

**LA TORTURA COMO ABUSO DE PODER:  
ASPECTOS PENALES**

**Prof. Dr. D. José L. de la CUESTA ARZAMENDI**

Catedrático de Derecho Penal  
UPV/EHU



## **I. INTRODUCCION**

El fenómeno de la tortura, de práctica tan extendida en el mundo (y no sólo en los países menos desarrollados), se presenta como una forma especialmente reprobable de abuso de poder por parte de los representantes de los poderes públicos (fundamentalmente, policías y militares) que precisa ser combatida a todos los niveles.

Desde el punto de vista jurídico, la intervención contra la tortura se sustancia principalmente a través de la ley penal, si bien resultan también de gran trascendencia preventiva los pasos dados a nivel internacional por los Códigos de conducta policiales y, muy en particular, por la reciente Convención de las Naciones Unidas contra la tortura. Esta Convención, en la línea de documentos internacionales anteriores, presenta una definición de tortura que trata de acotar adecuadamente su concepto y construye, de esta forma, un modelo de definición jurídico-penal de los comportamientos —como mínimo— constitutivos de tortura, los cuales deben ser objeto en todo caso de la intervención penal. No obstante, y coherentemente con el estadio actual de desarrollo del Derecho Penal Internacional, la tipificación y sanción de las conductas queda remitida a los Estados, que deben asegurar su persecución.

La aprobación de una regulación internacional de este rango obliga, por otra parte, necesariamente al contraste de sus disposiciones y mandatos con el contenido de la legislación interna de los Estados. En el caso de la legislación española, es el artículo 204 bis del Código Penal el que se ocupa más específicamente de la sanción de la tortura.

## **II. LA TORTURA EN LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1984**

Si bien la historia de la lucha contra la tortura puede encontrar antecedentes muy lejanos, en realidad, las acciones internacionales dirigidas a la instrumentación de textos efectivos sólo datan de este siglo. Se manifiestan, primero, en el plano de los conflictos armados (II Convenio de La Haya —1907— y Convenios de Ginebra —1949—) y, tras la Segunda Guerra, se extienden con carácter general, sin que prácticamente ninguna de las Declaraciones, Pactos y demás textos sobre derechos humanos aprobados a nivel internacional olviden referirse a la terminante prohibición de la tortura, concepto que, sin embargo, no llegan a definir.

La falta de definición internacional de la tortura y la realidad de su extendida práctica, no obstante su prohibición generalizada, potenciaron los esfuerzos de desarrollo de nuevos textos normativos más completos y detallados. Surge así, en primer término, en 1975, 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 que, sin carácter vinculante para los Estados desde un prisma formal estricto, además de definir su concepto prohibía a los Estados “permitir o tolerar”, en ningún caso o situación, cualquier acto de tortura, ocupándose igualmente de proponer la adopción de medidas efectivas, tanto desde el prisma penal y reparatorio como en el plano de la formación e intervención policial y de los funcionarios de prisiones.

La Declaración de 1975 constituye el precedente inmediato de la Convención aprobada el día de los Derechos del Hombre (10 de diciembre) de 1984. Esta se ocupa de establecer auténticos deberes de los Estados de prevención y persecución de los hechos de tortura a través de medidas de todo tipo, en el plano interno e internacional.

1. Punto central de la Convención, desde la perspectiva que nos ocupa, es la manera en que delimita aquel núcleo de conductas más censurables para la Comunidad internacional y que, en cualquier caso, han de ser objeto de sanción penal a través de las legislaciones internas. Pues bien, a la vista del articulado de la Convención —en particular, del art. 1<sup>o</sup>— cabe caracterizar la *noción internacional (mínima) de tortura* como un delito pluriofensivo, especial, de resultado, doloso, de tendencia (en sentido estricto) y susceptible de comisión por omisión.

**A)** Desde el prisma del bien jurídico protegido, la *naturaleza pluriofensiva* de la tortura resulta de la diversidad de bienes jurídicos por ella lesionados y/o puestos en peligro: en el plano individual (al margen de la libertad) la humanidad y dignidad, conceptos en extremo multívocos y que manifiestan el carácter degradatorio e inhumano de aquel delito, directamente lesivo de lo más íntimo y constitutivo del ser humano, su personalidad, apuntando, en último término, a la integridad física (incolumidad) y moral.

La mera referencia a estos bienes jurídicos individuales, por importantes que sean (que lo son), no basta, con todo, para caracterizar la tortura desde la perspectiva del bien jurídico. También son rasgos de la misma la calidad funcional de sus sujetos activos y cierta situación de sumisión (al menos “de hecho”) de las víctimas. Tales elementos resaltan su calidad de abuso de poder contra aquellos bienes jurídicos más básicos que hasta la sociedad internacional tiene interés en garantizar y proteger y, en definitiva, contra la propia función pública, cuya esencia y sentido (el servicio al ciudadano) la tortura desnaturaliza y pervierte, afectando, además, en alguna de sus modalidades, a la Administración de Justicia, destinataria en último término de las declaraciones obtenidas mediante la tortura.

**B)** Nota igualmente definitoria de la tortura es su condición de *delito especial*, derivada de la delimitación del círculo de autores: los funcionarios y demás personas en el ejercicio de funciones públicas.

A pesar de las críticas de que ha sido objeto, es éste un rasgo históricamente presente en la noción de tortura y que incorpora parte de su injusto específico, por lo que conviene mantenerlo si no se quiere acabar pervirtiendo completamente el concepto. Otra cuestión es la oportunidad de la fórmula empleada por la Convención “persona en el ejercicio de funciones públicas”, ciertamente muy amplia y que busca atender a la “realidad” de la tortura, o la pretensión de asimilar a los funcionarios a los integrantes de órganos o grupos de autoridad o poder similares o equivalentes a los Estados (v.gr. “organizaciones de liberación”) que quedan, sin embargo, fuera del círculo de autores por la falta de una referencia expresa por la Convención.

De otra parte, aun cuando la restricción del círculo de autores que caracteriza a los delitos especiales puede llevar a lagunas de punición, en el caso de la tortura, el hecho de que se admita como tal la practicada “a instigación” del funcionario “o con su consentimiento o aquiescencia” simplifica la cuestión, apuntando hacia un concepto de autor específico para este delito. Es más, incluso del tenor literal de la Convención parece deducirse la necesidad de que sean también castigadas como tortura las “actuaciones en lugar de otro” de aquellos particulares que la cometan “a instigación” o “con el consentimiento o aquiescencia funcional”.

C) En cualquier caso, el núcleo más problemático de la definición lo constituye la referencia a los “dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales”, a través de la cual se configura a la tortura como un *delito de resultado*.

Con independencia de lo plausible de la introducción, al lado de los dolores o sufrimientos físicos, de los psíquicos, no cabe, en efecto, ignorar la ambigüedad inherente a los términos “dolor” o “sufrimiento” (en particular, aunque no de modo exclusivo, de los psíquicos o mentales), tan difíciles de objetivar por su acentuada subjetividad y por su dependencia no sólo de la tolerancia individual de quien los padece sino incluso de la propia valoración sociocultural dominante.

La cuestión se complica, además, por la combinación del criterio del dolor o sufrimiento con la exigencia de gravedad, tan consolidada en el campo internacional para distinguir a la tortura de los demás tratos crueles, inhumanos o degradantes a los que se refieren muchos instrumentos internacionales y la misma Convención de 1984, que los sujeta a un régimen jurídico diferente. En este sentido, el repaso de las decisiones del Comité de Derechos Humanos y de la Jurisprudencia de la Comisión y Tribunal de Estrasburgo permite ilustrar bien las dificultades a las que se enfrenta, en su aplicación real, la adecuada distinción de estos conceptos y los riesgos que conllevan de potenciar soluciones desiguales a la hora de la apreciación de la existencia o no de tortura.

Por todo ello, en el plano del Derecho Internacional parecería más oportuno proponer la apertura de una línea tendente a la progresiva distinción entre la tortura y los demás tratos, no tanto a partir de la gravedad de los sufrimientos, cuanto basada en el criterio de las finalidades perseguidas con su inflicción. Y en lo que afecta al Derecho interno, optar por el empleo de fórmulas tipificadoras de la tortura menos ambiguas, v.gr. estructurándola no como delito de resultado (centrado en la causación de dolores o sufrimientos) sino como delito de mera actividad consistente en el empleo por funcionarios de violencia o intimidación (de cierta intensidad) con determinados fines. Esta vía —aunque, para respetar los niveles de intervención penal exigidos por la Convención, requeriría ser completada con una fórmula tipificadora de la omisión— proporcionaría una mayor seguridad jurídica en la aplicación del correspondiente precepto y hasta permitiría dar cabida en la tortura al empleo coactivo de métodos anuladores de la personalidad o que disminuyan la capacidad física o mental sin producir dolor físico o padecimientos psíquicos, conductas, hoy por hoy, de difícil inclusión en el concepto internacional “mínimo” definido por la ONU (no así, por el contrario, en el de la Convención de la OEA).

Los dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales, deben rellenar, por último, una condición: no han de ser inherentes, incidentales o mera consecuencia de sanciones legítimas.

Dejando al margen otras cuestiones de detalle, la exclusión del ámbito de la tortura, en principio lógica, de los padecimientos inherentes a las sanciones propias de los diversos sistemas jurídicos, suscita la duda de si realmente no se está ofreciendo a los Estados un puente de plata para eludir muchas de las obligaciones impuestas por la Convención. Una interpretación adecuada del término “legítimas” exige, no obstante, enjuiciar esa condición no sólo a la luz de la legislación interna de cada Estado, sino de la totalidad del Derecho Internacional, en el que insistentemente se protege el derecho individual a la integridad física y moral y se prohíben las penas crueles, inhumanas o degradantes.

**D)** En el plano subjetivo, el delito de tortura definido por la Convención es un *delito doloso*.

El hecho de que se aluda a la causación “intencionadamente” de dolores o sufrimientos graves deja clara aquella condición, suscitando tan sólo si es preciso, en todo caso, un dolo directo o si cabe, por el contrario, también la realización del delito de tortura con dolo eventual. Aun cuando, como ha destacado un importante sector de la doctrina en España, sea posible una interpretación del término “intencionadamente” como sinónimo de “dolosa”, y si bien la realidad demuestra que son muchos los casos en que los autores de tortura no buscaron directamente los resultados lesivos, pero “contaron con” ellos, la inherencia al concepto internacional (“mínimo”) de tortura de cierta brutalidad o crueldad deliberada y la naturaleza de los resultados típicos previstos apuntan hacia la solución negativa.

La condición esencialmente dolosa del delito de tortura en su configuración internacional “mínima” determina la exclusión del tipo imprudente. La solución ha levantado críticas por entender que debía ser objeto de sanción específica, al menos, la imprudencia grave, pero resulta incuestionable a la luz de la definición de tortura por la Convención.

**E)** También en el plano subjetivo, el delito de tortura se plantea internacionalmente como un *delito de tendencia (en sentido amplio)*.

En efecto, característico de la tortura no es sólo la causación de dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales, sino también la concurrencia de determinadas metas o fines en el sujeto cualificado: obtener una confesión o información, castigar, intimidar, coaccionar, discriminar... al sujeto pasivo. Es ésta una exigencia criticada, aunque históricamente inseparable del concepto de tortura e insoslayable si se quiere delimitar adecuadamente lo injusto específico de esta modalidad delictiva y distinguirla de otros comportamientos lesivos, coactivos o vindicativos próximos o similares.

Más discutible resulta la oportunidad de algunas de las referencias —en particular, la alusión a la discriminación— y el carácter abierto o exhaustivo de la enumeración, aunque en las versiones francesa e inglesa de la Convención se patentiza la voluntad de configurar una lista abierta. En cuanto a las dificultades probatorias que plantean los elementos subjetivos y la conveniencia de articular sistemas de presunciones relativas que inviertan la carga de la prueba, a pesar de la gravedad y repugnancia que suscitan los relatos de tortura, es preciso insistir en la necesidad de un exquisito respeto de los principios de Derecho Penal y Procesal y su combinación con las correspondientes medidas preventivas, en particular, las dirigidas a acabar con el aislamiento y el secretismo de las actuaciones sobre detenidos y presos.

Por lo demás, desde la perspectiva dogmática, la necesaria concurrencia para la tortura de elementos subjetivos de intención trascendente (en particular, obtener una información o confesión) coloca a la tortura entre los delitos de resultado cortado —aquéllos en los que la conducta típica apunta a una finalidad específica, en este caso no dependiente del propio comportamiento ulterior del agente, sino de un actuar ajeno—. Ahora bien, al lado de la obtención de una información o confesión, la definición internacional incluye como finalidades específicas de la tortura otras (castigar, intimidar, coaccionar, discriminar) que, por su condición de reflejo de las motivaciones impulsoras de la actuación del agente, no encuentran fácil incardinación en la categoría de los resultados cortados y remiten, más bien, a los delitos de especial motivación, modalidad de los llamados delitos de tendencia interna intensificada.

En este sentido, y puesto que los delitos de resultado cortado, en cuanto delitos de intención (como los delitos mutilados de dos actos), son también considerados delitos de tendencia interna trascendente, un entendimiento amplio (no reductivista) de los delitos de tendencia (comprensivo de la tendencia interna intensificada y de la tendencia trascendente) ofrece una calificación adecuada de la tortura desde la perspectiva de los elementos subjetivos que incorpora.

**F)** A tenor de la definición suministrada por el art. 1,1 de la Convención, el delito de tortura no requiere para su concurrencia un comportamiento activo. Al centrar la descripción en la producción de ciertos resultados y dejar abiertas las formas de su causación, nada impedirá que si se rellena la estructura típica de la *comisión por omisión* y, en definitiva, a los elementos generales de toda omisión se añaden, además de la causalidad hipotética, la posición de garante y, sobre todo, la equivalencia o identidad estructural entre omisión y acción, puedan castigarse como tortura los dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales, infligidos por omisión por funcionarios o personas que ejerzan funciones públicas.

Es más, la propia definición de tortura alude implícitamente a supuestos de omisión, al considerar tortura los dolores o sufrimientos provocados con el “consentimiento o aquiescencia” de los sujetos cualificados, conductas por lo general, de mera tolerancia de la tortura, que deben ser igualmente castigadas.

**G)** Son también rasgos del modelo internacional de tortura, recogidos fuera del art. 1,1 de la Convención, la sanción de los *tipos de imperfecta realización* y de las formas de *participación* (art. 4) y su *no justificación* ni por obediencia debida ni por la concurrencia de circunstancias excepcionales (art. 2, 3 y 2).

Esta última prohibición deja subsistentes las dudas acerca de la posible justificación de la tortura en supuestos de legítima defensa de terceros o estados de necesidad individual. En efecto, son muchos los textos internacionales que, como la Convención, tras ocuparse de la proscripción de la tortura, incluyen de manera expresa una disposición referida al mantenimiento de esta prohibición incluso en supuestos excepcionales —estados de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna y demás situaciones de emergencia pública— entendiéndose un importante sector de la doctrina que de ello se desprende el carácter “absoluto” de la prohibición de la tortura, la cual, en consecuencia, no puede ser *nunca* susceptible de justificación.

El estudio detenido de la Convención no permite llegar fácilmente a la conclusión anterior. De su tenor literal se desprende claramente la voluntad de la Convención de rechazar que cualquier situación excepcional pueda servir de base a la “tolerancia” de la tortura como práctica excepcional. Ahora bien, fuera de las situaciones excepcionales o de grave emergencia pública aludidas por la Convención, existen otras en las que el empleo de la tortura (como medio de obtención de ciertas informaciones) puede presentarse aparentemente como un adecuado instrumento de resolución de casos de grave y masiva puesta en peligro inmediato de bienes jurídicos individuales. Estos supuestos en los que se suscita la duda de si un acto torturador excepcional y aislado habría de quedar amparado o no por circunstancias como la legítima defensa de terceros, el auxilio necesario o el cumplimiento de un deber ¿se encuentran también internacionalmente excluidos de toda posibilidad de justificación?. No parece que, a la luz de la Convención, la respuesta pueda ser afirmativa. La confrontación del art. 2,2 —que cita expresamente, de manera separada, a la obediencia debida— con el art. VI del Proyecto presentado por la AIDP —que sirvió de importante fuente para la elaboración del texto final de la Convención<sup>2</sup>— lleva a concluir que ésta no ha llegado

tan lejos. Y aun cuando sería muy de desear la ampliación de la prohibición internacional a todos los casos (también para los de ataques masivos e inmediatos a bienes jurídicos individuales) no es posible entender que se haya alcanzado ya este estadio en el desarrollo de la prohibición de la tortura a nivel universal. Sólo en algún ámbito regional, como en el Convenio europeo de Roma de 1950, se encuentran, en realidad, apoyo suficiente para mantener aquella afirmación.

H) Para terminar, en el ámbito de las *circunstancias modificativas*, no aludidas por la Convención internacional, discute la doctrina la inseparabilidad o no a la tortura de la alevosía o, al menos, del abuso de superioridad y de cierta brutalidad o crueldad deliberada (próxima al concepto español de ensañamiento).

Mientras que la inherencia a la tortura del abuso de superioridad parece difícilmente cuestionable, no es éste el caso de la alevosía: aunque la tortura alevosa sea la más frecuente, cabe imaginar supuestos de tortura sin alevosía, de aquí que, cuando concurra, deba apreciarse separadamente.

En cuanto a la deliberada brutalidad o crueldad, si bien sería preferible su evitación para dotar de una mayor amplitud y eficacia a la prohibición de la tortura, la caracterización internacional de ésta como forma agravada de los tratos, entre otros, crueles, obliga a la respuesta afirmativa, algo plenamente coherente con el carácter mínimo del concepto de tortura plasmado en la Convención, perfectamente superable, como así se reconoce de manera expresa (y sería de desear), por los demás instrumentos internacionales o las legislaciones de los Estados.

2. Pero, la definición de la tortura no constituye sino el punto de partida de la Convención. Como es natural, a continuación ésta se ocupa sobre todo del establecimiento de mecanismos preventivos extrapenales y hasta de la creación de instituciones específicas dirigidas al seguimiento y control de la aplicación del Convenio.

Definida internacionalmente la tortura, la Convención se centra en el establecimiento de importantes *obligaciones de los Estados* cara a la prevención, persecución y sanción de los actos de tortura. A través de su articulado los Estados se obligan, así, a adoptar las medidas y mecanismos legislativos, administrativos, judiciales... necesarios para la prevención de la tortura, entre los que destacan la imposibilidad de utilización como prueba (salvo contra el torturador) de las declaraciones obtenidas con empleo de la tortura, la investigación pronta e imparcial de los posibles casos de tortura, los mecanismos de garantía a las víctimas (y a los testigos) de la protección necesaria y de todos sus derechos de queja, recurso y hasta reparación, indemnización y readaptación. Igualmente, se establecen criterios de competencia para facilitar la cooperación y auxilio judicial y de cara a agilizar la extradición (que no se concederá cuando razones fundadas hagan temer un peligro de tortura). Se insiste, por fin, en la realización de programas de formación de los funcionarios encargados de la aplicación de las leyes, cuya actuación debe estar fuertemente controlada, en particular, en lo que se refiere a actividades de interrogatorio, custodia de individuos, detención o prisión.

En cuanto a los mecanismos de aplicación, el más importante está constituido por el "*Comité contra la tortura*" llamado a ejercer las funciones de control e investigación de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones asumidas a través del Convenio. El sistema de trabajo del Comité tiene lugar, en primer término, a partir de los informes que, periódicamente (y siempre que el Comité los reclame), deben presentar los Estados. El Comité es también competente para investigar todas aquellas informaciones que gocen de cierta credibilidad sobre la práctica "sistemática" de la tortura



en alguno de los Estados Parte, pudiendo encargar a alguno de sus miembros el desplazamiento al país afectado y la práctica de una “investigación confidencial y urgente”. Por último, el Comité tiene competencia para resolver las reclamaciones que le hagan llegar los Estados y hasta los particulares (en este caso, por lo general, se exige siempre que se hayan agotado las vías internas).

No son pocas las insuficiencias de este sistema de control, que sólo se traduce en la elaboración de informes que pueden ser publicados y no introduce la posibilidad, tan eficaz, de las visitas periódicas, sin previo aviso, a los establecimientos y lugares de detención, sistema instaurado inicialmente por la Cruz Roja con gran eficacia y que en materia de tortura puede ejercerse en Europa por el Comité europeo introducido por el Convenio europeo para la prevención de la tortura y castigos o tratos inhumanos o degradantes de 1987.

### III. EL DELITO DE TORTURA EN ESPAÑA

Ratificada por España la Convención de la ONU contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984, e integrada ésta en el ordenamiento jurídico español a través de su publicación por el Boletín Oficial del Estado (de 9 de noviembre de 1987), resulta obligado pasar a continuación al examen del modo en que la legislación penal española en vigor se ocupa de castigar estos comportamientos y su contraste con lo exigido por la Convención internacional.

Aun cuando la voz “tortura” no aparece expresamente en el precepto (y sí en otros artículos del Código Penal español, como el 501-4 y, desde la reforma de 1989, el art. 421,3), es el artículo 204 bis el llamado en España a instrumentar de manera más directa la sanción de los comportamientos internacionalmente constitutivos de tortura en su sentido más estricto. El artículo fue introducido en el Código Penal en 1978 con anterioridad a la propia Constitución, que en su art. 15 declara que “en ningún caso” puede someterse a alguien a torturas o tratos inhumanos o degradantes (lo que ha querido ser utilizado como vía para afirmar la prohibición absoluta de la tortura en el Derecho español), y no ha sido por el momento objeto de una extensa atención ni doctrinal ni jurisprudencialmente, a pesar de las dificultades de adecuado entendimiento que suscita y de las posibilidades que, al mismo tiempo, presenta cara en la lucha contra tan horrible comportamiento criminal.

1. Un examen detenido del artículo 204 bis pone en seguida de manifiesto la amplitud de su ámbito de aplicación, que excede claramente del propio de la tortura, entendida en un sentido estricto.

**A)** En primer lugar, por lo que respecta al *bien jurídico* protegido que, a la vista de la colocación sistemática del precepto y del tenor literal de sus diversas figuras típicas, viene a identificarse con aquellas garantías constitucionales —y, simultáneamente, penales, procesales y penitenciarias— más básicas (a la vida, incolumidad y libertad, concreción de los valores humanidad y dignidad) de las personas sometidas al “poder de hecho” de los representantes del Estado en las tres vertientes básicas —la policial, la judicial y la penitenciaria— del funcionamiento de la Justicia (en particular, aunque no exclusivamente, penal) que se ve igualmente involucrada (como la función pública) en cuanto actividad estatal.

**B)** De otra parte, el desentrañamiento de su *estructura interna* permite desvelar una serie de comportamientos, todos ellos en la órbita de la tortura y demás tratos, pero

que si, por un lado, no acaban de agotar toda la extensión del concepto internacional de tortura, en otros casos, se alejan ciertamente de él.

a) En realidad, sólo los *dos primeros párrafos* del art. 204 bis reflejan con claridad una de las modalidades internacionales de tortura, la *tortura indagatoria*, esto es, la consistente en la causación de dolores o sufrimientos físicos o mentales con el fin de obtener una confesión o declaración. Modalidad de tortura que, a la vista de los comportamientos susceptibles de integrarla, amplía ciertamente los mínimos internacionales, pues no sólo se castiga la causación de dolores o sufrimientos graves (únicos de los que se ocupa el concepto internacional) sino todo tipo de actuación indagatoria contraria a la salud, incolumidad y libertad de los sujetos integrados en el curso de una investigación policial o judicial.

b) Al margen de los dos primeros párrafos del artículo, los comportamientos sancionados por el *tercer párrafo* se alejan ya de manera clara del concepto internacional de tortura, constituyendo en realidad, modalidades de *maltrato penitenciario* cuyo ámbito de aplicación parece entrar en conflicto con el contenido del art. 187-5 del Código Penal.

c) Siguiendo adelante con el contenido del artículo, sólo una lectura del *párrafo IV* desligada de los tipos de tortura indagatoria y de corte autónomo permite en la práctica encontrar un verdadero sentido a esta parte del precepto. Frente a la posición de ciertos autores que pretenden ver en él el tipo básico de tortura en España, fracasando en el intento de conciliar su contenido con el de los tipos de tortura indagatoria de los dos primeros párrafos del art. 204 bis, el examen de sus precedentes y tramitación parlamentaria desvela cómo su sentido y función originarios fueron muy otros: la sanción especial de los *interrogatorios irregulares en materia penal*, esto es, del empleo de todo tipo de procedimientos ilegítimos (contrarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal) en el marco de los interrogatorios en materia penal. Es éste un sentido y función que puede y debe seguir desarrollando en la actualidad y que le convierte en instrumento de posible gran eficacia preventiva frente a las permanentemente nuevas prácticas y “técnicas” en materia de interrogatorios, dirigidas a (en la jerga policial) “derrotar” al detenido y lograr su declaración o confesión más completa.

d) Para terminar con el repaso del art. 204 bis, el último *párrafo (V)*, formalmente un delito de “omisión con equivalencia legalmente determinada”, se configura como una interesante *cláusula de extensión de la pena* de los autores dirigida a resolver los problemas de autoría y participación que, como delitos especiales, suscitan las diversas figuras del art. 204 bis: en concreto, además de en los casos de autoría mediata por instrumento no calificado o sin intención, los casos de intervención (activa u omisiva y hasta imprudente) en los hechos de sujetos cualificados que, por la no realización de actos de ejecución típica ni por sí ni por otros (ni en comisión por omisión) no resultarían penalmente responsables (o a título de autores) conforme a las reglas generales. Se trata, en definitiva, de un ejemplo más de la opción legisladora de previsión en ciertos delitos especiales, junto a la ejecución inmediata o directa y, equiparadas en la sanción, de la intervención mediata y hasta accesoria de *intranei*, ampliación de la intervención penal que permite llegar a abarcar una serie de comportamientos que, de otro modo o quedarían impunes o penalmente tratados de un modo insatisfactorio.

2. Aclarada la estructura del art. 204 bis, su lectura contrastada con el art. 1 de la Convención de 1984 revela claramente sus *insuficiencias*.

Prescindiendo de cuestiones de detalle, llama por un lado la atención la sola previsión específica como tortura de la modalidad indagatoria y el olvido, en consecuencia,

de las demás formas de tortura comprendidas en el concepto “mínimo” internacional. Obviamente, no son éstos comportamientos impunes: incluso el propio párrafo IV, sin merecer el calificativo de tortura por su alejamiento de los elementos más esenciales del concepto internacional, puede servir, en el Derecho español, para sancionar especialmente conductas comprendidas en aquél y no susceptibles de incriminación a través de los estrechos dos primeros párrafos del art. 204 bis. Conviene, con todo, recordar que tras la firma y ratificación de la Convención internacional de la ONU la adecuada tipificación y sanción penal de la tortura es una obligación internacional formalmente asumida por el Estado español y, aun cuando, no exija imprescindiblemente la construcción de un delito específico y completo de tortura, no cabe duda de que ésta será la forma más adecuada de cumplimiento de aquella obligación.

De otra parte, resulta cuanto menos curiosa la selección de comportamientos operada por los dos primeros párrafos del art. 204 bis para traducir la exigencia internacional de causación de un dolor o sufrimiento grave físico y mental. Si bien se rebaja sensiblemente el nivel de gravedad, se olvidan importantes actuaciones posibles, como las lesivas de la vida humana dependiente o contra la libertad sexual, que también debían haber sido objeto de la atención del legislador como base de los comportamientos de tortura.

Por fin, es inaceptable el trato benigno que, en general, manifiesta la legislación española en los casos de tortura. En efecto, la importancia del bien jurídico protegido por el art. 204 bis contrasta fuertemente con las penas que por él se prevén, en particular en los casos de tortura indagatoria (y maltrato penitenciario). Curiosamente y aun a pesar de la reforma de 1989, la penalidad resultante no resiste, especialmente en los casos más graves, un examen comparativo con otras figuras próximas (como los delitos contra la libertad de las partes: art. 325 bis), ni parece agotar, en modo alguno, el desvalor que, por su gravedad, habría de corresponder a los supuestos más graves, los que, como es lógico, suponen un reflejo más estricto (aunque sólo parcial) del concepto “mínimo” internacional de tortura.

A la vista de lo anterior tal vez pueda comprenderse con mayor facilidad la extendida opinión doctrinal de la inexistencia de una tipificación autónoma del delito de tortura en el Código Penal español que se limitaría en el art. 204 bis a refundir, con deficiente técnica legislativa, una serie de tipos cualificados próximos a aquel concepto pero en ningún modo reflejo de lo injusto peculiar de tamaño abuso de poder. Urge, en este sentido, proceder a una verdadera reforma del delito de tortura en España que, conservando los aspectos del art. 204 bis que merecen ser salvados —como el párrafo IV y la cláusula de extensión de las penas del párrafo V, perfectamente en la línea de la Convención internacional—, lleve a cabo una completa reestructuración del precepto, construyendo un tipo de tortura que abarque plenamente los mínimos internacionales y reciba una adecuada sanción penal, acorde con la gravedad de los hechos. Un tipo de tortura que venga, en definitiva, a cerrar un complejo de figuras delictivas (en la actualidad sólo parcialmente existentes) dirigidas a ofrecer una protección integral del ciudadano frente al posible abuso de los funcionarios que actúan en el ejercicio de sus funciones, en particular, en el campo de la intervención policial y penitenciaria, ámbitos especialmente precisados del fortalecimiento de todo tipo de mecanismos de prevención y de control de los excesos en la actuación de la Administración.

Líneas directrices de esta nueva figura habrían de ser, en mi opinión, las siguientes:

1) Caracterización de su tipo básico (o genérico) sobre la base del modelo del concepto internacional, esto es, como delito especial, fundamentalmente doloso, y de ten-

dencia, pero, a la vista de las dificultades que ofrecen los términos “grave dolor o sufrimiento físico o mental”, no como delito de resultado sino como delito de mera actividad (o inactividad) consistente en el empleo por funcionario, por acción u omisión y con los fines internacionalmente acuñados, de cualquier género de maltrato, o, mejor, por emplear una terminología penalmente más extendida, en la aplicación de violencia o intimidación sobre personas detenidas o presas o en cualquier modo sometidas a su poder de hecho.

2) A los efectos de guardar la proporcionalidad con otras figuras similares contenidas por el Código (v.gr.: art. 325 bis, delitos contra la libertad de las partes en el proceso) la pena prevista para este tipo básico, privativa de libertad, no habría de ser de duración inferior a prisión menor y, dada la calidad de los sujetos activos, acompañarse por la inhabilitación especial.

3) Construcción, a partir del tipo básico (o genérico) de una serie de supuestos calificados, consistentes en la causación con ocasión de la tortura de una serie de resultados lesivos de carácter grave (muerte, lesiones, violación, agresiones sexuales...), a sancionar con la pena superior en grado a la prevista por el correspondiente delito común e inhabilitación especial.

4) Finalmente, y para cubrir adecuadamente todo género de tolerancia, activa o pasiva, en la tortura por parte de funcionarios, mantenimiento de la cláusula de extensión de las penas de los autores en la línea del actual artículo 204 bis V, que debería completarse con una previsión específica (atenuada) para los casos de tolerancia imprudente. Inclusión, además, de una cláusula de actuar en lugar de otro que permita la sanción con las penas del delito de tortura de las conductas de particulares que, en sustitución del funcionario público, cometan en las mismas circunstancias las conductas definidas por los tipos penales.

## NOTAS

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. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.

2.- Disponía este artículo VI: “La tortura no podrá en ninguna circunstancia justificarse o excusarse por estado o amenaza de guerra o de conflicto armado, estado de necesidad o por cualquier otra circunstancia excepcional o por necesidad o urgencia alguna de obtención de informaciones o por cualquier otra razón”.

## BIBLIOGRAFIA BASICA

AMNISTIA INTERNACIONAL, *Tortura. Informe de Amnistía Internacional*, Madrid, 1984.

BASSIOUNI, M.C. *The United Nations Convention against torture. Commentary, legal materials and text. A comparative analysis of the Proposals of the International Association of Penal*

*Law, United Nations Commission on Human Rights, Council of Europe and Organization of American States* (en prensa).

BASSIOUNI, M.C, DERBY, D., "The Crime of Torture", en M.C.BASSIOUNI, *International Criminal Law*, vol. 1, *Crimes*, Dobbs Ferry, 1986, pp. 363 y ss.

BERISTAIN, A. "Dos modificaciones de la Constitución: incondicional abolición de la pena de muerte e incondicional sanción de la tortura", en A.BERISTAIN Y J.L. de la CUESTA (Comps.), *La droga en la sociedad actual y Nuevos horizontes en Criminología*, San Sebastián, 1985, pp. 207 y ss.

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

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Consideraciones acerca del delito de tortura a la luz del Convenio de Roma de 1950", en EUSKO JAURLARITZA/GOBIERNO VASCO, *Giza Eskubideak Europan. Balantzea eta Perspektibak Deklarazio Unibertsalaren 40 Urte Ondoren/Los Derechos Humanos en Europa. (Donostia-San Sebastián, 12-14 diciembre 1988)*, Vitoria-Gasteiz, 1989, pp.190-195.

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

FIORELLI, P., *La tortura giudiziaria nel diritto commune*, Milán, 1953-54.

HELBIG, F., *Die Tortur. Geschichte der Folter im Kriminalverfahren aller Zeiten und Völker*, segunda reimpresión, Darmstadt, 1983.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Torture: How to make the International Convention effective. A Draft optional Protocol*, Geneva, 1980, 2 ed.

"La prévention et la suppression de la torture", *Révue Internationale de Droit Pénal* (Número especial consagrado al trabajo del Comité Internacional de Expertos sobre la Tortura, Siracusa, 16-18 diciembre 1977), 3-4, 1977.

LANGBEIN, J.J., *Torture and the Law of Proof*, Chicago, 1977.

MAQUEDA ABREU, M.L., "La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes", *Anuario de Derecho Penal*, 1986, pp. 423 y ss.

MORENILLA RODRIGUEZ, J.M., "El Convenio europeo para la prevención de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1511, 1988, pp. 5244 y ss.

REINALDI, V.F., *El delito de tortura*, Buenos Aires, 1986.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M., "Crisis y pervivencia de la tortura", *Estudios Penales. Libro-homenaje al Prof.J.Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 799 y ss.

STAUROPOULOS, K., *Das Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe im gegenwärtigen Völkerrecht, insbesondere nach Art. 3 der Europäischen Menschenrechts Konvention*, Heidelberg, 1976.

TOMAS Y VALIENTE, F., *La tortura en España*, Barcelona, 1973.

TORIO LOPEZ, A., "La prohibición constitucional de las penas o tratos inhumanos o degradantes (esquema para un estudio)", en A.BERISTAIN, J.L. de la CUESTA (Comps.), *Los Derechos Humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, Bilbao, 1986, pp. 102 y ss.

DEL TORO MARZAL, A., "EL nuevo delito de tortura", en S. MIR (Ed.), *La reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, 1980, pp. 265 y ss.

TRIFFTERER, O., “Das ‘Folterverbot’ im nationalen und internationalen Recht — Anspruch und Wirklichkeit”, en AMNESTY INTERNATIONAL, *Folter*, Baden Baden, 1976, pp. 125 y ss.

VERRI, P., *Observaciones sobre la tortura*, Buenos Aires, 1977.