



Tipificación del delito de torturas: derecho internacional y legislación extranjera

En el marco de la discusión del Proyecto de Ley que modifica la tipificación del delito de tortura, eleva sustancialmente su penalidad y establece su imprescriptibilidad (Boletín N° 9.589), se presenta este informe que aborda el tratamiento jurídico de la tortura en el derecho internacional y en la legislación penal de Argentina y España.

Para ello se comienza esbozando el tratamiento de la tortura como crimen de lesa humanidad, particularmente lo relativo a la obligación estatal de tipificar las conductas constitutivas de tortura. Luego se expone la definición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes que ofrece la Convención contra la Tortura (CCT), tratado internacional vigente y ratificado por Chile. Conforme a ésta, la tortura requiere (i) dolo de producir sufrimiento físico o mental; (ii) tener por finalidad la obtención de información o confesión, el castigo; la intimidación o coacción, o discriminación; (iii) ser realizada directa o indirectamente por un funcionario público o por un particular ejerciendo funciones públicas. En cuanto a los tratos inhumanos y degradantes, no existe una definición específica, aunque la jurisprudencia internacional, particularmente europea, ha interpretado que se trata de conductas análogas a la tortura, pero que no alcanzan su grado de intensidad. Este acápite se cierra con una referencia a las observaciones y recomendaciones que ha hecho la comunidad internacional al Estado de Chile en relación a la tipificación de la tortura, con particular énfasis en las recomendaciones que ha hecho el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas (CAT, por sus siglas en inglés).

En la segunda parte, se analiza la legislación de Argentina y España, para verificar el modo en que tipifican la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes. La selección se justifica basándose en algunos aspectos relevantes que dichos países comparten, y sobre todo, en la evaluación positiva que la CAT ha hecho a su tipificación.

En relación a Argentina, se pudo constatar la existencia de un tipo penal que en líneas generales sigue la definición de la CCT, aunque es aún más abarcador. La norma contempla figuras de comisión por omisión y una figura “culposa”, por falta de cuidado del encargado del recinto donde se cometieren torturas. Las penas son elevadas, y van desde un mínimo de uno a cinco años para las torturas por aquiescencia, hasta la prisión perpetua, para las torturas con resultado de muerte. El tipo común es aplicable a toda persona que ejecute tormentos, aun cuando no sea funcionario público.

En el caso español, la norma ha sufrido diversas modificaciones para adecuarse a los compromisos internacionales del Estado. Actualmente, el tipo penal se ajusta a la definición internacional, aunque sólo es aplicable a funcionarios públicos y no a particulares ejerciendo funciones públicas. También omite referirse a la finalidad de “intimidar o coaccionar” a la víctima o a otras personas. Por otra parte, el Código consagra la comisión por omisión del delito de torturas, castiga los tratos degradantes que menoscaban gravemente la integridad de la víctima, aunque sin definirlos, y tipifica el delito de lesa humanidad de torturar (imprescriptible), el cual requiere de un especial contexto o finalidad para configurarse. Finalmente, se consigna que el CAT ha llamado la atención al Estado Español por las bajas penalidades asociadas a los delitos de tortura.

Elaborado para la Comisión Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que modifica la tipificación del delito de tortura, eleva sustancialmente su penalidad y establece su imprescriptibilidad, Boletín N° 9589, en Primer Trámite.

Tabla de contenidos

Elaborado para la Comisión Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que modifica la tipificación del delito de tortura, eleva sustancialmente su penalidad y establece su imprescriptibilidad, Boletín N° 9589, en Primer Trámite.	1
Introducción.....	2
En anexo se incorpora Tabla de delitos y penas contempladas en el proyecto de ley que modifica la tipificación de la tortura.....	2
Derecho internacional.....	3
La tortura como crimen de lesa humanidad.....	3
a.La definición de tortura.....	4
La proscripción de los tratos crueles, inhumanos o degradantes.....	4
La falta de tipificación adecuada del delito de torturas en Chile ante la comunidad internacional.....	5
Legislación extranjera.....	6
1.Argentina.....	6
España.....	9
Anexo: Tabla de delitos y penas contempladas en el proyecto de ley que modifica la tipificación de la tortura.....	14

Introducción

En el marco de la discusión del Proyecto de Ley que modifica la tipificación del delito de tortura, eleva sustancialmente su penalidad y establece su imprescriptibilidad (Boletín N° 9589), se presenta este informe que aborda el tratamiento jurídico de la tortura en el derecho internacional y en la legislación penal de Argentina y España.

Primero se presenta el tratamiento internacional de la materia, poniendo especial énfasis en la cuestión de la descripción de la conducta típica y la obligación de sancionarla. Esto se hace con la doble finalidad de aclarar las obligaciones internacionales de Chile en la materia y como modelo con el cual evaluar las legislaciones de los países estudiados. Por lo mismo, se detallan las recomendaciones hechas por los organismos internacionales al Estado de Chile en materia de tipificación del delito de tortura.

En la segunda parte se analiza la legislación penal sustantiva en materia de tortura en Argentina y España, utilizando como matriz de análisis el marco entregado por el derecho internacional.

En anexo se incorpora Tabla de delitos y penas contempladas en el proyecto de ley que modifica la tipificación de la tortura.

El presente documento ha sido elaborado a solicitud de una Comisión permanente del Senado, bajo sus orientaciones y requerimientos. Por consiguiente el tema que aborda y sus contenidos están delimitados por los parámetros de análisis acordados y por el plazo de entrega convenido. No es un documento académico y se enmarca en los criterios de neutralidad, pertinencia, síntesis y oportunidad en su entrega

Informes BCN relacionados:

- Finsterbusch, C. 2011. Concepto de tratos crueles, inhumanos o degradantes en derecho comparado. Disponible en: <http://bcn.cl/1p9n8> (enero, 2015).
- Weidenslaufer, C. y Voigt, A. 2008. Legislación comparada sobre el Delito de Tortura y su Tipificación. Disponible en: <http://bcn.cl/1paas> (enero, 2015)

Derecho internacional

La tortura como crimen de lesa humanidad

La tortura es una conducta proscrita por el derecho internacional, tanto a nivel de tratados e instrumentos internacionales¹, como a nivel de costumbre internacional general o *jus cogens*². Se trata por tanto, de una prohibición universal e inderogable para los Estados. Además, se trata de un delito de lesa humanidad, por lo que es imprescriptible³. Aunque tal carácter no le fue expresamente otorgado en los documentos fundacionales del moderno sistema universal de derechos humanos⁴, el Estatuto de Roma resolvió cualquier duda al respecto al incorporarlo en su catálogo⁵.

La prohibición que pesa sobre la tortura no importa un simple deber de abstención por parte del Estado. Como toda obligación de derechos humanos, implica también un deber de protección y garantía de los derechos. En este sentido, la prevención de las violaciones a los derechos humanos es una obligación de los Estados. Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sostenido que la Convención Americana exige a los Estados tanto “respetar” como “garantizar” los derechos reconocidos en ella⁶. Como consecuencia de la obligación de garantía, señala la Corte, los Estados tienen la obligación de prevenir, investigar y castigar las violaciones a los derechos humanos.

Consecuentemente con lo anterior, el Convenio contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de 1984 (CCT), ratificado por Chile en 1988⁷, establece una

¹ Los principales instrumentos internacionales que prohíben la tortura son la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1946 (art. 5°); Convenciones de Ginebra (arts. 50, 51, 130 y 147 respectivamente) de 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 7°); Pacto Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de 1984; y el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional de 1998 (art. 7).

² De Wet, E. 2004. The Prohibition of Torture as an International Norm of *juscogens* and Its Implications for National and Customary Law. *European Journal of International Law*. 15 (1) pp. 97-121.

³ Artículo 29 Estatuto de Roma. Disponible en: <http://bcn.cl/1ng0j> (enero, 2015).

⁴ “La noción de crímenes de lesa humanidad como una categoría específica de delitos internacionales fue por primera vez incorporada en un instrumento internacional en el Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional (TMI), que estableció los principios y procedimientos que rigieron los Juicios de Núremberg. Más tarde, dicha categoría fue introducida en los mismos términos en la Carta que estableció el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente. Los dos estatutos referidos definieron los crímenes contra la humanidad como: “[...] el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron” (Meza-Lopehandía, M. y Williams, G. 2014. Sobre los crímenes de lesa humanidad en el derecho internacional. Informe BCN. Disponible en: <http://bcn.cl/1pa2p> (enero, 2015).

⁵ Artículo 7 letra (f) Estatuto de Roma.

⁶ Por todos: Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Disponible en: <http://bcn.cl/1ouhq> (enero, 2015).

⁷ Disponible en: <http://bcn.cl/1n1zl> (enero, 2015).

serie de deberes para los Estados parte que van más allá de la mera abstención. Entre ellos, el artículo 2.1 establece que “[t]odo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.” Dentro de las medidas legislativas que deben adoptarse, está la tipificación del delito de torturas. Así lo establece expresamente el artículo 4 del mismo texto:

1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.
2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

Entre las medidas legislativas exigidas por la Convención, está la establecida en su artículo 14. Conforme a dicha norma, los Estados parte deben garantizar mediante legislación que la víctima de un acto de tortura reciba “la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible”. En caso de muerte, se establece que las personas a su cargo tendrán derecho a ser indemnizados.

a. La definición de tortura

La propia CCT ofrece una definición explícita de lo que debe entenderse por tortura. A partir de esta, se puede construir una figura típica modelo, “sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”⁸. Señala su artículo 1.1 que:

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.

De esta manera, los elementos descriptivos de la conducta que define la tortura pueden sintetizarse de la siguiente manera: requiere (i) dolo de producir sufrimiento físico o mental; (ii) tener por finalidad la obtención de información o confesión, el castigo; la intimidación o coacción, o discriminación; y (iii) ser realizada directa o indirectamente por un funcionario público o por un particular ejerciendo funciones públicas.

La proscripción de los tratos crueles, inhumanos o degradantes

Por otra parte, la Convención establece la obligación de los Estados parte de prohibir otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que no lleguen a ser tortura en los términos convencionales, cuando éstos sean cometidos por funcionario público u

⁸ Artículo 1.2 CCT.

otra persona en ejercicio de funciones oficiales, o por su instigación, consentimiento o aquiescencia⁹.

La CCT no ofrece una descripción específica de este tipo de conductas. Sin embargo, al referirse a éstas, las identifica como aquellas “que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1”. En otras palabras, se refieren a conductas menos graves que la tortura, pero igualmente atentatorias contra la dignidad humana. El concepto ha sido precisado en la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos¹⁰, el cual ha adherido a la idea de gradualidad entre torturas, tratos inhumanos y tratos degradantes¹¹.

La falta de tipificación adecuada del delito de torturas en Chile ante la comunidad internacional

La comunidad internacional ha manifestado su preocupación por la falta de una tipificación adecuada del delito de torturas en Chile. Reflejo de ello son las recomendaciones que diversos Estados han hecho a Chile en el marco del Examen Periódico Universal (EPU) del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas¹².

Por su parte, el Comité Contra la Tortura (CAT, por sus siglas en inglés), organismo de Naciones Unidas que vigila el cumplimiento de la CCT, ha recomendado al Estado de Chile, desde 1994, que ajuste la legislación nacional penal al estándar internacional, tanto en relación a la descripción típica, como respecto de la gravedad de las penas asociadas¹³. En las recomendaciones evacuadas en 2004, el CAT valoró la incorporación del delito de apremios ilegítimos al Código Penal¹⁴, pero precisó que dicha definición debía incorporar los propósitos de la tortura y la aquiescencia de funcionarios públicos como conducta punible¹⁵.

En 2009, el CAT volvió sobre el problema de la descripción típica de la tortura, aclarándole a Chile que, “[n]o obstante la afirmación del Estado Parte de que, según el Código Penal chileno, todos los actos que pueden calificarse de ‘tortura’ en el sentido del artículo 1 de la Convención están penados”:

[...] el Comité considera que el Código Penal no contempla todos los actos punibles contenidos en la Convención, tales como la tentativa. Asimismo, al Comité le preocupa, como ya manifestó en sus conclusiones anteriores, que no se haya ampliado el plazo de prescripción de diez años ni se haya eliminado la prescripción para el delito de tortura, habida cuenta de la gravedad del mismo. [...] El Estado parte debe adoptar las medidas necesarias para asegurar que todos los actos de tortura aludidos en los artículos 1 y 4 de la Convención sean considerados delitos en su legislación penal

⁹ Artículo 16 CCT.

¹⁰ Bueno, G. 2003. El concepto de tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Nueva Doctrina Penal: pp. 603-628.. Disponible en: <http://bcn.cl/1p9mx> (enero, 2015).

¹¹ Sobre la distinción, ver Finsterbusch, C. 2011. Concepto de tratos crueles, inhumanos o degradantes en derecho comparado. Informe BCN. Disponible en: <http://bcn.cl/1p9n8> (enero, 2015).

¹² Recomendaciones de Brasil (Nº 32) y Uzbekistán (Nº 73.a). EPU, 2009. Disponible en: <http://bcn.cl/1p9rd> (enero, 2005); Recomendaciones de Australia (Nº 121.26); República Islámica de Irán (Nº 121.74) y Bélgica (Nº 121.75). EPU, 2014. Disponible en: <http://bcn.cl/1p9rd> (enero, 2015).

¹³ Cfr. Asamblea General de Naciones Unidas. Informe del Comité contra la Tortura. Suplemento No. 44 (A/50/44), 1995: párr. 60 letra (d) <http://bcn.cl/1p9pz> (enero, 2015);

¹⁴ Art. 2 Ley Nº 19.567 de 1998 que agrega un artículo 150 A y 150 B al Código Penal. Disponible en: <http://bcn.cl/1odku> (enero, 2015).

¹⁵ Comité contra la Tortura. Examen de los Informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura. Chile, 14 de junio de 2004. CAT/C/CR/32/5: párr. 6 letra (c). Disponible en: <http://bcn.cl/1pbfa> (enero, 2015).

interna y que se apliquen penas apropiadas en cada caso teniendo presente el grave carácter de estos delitos. Asimismo, el Comité insta al Estado parte a que elimine la prescripción actualmente vigente para el delito de tortura¹⁶.

Legislación extranjera

A continuación se presenta la tipificación del delito de torturas en dos jurisdicciones, Argentina y España. La selección se justifica basándose en cuatro criterios que facilitan la comparación de experiencias. Primero, ambos países comparten con Chile su adhesión a la tradición jurídica continental, y en lo que se refiere a materias penales sustantivas, los tres poseen un único Código aplicable a todo el territorio nacional. También comparten la experiencia reciente de gobiernos autocráticos que practicaron la tortura en forma sistemática¹⁷, y todos ellos son signatarios de la CCT. Finalmente, es significativo que tanto Argentina como España han modificado sus tipos penales relativos a torturas y tratos inhumanos y degradantes, de modo más o menos explícito, para ajustarlos a la CCT, y han recibido la aprobación de la CAT.

1. Argentina

Argentina ratificó la CCT en 1986¹⁸. Ya antes, en 1984, mediante la Ley N° 23.097¹⁹, se había incorporado el delito de torturas a su Código Penal. Su redacción le valió que la CAT destacara sus normas que “en calidad y cantidad satisfacen las prescripciones e la Convención”, pese a la brecha que separaba ésta de su aplicación práctica²⁰.

El tipo penal castiga la aplicación de torturas de cualquier clase a una persona privada de libertad, aunque no define qué entiende por este tipo de conductas. Además sanciona a quien ejerciere torturas sobre personas privadas de libertad, independientemente de si aquel está legítimamente recluido y de si el hechor es o no un funcionario público.

ARTICULO 144 ter.- 1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura.

Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos²¹.

Asimismo, la norma gradúa la pena en función del resultado (muerte, lesiones) e incluye los tormentos psíquicos, en la medida que tengan la gravedad suficiente. De la misma manera, castiga el delito por omisión del funcionario público en cuatro hipótesis²²: (a) si el funcionario

¹⁶ Comité contra la Tortura. Examen de los Informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Observaciones finales del Comité contra la Tortura. Chile, 23 de junio de 2009. CAT/C/CHL/CO/5: párr. 10. Disponible en: <http://bcn.cl/1p9pz> (enero, 2015).

¹⁷ En el caso de Chile, ha sido acreditado por ejemplo por los Informes Rettig y Valech.

¹⁸ Cfr. United Nations Human Rights. Status of Ratification Interactive Dashboard. Disponible en: <http://bcn.cl/1paa3> (enero, 2015).

¹⁹ Disponible en: <http://bcn.cl/1p9sn> (enero, 2015).

²⁰ Asamblea General de Naciones Unidas. Informe del Comité contra la Tortura, 16 de septiembre de 1998. Suplemento No. 44 (A/53/44): párr. 62. Disponible en: <http://bcn.cl/1pa2o> (enero, 2015).

²¹ Título V Capítulo I Código Penal argentino. Disponible en: <http://bcn.cl/cgia> (enero, 2015).

²² Artículos 144 quáter y 144 quinto del Código Penal argentino.

tiene competencia para evitar la comisión y no lo hace; (b) si el funcionario sin competencia para evitar la comisión no denuncia los hechos dentro de 24 horas, agravándose su responsabilidad en caso de ser médico; (c) el juez competente que no instruye sumario o el incompetente que no denuncia al juez con competencia dentro de las 24 horas siguientes; y (d) el funcionario que esté a cargo del lugar donde se comete el ilícito y por cuya negligencia el mismo fue posible.

Como puede apreciarse, el tipo penal toma algunos elementos de los establecidos en la CCT, aunque es bastante más amplio. Siguiendo la descripción del instrumento internacional, el tipo del Código Penal argentino incluye tanto sufrimientos físicos como psicológicos. Aunque usa la fórmula más genérica de “cualquier clase de tortura”, restringe los tormentos psicológicos a aquellos que tengan gravedad suficiente. Por otra parte no define qué se entiende por tortura.

En contraste con la norma internacional, le resulta indiferente la calidad de funcionario público del hecho (salvo en el caso del delito por omisión) y tampoco hace referencia a la finalidad con que se comete el acto reprochado. Además, la norma incluye delitos propios de comisión por omisión, tanto respecto del funcionario que, teniendo atribuciones no hace nada para evitar el delito, como de aquel que sin estar facultado para evitarlo, omite denunciarlo. De esta manera, la norma parece abarcar más que la simple aquiescencia contemplada en la CCT²³. También contempla una forma culposa del delito, al castigar al funcionario a cargo del establecimiento donde se practicaren las torturas, cuando se pueda establecer que el hecho no hubiere acontecido de mediar debida vigilancia y diligencia.

Por su parte, el artículo 144 bis numeral 2 y 3 castiga al funcionario que aplicare “cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales” en un acto de servicio y a aquel que, guardando privados de libertad, les impusiere severidades, vejaciones o apremios ilegales, con penas desde uno a cinco años de prisión más inhabilitación por el doble de tiempo.

En la tabla N° 1 se presentan los delitos de tortura y apremios ilegales contemplados en el Código Penal argentino, ordenados de menor gravedad a mayor y separados por la calidad del sujeto.

Tabla N° 1. Delitos de tortura en el Código Penal argentino

Clasificación del delito por calidad del sujeto		Elementos principales	Pena
Delitos comunes	Torturas	Tormentos físicos o psíquicos de gravedad suficiente.	Prisión de ocho a veinticinco años más inhabilitación absoluta y perpetua para ejercer cargos públicos.
	Art. 144 ter N° 1		
	Torturas calificadas por el resultado	Resultado de lesiones gravísimas.	Prisión de diez a veinticinco años.
	Art. 144 ter N° 2	Resultado de muerte.	Prisión perpetua.
Delitos especiales	Vejaciones o apremios o ilegales	Cometido por funcionario público en acto de servicio.	Prisión de uno a cinco años con inhabilitación por el doble de

²³ La CCT incluye los casos en que los sufrimientos sean “o con su consentimiento o aquiescencia” [se refiere al funcionario público o quien haga las veces de tal]. De acuerdo a la Real Academia Española, “aquiescencia” es sinónimo de “consentimiento”: “(Del lat. *acquiescentia*). 1. f. Asenso, consentimiento.” (Disponible en: <http://bcn.cl/1pbiz>, enero 2015). Ahora bien, en la versión inglesa de la CCT, se usa el término “acquiescence” que de acuerdo al Diccionario Oxford, se define como “[t]he reluctant acceptance of something without protest” (<http://bcn.cl/1pbj6>), esto es “la renuente aceptación de algo sin protestar”. Pareciera que la norma argentina recoge el sentido de la voz inglesa “acquiescence”, más específica que su homólogo castellano “aquiescencia”.

Clasificación del delito por calidad del sujeto		Elementos principales	Pena
	Art. 144 bis N° 2		tiempo.
	Vejaciones o apremios ilegales calificados	Cometido por funcionario público sobre personas que estén bajo su custodia.	
	Art. 144 bis N° 3		Prisión de uno a cinco años e inhabilitación por el doble de tiempo para el funcionario que fuere médico.
	Torturas comisión por omisión (aquiescencia)	Cometido por funcionario público.	
	Art. 144 quater N° 2.	Omitir denunciar el hecho a la autoridad competente dentro de las 24 horas siguientes.	
	Torturas comisión por omisión	Cometido por funcionario público.	Prisión de tres a diez años.
	Art. 144 quater N° 1	Omitir evitar la comisión teniendo competencia para ello.	

Clasificación del delito por calidad del sujeto		Elementos principales	Pena
	Torturas "culposa" Art. 144 quinto	Cometido por funcionario encargado del recinto donde se practicaren las torturas. Omitir tomar las medidas necesarias para evitar las torturas.	Prisión de tres a seis años.

Fuente: elaboración propia.

España²⁴

España ratificó la CAT en 1987²⁵. Hasta la dictación del nuevo Código Penal (1995), la legislación contemplaba un tipo penal de tortura (art. 204 bis) en el título de los delitos contra la seguridad interior del Estado²⁶, o sea, ponía énfasis en el abuso de poder por parte de funcionarios públicos²⁷. Ésta que fue objeto de críticas por la CAT, por no contemplar algunos aspectos de la definición convencional, como la tortura infligida con fines punitivos²⁸.

El Código Penal de 1995 incorporó una nueva regulación de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes²⁹. De hecho, organizó su regulación en un título especial sobre torturas y otros delitos contra la integridad moral (título VII), consagrando el carácter pluriofensivo de la conducta y resolviendo así algunas dificultades concursales³⁰. De esta manera, se afirmó el carácter autónomo del delito, impidiendo que la *lesividad* de la conducta quede absorbida en la

²⁴ Este acápite está basado en el Informe BCN elaborado por Christine Weidenslauffer y Alejandra Voigt titulado "Legislación comparada sobre el Delito de Tortura y su Tipificación" (2008). Disponible en: <http://bcn.cl/1paas> (enero, 2015)

²⁵ Cfr. United Nations Human Rights. Status of Ratification Interactive Dashboard. Disponible en: <http://bcn.cl/1paa3> (enero, 2015).

²⁶ El tipo señalaba 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.

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". Disponible en: <http://bcn.cl/1pae3> (enero, 2015).

²⁷ Zúñiga, L. 2007. El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional. En: Pérez Álvarez, F. y Gacía Alfaraz, I. (coordinadores). 2007. En: Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero. Salamanca: Universidad de Salamanca: pp. 875-912.

²⁸ Asamblea General de Naciones Unidas. Informe del Comité contra la Tortura. Suplemento No. 44 (A/48/44), 1993: párr. 434. Disponible en: <http://bcn.cl/1pacq> (enero, 2015).

²⁹ Ver texto original en: <http://bcn.cl/1pblh> (enero, 2015).

³⁰ De acuerdo a Zúñiga (2007), la opción por la "integridad moral" como bien jurídico protegido se explica por tratarse éste de un derecho constitucional expresamente reconocido en la Carta Fundamental. De hecho, su artículo 15 reconoce el "derecho a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". Disponible en: <http://bcn.cl/1mqmb> (enero, 2015).

configuración de otros delitos (vg. lesiones, detención ilegal, etc.) y sin que sea necesaria la concurrencia de un delito base³¹.

Esta modificación fue congratulada por el CAT, el cual la destacó como una reforma que,

[...] no sólo satisfacen la definición del artículo 1 de la Convención sino que la amplían en aspectos importantes, que otorgan a los ciudadanos una protección más fuerte contra esos ilícitos; las penas que contempla la nueva legislación son adecuadas a la gravedad de estos delitos, como prescribe el artículo 4 de la Convención. Además, se tuvo presente el breve tiempo disponible para realizar este estudio, y el hecho de que ya existía material elaborado por la BCN sobre la materia. [...] Además de la regulación legal específica refuerzan la protección penal contra la tortura otras disposiciones del Código Penal, en especial las incluidas en el título sobre delitos cometidos por los empleados públicos en agravio de las garantías constitucionales³².

Sin embargo, en sus observaciones finales al tercer informe periódico de España ante el CAT (2002), éste recomendó al Estado “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”³³. Señaló esto en relación con la omisión en la descripción típica de la tortura basada en “cualquier tipo de discriminación”³⁴.

En 2003, se publicó la Ley Orgánica 15/2003, que tuvo entre sus objetivos, adecuar la legislación española al Estatuto de Roma³⁵. En materia de tipificación de la tortura, la ley modificó el numeral 1 del artículo 174, haciéndose cargo de las recomendaciones del CAT. De esta manera, se incorporó al tipo la finalidad de castigar y la motivación de discriminación:

Artículo 174.

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 12 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

³¹ Zúñiga, L. 2007. Op. cit.

³² Asamblea General de Naciones Unidas. Informe del Comité contra la Tortura, 16 de septiembre de 1998. Suplemento No. 44 (A/53/44): párr. 124 y 126. Disponible en: <http://bcn.cl/1pa2o> (enero, 2015).

³³ Comité Contra la Tortura. Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 19 de la Convención. España. 23 de diciembre de 2002. CAT/C/CR/29/3: párr. 12. Disponible en: <http://bcn.cl/1padm> (enero, 2015)

³⁴ Ídem: párr. 9.

³⁵ Disponible en: <http://bcn.cl/1pag5> (enero, 2015).

cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior.

Por su parte, el artículo 176 del Código hace extensiva las penas establecidas para el delito de acción a aquel funcionario público que, “faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos”. En otras palabras, se consagra la comisión por omisión del delito de torturas³⁶.

La definición ofrecida por el Código Penal español sigue de cerca la CCT, aunque se aparta de esta al exigir que el sujeto activo sea siempre un funcionario público³⁷. La lógica de la norma es que sólo éste está en posición de realizar todo el injusto supuesto en el delito de torturas, en la medida en que con su conducta puede atentar contra la integridad moral de la persona bajo su custodia, y al mismo tiempo, infringir sus deberes especiales de cuidado asociados a las facultades especiales que le otorga la ley³⁸.

El problema aquí es que la definición dada por la CCT incluye también a “otra[s] persona[s] en el ejercicio de funciones públicas”, lo que no parece estar contemplado en la norma española. En el mismo sentido, la norma omite referirse a la finalidad de “intimidar o coaccionar” a la víctima o a otras personas. Ambas carencias han sido destacadas por la CAT, la cual ha recomendado expresamente su inclusión en el tipo pena³⁹.

[E]l Comité —a pesar de la explicación proporcionada al respecto por la delegación del Estado parte— considera que sería oportuno incluir explícitamente en la definición del artículo 174 del Código Penal dos importantes elementos ulteriores para que ésta sea plenamente conforme al artículo 1 de la Convención: que el acto de tortura también puede ser cometido por “otra persona en el ejercicio de funciones públicas” y que la finalidad de tortura puede incluir el fin “de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras” (artículo 1).

Adicionalmente, el artículo 607 bis numeral 2 inciso 8°, ubicado en el título XXIV sobre los Delitos contra la Comunidad Internacional, incorporó como delito de lesa humanidad las torturas graves ejercidas sobre personas que tuvieran bajo custodia o control, definiéndolas, para efectos de dicho artículo, como “el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos”⁴⁰.

Este delito de torturas de lesa humanidad requiere que la conducta se cometa “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella” y siempre se considerará como tal cuando se trate de una persecución en razón de la pertenencia de la víctima a un grupo determinado de la población y cuando se produzca en el marco de un régimen de apartheid⁴¹. La norma distingue entre “torturas graves”, que están castigadas con penas que van de cuatro a ocho años, y “torturas menos graves” con penas que van desde los

³⁶ Comisión por omisión es distinto a omisión. En el primer caso, el funcionario no ejerce sus facultades para impedir la tortura. Aquí el funcionario debe tener un deber jurídico de impedir la tortura. En el segundo, el funcionario tortura mediante la omisión, por ejemplo, absteniéndose de alimentar al detenido. Esta modalidad de comisión está cubierta por el tipo activo.

³⁷ Cabe destacar que la norma ratifica expresamente la aplicabilidad del tipo de torturas en el contexto penitenciario, en atención a las constantes denuncias de abuso en ese ámbito. Cfr. Conclusiones finales del CAT citados.

³⁸ En el mismo sentido, Zúñiga, L. 2007. Op. cit.

³⁹ Comité contra la Tortura. Examen de los Informes presentado por los Estados parte en virtud del artículo 19 de la Convención. Observaciones finales del Comité contra la Tortura. España. 9 de diciembre de 2009. CAT/C/ESP/CO/5: párr. C.1. Disponible en: <http://bcn.cl/1pazg> (enero, 2015).

⁴⁰ Disponible en: <http://bcn.cl/1m8ob> (enero, 2015).

⁴¹ Artículo 607 bis numeral 1 Código Penal español.

dos a los seis años⁴². De acuerdo al artículo 131.4 del Código Penal, “Los delitos de lesa humanidad [...] no prescribirán en ningún caso”.

Por otra parte, el Código autoriza al juez a imponer penas accesorias (vg. prohibición de acercarse a la víctima o de residir en determinados lugares) hasta por diez años en caso de torturas graves y cinco para las menos graves, con el objeto de proteger a la víctima o en atención a la gravedad de los hechos⁴³.

Finalmente, cabe señalar que el Código Penal español castiga los tratos degradantes que menoscaben gravemente la integridad de la víctima, con prisión de seis meses a dos años, aunque no los define expresamente⁴⁴. En este caso, el tipo no exige que el sujeto activo sea funcionario público, por lo que cualquiera puede incurrir en ese delito. Es más, el mismo artículo 173 penaliza del mismo modo el acoso laboral -que es el que se produce mediado por relaciones de subordinación y no llega a constituir un trato degradante- y la violencia intrafamiliar, que puede tener asociadas penas mayores a las de trato degradante, e incluso a las torturas, de producirse concurso ideal de delitos. También se castiga al funcionario público que, abusando de su cargo, incurra en conductas que no califiquen como tortura, pero que atenten contra la integridad moral de la víctima, con presidio de dos a cuatro años⁴⁵.

De esta manera, el legislador español ha seguido más o menos de cerca el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, en orden a establecer una escala graduada de tipos, siendo el más grave la tortura, en un estatuto intermedio el trato inhumano, y el grado más leve, el de trato degradante. En todo caso, la escala no es precisa, pues incorpora cualidades del sujeto activo para la tortura *strictu sensu*, y finalidades especiales para la tortura de lesa humanidad (ver tabla N° 2).

Para terminar, es necesario tener presente que el CAT ha señalado su preocupación por las bajas penas asociadas a la tortura en sentido estricto. Al respecto, ha señalado que:

El Comité observa que, de acuerdo con el artículo 174 del Código Penal, 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”, lo que no parece propiamente ser conforme al párrafo 2 del artículo 4 de la Convención que establece la obligación de todo Estado parte de castigar todos actos de tortura con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad (artículos 1 y 4).

El Estado parte debería castigar todos los actos de tortura con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención. Además el Estado parte tendría que asegurar que en todos los casos se consideren de carácter grave todos actos de tortura, dado que ello atañe indisolublemente e intrínsecamente al concepto mismo de tortura⁴⁶.

En la tabla N° 2 se presentan los delitos de tortura y contra la integridad moral contemplados en el Código Penal español, ordenados de menor gravedad a mayor y separados por la calidad del sujeto.

Tabla N° 2. Delitos de tortura y contra la integridad moral Código Penal español*

⁴² Artículo 607 bis numeral 2 inciso 8°.

⁴³ Artículo 57 Código Penal español. La incorporación de esta norma ha sido congratulada por el CAT (2002: párr. 5)

⁴⁴ Artículo 173 Código Penal español.

⁴⁵ Artículo 175 Código Penal español.

⁴⁶ Observaciones finales CAT, 2009: párr. C.1.

Clasificación del delito por calidad del sujeto		Elementos principales	Pena
Delitos comunes	Tratos degradantes Art. 173	Menoscabo grave de la integridad.	Prisión de seis meses a dos años.
	Torturas graves (lesa humanidad) Art. 607 bis	Sometimiento de la víctima a sufrimientos físicos o psíquicos. Contexto (ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella)	Torturas menos graves: prisión de dos a seis años. Torturas graves: prisión de cuatro a ocho años.
Delitos especiales	Atentado contra la integridad moral (tipo residual de tortura) Art. 175	Cometido por funcionario público. Abuso del cargo. Atentado contra la integridad moral de la víctima que no tenga la entidad de tortura).	Atentado menos grave: prisión de seis meses a dos años. Atentado grave: prisión de dos a cuatro años.
	Torturas (sentido estricto) Art. 174	Cometido por funcionario público. Abuso del cargo. Finalidad especial (información, confesión, discriminación). Resultado especial (sufrimientos físicos o mentales, disminución de facultades de conocimiento o voluntad o integridad moral).	Torturas menos graves: prisión de uno a tres años. Penas accesorias de protección a la víctima de hasta cinco años. Torturas graves: prisión de dos a seis años. Penas accesorias de protección a la víctima de hasta diez años.
	Torturas (sentido estricto) comisión por omisión Art. 176	Cometido por funcionario público Falta a los deberes del cargo, permitiendo la ejecución de torturas.	Ídem torturas

Fuente: elaboración propia.

*Se excluyen los delitos de acoso laboral y de violencia intrafamiliar.

Anexo: Tabla de delitos y penas contempladas en el proyecto de ley que modifica la tipificación de la tortura.

Clasificación del delito por calidad del sujeto		Elementos principales	Pena
Delitos comunes	Tratos crueles o degradantes distintos a los del art. 150 Art. 161 quinquies	Tratos crueles o degradantes distintos a los del art. 150	Prisión de quinientos cuarenta y un días a cinco años más accesorias .

	Torturas Art. 161 bis	Autoría mediata (art. 161 quáter)	Infringir sufrimientos graves (físicos o mentales) Finalidad (información, confesión, castigo, intimidación, coacción o discriminación)	Prisión de cinco a diez años.
	Torturas calificadas Art. 161 ter		Resultado de muerte, lesiones graves o violación o abusos sexuales.	Prisión de quince a veinte años.
Delitos especiales	Torturas de comisión por omisión Art. 161 quáter		Omitir evitar la comisión o hacer cesar los tormentos. Tener la facultad o autoridad necesaria para ello.	Ídem torturas y torturas calificadas

Fuente: Tabla de elaboración propia.