitos de amenazas y coacciones. Se insiste en que cuando un funcionario público amenaza o coacciona seriamente a un sujeto con finalidades indagatorias y sancionatorias comete únicamente el delito de tortura, porque tales amenazas y coacciones forman parte de la naturaleza del delito bajo estudio.

En lo que respecta a la cláusula final del artículo 177 CP, en el ámbito de los delitos de amenazas y coacciones no existe un tipo que atente contra los bienes jurídicos protegidos por estos delitos y atente contra la integridad moral, por lo que no se podría contemplar una caso de concurso de leyes a favor del delito de amenazas o de coacciones cuando se lesione el bien jurídico integridad moral.

d) La tortura y la libertad sexual

Pueden plantearse casos de concurrencia que involucren la tortura con conductas lesivas de la libertad sexual. En efecto, la conducta típica del delito de tortura puede asimismo suponer atentados contra la libertad e indemnidad sexuales de la víctima.

El funcionario policial A durante la tramitación de una investigación por un delito contra la salud pública se dirigió a la vivienda particular de la ciudadana B. Al interrogar a B, A la golpeó, la mojó con agua fría y después la penetró vaginalmente.

El delito de tortura puede materializarse a través de las agresiones sexuales previstas en el Código penal en los artículos 178, 179 y 180. En relación con el tipo básico del artículo 178 CP y el delito de violación del artículo 179 CP, se observa que, si bien tales comportamientos típicos alcanzan el umbral de humillación y vejación que es necesario para afectar también la integridad moral de las personas, lo que constituiría un área común en la que se superponen los tipos concurrentes, ambos delitos abarcan aspectos que son exclusivos de cada uno. El delito de tortura protege el trato respetuoso intersubjetivo en un marco de respeto a la condición de persona, es decir, sin humillaciones o degradaciones, mientras que la libertad sexual se ubica en la dimensión externa o social de la persona y exclusivamente referida a la libertad de obrar sexual. Cuando la víctima es torturada mediante agresiones sexuales no solamente se lesiona su integridad moral por las humillaciones que tales agresiones representan, sino que además hay un plus de desvalor que es la lesión a la libertad sexual. Este bien jurídico no es abarcado por el bien jurídico integridad moral aunque el plan del autor de la tortura sea exclusivamente la agresión sexual para forzar la declaración de la víctima. Además, el delito de tortura protege un ámbito colectivo como el correcto ejercicio de la función pública investigadora y sancionadora, ámbito que no es protegido por las agresiones sexuales.

Por lo tanto, cuando concurre el delito de tortura con un delito contra libertad sexual, el contenido de injusto de la conducta del sujeto activo no puede estar completamente abarcado ni por el delito contra la integridad moral ni por los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Esta circunstancia obliga, entonces, a estimar un concurso real en virtud de la cláusula expresa contenida en el artículo 177 CP, que impone la acumulación

material de penas, aunque limitado por medio del principio de acumulación jurídica previsto en el artículo 76 CP.

En relación con la parte final del artículo 177 CP, hay que revisar además si existe alguna figura delictiva dentro del catálogo correspondiente a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales que castigue también atentados a la integridad moral, de tal manera que no se aplique el concurso real que impone el artículo 177 CP.

El Código penal contempla una circunstancia agravante, prevista en el artículo 180.1.^a, que establece un aumento de pena para el tipo básico o para el tipo de violación, cuando la violencia o intimidación ejercidas sobre la víctima «revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio». El Tribunal Supremo, cuando ha analizado la concurrencia o no del delito previsto en el artículo 173 CP junto al delito contra la libertad sexual de la víctima, ha estimado que «es claro que la comisión del delito de agresión sexual, más aun cuando se agrava al concurrir una violencia o intimidación particularmente degradantes o vejatorias, suponen un ataque grave a la integridad moral, si bien su sanción ya viene comprendida en la que la Ley anuda al delito contra la libertad sexual con la agravación antes dicha. Para apreciar al mismo tiempo un delito del artículo 173 sería necesaria la existencia de una conducta relevante desligada de la que se entiende comprendida y ya ha sido sancionada en el delito de agresión sexual»⁷⁴⁶.

La humillación y degradación del subtipo agravado previsto en el artículo 180.1.^a CP están referidas al ejercicio de un grado de violencia que va más allá de la necesaria para la neutralización de la resistencia de la víctima, y que, en definitiva, supera la humillación o degradación que es inherente al tipo básico y a la violación⁷⁴⁷. Por lo tanto, cuando hay una violación agravada por el carácter particularmente degradante o vejatorio de la conducta, existe en sí misma una vulneración a la integridad moral lo suficientemente importante, por lo que a primera vista pareciera que la estimación conjunta del delito contra la integridad moral y el subtipo agravado constituiría un *bis in ídem*. En este mismo sentido se ha pronunciado *Muñoz Conde*, cuando dice que no cabe el concurso entre la cualificación prevista en el artículo 180.1.^a CP y el artículo 173 CP (referido exclusivamente al bien jurídico integridad moral), pues el delito contra la integridad moral «supone ya de por sí una degradación o trato vejatorio, que es lo que constituye la esencia de esta cualificación de la agresión sexual»⁷⁴⁸.

Sin embargo, estas consideraciones están referidas únicamente al aspecto o dimensión individual del bien jurídico protegido por la tortura. El subtipo agravado contra la libertad sexual no abarca la totalidad del injusto del hecho cuando el sujeto activo somete a la víctima a violencia sexual para castigarla o discriminarla, porque no alcanza el aspecto público o colectivo constituido por el correcto desempeño de la función pública que sí está presente en el delito de tortura, en la medida en que éste se comete por funcionario público

⁷⁴⁶ STS de 21 de febrero de 2007 (ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarda), FJ 7.º.

⁷⁴⁷ Cfr. STS de 16 de octubre de 2002 (ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón), FJ 5.º.

⁷⁴⁸ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 224. Asimismo, cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, «Arts. 178-183», p. 349.

abusando de su cargo. Por lo tanto, la estimación de ambas figuras típicas resulta necesaria para comprender el contenido de injusto de la acción punible, para lo cual se deben aplicar las reglas del concurso real también cuando el delito de tortura concurre con este supuesto agravado.

De esta manera, no hay dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales una figura especial que pueda evitar el concurso real del artículo 177 CP cuando concorra con el delito de tortura, porque ninguna de las conductas típicas contra la libertad e indemnidad sexuales abarca el desvalor que implica que el sujeto activo sea un obligado especial y que tal sujeto activo deba perseguir finalidades indagatorias, sancionadoras o discriminatorias.

e) La tortura y los delitos contra la vida humana independiente

El delito de tortura y el delito de homicidio pueden concurrir cuando deviene la muerte del sujeto pasivo dada la gravedad de las torturas. Asimismo, es posible que el sujeto activo ejerza una presión psicológica de tal intensidad en la víctima que la induzca al suicidio o coopere o auxilie a ello. Por último, también puede suceder que el sujeto activo, mientras ocasiona los sufrimientos físicos o la someta a determinadas condiciones o procedimientos, produzca el aborto de la víctima.

Cuando concurre un delito de tortura con un delito contra la vida hay un concurso de delitos, porque ni el delito contra la vida humana independiente ni el delito de tortura pueden abarcar por sí solos todo el desvalor que supone el hecho de que el sujeto activo torture hasta la llevar a la muerte a la víctima. Los delitos contra la vida protegen la estructura corpórea, es decir, el ser viviente sobre el cual se erige la construcción espiritual y social que es la persona; mientras que el delito contra la integridad moral protege el trato respetuoso que toda persona tiene derecho a recibir por ser portadora de libertad de autodeterminación o de voluntad autónoma, siendo este trato lesionado mediante la humillación o degradación. Si bien se puede argüir que al lesionarse al ser viviente también se lesiona, entre otros atributos, la autonomía de la persona, no por ello se debe concluir que el delito contra la vida humana independiente abarca también el injusto del delito contra la integridad moral. Las conductas del sujeto activo que son aptas para humillar o denigrar a una persona, con dolo y elementos subjetivos del tipo correspondientes, producen una lesión al bien jurídico pluriofensivo que es protegido por el delito de tortura y que no puede ser obliterada por la lesión a la vida.

En lo que respecta al delito de homicidio, cabe analizar el caso del sujeto activo que, con dolo de torturar, lleva a cabo un comportamiento que *ex ante* contiene el riesgo tanto de tortura como de muerte del sujeto pasivo y, como consecuencia de tal comportamiento, éste fallece. En tal caso habría un atentado doloso a la integridad moral y un homicidio con dolo eventual. Desde la perspectiva de la presente investigación, ninguno de los delitos concurrentes puede abarcar el contenido de injusto de la conducta típica, por lo que se no cabría un concurso de leyes, sino un concurso de delitos. Este concurso, en virtud de la clausula específica del artículo 177 CP, debe resolverse según las reglas del concurso real.

En relación con la inducción al suicidio prevista en el artículo 143.1 CP, se puede plantear el caso en que el sujeto activo, mediante presiones psicológicas, genere una depresión de tal magnitud en la víctima que surja la convicción en ella de que la única forma de alcanzar el alivio es mediante la propia muerte. En este caso hay que tomar en cuenta que la tortura, en tanto conducta que manifiesta desprecio a la condición de ser moral de una persona mediante humillaciones y vejaciones, podría afectar gravemente a las capacidades de conocimiento de quien las padece, de tal manera que el suicidio no sea un acto «libre». Es decir, no hay inducción al suicidio, sino que el sujeto activo responde por los delitos de tortura y homicidio en autoría mediata⁷⁴⁹. Ahora bien, ninguno de estos delitos conjuntamente estimables puede aprehender todo el desvalor del hecho acaecido, por lo que hay que recurrir al concurso de delitos y aplicar el tratamiento jurídico del concurso real en aplicación de lo dispuesto en el artículo 177 CP. Pero si las torturas no llegan a anular del todo la capacidad de conocimiento y voluntad de la víctima y ésta decide suicidarse en virtud de las torturas recibidas, habría que considerar dos casos: uno sería el supuesto del sujeto activo que incita directamente al suicidio como forma de tortura psicológica, y el otro sería el caso en que no hay tal incitación directa al suicidio, sino que, como secuela de las torturas y aprovechando un descuido del sujeto activo, la víctima se suicida. En el primer supuesto habría un concurso real de delitos en aplicación del artículo 177 CP entre el delito de torturas y el delito de inducción al suicidio; mientras que en el segundo supuesto no habría una inducción al suicidio al no haber una incitación directa, pero cabría castigar un homicidio imprudente que concurriría con el delito de torturas, en cuyo caso habría que estimar también un concurso real en virtud de lo previsto en el artículo 177 CP.

En lo que se refiere a la cooperación al suicidio, prevista en el artículo 143.2 CP, bien podría plantearse un caso en el que dicho delito concurra con el delito de tortura.

Por ejemplo, el sujeto activo A tortura a su víctima B con tal intensidad que ésta, sin perder la consciencia de sus actos, solicita a A que le facilite un arma letal para cometer suicidio con la finalidad de detener los tormentos. A lo hace y B se suicida.

En este supuesto tampoco cabe identificar que haya un concurso de leyes. Ninguno de las dos figuras delictivas abarca el injusto total del hecho, por lo que se debe estimar el concurso real según la clausula excepcional contenida en el artículo 177 CP, ya sea que en el caso concreto haya o una unidad o pluralidad de hechos.

Otro caso que podría ser de interés es el del funcionario policial que permanece impávido ante el exitoso intento de suicidio por parte del detenido que acababa de ser torturado por él. Si bien se discute sobre si existe posición de garantía frente a un suicida, en el caso de los funcionarios públicos encargados de interrogar o custodiar a los detenidos bien puede surgir dicha posición de garantía en virtud del actuar precedente en el marco de una situación de dependencia personal, según lo previsto en el artículo 11 CP. En

⁷⁴⁹ Cfr. FELIP I SABORIT, «El homicidio», p. 45: «Si el hecho no puede ser considerado un suicidio, por no reunir las exigencias mínimas de conocimiento y capacidad de quien lo comete, el acto de determinar a otro a causar su propia muerte constituirá un delito de homicidio o asesinato en autoría mediata».

definitiva, debido a su actuar precedente se aprecia una posición de garantía por la que responde el funcionario por el delito de cooperación al suicidio. Habría un concurso ideal de delitos porque se puede apreciar una unidad de hecho por la condición permanente del delito de tortura, que alcanza al momento de la cooperación al suicidio en comisión por omisión. Además, son necesarias ambas figuras delictivas para agotar el injusto total de la conducta. Sin embargo, la cláusula bajo estudio prevista en el artículo 177 CP determina que se sigan las reglas del concurso real de acumulación material de las penas.

Asimismo, también cabe considerar el supuesto de la cooperación ejecutiva al suicidio que se encuentra previsto en el artículo 143.3 CP. Sería el caso del funcionario policial que luego de torturar al detenido, éste pierde deseos de vivir, por lo que convence al torturador, quien en principio no desea la muerte del detenido, para que le ayude a ejecutar el suicidio. En esta circunstancia el funcionario policial no solo le facilita una soga sino que le ayuda a apretarla al cuello, asesorando sobre el tipo de nudo más adecuado para la asfixia. En este caso ninguno de los delitos concursantes abarca la totalidad del injusto del hecho y en virtud de lo señalado en el artículo 177 CP se debe apreciar un concurso real entre el delito de tortura y el de cooperación ejecutiva al suicidio.

Por último, cabe la concurrencia entre el delito de tortura y el delito de aborto. El delito de aborto se encuentra regulado en el artículo 144 CP, en el que se castiga el aborto doloso producido sin el consentimiento de la mujer, mientras que el artículo 146.1 CP regula el aborto imprudente. Cuando el sujeto activo ejecuta el comportamiento típico del delito de tortura sobre una detenida que se encuentra embarazada, puede ocurrir que él lo sepa y siga infligiendo sufrimientos físicos y mentales, o puede ocurrir que no lo sepa. Si tiene conocimiento del embarazo de su víctima y aun así la tortura, habría un concurso ideal entre el delito de tortura y el de aborto provocado, ambos dolosamente, toda vez que al someterla a procedimientos o condiciones que producen sufrimientos físicos, el sujeto activo al menos puede representarse la posibilidad de que el aborto ocurra. También habría concurso entre el delito de tortura y el delito de aborto imprudente si el sujeto activo del delito de tortura no sabe del embarazo de la detenida. Ambos concursos, que deberían ser calificados como concursos ideales en virtud de las reglas generales concursales del Código penal, deben estimarse como concursos reales por disposición del artículo 177 CP.

En lo que se refiere a la parte final del artículo 177 CP, relativa a la inaplicación del concurso real dispuesto por dicha disposición en caso de que exista otra figura delictiva contra la vida que ya contemple el atentado a la integridad moral, se observa que el artículo 139.3^a CP castiga como asesinato al que matare a otro con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor de la víctima. *Muñoz Conde* sostiene que «lo esencial de esta circunstancia en el asesinato es (...) que se aumente deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido, es decir, que se aumenten sus sufrimientos con actos de (...) torturas (...) previos a la ejecución de la muerte»⁷⁵⁰.

⁷⁵⁰ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 51.

Podría entonces decirse que cuando el sujeto activo ejecuta con especial crueldad y sadismo el atentado a la vida, también atenta contra la integridad moral de la víctima⁷⁵¹, por lo que en caso de concurrencia entre el delito de tortura y el asesinato cuando se comete con un aumento deliberado e inhumano del dolor del ofendido, éste último agotaría la totalidad del injusto del hecho, abarcando tanto la lesión a la vida humana independiente como la lesión a la integridad moral. Sin embargo, el delito de tortura protege no solamente la integridad moral, sino también el correcto ejercicio de la función pública investigadora y sancionadora, que no es abarcado por el delito de asesinato. Por lo tanto, si bien los delitos de tortura y homicidio con ensañamiento protegen la integridad moral, el delito contra la vida humana independiente no protege la impronta colectiva del bien jurídico protegido por el delito de tortura, que se desprende del sujeto activo calificado y los elementos subjetivos del tipo. Así, no se aplicaría la excepción de la parte *in fine* del artículo 177 CP y se estimaría el régimen del concurso real, toda vez que el delito de asesinato por alevosía y ensañamiento no agota todo el injusto del delito de tortura, que también abarca la dimensión colectiva del correcto desempeño de la función pública.

f) La tortura y los delitos de lesa humanidad

El Código penal recoge en el artículo 607 bis los delitos de lesa humanidad, entendidos como los ataques generalizados y sistemáticos contra una población civil por motivos discriminatorios. En la mencionada disposición penal, el legislador se ha apartado de la definición jurídico-penal de tortura prevista en el artículo 174 CP y, en su lugar, ha señalado que, en el marco de los referidos ataques que tienen una dimensión de crímenes de Estado⁷⁵², la tortura es simplemente el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos, con lo cual el legislador establece una definición más amplia e inspirada en la definición de tortura prevista en el artículo 7 del Estatuto de Roma. Ahora bien, parece evidente que la convivencia de ambas definiciones de tortura se resuelve estimando que en las situaciones de ataques generalizados y sistemáticos a la población civil, que son situaciones especiales frente a la normalidad de la vigencia de la Constitución en la sociedad democrática, debe aplicarse la definición del comentado artículo 607 bis CP. Así, en estos supuestos no son aplicables los artículos 174 y 177 CP, aun cuando el propio artículo 607 bis 2.º CP reza que la pena será impuesta «sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima». En estos «otros derechos» pareciera que no se incluye el bien jurídico integridad moral protegido por el artículo 174 CP, toda vez que su apreciación constituiría un *bis in idem*, aun cuando se trate de contextos distintos (de nuevo, una situación anormal de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen —contexto de aplicación de la tortura prevista en el artículo 607 bis 2.º CP— en oposición a la situación de vigencia de los derechos y

⁷⁵¹ Cfr. FELIP I SABORIT, «El homicidio», p. 39.

⁷⁵² Cfr. TAMARIT SUMALLA, «Artículo 607 bis», p. 2339.

libertades constitucionales —contexto de aplicación de la tortura prevista en el artículo 174 CP—).

VI.3. Conclusiones

En relación con la tentativa de delito de tortura, se sostiene que para diferenciar los actos preparatorios de los actos ejecutivos, y para evaluar cuándo el autor ejecuta parcialmente o todo el hecho típico, es necesario tomar en cuenta la perspectiva del espectador imparcial considerando el plan del autor.

Para determinar el comienzo de la ejecución del delito de tortura para todos los intervinientes se requiere la exteriorización de la infracción de deber del sujeto activo. Tal exteriorización se manifiesta mediante los actos ejecutivos del ejecutor material, ya sean de un *intraneus* o un *extraneus* utilizado por un *intraneus*, porque lo que importa es la visión global del plan del autor. Igualmente, para evaluar si se ha realizado todo o parte del comportamiento típico también se requiere tomar en cuenta los actos del ejecutor material, que condicionan la eficacia de la tentativa para aquellos intervinientes que ya hubieren realizado la totalidad de su aporte.

En el delito de tortura no es posible estimar la tentativa acabada en todos los casos. Si la conducta típica consiste en el sometimiento a condiciones o procedimientos que supongan a la víctima sufrimientos físicos o mentales, o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, cabe la posibilidad de que se configure una tentativa acabada. En cambio, si las mencionadas condiciones o procedimientos suponen un atentado a la integridad moral diferente de los mencionados, no cabe tal posibilidad porque la ejecución total de esta conducta típica se confunde con la consumación del delito.

Asimismo, es posible estimar en el *iter criminis* del delito de tortura el desistimiento voluntario, excepto el desistimiento activo en los supuestos de sometimiento a condiciones o procedimientos que supongan a la víctima atentados a la integridad moral manifestados en humillaciones y vejaciones, porque en estos casos no cabe la tentativa acabada.

En relación con las relaciones concursales entre el delito de tortura y los delitos que protegen a la vida, la integridad física, la salud, la libertad sexual o los bienes de la víctima o de un tercero, el Código penal establece una regla, según la cual cuando ningún delito abarca todo el contenido de injusto del hecho se debe estimar un concurso real de delito. De esta manera, el legislador ha optado por excluir en todo caso la estimación de un concurso ideal o medial con los mencionados delitos, independientemente de si hay una unidad o una pluralidad de hechos. Se destaca que dicho concurso real se aprecia especialmente cuando el delito de tortura con el delito de lesiones y los delitos que lesionan la vida humana independiente y la libertad sexual.

Por último, se ha señalado que mientras es posible identificar supuestos en los que uno o varios hechos, subsumibles en varios delitos, solo pueden ser abarcados por el delito de tortura, no ocurre lo mismo en sentido contrario. Es decir, el delito de tortura nunca queda desplazado cuando concurre con otro precepto penal, excepto en el contexto de ataques

generalizados y sistemáticos contra la población civil por motivos discriminatorios, en cuyo caso se aplica la figura delictiva de lesa humanidad —artículo 607 CP—, y cuando el hecho es parte de un conflicto armado y el delito de tortura se considera un crimen de guerra, porque deberá preferirse la aplicación del delito previsto en el artículo 609 CP.

CONCLUSIONES GENERALES

Una vez finalizada la presente investigación sobre el delito de tortura previsto en el artículo 174 CP, se resumen las conclusiones a las que se ha llegado:

1. El delito de tortura tiene raigambre constitucional, porque en el texto de la Constitución se reconoce a la integridad moral como derecho fundamental, cuyo núcleo duro se encuentra conformado por la prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. Dicho derecho implica obligaciones negativas y positivas dirigidas tanto al legislador como a las Administraciones pública y de justicia. El delito de tortura es una de las protecciones previstas por el legislador⁷⁵³.

2. El delito de tortura es un delito pluriofensivo que lesiona dos bienes jurídicos. Por un lado, el delito de tortura afecta a la integridad moral, entendida como el interés que toda persona tiene en recibir de los demás un trato mínimo que sea respetuoso con su condición de persona por constituir un ser moral. Por otro lado, el delito de tortura afecta al correcto ejercicio de la función pública investigadora y sancionadora, porque la Administración, tanto pública como de justicia, debe desarrollar tales actividades respetando el marco constitucional y legal, y los ciudadanos deben contar con la seguridad de que la actividad investigadora y sancionadora de la Administración no va a afectar indebidamente la integridad moral de las personas⁷⁵⁴.

Ambos bienes jurídicos son muy importantes como guía interpretativa del tipo de tortura, no solamente porque determinan las diferencias con otros bienes jurídico-penales personales semejantes, sino porque también ayudan a entender el alcance de la naturaleza de la conducta típica, delimitan el ámbito de los sujetos susceptibles de ser autores y permiten configurar el delito de tortura como un delito de infracción de deber.

3. En cuanto a la delimitación de los autores del delito de tortura se ha concluido que, tomando en cuenta el bien jurídico colectivo protegido y las finalidades que deben ser perseguidas en el momento de la comisión de tipo objetivo, los únicos que pueden ser sujetos activos del delito de tortura son los funcionarios públicos que tienen competencia en materia de investigación y sanción en los ámbitos administrativo y judicial, así como los funcionarios de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores, ya sean éstos funcionarios adscritos a la Administración o empleados de empresas privadas que han concertado con la Administración la prestación del servicio⁷⁵⁵.

Estos agentes pueden ser autores del delito de tortura incluso en casos de incompetencia relativa, es decir, cuando no son competentes por no estar formalmente asignados a la tramitación de la investigación y sanción de la concreta víctima o cuando no son competentes por el territorio siempre que el hecho sea percibido como una actuación del

⁷⁵³ Cfr. *supra* capítulo I, subtítulo I.1., apartado A).

⁷⁵⁴ Cfr. *supra* capítulo I, subtítulo I.2., apartados B) y C).

⁷⁵⁵ Cfr. *supra* capítulo II, subtítulo II.2., apartado A).

aparato de Estado. Asimismo, también son autores del delito de tortura los funcionarios públicos competentes en materia de investigación y sanción, ya sea judicial o administrativa, que actúan en cuerpos parapoliciales o paramilitares⁷⁵⁶.

De forma más particularizada aún, los posibles autores del delito de tortura son⁷⁵⁷:

a) Los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, del Servicio de Vigilancia Aduanera y de los servicios de inteligencia del Estado, con exclusión de los vigilantes de compañías de seguridad privada, que no son funcionarios públicos.

b) Los fiscales, civiles y militares.

c) Los jueces penales, civiles y militares.

d) Los funcionarios y empleados de instituciones penitenciarias y de los centros de protección o corrección de menores, públicos y privados por delegación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 174.2 CP.

e) Los médicos forenses.

f) Los docentes y personal administrativo de los centros de enseñanza pública.

g) Cualquier funcionario público que tenga competencia para instruir o decidir los procedimientos disciplinarios o administrativo-sancionadores, dentro de los cuales se hallan los funcionarios de centros de internamiento de extranjeros pendientes de expulsión.

4. En lo que respecta a la clase de tipo que constituye el delito de tortura, según las modalidades de la acción, dicho delito es de mera actividad que consiste en el sometimiento a condiciones o procedimientos que, por sus circunstancias, suponen sufrimientos físicos o mentales; menoscabos en las facultades cognitivas, volitivas y decisorias, y que de cualquier otro modo atenten contra la integridad moral de la víctima. Para el perfeccionamiento del delito de tortura no se requiere resultado material alguno separable de la conducta típica ni en el tiempo ni en el espacio, pues se trata de un delito de aptitud de una determinada conducta para dañar los bienes jurídicos protegidos. Así, el delito de tortura consiste en dispensar a alguien un determinado trato con ciertas finalidades. Por otra parte, el delito bajo estudio es un delito en el que se requiere la lesión del bien jurídico tutelado; es un delito permanente porque su consumación puede extenderse en el tiempo hasta que se abandona la situación antijurídica; y es un delito que se puede cometer en comisión por omisión⁷⁵⁸.

El tipo objetivo del delito de tortura es complejo, porque requiere que el sujeto activo, ya sea por acción u omisión, obligue al sujeto pasivo a padecer (someter) una serie de actuaciones entrelazadas entre sí (condiciones o procedimientos)⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶ Cfr. *supra* capítulo II, subtítulo II.2., apartado A), a) y ss.

⁷⁵⁷ Cfr. *supra* capítulo II, subtítulo II.2., apartado B).

⁷⁵⁸ Cfr. *supra* capítulo III, subtítulo III.1., apartado A) y ss.

⁷⁵⁹ Cfr. *supra* capítulo III, subtítulo III.2., apartado A), a).

Las condiciones o procedimientos deben tener una naturaleza de indefensión y dominación. La naturaleza del delito de tortura es el factor que diferencia esta conducta típica de las lesiones, amenazas o coerciones causadas por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, la tortura no es una forma agravada de maltrato, sino que tiene una naturaleza propia independiente de la gravedad de la violencia ejercida por el sujeto activo. Resulta necesario tomar en cuenta, para estimar el estado de indefensión y dominación, la duración y otras circunstancias, por ejemplo, el lugar de comisión, la edad, el sexo, el estado de salud y las creencias religiosas⁷⁶⁰.

Las condiciones o procedimientos de indefensión y dominación deben ser idóneos (es decir, no es necesario que haya un resultado material) para suponer a la víctima, sufrimiento físico o mental; supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o atentados a la integridad moral de cualquier otro modo⁷⁶¹.

Los sufrimientos físicos y mentales son una modalidad o forma particular de los atentados a la integridad moral. Las condiciones o procedimientos de indefensión y dominación deben ser concretamente idóneos para suponer los sufrimientos mencionados, es decir, la apreciación debe hacerse desde una perspectiva *ex ante* tomando en cuenta las condiciones personales de la víctima⁷⁶².

Las supresiones o disminuciones de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión son otra modalidad o forma particular de los atentados a la integridad moral. Asimismo, las condiciones o procedimientos de indefensión y dominación deben ser concretamente idóneos para suponer las supresiones o menoscabos mencionados, es decir, la apreciación debe hacerse desde una perspectiva *ex ante* tomando en cuenta las condiciones personales de la víctima⁷⁶³.

Los atentados a la integridad moral son la modalidad genérica de afectación al bien jurídico y se refieren a las humillaciones o degradaciones que puede sufrir la víctima. En esta modalidad de conducta, las condiciones o procedimientos de indefensión y dominación deben ser generalmente idóneos para atentar contra la integridad moral, es decir, la apreciación debe hacerse desde una perspectiva *ex ante* sin tomar en cuenta las condiciones personales de la víctima, o en otras palabras, hay que tomar en cuenta a la víctima como si fuera la humanidad en general, no una persona en particular⁷⁶⁴.

Para evaluar la gravedad del atentado a la integridad moral, lo que repercute en la cantidad de pena a imponer, se debe considerar si la conducta típica produce un resultado material en la víctima. Así, si bien se defiende que el resultado material no es necesario para

⁷⁶⁰ Cfr. *supra* capítulo III, subtítulo III.2., apartado A), b).

⁷⁶¹ Cfr. *supra* capítulo III, subtítulo III.2., apartado A), c).

⁷⁶² Cfr. *supra* capítulo III, subtítulo III.2., apartado A), c) c.1. y d).

⁷⁶³ Cfr. *supra* capítulo III, subtítulo III.2., apartado A), c) c.2. y d).

⁷⁶⁴ Cfr. *supra* capítulo III, subtítulo III.2., apartado A), c) c.3. y d).

que se perfeccione el delito de tortura, resulta de utilidad su eventual acaecimiento para que el juez evalúe la gravedad de la conducta típica en la sentencia⁷⁶⁵.

Por otra parte, el tipo objetivo exige que el comportamiento típico se realice con abuso del cargo, lo cual significa que el sujeto activo debe excederse de las funciones propias de su cargo público, o que el sujeto aún ejerciendo las funciones propias de su cargo público, las desempeñe de forma ilícita por los medios empleados. Asimismo, la necesidad de que la conducta típica se realice con «abuso del cargo» no implica que haya espacio para el riesgo permitido en el delito de tortura, sino que simplemente se refuerza la idea de la necesidad de que los hechos se lleven a cabo en el desempeño de las funciones propias del cargo. Por consiguiente, para evitar confusiones hubiera sido preferible incorporar, en el tipo bajo estudio, «en el ejercicio de sus funciones» en lugar de la expresión «abuso del cargo»⁷⁶⁶.

5. La tortura es un delito doloso en el que se requiere que el agente conozca concretamente que su conducta es capaz de realizar el tipo objetivo. El delito de tortura no admite ni imprudencia ni dolo eventual. En tanto delito doloso, se requiere que el sujeto activo tenga conocimiento de los elementos descriptivos y normativos (jurídicos y sociales) del tipo objetivo. De tal manera que para la configuración del mencionado delito, resulta necesario que el agente tenga los siguientes conocimientos⁷⁶⁷:

a) Elementos descriptivos:

Conocimiento de que la conducta es apta para causar algún tipo de sufrimiento físico o mental a la víctima.

Conocimiento de que la conducta es apta para causar algún tipo de supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión de la víctima.

b) Elementos normativos jurídicos:

Conocimiento de la condición de autoridad o funcionario público.

Conocimiento de que actúa en abuso del cargo.

c) Elementos normativos sociales:

Conocimiento de que la conducta es apta para atentar contra la integridad moral de la víctima.

Conocimiento de que la conducta tiene una gravedad determinada.

Los errores sobre todos los elementos descriptivos, que son errores de tipo, son de difícil configuración en la práctica dada la naturaleza compleja de la conducta típica. El sujeto activo debe realizar una serie de conductas idóneas para dominar al sujeto pasivo, las cuales han de suponer para éste sufrimientos físicos y/o mentales, o la supresión o disminución

⁷⁶⁵ Cfr. *supra* capítulo III, subtítulo III.2., apartado B).

⁷⁶⁶ Cfr. *supra* capítulo III, subtítulo III.2., apartado C).

⁷⁶⁷ Cfr. *supra* capítulo IV, subtítulo IV.1.

de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión. Todas estas situaciones son fácilmente aprehensibles por los sentidos⁷⁶⁸.

Los errores sobre los elementos normativos sociales también son de tipo, cuya estimación es, igualmente, muy difícil dado que la conducta típica requiere una intencionalidad incompatible con la alegación del desconocimiento. La valoración en la esfera del profano de categorías como «integridad moral» y «gravedad» hace que en la práctica resulte casi inapreciable un error de tipo⁷⁶⁹.

En relación con el error sobre la condición de autoridad o funcionario público con competencia en materia de investigación o castigo, se sostiene que es un error de tipo, porque recae sobre un aspecto que define el hecho, aunque un interviniente difícilmente podría alegar desconocimiento sobre su condición de autoridad o funcionario público, porque para acreditar el dolo solamente basta con el conocimiento de las circunstancias que fundamentan materialmente la cualidad de funcionario, con una valoración paralela en la esfera del profano. Por lo tanto, el sujeto activo incurre en un error de subsunción o de interpretación que deja incólume el dolo típico⁷⁷⁰.

En lo que respecta al abuso del cargo, se sostiene que es un elemento de valoración global del hecho, por lo que en el supuesto del sujeto activo que desconoce que actúa con abuso del cargo porque cree que sus competencias le permiten desarrollar la conducta típica hay un error de prohibición porque afecta la valoración del conjunto que incluye el juicio de antijuridicidad. Pero en el supuesto en que el sujeto activo desconoce que actúa con abuso del cargo porque de hecho cree actuar fuera del ejercicio del cargo en un caso de incompetencia relativa (funcional o territorial), sería un error sobre la parte fáctica de la valoración global del hecho que constituye el abuso de poder, *ergo*, un error de tipo. También, en este último caso, se estaría frente a un error de subsunción, porque la valoración en la esfera del profano deja muy poco espacio para el error del sujeto activo, que al ostentar una función pública puede serle exigido un conocimiento más exacto de la situación⁷⁷¹.

6. El delito de tortura incluye otros elementos subjetivos adicionales que son imprescindibles para la configuración total del tipo. Estos elementos subjetivos son los que permiten diferenciar el delito de tortura de cualquier otro maltrato leve o grave a la integridad física o moral llevado a cabo por un funcionario público contra una persona en abuso de su cargo. Es decir, los elementos subjetivos del tipo de tortura convierten este delito en especial respecto del delito previsto en el artículo 175 CP, porque aun cuando comparte con él todos los elementos del tipo objetivo, en el tipo subjetivo del delito de tortura se exigen determinados elementos subjetivos. El tipo de tortura previsto en el

⁷⁶⁸ Cfr. *supra* capítulo IV, subtítulo IV.1., apartado A).

⁷⁶⁹ Cfr. *supra* capítulo IV, subtítulo IV.1., apartado B), b).

⁷⁷⁰ Cfr. *supra* capítulo IV, subtítulo IV.1., apartado B), a).

⁷⁷¹ Cfr. *supra* capítulo IV, subtítulo IV.1., apartado B), a).

Código penal prevé taxativamente cuatro elementos subjetivos: obtener una confesión, obtener una información, propinar un castigo y discriminar⁷⁷².

En cuanto a la pretensión de obtener una confesión, en tanto elemento subjetivo del tipo de tortura, el agente debe procurar obtener por parte de la víctima una declaración autoinculpatoria de reconocimiento de hechos, ya sea verdadera o inexacta. Los hechos que la víctima debe confesar pueden ser tanto la comisión de un delito, falta o infracción administrativa como su participación en alguna actividad u organización que el Estado considere como una amenaza para su seguridad o estabilidad⁷⁷³.

En cuanto a la obtención de información, el sujeto activo debe procurar que la víctima, ya sea la investigada o una tercera persona, aporte información sobre hechos relativos a la comisión de alguna infracción penal o administrativa, o que se vincule a actividades políticas u organizaciones que amenacen la seguridad o estabilidad del Estado. No es necesario, para que se configure la tortura indagatoria, que el interrogatorio se lleve a cabo coetáneamente al sometimiento a condiciones o procedimientos que atenten contra la integridad moral de la víctima. Por último, en la tortura indagatoria se incluye tanto la búsqueda de información verdadera como falsa de la víctima⁷⁷⁴.

En lo que respecta al castigo como finalidad de la tortura, el sujeto agente ha de perseguir una represalia, desquite o venganza por algo que atribuye a la víctima, ya sea con certeza o ya sea mediante una mera sospecha, aun infundada. El desquite o represalia que ejecuta el autor debe estar motivado por hechos de la víctima que constituyan infracciones penales o administrativas, o que sean consideradas una amenaza para la seguridad o estabilidad del Estado. Por lo tanto, cuando el Tribunal Supremo condena como tortura hechos cometidos con fines privados por ejercer venganzas personales, o por ejercer la víctima alguna facultad legal, o por mera agresividad, aplica la norma solamente haciendo referencia al bien jurídico individual integridad moral, pero se olvida de la dimensión colectiva que también protege el delito bajo estudio, relacionada con el correcto ejercicio de la función pública en sus vertientes investigadora y sancionadora⁷⁷⁵. Es decir, los castigos con motivaciones privadas no lesionan las vertientes investigadoras y sancionadoras de la función pública, porque la dimensión colectiva protegida por el delito de tortura no se manifiesta exclusivamente por la condición de autoridad o funcionario público del sujeto activo, sino que también por la naturaleza del comportamiento y sus finalidades.

En cuanto a la finalidad discriminatoria, se critica su incorporación en el elenco de finalidades típicas porque puede suponer una ampliación sin límites de los funcionarios públicos susceptibles de ser sujeto activo del delito bajo estudio: todos los funcionarios públicos están obligados a no discriminar y no solamente los competentes en materia de investigación y sanción. Además, la apertura a finalidades distintas a las clásicas del delito

⁷⁷² Cfr. *supra* capítulo IV, subtítulo IV.2.

⁷⁷³ Cfr. *supra* capítulo IV, subtítulo IV.2., apartado B), a).

⁷⁷⁴ Cfr. *supra* capítulo IV, subtítulo IV.2., apartado B), b).

⁷⁷⁵ Cfr. *supra* capítulo IV, subtítulo IV.2., apartado B), c).

de tortura, a saber, la investigación y el castigo, abre una espina de difícil justificación: si se castigan como tortura las humillaciones provocadas por las características de la víctima, ¿por qué dejar por fuera otras motivaciones, como el mero sadismo del agente, por ejemplo? Para darle un límite a la finalidad discriminatoria, se resalta que esta clase de tortura debe ser castigada cuando se realice por los mismos sujetos de la tortura indagatoria y punitiva. Asimismo, se pone en evidencia la diferencia de la tortura discriminatoria frente a las otras finalidades de tortura: la tortura discriminatoria se realiza porque la víctima posee alguna característica determinada, es decir, por lo que el sujeto pasivo *es*; a diferencia de la tortura punitiva que se realiza por lo que el sujeto pasivo *hizo* y de la tortura indagatoria que se realiza por lo que el sujeto pasivo *tiene*. En relación con los motivos de discriminación que generan la tortura discriminatoria, se observa que aunque el legislador no haya formulado un listado que delimite la conducta, el intérprete puede fijarse en lo previsto en los artículos 14 CE, 607 bis CP y 14 CEDH en los que se mencionan el nacimiento, la raza, el sexo, la etnia, la cultura, el género, la discapacidad, la religión, la opinión, el color, la lengua, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna y cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Aunque se trata de una lista enunciativa, puede servir como guía de orientación y pauta de interpretación⁷⁷⁶.

7. El delito de tortura es un delito de infracción de deber. El funcionario público competente en materia de investigación y sanción tiene el deber especial de procurar que durante las investigaciones penales y administrativas, así como durante la imposición y ejecución de las sanciones correspondientes, los ciudadanos se vean libres de atentados a la integridad moral ya sea que provengan de él mismo o de cualquier otra persona. La consecuencia fundamental de esta afirmación es que no tiene relevancia alguna el *quantum* del aporte del sujeto activo a la conducta típica, puesto que siempre será autor del delito de tortura aunque tal aporte sea equivalente a una simple complicidad en los delitos de responsabilidad por la propia organización⁷⁷⁷. Ello tiene consecuencias en la coautoría, en los casos en los que el obligado especial actúa a través de otro y en los casos de participación delictiva.

8. En cuanto a las ejecuciones conjuntas entre dos o más sujetos susceptibles de ser autores del delito en estudio (*intrañei*) cuando intervienen como figuras centrales del suceso que ejecutan un plan compartido (actuando u omitiendo), se concluye que no cabe hablar de coautorías porque las obligaciones especiales de los intervinientes implican una vinculación inmediata y autónoma respecto del bien jurídico independientemente de la actuación de los demás intervinientes. En estos casos resulta más conveniente estimar que entre los intervinientes *intrañei* hay autorías paralelas o accesorias o individuales concurrentes⁷⁷⁸.

⁷⁷⁶ Cfr. *supra* capítulo IV, subtítulo IV.2., apartado B), d).

⁷⁷⁷ Cfr. *supra* capítulo V, subtítulo V.1.

⁷⁷⁸ Cfr. *supra* capítulo V, subtítulo V.2., apartado A) 1.

Tampoco es posible la coautoría cuando el hecho principal le pertenece a un *intraneus* y a un *extraneus*. El *intraneus*, al infringir su deber se convierte en autor del delito de tortura previsto en el artículo 174 del CP, mientras que el *extraneus* debe responder como autor por el delito común correspondiente previsto en el artículo 173 CP. Así, este *extraneus* no puede ser autor del delito de tortura ni tampoco puede, en este supuesto, ser partícipe del delito de tortura de otro porque su aporte al hecho es de autoría (el *extraneus* se organiza como autor, no como partícipe)⁷⁷⁹.

Cuando concurren dos *intranei* y uno de ellos interviene sin el dolo requerido, solo responderá como autor el *intraneus* que interviene con dolo; si dos *intranei* coejecutan como autores el delito de tortura, pero uno de ellos no participa de los elementos subjetivos del tipo, solamente responderá como autor del delito de tortura el *intraneus* que persigue las finalidades del delito en cuestión, mientras que el *intraneus* doloso que actúa sin las finalidades típicas responderá como autor del delito previsto en el artículo 175 del CP; cuando concurren un *intraneus* con dolo de tortura y un *extraneus* sin tal dolo, solo responderá como autor del delito de tortura el *intraneus*; y cuando concurren un *extraneus* con dolo de tortura y un *intraneus* sin tal dolo, el *extraneus* responderá como autor del delito común subyacente⁷⁸⁰.

9. Tampoco es posible admitir la figura de la autoría mediata en el delito de tortura, porque el deber positivo del obligado especial para el mantenimiento y protección del bien jurídico es directo o inmediato incluso cuando éste no organice o domine el riesgo. Considerando que el delito de tortura es de mera actividad, el legislador estableció una regla de atribución de responsabilidad en el artículo 176 CP para que el *intraneus* responda como autor en los casos en que solamente tolere que otro u otros ejecuten materialmente el hecho típico⁷⁸¹.

No obstante, en el caso del delito de tortura, existe una situación en la que los *intranei* responden como partícipes: cuando el obligado especial que ejecuta materialmente el hecho típico tiene dolo y tiene conocimiento de que lo hace persiguiendo alguna de las finalidades típicas, pero que no son propias de él sino que son ajenas (del *intraneus* que omite ubicado detrás). En tal circunstancia no es la figura central del suceso sino que participa en un hecho ajeno, convirtiéndose así en un cooperador necesario⁷⁸².

Solamente se puede estimar una autoría mediata cuando es el *extraneus* el sujeto que instrumentaliza a un sujeto *intraneus* que, engañado o coaccionado, ejecuta materialmente el hecho. En este supuesto el *extraneus* responde como autor mediato del delito común subyacente, porque cuando domina la voluntad de otro es la figura central del suceso,

⁷⁷⁹ Cfr. *supra* capítulo V, subtítulo V.2., apartado A) 3.

⁷⁸⁰ Cfr. *supra* capítulo V, subtítulo V.2., apartado A) 2 y 4.

⁷⁸¹ Cfr. *supra* capítulo V, subtítulo V.2., apartado B) a) 1 y 2.

⁷⁸² Cfr. *supra* capítulo V, subtítulo V.2., apartado B), b) 1.1.1.

mientras que el coaccionado o engañado es un mero instrumento que realiza una intervención secundaria⁷⁸³.

10. En cuanto a la participación de *extranei* en el delito de tortura, se sostiene que aun cuando éstos no pueden ser autores, sí pueden participar como inductores, cooperadores necesarios o como cómplices de tal delito de infracción de deber. En efecto, la conducta del partícipe tiene un contenido de injusto propio (lesión el deber de no determinar ni ayudar al *intranens* a infringir su deber) que es diferente del que le corresponde al autor, lo que significa que el partícipe no responde por lo realizado por el autor. Además, el artículo 65.3 CP permite la punibilidad del *extraneus* en los delitos de infracción de deber⁷⁸⁴.

Asimismo, los *extranei* pueden ser castigados como partícipes del delito de tortura cuando sobre el *intranens* que ejecuta materialmente recae un error de tipo, porque el elemento distintivo fundamental entre la autoría y participación es el deber, lo que posibilita la participación en hechos principales no dolosos⁷⁸⁵.

En lo que se refiere al título de imputación del partícipe *extraneus*, éste debe responder a partir de la punibilidad del delito cometido por el autor *intranens* del delito de tortura, toda vez que el contenido de injusto del delito de tortura también influye en la responsabilidad del partícipe, lo cual se encuentra recogido en el artículo 65.3 CP⁷⁸⁶. Sin embargo, al partícipe *extraneus* le debería corresponder una pena menor a la que le correspondería si fuese *intranens*, pues no es portador del deber positivo que se encuentra en el núcleo del injusto⁷⁸⁷.

Por otra parte, aunque el artículo 65.3 CP no se refiera expresamente a los cómplices *extranei*, éstos merecen una doble aminoración de pena respecto de los autores, ya sea por la aplicación analógica *in bonam partem* de lo dispuesto en el artículo 65.3 CP, o por la aplicación de la circunstancia analógica prevista en el artículo 21.6.^a CP (por carecer del deber especial, es decir, por ser *extraneus*) y la aplicación concurrente de lo previsto en el artículo 63 CP (por participar con un menor *quantum* respecto de los inductores y cooperadores necesarios)⁷⁸⁸.

11. En lo que respecta a las formas imperfectas de realización de la conducta típica, se sostiene que el delito de tortura admite la tentativa inacabada y la acabada. Para determinar el límite entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos lo relevante es tomar en cuenta el plan global del autor bajo un prisma objetivo, es decir, evaluándolo *ex ante* desde la perspectiva de un observador imparcial atendiendo al caso concreto.

⁷⁸³ Cfr. *supra* capítulo V, subtítulo V.2., apartado B) a) 3.

⁷⁸⁴ Cfr. *supra* capítulo V, subtítulo V.2., apartado C).

⁷⁸⁵ Cfr. *supra* capítulo V, subtítulo V.2., apartado C), b).

⁷⁸⁶ Cfr. *supra* capítulo V, subtítulo V.2., apartado C), a).

⁷⁸⁷ Cfr. *supra* capítulo V, subtítulo V.2., apartado C), c).

⁷⁸⁸ Cfr. *supra* capítulo V, subtítulo V.2., apartado C), d).

En el delito de tortura se requiere, para que pueda estimarse un comienzo de ejecución del *iter criminis*, que la infracción del deber se exteriorice mediante un comportamiento (activo u omisivo), es decir, se requiere que haya una puesta en peligro del bien jurídico para que la infracción de deber genere efectos jurídico-penales. Ello implica, además, que en los casos en los que intervengan dos o más sujetos y, según el plan global, un *intraeus* no ejecuta materialmente el hecho, se considera que dicho plan comienza a ejecutarse para todos cuando el ejecutor material da inicio al comportamiento típico con el que se exterioriza el plan de acción, es decir, el *intraeus* comienza a infringir su deber cuando el instrumento comienza a ejecutar el hecho⁷⁸⁹.

En relación con la tortura inacabada, se estima que el punto de vista que ha de considerarse para evaluar que el autor ejecutó parcialmente o todo el hecho típico es el del espectador imparcial tomando en consideración el plan del autor⁷⁹⁰. En estos casos también debe observarse lo que hagan todos los intervinientes en virtud del plan global de realización del hecho, es decir, la conducta de los ejecutores inmediatos es relevante para determinar si se ha realizado todo o parte del comportamiento típico⁷⁹¹.

En relación con la tentativa acabada, se observa que cabe hacer una distinción en virtud de las idoneidades necesarias para ejecutar las diferentes modalidades de consumación. Si la conducta típica consiste en someter a condiciones o procedimientos (de indefensión y dominación) que supongan a la víctima sufrimientos físicos o mentales, o disminución de facultades cognitivas, volitivas o decisorias, se pueden presentar situaciones en las que haya un ámbito temporal entre la ejecución total de la conducta típica y la consumación del delito que puede dar lugar a una tentativa acabada; mientras que si la conducta típica consiste en someter a condiciones o procedimientos (de indefensión y dominación) que supongan a la víctima atentados a la integridad moral, es decir, humillaciones o degradaciones, la ejecución total de esta conducta se confunde con la consumación, por lo que no se estima posible, en estos supuestos, la tentativa acabada⁷⁹².

12. Por otra parte, y tomando en consideración el plan del autor, es posible que el sujeto activo se beneficie del desistimiento voluntario en casos de tentativa acabada e inacabada, excepto en los casos en los que la conducta típica suponga para la víctima humillaciones y vejaciones, porque en estos supuestos se consuma el injusto con la ejecución total del comportamiento, por lo tanto, no cabe en estos casos el desistimiento activo⁷⁹³. Asimismo, son perfectamente punibles los supuestos de tentativa inidónea de tortura, salvo que la conducta del *intraeus*, desde una perspectiva *ex ante* por parte de un observador imparcial, sea estimada como insuficientemente peligrosa para el bien jurídico, porque se configuraría solamente un caso de tentativa irreal impune.

⁷⁸⁹ Cfr. *supra* capítulo VI, subtítulo VI.1., apartado B), a).

⁷⁹⁰ Cfr. *supra* capítulo VI, subtítulo VI.1., apartado B), b).

⁷⁹¹ Cfr. *supra* capítulo VI, subtítulo VI.1., apartado B), b).

⁷⁹² Cfr. *supra* capítulo VI, subtítulo VI.1., apartado B), b).

⁷⁹³ Cfr. *supra* capítulo VI, subtítulo VI.1., apartado C).

13. Las reglas generales de los concursos de delitos no pueden ser aplicadas libremente cuando uno de los delitos involucrados es el delito de tortura, porque el artículo 177 CP establece una regla concursal especial según la cual cuando se requiere la estimación de más de un delito para abarcar la totalidad del injusto del hecho y el delito concurrente con el de tortura lesiona la vida, la integridad física, la salud, la libertad sexual o los bienes de la víctima o de un tercero (es decir, la libertad y el honor en la presente investigación), deben aplicarse las reglas relativas al concurso real, independientemente de que haya una unidad o pluralidad de hechos. De esta manera se excluye la posibilidad de aplicar el concurso ideal y medial⁷⁹⁴.

Se ha constatado que dicho concurso real, impuesto por el mencionado artículo 177 CP, se aplica cuando el delito de tortura concurre con el delito de lesiones y con los delitos contra la vida humana independiente y la libertad sexual. En cambio, cuando el delito de tortura abarque por sí solo el desvalor del hecho o hechos concurrentes, o el otro delito concurrente es el que abarca por sí solo todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes, se aplican las reglas del concurso de leyes para evitar un *bis in idem*. Sin embargo, si se toma en cuenta que los delitos concurrentes con el delito de tortura no comprenden la parte del injusto del relativo a los elementos subjetivos del tipo y al bien jurídico-penal colectivo protegido, no hay delito que, en concurso de leyes con el delito bajo estudio, logre abarcar la totalidad del injusto del hecho, salvo que estos hechos se realicen en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella (artículo 607 bis CP —delito de lesa humanidad—) o cuando se realizan en el contexto de un conflicto armado (artículo 609 CP —delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado—), supuestos en los que el delito de tortura previsto en el artículo 174 CP queda desplazado por el principio de especialidad⁷⁹⁵.

⁷⁹⁴ Cfr. *supra* capítulo VI, subtítulo VI.2., apartado B).

⁷⁹⁵ Cfr. *supra* capítulo VI, subtítulo VI.2., apartado B), a) y ss.

JURISPRUDENCIA CITADA

Jurisprudencia de tribunales internacionales

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Irlanda v. Reino Unido, n.º 5310/ 71, 18 de enero de 1978.
- Campbell y Cosans v. Reino Unido, n.º 7511/76 y 774376, 25 de febrero de 1982.
- Costello-Roberts v. Reino Unido, n.º 13134/87, 25 de marzo de 1993.
- Aksoy v. Turquía, n.º 21987/93, 18 de diciembre de 1996.
- Aydin v. Turquía, n.º 23178/94, 25 de septiembre de 1997.
- Selçuk y Asker v. Turquía, n.º 23184/94 y 23185/94, de 24 de abril de 1998.
- Tekin v. Turquía, n.º 22496/93, de 9 de junio de 1998.
- Selmouni v. Francia, n.º 25803/94, 28 de julio de 1999.
- Salman v. Turquía, n.º 21986/93, 27 de junio de 2000.
- Dikme v. Turquía, n.º 20869/92, 1.º de julio de 2000.
- Egmez v. Chipre, n.º 30873/96, 21 de diciembre de 2000.
- Keenan v. Reino Unido, n.º 27229/95, 3 de abril de 2001.
- Denizci y otros v. Chipre, n.º 25316-25321/94 y 27207/95, 23 de mayo de 2001.
- Gäfgen v. Alemania, n.º 22978/05, 1.º de junio de 2010.
- Carabulea v. Rumania, n.º 45661/99, 13 de julio de 2010.

Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

- Fiscal v. Anto Furundzija, n.º IT-95-17/1 [1998], 10 de diciembre de 1998.
- Fiscal v. Zoran Kupreski, n.º IT-95-16-T, 14 d enero de 2000.
- Fiscal v. Dragoljub Kunarab, Radomir Kovac y Zoran Vukovic, n.º IT-96-23-T y T-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001.
- Fiscal v. Miroslav Kvočka, n.º IT-98-30/1-T, 2 de noviembre de 2001.
- Fiscal v. Milorad Krnojelac, n.º IT-97-25-T, 15 de marzo de 2002.

Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- Fiscal v. Jean-Paul Akayesu, n.º ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998.

Fiscal v. Alfred Musema, n.º ICTR-96-13-A, 27 de enero de 2000.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Maritza Urrutia v. Guatemala, 27 de noviembre de 2003.

Jurisprudencia de tribunales nacionales

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

STC (Sala Primera) núm. 2/1981, de 30 enero de 1981 (ponente Manuel Díez de Velasco Vallejo). (RTC 1981\2).

STC (Pleno) núm. 11/1981, de 8 de abril de 1981 (ponente Luis Díez-Picazo y Ponce de León). (RTC 1981\11).

STC núm. 62/1982, de 15 octubre de 1982 (ponente Rafael Gómez-Ferrer Morant). (RTC 1982\62).

STC (Pleno) núm. 53/1985, de 11 de abril de 1985 (ponentes Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant). (RTC 1985\53).

STC (Sala Primera) núm. 2/1987, de 21 de enero de 1987 (ponente Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer). (RTC 1987\2).

STC (Sala Segunda) núm. 65/1986, de 22 de mayo de 1986 (ponente Angel Latorre Segura). (RTC 1986\65).

STC (Sala Primera) núm. 2/1987, de 21 de enero de 1987 (ponente Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer). (RTC 1987\2).

STC (Sala Primera) núm. 89/1987, de 3 de junio de 1987 (ponente Francisco Rubio Llorente). (RTC 1987\89).

STC (Pleno) núm. 120/1990, de 27 de junio de 1990 (ponentes Fernando García-Mon y González Regueral, Eugenio Díaz Eimil y Vicente Gimeno Sendra). (RTC 1990\120).

STC (Pleno) núm. 137/1990, de 19 de julio de 1990 (ponente Jesús Leguina Villa, José Luis de los Mozos y de los Mozos, Vicente Gimeno Sendra). (RTC 1990\137).

STC (Sala Segunda), núm. 234/1991, de 10 diciembre de 1991 (ponente Francisco Rubio Llorente). (RTC 1991\234).

STC (Sala Segunda) núm. 57/1994, de 28 de febrero de 1994 (ponente Julio Diego González Campo). (RTC 1994\57).

STC (Pleno) núm. 215/1994 de 14 de julio de 1994 (ponente Fernando García-Mon y González Regueral). (RTC 1994\215).

- STC (Sala Segunda) núm. 35/1996, de 11 de marzo de 1996 (ponente José Gabaldón López). (RTC 1996\35).
- STC (Sala Segunda) núm. 48/1996, de 25 de marzo de 1996 (ponente Rafael de Mendizábal Allende). (RTC 1996\48).
- STC (Sala Segunda) núm. 119/1996, de 8 de julio de 1996 (ponente Carles Viver Pi-Sunyer). (RTC 1996\119).
- STC (Sala Primera) núm. 207/1996, de 16 de diciembre de 1996 (ponente Vicente Gimeno Sendra). (RTC 1996\207).
- STC (Pleno) núm. 91/2000, de 30 de marzo de 2000 (ponente Tomás S. Vives Antón). (RTC 2000\91).
- STC (Sala Primera) 162/2000, de 12 de junio de 2000 (ponente María Emilia Casas Baamonde). (RTC 2000\162).
- STC (Sala Primera) núm. 267/2000, de 13 de noviembre de 2000 (ponente María Emilia Casas Baamonde). (RTC 2000\267).
- STC (Pleno) 119/2001, de 29 de mayo de 2001 (ponente Manuel Jiménez de Parga y Cabrera). (RTC 2001\119).
- STC (Sala Primera) núm. 5/2002, de 14 de enero de 2002 (ponente Pablo García Manzano). (RTC 2002\5).
- STC (Sala Segunda) núm. 221/2002, de 25 de noviembre de 2002 (ponente Guillermo Jiménez Sánchez). (RTC 2002\221).
- STC (Sala Primera) núm. 7/2004, de 9 de febrero de 2004 (ponente Pablo García Manzano). (RTC 2004\7).
- STC (Sala Segunda) núm. 71/2004, de 19 de abril de 2004 (ponente Elisa Pérez Vera). (RTC 2004\71).
- STC (Sala Primera) núm. 181/2004, de 2 de noviembre de 2004 (ponente María Emilia Casas Baamonde). (RTC 2004\181).
- STC (Sala Primera) núm. 220/2005, de 12 de septiembre de 2005 (ponente Pablo Pérez Tremps). (RTC 2005\220).
- STC (Sala Primera) núm. 196/2006, de 3 de julio de 2006 (ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez). (RTC 2006\196).
- STC (Sala Primera) núm. 9/2007, de 15 de enero de 2007 (ponente María Emilia Casas Baamonde). (RTC 2007\9).
- STC (Sala Primera) núm. 160/2007, de 2 de julio de 2007 (ponente María Emilia Casas Baamonde). (RTC 2007\160).
- STC (Sala Primera) núm. 206/2007, de 24 de septiembre de 2007 (ponente Manuel Aragón Reyes). (RTC 2007\206).

- STC (Sala Primera) núm. 52/2008, de 14 de abril de 2008 (ponente Pablo Pérez Tremps). (RTC 2008\52).
- STC (Sala Segunda) núm. 69/2008, de 23 junio de 2008 (ponente Vicente Conde Martín de Hijas). (RTC 2008\69).
- STC (Sala Segunda) núm. 123/2008, de 20 de octubre de 2008 (ponente Ramón Rodríguez Arribas). (RTC 2008\123).
- STC (Sala Segunda) núm. 163/2009, de 29 de junio de 2009 (ponente Eugeni Gay Montalvo). (RTC 2009\163).
- STC (Sala Segunda) núm. 40/2010, de 19 de julio de 2010 (ponente Pascual Sala Sánchez). (RTC 2010\40).
- STC (Sala Segunda) núm. 37/2011, de 28 de marzo de 2011 (ponente Elisa Pérez Vera). (RTC 2011\37).
- STC (Sala Segunda) núm. 106/2011, de 20 de junio de 2011 (ponente Eugeni Gay Montalvo). (RTC 2011\106).
- STC (Pleno) núm. 150/2011, de 29 de septiembre de 2011 (ponente Ramón Rodríguez Arribas). (RTC 2011\150).
- STC (Sala Segunda) núm. 131/2012, de 18 de junio de 2012 (ponente Elisa Pérez Vera). (RTC 2012\131).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

- STS s/n, de 30 de enero de 1992 (ponente Justo Carrero Ramos). (RJ 1992\609).
- STS núm. 653/1994, de 26 de marzo de 1994 (ponente Enrique Bacigalupo Zapater). (RJ 1994\2599).
- STS s/n, de 22 de septiembre de 1995 (ponente José Augusto De Vega Ruíz). (ROJ STS 4651/1995).
- STS núm. 1199/95, de 30 de noviembre de 1995 (ponente Luis Román Puerta Luis). (ROJ STS 6078\1995).
- STS núm. 1034/1996, de 19 de diciembre de 1996 (ponente Joaquín Delgado García). (RJ 1996\9010).
- STS núm. 1050/1997, de 18 de julio de 1997 (ponente Joaquín Delgado García). (RJ 1997\6069).
- STS núm. 1017/1998, de 29 de enero de 1998 (ponente José Antonio Marañón Chávarri). (RJ 1999\958).
- STS 285/1998, de 2 de marzo de 1998 (ponente José Augusto De Vega Ruíz). (ROJ STS 1372/1998).

- STS núm. 589/1998, de 4 de mayo de 1998 (ponente Joaquín Martín Canivell). (RJ 1998\4606).
- STS núm. 772/1998, de 2 de junio de 1998 (ponente Enrique Bacigalupo Zapater). (RJ 1998\8282).
- STS núm. 2/1998, de 29 de julio de 1998 (ponente Joaquín Delgado García). (RJ 1998\5855).
- STS núm. 1077/1998, de 17 de octubre de 1998 (ponente Enrique Bacigalupo Zapater). (RJ 1998\6875).
- STS núm. 53/1999, de 18 de enero de 1999 (ponente José Augusto De Vega Ruíz). (ROJ STS 112/1999).
- STS núm. 588/2000, de 6 de abril de 2000 (ponente Roberto García-Calvo y Montiel). (RJ 2000\3438).
- STS núm. 1292/2000, de 10 de julio de 2000 (ponente Joaquín Giménez García). (RJ 2000\6210).
- STS núm. 307/2001, de 27 de febrero de 2001 (ponente Andrés Martínez Arrieta). (RJ 2001\483).
- STS núm. 1811/2001, de 14 de mayo de 2001 (ponente Joaquín Giménez García). (ROJ STS 3918/2001).
- STS núm. 701/2001, de 23 de abril de 2001 (ponente Carlos Granados Pérez). (ROJ STS 3309/2001).
- STS núm. 726/2001, de 25 de abril de 2001 (ponente Diego Antonio Ramos Gancedo). (ROJ STS 3393/2001).
- STS núm. 1060/2001, de 1 de junio de 2001 (ponente Andrés Martínez Arrieta). (RJ 2001\4593).
- STS núm. 1725/2001, de 3 de octubre de 2001 (ponente Perfecto Agustín Andrés Ibáñez). (ROJ STS 7490/2001).
- STS núm. 1310/2002, de 9 de julio de 2002 (ponente Enrique Abad Fernández). (RJ 2002\5974).
- STS núm. 1614/2002, de 1 de octubre de 2002 (ponente Andrés Martín Arrieta). (ROJ STS 6383/2002).
- STS núm. 1564/2002, de 7 de octubre de 2002 (ponente Juan Saavedra Ruiz). (RJ 2002\9972).
- STS núm. 1644/2002, de 9 de octubre de 2002 (ponente José Manuel Maza Martín). (ROJ STS 6617/2002).
- STS núm. 1667/2002, de 16 de octubre de 2002 (ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón). (RJ 2002\9577).

- STS núm. 1809/2002, de 5 de noviembre de 2002 (ponente Joaquín Martín Canivell). (ROJ STS 7334/2002).
- STS núm. 68/2003, de 27 de enero de 2003 (ponente Joaquín Delgado García). (RJ 2003\1033).
- STS núm. 294/2003, de 16 de abril de 2003 (ponente Julián Artemio Sánchez Melgar). (ROJ 2709/2003).
- STS núm. 782/2003, de 31 de mayo de 2003 (ponente Joaquín Delgado García). (ROJ 3731/2003).
- STS núm. 824/2003, de 5 de junio de 2003 (ponente Julián Sánchez Melgar). (RJ 2003\6236).
- STS núm. 1559/2003, de 19 de noviembre de 2003 (ponente Andrés Martínez Arrieta). (RJ 2003\9246).
- STS núm. 1685/2003, de 17 de diciembre de 2003 (ponente Juan Saavedra Ruiz). (RJ 2003\9333).
- STS núm. 754/2004, de 20 de julio de 2004 (ponente Joaquín Giménez García). (ROJ 5400/2004).
- STS núm. 854/2004, de 7 de julio de 2004 (ponencia Juan Saavedra Ruiz). (ROJ 4902/2004).
- STS núm. 1218/2004, de 2 de noviembre de 2004 (ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre). (RJ 2004\8007).
- STS núm. 1391/2004, de 26 de noviembre de 2004 (ponente Julián Artemio Sánchez Melgar). (ROJ 7705/2004).
- STS núm. 1344/2004, de 29 de noviembre de 2004 (ponente Gregorio García Ancos). (ROJ STS 7732/2004).
- STS núm. 1544/2004, de 23 de diciembre de 2004 (ponente Joaquín Giménez García). (RJ 2005\498).
- STS núm. 213/2005 de 22 de febrero de 2005 (ponente Joaquín Giménez García). (RJ 2005\1944).
- STS núm. 474/2005, de 22 de marzo de 2005 (José Antonio Martín Pallín). (ROJ 1797/2005).
- STS núm. 625/2005, de 5 de mayo de 2005 (ponente Julián Sánchez Melgar). (RJ 2005\5136).
- STS núm. 663/2005, de 23 de mayo de 2005 (ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre). (RJ 2005\7339).
- STS núm. 876/2006, de 6 de noviembre de 2006 (ponente Andrés Martínez Arrieta). (RJ 2007\586).

- STS núm. 38/2007, de 31 de enero de 2007 (ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre). (RJ 2007\1651).
- STS núm. 159/2007, de 21 de febrero de 2007 (ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca). (RJ 2007\3182).
- STS núm. 149/2007, de 26 de febrero de 2007 (ponente Joaquín Delgado García). (RJ 2007\948).
- STS núm. 145/2007, de 28 de febrero de 2007 (ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre). (RJ 2007\2607).
- STS núm. 414/2007, de 10 de mayo de 2007 (ponente Julián Sánchez Melgar). (RJ 2007\3504).
- STS núm. 774/2007 de 25 de septiembre de 2007 (ponente Siro Francisco García Pérez). (ROJ 6597/2007).
- STS núm. 875/2007, de 7 de noviembre de 2007 (ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre). (RJ 2008\1081).
- STS núm. 1030/2007, de 4 de diciembre de 2007 (ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca). (RJ 2008\648).
- STS núm. 891/2008, de 11 de diciembre de 2008 (ponente José Ramón Soriano Soriano). (ROJ 6905/2008).
- STS núm. 677/2009, de 16 de junio de 2009 (ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca). (ROJ STS 4471/2009).
- STS 910/2009, de 25 de septiembre de 2009 (ponente Luciano Varela Castro). (ROJ STS 5846/2009).
- STS núm. 922/2009, de 30 de septiembre de 2009 (ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre). (RJ 2009\5586).
- STS núm. 1246/2009, de 30 de noviembre de 2009 (ponente Andrés Martínez Arrieta). (ROJ 7245/2009).
- STS núm. 671/2010, de 2 de julio de 2010 (ponente Manuel Marchena Gómez). (ROJ STS 4404/2010).
- STS núm. 159/2011, de 28 de febrero de 2011 (ponente Enrique Bacigalupo Zapater). (ROJ STS 2856/2011).
- STS núm. 261/2013, de 27 de marzo de 2013 (ponente Perfecto Andrés Ibáñez). (ROJ STS 1514/2013).

Jurisprudencia de Audiencias Provinciales

- SAP Barcelona, Sección 3.ª, de 20 de marzo de 2001 (ponente Ana Ingelmo Fernández). (ARP 2001\35).

- SAP Barcelona, Sección 9.^a, de 20 de noviembre de 2008 (ponente María Magdalena Jiménez Jiménez). (ARP\2009\28).
- SAP Barcelona, Sección 21.^a, de 30 de diciembre de 2010 (ponente Carles Almeida Espallargas). (ARP\2011\230).
- SAP Cádiz, Sección 2.^a, de 16 diciembre 1996 (ponente Rosa María Fernández Núñez). (ARP 1996\1379).
- SAP Cádiz, Sección 8.^a, de 7 febrero de 2003 (ponente Ignacio Rodríguez Bermúdez de Castro). (JUR 2003\156972).
- SAP Granada, Sección 2.^a, núm. 30/2006, de 20 de enero de 2006 (ponente Pedro Ramos Almenara). (ARP\2006\520).
- SAP Guipúzcoa, Sección 1.^a, de 3 de junio de 2005 (ponente Ana Moreno Galindo). (JUR 2005\209722)
- SAP Guipúzcoa, Sección 1.^a, de 15 julio de 2005 (ponente Ignacio José Subijana Zunzunegui). (JUR 2005\174855)
- SAP Las Palmas, Sección 1.^a, de 22 mayo de 2002 (ponente Antonio Juan Castro Feliciano). (JUR 2002\178618).
- SAP Las Palmas, Sección 1.^a, de 1 de diciembre de 2000 (ponente Emilio Moya Valdés). (JUR 2001\54060).
- SAP Las Palmas, Sección 1.^a, de 31 marzo de 2004 (ponente María Oliva Morillo Ballesteros). (ARP 2004\341).
- SAP Madrid, Sección 6.^a, de 10 de julio de 2002 (ponente Francisco Jesús Serrano Gassent). (ARP 2002\680).
- SAP Madrid, Sección 16.^a, de 11 de noviembre de 2002 (ponente Ramiro Ventura Faci). (ARP 2003\241).
- AAP Madrid, Sección 1.^a, de 8 marzo de 2005 (ponente Consuelo Romera Vaquero). (ARP 2005\667).
- SAP Málaga, Sección 3.^a, de 8 noviembre de 2004 (ponente Federico Morales González). (JUR 2005\57880).
- SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 5.^a, de 19 de octubre de 2012 (ponente Francisco Javier Mulero Flores). (Rec. 20/2012).
- SAP Sevilla, Sección 4.^a, de 31 marzo de 2003 (ponente Margarita Barros Sansinforiano). (ARP 2003\413).
- AAP Tarragona, Sección 2.^a, núm. 273/2000, de 9 octubre de 2000 (ponente Eduardo López Causape). (ARP 2000\3270).
- SAP Toledo, Sección 2.^a, de 19 diciembre de 2000 (ponente Juan Manuel de la Cruz Mora). (ARP 2000\2822).

SAP Zaragoza, Sección 6.^a, núm. 233/2009, de 13 de julio de 2009 (ponente Rubén Blasco Obedé). (ARP\2009\1059).

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Madrid 2011, pp. 147-159.
- «Del homicidio y sus formas», en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Madrid 2011, pp. 45-56.
- AMBOS, Kai, *Los crímenes del nuevo Derecho penal internacional*, Bogotá 2004.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *¡Actúa ya! Tortura, nunca más*, Madrid 2000.
- ASDI/IIDH/OACDH, «Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países de América Latina y el Caribe (1988-2005)», <http://www.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/CATLibro.pdf> (última visita, 20 de noviembre de 2007).
- ASUA BATARRITA, Adela, «La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria», en ASUA BATARRITA, Adela (ed.), *Delitos contra la administración pública*, Bilbao 1997, pp. 13-55.
- BACIGALUPO, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Madrid 2007.
- BARQUÍN SANZ, Jesús, *Delitos contra la integridad moral*, Barcelona 2001.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, (trad. Tomás y Valiente), Madrid 1969.
- BELL, Jeannine, «“Behind This Mortal Bone”: The (In)Effectiveness of Torture», *Indiana Law Journal*, vol. 83, (1), 2008, pp. 339-362.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, (trad. De Asís Roig), Madrid 1991.
- BOLEA BARDON, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia 2000.
- «Título VI. Delitos contra la libertad», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/MIR PUIG, Santiago (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia 2011, pp. 380-389.
- «Título XI. Delitos contra el honor», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/MIR PUIG, Santiago (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia 2011, pp. 482-495.
- BOLEA BARDON, Carolina/ROBLES PLANAS, Ricardo, «La tipicidad de las detenciones ilegales policiales. Revisión crítica de la aplicación jurisprudencial de los arts. 167 y 530 del Código Penal», *Indret* (4), 2006, (http://www.indret.com/pdf/381_es.pdf).

- BOTTERUD, Karen F., «International Protection Of Fundamental Freedoms And Human Rights: The Convention Against Torture And Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment», *ASILS International Law Journal* (8), 1984, pp. 67-102.
- BOULESBAA, Ahcene, *The U. N. Convention on Torture and the Prospect for Enforcement*, La Haya 1999.
- BRODY, Reed, «The Road to Abu Ghraib», en ROTH, Kenneth/WORDEN, Minky (eds.), *Torture. Does It Make Us Safer? Is It Ever OK? A Human Rights Perspective*, Human Rights Watch, Nueva York 2005, pp. 145-154.
- BURGERS, J. Herman/DANELIUS, Hans, *The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht 1988.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, t. II, Barcelona 2005.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, «La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo», en JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima 2000, pp. 61-95.
- CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad personal*, Valladolid 2006.
- CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», en VIVES ANTÓN, T. S./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal. Parte Especial*, 2.ª ed., Valencia 2008, pp. 201-211.
- CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, «Delitos contra la el honor», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3.ª ed., Barcelona 2006, pp. 161-176.
- CASTRO MORENO, Abraham, *La malversación de los caudales en el Código penal de 1995*, Valencia 2001.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. I, 6.ª ed., Madrid 2004.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *El delito de coacciones en el Código penal de 1995*, Valencia 1999.
- COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.), *Derecho penal español. Parte Especial*, 2.ª ed., Madrid 2005.
- COFRÉ LAGOS, Juan Omar, «Los términos “dignidad” y “persona”: su uso moral y jurídico. Enfoque filosófico», *Revista de Derecho (Valdivia)* (17), 2004, pp. 9-40.
- COHAN, John Alan, «Torture and the necessity doctrine», *Valparaiso University Law Review* (41), 2007, pp. 1587-1632.
- COLINA OQUENDO, Pedro, «Título VII. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (coord.), *Código penal*, 2.ª ed., Madrid 2007, pp. 415-428.

- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, «Observación General N.º 20», [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/650b1dd37f5f307b8025652a00377574?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/650b1dd37f5f307b8025652a00377574?Opendocument) (última visita, 1 de noviembre de 2007).
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal comentado*, t. I, 2.ª ed., Barcelona 2004, pp. 532-557.
- COPELON, Rhonda, «Recognizing the Egregious in the Everyday: Domestic Violence as Torture», *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 25, (2), 1994, pp. 291-368.
- CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 16», en CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte General*, Madrid 2011, pp. 122-136.
- CUGAT MAURI, Miriam, «Artículo 77», en CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte General*, Madrid 2011, pp. 678-684.
- CULLEN, Anthony, «Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights», *California Western International Law Journal* (34), 2003, pp. 29-46.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes, «Persona, dignidad y derecho penal», en NIETO MARTÍN, Adán (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. I, Cuenca 2001, pp. 209-228.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *El delito de tortura*, Barcelona 1990.
- «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», *Estudios Penales y Criminológicos* (XXI), 1998, pp. 39-116.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «Torturas y otros delitos contra la integridad moral en el Código penal de 1995», en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/ROMEO CASABONA, Carlos María/GRACIA MARTÍN, Luis/HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante al nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid 2003, pp. 1231-1240.
- «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.), *Derecho penal español. Parte Especial*, 2.ª ed., Madrid 2005, pp. 215-237.
- «Delitos contra la libertad (I)», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid 2011, pp. 145-163.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El error sobre los elementos normativos del tipo*, Madrid 2008.
- DÍAZ PITA, María del Mar, «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral», *Estudios Penales y Criminológicos* (XX), 1997, pp. 25-102.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 3.ª ed., Pamplona 2008.

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «Arts. 178-183», en DÍEZ RIPOLLÉS, José L./ROMEO CASABONA, Carlos M. (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. II, Valencia 2004, pp. 273-389.
- DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, (trad. Caracciolo/Ferrerres), Barcelona 1994.
- ELSHTAIN, Jean Bethke, «Reflection on the Problem of “Dirty Hands”», en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, New York 2004, pp. 77-89.
- ENTRENA FABRÉ, Rafael, *El delito de malversación*, Valencia 1999.
- ESCOBAR, Guillermo, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid 2005.
- ESCUCHURI AISA, Estrella, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Granada 2004.
- FARRÉ TREPAT, Elena, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 2.^a ed., Buenos Aires 2011.
- FELIP I SABORIT, David, «El homicidio y sus formas», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3.^a ed., Barcelona 2011, pp. 27-50.
- «Las lesiones», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3.^a ed., Barcelona 2006, pp. 67-84.
- FELNER, Eitan, «Torture and Terrorism. Painful Lessons from Israel», en ROTH, Kenneth/WORDEN, Minky (eds.), *Torture. Does It Make Us Safer? Is It Ever OK? A Human Rights Perspective*, Nueva York 2005, pp. 28-43.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, Buenos Aires 2004.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia, «Delitos contra la dignidad, la seguridad, la indemnidad y la solidaridad», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Manual práctico de Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia 2004, pp. 171-228.
- FERNÁNDEZ PALMA, Rosa, *El delito de injuria*, Pamplona 2001.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José, «Principios de derecho procesal y su aplicación en los procesos disciplinarios», en NIETO MARTÍN, Adán (coord.), *Estudios de Derecho Penal*, Ciudad Real 2004, pp. 155-193.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, «Título III. De las lesiones», en CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, Madrid 2004, pp. 87-141.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, ed. 15.^a, Pamplona 2011.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Los delitos especiales*, Buenos Aires 2006.
- «Título III. De las lesiones», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/MIR PUIG, Santiago (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia 2011, pp. 349-358.

- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *El delito de prevaricación de funcionario público*, Valencia 1994.
- «Delitos de tortura y otros tratos degradantes (delitos contra la integridad moral)», en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial)*, Madrid 1996, pp. 71-85.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, «El homicidio y sus formas (II)», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid 2011, pp. 27-57.
- GRIMA LIZANDRA, Vicente, *Los delitos de tortura y de otros tratos degradantes por funcionarios públicos*, Valencia 1998.
- «Delitos contra la integridad moral», en BOIX REIG, Javier (ed.), *Derecho penal. Parte Especial*, t. I, Madrid 2010, pp. 257-292.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid 2005
- HARPER, Julianne, «Defining Torture: Bridging The Gap Between Rhetoric And Reality», *Santa Clara Law Review* (49), 2009, pp. 893-928.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, (trad. Muñoz Conde/Arroyo Zapatero), Barcelona 1984.
- *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, (trad. Muñoz Conde/Díaz Pita), Valencia 1999.
- HENRY, Leslie Meltzer, «The jurisprudence of dignity», *University of Pennsylvania Law Review* (160), 2011-2012, pp. 169-234.
- IGNATIEFF, Michael, «Moral Prohibition at a Price», en ROTH, Kenneth/WORDEN, Minky (eds.), *Torture. Does It Make Us Safer? Is It Ever OK? A Human Rights Perspective*, Nueva York 2005, pp. 18-27.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed., (trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo), Madrid 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 5.^a ed., (trad. Olmedo Cardenete), Granada 2002.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, Buenos Aires 1990.
- JIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, «Artículo 174», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (dir.)/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coord.), *Comentarios al Código penal*, t. II, Barcelona 2007, pp. 1261-1265.
- «Artículo 177», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (dir.)/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coord.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, Bosch, Barcelona 2007, pp. 1268-1269.
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, 2.^a ed., (trad. Cortina Orts/Conill Sáncho), Madrid 1994.
- *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2.^a ed., (trad. Morente), Madrid 1981.

- KINDHÄUSER, Urs, *Cuestiones fundamentales de la coautoría*, (trad. Cancio Meliá), Bogotá 2002.
- LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, (trad. Díez-Picazo Giménez), Madrid 1985.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Título VII. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.)/JORGE BARREIRO, Agustín (coord.), *Comentarios al Código penal*, Madrid 1997, pp. 504-513.
- LEVINSON, Sanford, «Contemplating Torture. An Introduction», en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Nueva York 2004, pp. 23-39.
- LEWIS, Michael W., «A Dark Descent into Reality: Making the Case for an Objective Definition of Torture», *Washington and Lee Law Review*, Vol. 67, (1), 2010, pp. 77-136.
- LIROLA DELGADO, Isabel/MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Barcelona 2001.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, t. III, Madrid 1990.
- LUBAN, David J., «Liberalism, Torture, and The Ticking Bomb», *Virginia Law Review*, Vol. 91, (6), 2005, pp. 1425-1462.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, «La tortura y otros tratos inhumanos o degradantes», *ADPCP* (39), 1986, pp. 423-485.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, «La erradicación de la tortura como objetivo jurídico: Luces y sombras de la contribución del Derecho internacional», *Eunomia* (1), 2011, pp. 97-106 (<http://eunomia.tirant.com/?p=229>).
- MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo/DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid 1988.
- MAYER, Max Ernst, *Derecho penal. Parte General*, (trad. Politoff Lifschitz), Buenos Aires 2007.
- MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte General*, (trad. Conrado A. Finzi), Buenos Aires 1958.
- MILLER, Seumas, «Torture», en ZALTA, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2011, (<http://plato.stanford.edu/entries/torture/>).
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 9.^a ed., Barcelona 2011.
- MOLAS I BATLLORI, Isidre, *Derecho constitucional*, 2.^a ed., Madrid 2003.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Barcelona 2008.
- MONTANO, Pedro J., «La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho penal», *Actualidad Penal* (1), 1997, pp. 419-430.

- MORESO MATEOS, José Juan, «La ciudadela de la moral en la corte de los juristas», en MONTIEL, Juan Pablo (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid 2012, pp. 107-125.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, 2.^a ed., Bogotá 1999.
- *Derecho penal. Parte Especial*, 18.^a ed., Valencia 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, 8.^a ed., Valencia 2010.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia 1996.
- «Artículos 173-177», en DÍEZ RIPOLLÉS, José L./ROMEO CASABONA, Carlos M. (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. II, Valencia 2004, pp. 37-208.
- NÍ ALOÁIN, Fionnuala, «The European Convention on Human Rights and Its Prohibition on Torture», en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, New York 2004, pp. 213-227.
- NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona 1989.
- OCHOA RUÍZ, Natalia, «La jurisprudencia del Comité contra la Tortura», *Anuario de Derecho Internacional (XX)*, 2004, pp. 521-565.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid 1980.
- PARADA VÁSQUEZ, José Ramón, *Derecho Administrativo II*, 21.^a ed., Madrid 2010.
- PARRY, John T., «Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Abroad», en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Nueva York 2004, pp. 145-164.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, 2.^a ed., Madrid 2002.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, 4.^a ed., Madrid 1991.
- PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, «Artículo 174», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., Valladolid 2010, pp. 691-694.
- PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, México 2007.
- «La relevancia de la dignidad humana. Un comentario», *Doxa* (30), 2007, pp. 159-163.
- PETERS, Edward, *La tortura*, (trad. Míguez), Madrid 1987.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*, Bogotá 2004.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo/POMARES CINTAS, Esther, «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel/MARÍN DE ESPINOZA CEBALLOS, Elena B., *Derecho penal. Parte Especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos*, t. I, 2.^a ed., Valencia 2008, pp. 207-243.

- POSNER, Richard A., «Torture, Terrorism, and Interrogation», en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Nueva York 2004, pp. 291-298.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte Especial*. 5.^a ed., Barcelona 2008.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Artículo 169», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Código penal*, 9.^a ed., Pamplona 2011, pp. 183-229.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, Fermín, «Título XI. Delitos contra el honor», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Código penal*, 9.^a ed., Pamplona 2011, pp. 519-554.
- RAFECAS, Daniel Eduardo, *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Buenos Aires 2010.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona 1999.
- «Delitos contra la libertad», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 3.^a ed., Barcelona 2011, pp. 85-103.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon/FELIP I SABORIT, David, «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 3.^a ed., Barcelona 2011, pp. 105-117.
- REBOLLO VARGAS, Rafael, «Título VII. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. I, Madrid 2004, pp. 229-310.
- «Título VI. Delitos contra la libertad», en CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. I, Madrid 2004, pp. 169-227.
- «Título XI. Delitos contra el honor», en CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. I, Madrid 2004, pp. 499-538.
- «Artículo 530», en CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. II, Madrid 2004, pp. 2475-2479.
- «Artículo 24», en CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte General*, Madrid 2011, pp. 316-326
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid 2003.
- *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona 2007.
- ROBLES PLANAS, Ricardo/RIGGI, Eduardo Javier, «El extraño artículo 65.3 del Código penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación», *InDret* (4), 2008 (http://www.indret.com/pdf/576_es.pdf).
- ROCA AGAPITO, Luis, *El delito de malversación de caudales públicos*, Barcelona 1999.

- RODRÍGUEZ MESA, María José, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada 2000.
- «Artículo 174», en NIETO MARTÍN, A./PÉREZ CEPEDA, A. (coords.), *Comentarios al Código penal*, Madrid 2007, pp. 422-424.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «Artículo 16», en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.)/JORGE BARRERIRO, Agustín (coord.), *Comentarios al Código penal*, Madrid 1997, pp. 73-80.
- «Artículo 15. Derecho a la vida», en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, t. II, Madrid 1984, pp. 295-330.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, «De las torturas y de otros delitos contra la integridad moral», en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial)*, Madrid 1996, pp. 89-133.
- ROJAS BENÍTEZ, Olga, *La tutela penal de la función pública desde el actual delito de malversación en España*, Salamanca 2009.
- ROSENKRANTZ, Carlos Fernando, «El valor de la autonomía», en ROSENKRANTZ, Carlos Fernando/NINO, Carlos Santiago/BOUZAT, Gabriel/CARRIÓ, Alejandro D./BALBÍN, Carlos, *La autonomía personal*, Madrid 1992, pp. 9-29.
- ROTH, Kenneth, «Justifying Torture», en ROTH, Kenneth/WORDEN, Minky (eds.), *Torture. Does It Make Us Safer? Is It Ever OK? A Human Rights Perspective*, Nueva York 2005, pp. 184-201.
- ROTHENBERG, Daniel, «“What we have seen has been terrible” Public presentational torture and the communicative logic of state terror» *Albany Law Review*, Vol. 67, (2), 2003-2004, pp. 465-500.
- ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídicos*, (trad. Enrique Bacigalupo), Buenos Aires 1979.
- *Derecho penal. Parte General*, t. I, (trad. Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vivente Remesal), Madrid 1997.
- *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7.^a ed., (trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo), Madrid 2000.
- *Política criminal y sistema de Derecho penal*, 2.^a ed., (trad. Muñoz Conde), Buenos Aires 2000.
- RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda, *Delitos de Derecho internacional*, Barcelona 2001.
- RUEDA MARTÍN, M.^a Ángeles, *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal*, Granada 2010.
- RUIZ VADILLO, Enrique, «El derecho a la vida y a la integridad física», en MINISTERIO DE JUSTICIA, *XII Jornadas de estudio. Los derechos fundamentales y libertades públicas*, t. I, Madrid 1992, pp. 19-50.

- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique, *El sistema constitucional español*, Madrid 1981.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián, «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.), *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, t. I, Madrid 2004, pp. 957-988.
- SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, «La tortura y otros delitos contra la integridad moral», en RODRÍGUEZ RAMOS, Luis/COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel/SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, *Derecho penal. Parte Especial*, t. I, Madrid 1996, pp. 141-156.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*, Madrid 2012.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid 2002.
- SCHABAS, William A., *An introduction to the International Criminal Court*, 2.^a ed., Cambridge 2004.
- SCHECHTER, Rebecca B., «Intentional starvation as torture: Exploring the gray area between ill-Treatment and torture», *American University International Law Review*, Vol. 8, (5), 2003, pp. 1233-1270.
- SCHLINK, Bernhard, «The Problem with “Torture lite”», *Cardozo Law Review*, vol. 29, (1), 2007, pp. 85-89.
- SHUE, Henry, «Torture», en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Nueva York 2004, pp. 47-60.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal* (38), 1989, pp. 367-404.
- *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Barcelona 1999.
- *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona 2005.
- SKOLNICK, Jerome H., «American Interrogation. From Torture to Trickery», en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Nueva York 2004, pp. 105-127.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, (trad. Cancio Meliá/Sancinetti), Pamplona 2005.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, «Delitos contra la libertad, con especial referencia a la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género», en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, t. II, 6.^a ed., Pamplona 2012, pp. 117-150.
- SUNG, Chanterelle, «Torturing the ticking bomb terrorist: an analysis of judicially sanctioned torture in the context of terrorism», *Boston College Third World Law Journal*, vol. 23, (1), 2003, pp. 193-212.

- SUSSMAN, David, «What's Wrong with Torture?», *Philosophy & Public Affairs* (33-1), 2005 (<http://eripsa.org/phil105/wp-content/uploads/2009/03/whats-wrong-with-torture.pdf>).
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, «Artículo 515», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Código penal*, 9.ª ed., Pamplona 2011, pp. 2065-2073.
- «Artículo 174», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Código penal*, 9.ª ed., Pamplona 2011, pp. 251-257.
- «Artículo 176», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Código penal*, 9.ª ed., Pamplona 2011, pp. 258-261.
- «Artículo 607 bis», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Código penal*, 9.ª ed., Pamplona 2011, pp. 258-261.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *La tortura en España*, Barcelona 1994.
- VILLÁN DURÁN, Carlos, «La convención contra la tortura y su contribución a la definición del Derecho a la integridad física y moral en el Derecho internacional», *Revista Española de Derecho Internacional* (2), 1985, pp. 377-402.
- «La práctica de la tortura y los malos tratos en el mundo. Tendencias actuales», en ARARTEKO, *La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos*, San Sebastián 2003, pp. 37-115.
- VIVES ANTÓN, Tomás S., «Título XI. Delitos contra el honor», en VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia 1996, pp. 1023-1041.
- VON HEBEL, Herman/ROBINSON, Darryl, «Crimes within the jurisdiction of the court», en LEE, Roy S. (ed.), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results*, La Haya 1999.
- VON HIRSCH, Andrew, «El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”», en HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid 2007, pp. 37-52.
- WALDRON, Jeremy, *Torture, terror, and trade-offs: philosophy for the White House*, New York 2010.
- «Inhuman and Degrading Treatment: The Words Themselves», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 23, (2), 2010, pp. 269-286.
- YARWOOD, Lisa, «Defining Torture: The Potential for “Abuse”», *Journal of the Institute of Justice and International Studies*, Vol. 8, (1), 2008, pp. 324-340.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en DEL MORAL GARCÍA, Antonio/SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (coords.), *Código penal (comentarios y jurisprudencia)*, t. II, Granada 2002, pp. 1417-1434.

- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «Instrumentos jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes», en ARARTEKO, *La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos*, San Sebastián 2003, pp. 117-168.
- «El tipo penal de la tortura en la legislación española», en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca 2007, pp. 875-912.