

LA LEGITIMIDAD DEL USO DE LA TORTURA EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

THE LEGITIMACY OF THE USE OF TORTURE AGAINST TERRORISM



UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

Resumen: A raíz de los atentados terroristas del 11-S se ha puesto en tela de juicio la prohibición absoluta de la tortura y buscado argumentos, tanto éticos como legales, que justifiquen su uso cuando es el único método efectivo para prevenir posibles ataques. Parte de la doctrina se apoya en el paradigma de la bomba del tiempo israelí como justificación del uso de la tortura desde el punto de vista moral, pero no son pocos los autores que consideran injustificable el recurso al tormento en cualquier tipo de situación, pues reparan en las consecuencias que, a largo plazo, supondría la legitimación excepcional de la tortura para los principios del Estado de Derecho.

Abstract: In the wake of the terrorist attacks of 11-S, the absolute prohibition of torture has been called into question and arguments, both ethical and legal, have been sought to justify its use when it is the only effective method for preventing possible attacks. Part of the doctrine is based on the paradigm of the Israeli time bomb as a justification for the use of torture from the moral point of view, but there are not a few authors who consider the use of torture in any type of situation to be unjustifiable, since they pay attention to the consequences that, in the long term, the exceptional legitimization of torture would have for the principles of the rule of law.

Alumna: María Elena González Martínez.

Tutor: Federico Arcos Ramírez.

Grado en Derecho.

Junio, 2019.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
2. CONTEXTUALIZACIÓN	7
2.1. LA SITUACIÓN ESTADOUNIDENSE TRAS LOS ATENTADOS DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001	7
2.2. ABU GHRAIB Y GUANTÁNAMO: CONSECUENCIAS DE LA POLÍTICA ESTADOUNIDENSE	9
2.3. CONSECUENCIAS EN EL ESTADO LIBERAL DE DERECHO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN LA GUERRA CONTRA EL TERROR	10
3. LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE LA TORTURA: REGULACIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL	13
4. EL CONCEPTO “TORTURA”	16
4.1. CONCEPTO	17
4.2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE TORTURA Y OTRAS PENAS O TRATOS INHUMANOS, CRUELES O DEGRADANTES: BREVE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL	18
4.3. LA CARGA PROBATORIA	20
5. ¿EXISTE UNA PROHIBICIÓN JURÍDICA ABSOLUTA DEL USO DE LA TORTURA?	21
5.1. NACIMIENTO DEL DEBATE.....	21
a. Artículo 14.3 de la Ley de Seguridad Aérea de Alemania	21
b. Caso Daschner-Gäfgen	23
c. Breve referencia al supuesto de “ticking bomb”	23
5.2. “LA TORTURA DE RESCATE O SALVAMENTO”: SUPUESTO DE BASE	25
a. Características	25
b. Argumentos a favor y críticas.....	26
5.3. MECANISMOS UTILIZADOS PARA REGULAR SU USO EN CASOS EXCEPCIONALES....	31
a. Redefinición.....	31
b. Analogía entre tortura y homicidio.....	33
c. Propuesta de legalización.....	34
6. ¿EXISTE UNA PROHIBICIÓN MORAL ABSOLUTA?	38

6.1. ABSOLUTOS MORALES. NECESIDAD EXTRALEGAL DE TORTURAR	38
6.2. POSICIONES EN CONTRA Y A FAVOR DEL ABSOLUTISMO	40
a. Teoría utilitarista: argumento del mal menor	40
b. Derecho contra seguridad estatal: necesidad estatal de protección	43
c. El valor moral del Estado de Derecho	44
d. El valor de la dignidad humana	47
7. CONCLUSIONES	55
8. BIBLIOGRAFÍA	59

1. INTRODUCCIÓN

La tortura es un método que ha venido siendo utilizado a lo largo de nuestra historia en diversos contextos. Ha sido regulada en distintas disposiciones, tanto en el plano nacional como en el internacional, que establecen su prohibición en todo caso por considerar la tortura el mayor atentado contra la dignidad humana, valor fundamental sobre el que se asientan los demás derechos, así como contra los principios y garantías sobre los que descansan las democracias actuales.

Hay quien considera que éste es un tema zanjado que, en el plano jurídico-positivo, no puede ni debe ser revisado¹. A pesar de ello, ha surgido en el presente siglo un debate práctico como consecuencia de los temores que levantaron los atentados terroristas liderados por la organización criminal “Al-Qaeda” en Estados Unidos en 2001. No pretendo analizar aquí el nivel de cumplimiento de los Estados de lo establecido en los convenios internacionales sobre la materia, sino centrarme en el debate de si existe la posibilidad de que, en un caso concreto, los poderes públicos, en particular las fuerzas de seguridad, puedan recurrir a la tortura como método procesal de interrogatorio, pues sabemos que algunos gobiernos no han dudado en hacer uso de esta técnica por las facilidades que aporta. Así ocurrió en Abu Ghraib y Guantánamo, donde la administración estadounidense intentó poner en práctica una serie de estrategias² con las que se intentaban justificar el proceder de sus agentes en los mencionados centros penitenciarios. Aun así, no deberíamos irnos muy lejos para poder apreciar que este método del terror no ha desaparecido, pues hoy por hoy siguen planteándose en nuestro país asuntos³ en los que los sujetos denunciados dicen haber sido víctimas de tortura.

¹ Defendemos la prohibición de la tortura de forma absoluta de forma general en el Derecho, pero no podemos obviar que existen tribunales que sí justifican el uso de esta práctica en circunstancias excepcionales. Ésta es la posición que se sigue en los tribunales israelíes cuando se encuentran frente a situaciones que cuenta con todos y cada uno de los presupuestos establecidos en los casos del llamado escenario de la bomba del tiempo israelí.

² Estrategias como la redefinición, la justificación de sus conductas por considerarlas necesarias, entre otras que más adelante expondremos.

³ Como ejemplo encontramos el *Asunto Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España* (Sección 3ª), nº 1653/13, 13 de febrero de 2018. Supuesto ocurrido en España en 2013, resuelto por el TEDH en 2018, signo de la perdurabilidad de esta práctica en países donde lidera la democracia.

Lo más llamativo es lo que el profesor LA TORRE llama el “cambio de paradigma”, pues nos encontramos ante una disputa en la que el uso de una práctica tan despiadada como la que analizamos no es repudiada por todos los profesores, filósofos, políticos,... llegando a defenderse públicamente argumentos morales que avalan la tortura, considerando que su uso es necesario, e incluso requerido, como medio de salvación de la vida de ciudadanos inocentes ante la amenaza terrorista. Esta fue la postura adoptada por el actual Presidente estadounidense DONALD TRUMP⁴ quien durante su campaña electoral y una vez tomado el poder se mostró públicamente partidario de volver a hacer uso de los “interrogatorios forzados” en la lucha contra el terrorismo, de justificar el uso de la tortura cuando, según su gabinete de defensa, fuese un método efectivo para combatir esta amenaza, alegando ante los medios de comunicación que combatiría “el fuego con fuego”. Según TRUMP y de LA TORRE, esta táctica permitiría mejores resultados que si se utilizasen medios legítimos para conseguir el fin perseguido.

El mayor problema que presenta esta tesis sería que quien defiende el tormento en este grupo de supuestos no tendría ningún inconveniente para aceptar, a largo plazo, el recurso a la tortura como vía para proteger la seguridad nacional ante cualquier tipo de amenaza, corriendo el riesgo de caer en la llamada “pendiente resbaladiza” o “rotura de dique”⁵.

Como resultado de lo expuesto, el presente trabajo va a versar sobre la legitimidad del terror como método de lucha contra el terrorismo, sobre si existe la posibilidad de que su uso pueda estar justificado, tanto desde la perspectiva ética como de la jurídica, en supuestos excepcionales, aun cuando nos encontramos con una prohibición categórica del uso de la tortura en el Derecho internacional y constitucional. Trataré de analizar si, en tales supuestos, el uso de la tortura como instrumento jurídico-procesal de investigación

⁴ El Mundo. (2017). Trump apoya la tortura en los interrogatorios como método efectivo para combatir el terrorismo. Retrieved from <https://www.elmundo.es/internacional/2017/01/26/58896262e5fdeaad368b465f.html>. Alegaciones de Donald Trump en la entrevista realizada por ABC News como respuesta a la cuestión de si volvería a recurrir al método de interrogatorio erradicado por el expresidente Barack Obama, al “interrogatorio forzado” como instrumento de lucha contra el terrorismo. Trump se muestra a favor del uso de la tortura cuando su gabinete de defensa lo considerase un método eficaz para “mantener al país seguro”, siempre “dentro de los límites de lo que se puede hacer legalmente”.

⁵ Argumento esgrimido por Jeremy Waldron y García Amado para mostrar los peligros de la justificación de la tortura en supuestos excepcionales.

podría terminar representando una amenaza incluso aun mayor que el propio terrorismo para los pilares del Estado de Derecho.

Para proceder a realizar el estudio planteado comenzaré mostrando los orígenes del debate, continuando con el análisis de las regulaciones nacionales e internacionales que, a su vez, permitirán delimitar el concepto de “tortura”. Me adentraré a continuación en el estudio de la cuestión desde una perspectiva jurídico-positiva y, llegados a un punto, me centraré exclusivamente en el debate sobre la admisibilidad ética de la tortura, buscando resquicios que avalen moralmente esta práctica, pues un grupo de autores justifica que, según sus valores morales, se podría aceptar que la brutalidad a la que se somete a las víctimas de tortura sería legítima cuando el móvil que guía al torturador son amenazas que ponen en riesgo la vida de inocentes, como ocurre con el terrorismo. Por último, pero no menos importante, me gustaría centrarme en las consecuencias que tendría la conducta del sujeto que obra en contra de la ley y que utiliza este método en aras a restablecer la seguridad de la ciudadanía.

A mi juicio, quienes apoyan al grupo que admite la legitimidad de la “tortura” como instrumento para la averiguación de la verdad en el ámbito procesal-penal tendría que tener siempre presente los principios y garantías que postula el Estado de Derecho, así como el hecho de que una vez legitimado su uso en situaciones como las que planteamos estaríamos permitiendo a las autoridades que se extralimitaran en los poderes que tanto Constituciones como otras disposiciones jurídicas les confieren. Lo más adecuado es realizar un estudio lo más objetivo posible de la cuestión, aunque no estaría de más detenerse a analizar los costes que personalmente se estarían asumiendo a cambio de conceder al poder ejecutivo dichas facultades, puesto que serían nuestras propias libertades las que se podrían ver coartadas a favor de los intereses de la colectividad si la amenaza afectase a nuestra nación en algún momento, ya sea directa o indirectamente.

Deberíamos no perder de vista el hecho de que la lucha contra el terrorismo estaría propiciando (al intentar legitimar esta medida) el derrumbamiento de lo conseguido a través del costoso proceso de civilización, de los logros obtenidos por los tratados de derechos humanos, pues suponen uno de los mayores triunfos de la modernidad.

2. CONTEXTUALIZACIÓN

Antes de abordar de lleno el tema que propongo en el presente trabajo me gustaría empezar dando una serie de referencias acerca de las situaciones que desencadenaron el debate que vamos a tratar como aspecto principal de estudio, sus consecuencias en nuestro sistema y cómo podríamos minimizar sus efectos y prevenirlos cuando nos encontrásemos frente a ataques de grandes magnitudes.

2.1. La situación estadounidense tras los atentados del 11 de septiembre de 2001

El 11 de septiembre de 2001 se produjeron en Estados Unidos una serie de atentados suicidas a manos del grupo yihadista “Al-Qaeda”. Los atentados pusieron en entredicho los logros conseguidos a lo largo de la historia sobre el uso del tormento como medio procesal en el Derecho, sobre todo en el Derecho penal. Por ello, se originó un debate sobre la legitimidad del uso de la tortura como mecanismo para obtener información en la “guerra preventiva” contra el terrorismo. Algunos autores hablan de que se produjo un “cambio de paradigma” en el Derecho a raíz de los mencionados acontecimientos⁶, pues se pasó a defender públicamente las ventajas de una práctica tan despreciable como es la tortura, de una práctica que encuentra como base la inflicción de dolor.

Fue en Nueva York donde tuvieron lugar los atentados kamikazes, donde el grupo terrorista secuestró aviones que más tarde estrelló contra el *World Trade Center* (símbolo de poder económico), contra el Pentágono (símbolo militar) y contra el Capitolio (político), causando la muerte tanto de miles de viandantes como de pasajeros, ambos inocentes. Consecuentemente, los resultados producidos por el ataque desencadenaron un cierto estado de pánico entre la población, de incertidumbre, lo que llevó al Presidente George Bush a considerar que este panorama le podría brindar una oportunidad para intentar emprender la llamada “guerra del terrorismo” (*War on terror*). Para poder hacerlo realidad, el Presidente concibió la tortura como un sistema adecuado que aseguraría la prevención de una posible repetición de los ataques, pasando por ello a emplearla como medio de

⁶ LA TORRE, M. (2007): “La teoría del Derecho de la Tortura”. *Derechos y Libertades*, núm. 17, época II, pp.71-87.

obtención de información que permitiese bloquear un eventual segundo atentado y devolver a la población la confianza perdida en el Gobierno, sujeto garante de la seguridad nacional.

La situación empujó a que la abogacía del Estado buscara cómo romper con lo establecido por las normas que prohibían la tortura, siendo una de las estrategias seguidas procurar hacer creer al país que el poder ejecutivo no se encontraba ligado a las mencionadas legislaciones. De esta forma, el Presidente pudo atribuirse el papel de “comandante en jefe”⁷, papel que le permitía poder recurrir a cualquier práctica que considerase oportuna para liderar la “guerra contra el terrorismo”. Así se pasó en Estados Unidos a reducir los derechos constitucionales, arrogándose el Presidente el papel de sujeto que decide quién goza del derecho de “habeas corpus”⁸; instaurando la categoría de “combatiente ilegal”⁹ que permitía despojar a los ciudadanos de sus derechos y libertades, abatiendo con estas medidas los pilares del Estado de Derecho.

Otra de las estrategias estadounidenses fue la realizada por John Yoo, teórico de la Casa Blanca, quien buscó redefinir el concepto de tortura, acotándolo de tal forma que permitiese justificar que muchos de los procedimientos de los agentes estatales no alcanzaban la gravedad requerida para considerar un acto como “tortura”. Para ello la Abogacía del Estado creó en 2002 un memorándum¹⁰ en el que se disponía que sólo “hay tortura en

⁷ LA TORRE, M. (2007): “La Teoría del Derecho de la Tortura”. *cit.*; p. 73. El presidente considera los tratados internacionales “papel mojado”, afirmando “I’m the decider [...] and I decide what is best”. “El Presidente proteger el derecho”.

⁸ LA TORRE, M. (2007): “La Teoría del Derecho de la Tortura”. *cit.*; p. 74.

⁹ PINO GAMERO, E. (2017): *La lucha contra la tortura en el orden internacional. Excusas contemporáneas para justificar la tortura en el mundo occidental*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. p. 163 y p. 178. Esta categoría excluye a los sujetos de la protección que les brinda las Convenciones de Ginebra, las cuales “rigen el trato humanitario que se debe otorgar a quienes son hechos prisioneros en conflictos”. Este régimen fue considerado ilegal en el pronunciamiento *Boumediene v. Bush* de la Corte Suprema, el 12 de junio de 2008, concediendo a los sujetos catalogados de esta forma la posibilidad “de impugnar sus detenciones”.

¹⁰ WALDRON, J. (2010): *Torture, terror and trade-offs. Philosophy for the White House*. Oxford University Press. Realizado por Jhon Yoo y firmado por Jay Bybee. Se afirma el sometimiento a la Convención internacional de la tortura de 1987, aunque de forma limitada como consecuencia de la reserva realizada por Bush padre. Su cometido fue restringir el campo semántico de “tortura” para su mejor comprensión,

presencia de una amenaza inminente de muerte y de un daño psíquico prolongado”, además de afirmar que “sólo habría tortura allí donde la inflicción de un grave sufrimiento es el fin inmediato y directo de la conducta”¹¹. Con ello también se buscaba hacer ver que la “tortura preventiva”¹² no constituía una práctica prohibida.

Podríamos afirmar que este sería el objetivo y fin último de los yihadistas: crear un contexto que empuje al Gobierno a adoptar decisiones que supusiesen mayores perjuicios que las que produce el atentado en sí, desencadenando medidas que causaren una ruptura con el principio de legalidad imperante en el Estado de Derecho, empujando a las autoridades a procurar la seguridad ciudadana a costa de las libertades individuales.

2.2. Abu Ghraib y Guantánamo: consecuencias de la política estadounidense

Los episodios que tuvieron lugar a principios de 2003 en Abu Ghraib, antigua prisión de Saddam Hussein, situada en Iraq y administrada actualmente por Estados Unidos, contribuyeron al fortalecimiento de la prohibición de la tortura¹³, al igual que los sucesos ocurridos en Guantánamo tras el 11-S, base americana situada en Cuba.

puesto que consideraban que la redacción de la Convención era vaga, lo que los llevó a intentar poder definir “tortura” en la forma en la que se establecía en su Constitución a fin de obtener una mejor comprensión del término.

¹¹ LA TORRE, M. (2007): “La Teoría del Derecho de la Tortura”. *cit.*; p. 75.

¹² Utilizada como método para evitar un posterior ataque terrorista, como consecuencia de haber sido víctima de un previo atentado, alentados los agentes de la autoridad para infligirla por el miedo, la incertidumbre y lo tenso de la situación creada tras el primer ataque.

¹³ IGNATIEFF, M. (2006): “Si la tortura funciona”. *Claves de la razón práctica*, núm. 162. pp. 4-7. En PINO GAMERO, E. (2017): *La lucha contra la tortura en el orden internacional*. *cit.*; pp. 164-172. Las torturas que tuvieron lugar en las prisiones de Abu Ghraib y Guantánamo fueron denunciadas en 2004 públicamente y justificadas con imágenes que mostraban los tratos a los que los presos eran sometidos. Esto desencadenó una serie de investigaciones del Gobierno norteamericano, suscitando reacciones del Departamento de Defensa, del Comité contra la Tortura, del Parlamento Europeo y de miembros de la Comisión de las Naciones Unidas, quienes declararon públicamente mediante la redacción de una serie de informes y resoluciones la existencia de una violación de las disposiciones de la CEDH y del PIDCP, insistiendo “en que el trato que debe darse a todos los presos debe ser conforme al Derecho humanitario internacional”.

Los detenidos en estos establecimientos se encontraban sometidos a todo tipo de prácticas, pero tanto el temor por sus vidas como el hecho de entender que “los agentes de inteligencia y los interrogadores actúan de espaldas a la ley o con el entendimiento de que la respuesta penal no será aplicada”¹⁴ posibilitaba la existencia de un entorno de secretismo que impedía dar visibilidad a sus situaciones, favoreciendo a su vez la existencia de los llamados “detenidos fantasma”¹⁵.

Los sucesos ocurridos el 11-S hicieron que en 2007 se hiciese pública la crueldad de los procedimientos utilizados por la CIA en las mencionadas prisiones, haciendo ver que su verdadero fin no era obtener información de los presos que sirviese de utilidad en la lucha contra el terrorismo, sino castigarlos, considerando que la crueldad sería una “respuesta apropiada” al terrorismo, haciendo pagar a los reos las consecuencias de los atentados sin tener en cuenta los principios del Derecho penal (necesidad de fallo condenatorio y prohibición del castigo colectivo).

De lo expuesto, podemos concluir que la respuesta de la Administración de Bush contra el terrorismo creó más males a largo plazo que beneficios para los derechos y libertades públicos, pasando a implantar un régimen de terror respaldado por los aparatos estatales, dando legitimidad a estas prácticas a espaldas de la opinión pública.

2.3. Consecuencias en el Estado liberal de Derecho de las medidas adoptadas en la guerra contra el terror

Los atentados terroristas suponen hoy día una amenaza nueva a las democracias liberales que no se puede combatir con los mecanismos tradicionalmente utilizados. El ideal terrorista no es la conquista de un territorio ni la destrucción de la identidad de una nación, sino poner en entredicho la efectividad de la soberanía, arrancar una respuesta del Gobierno en la lucha contra el terrorismo que suponga una amenaza incluso más perjudicial

¹⁴ LLOBET ANGLÍ, M. (2010): “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros? *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, p. 18.

¹⁵ Concepto utilizado por Michael Ignatieff, en su obra “Si la tortura funciona” para referirse a los sujetos detenidos cuya identidad no se revelaba, lo que contribuía a la posibilidad de continuar abusando sobre ellos, pudiendo estar “recluidos fuera de Estados Unidos”.

para los derechos y libertades individuales que los propios atentados. Tomaremos la experiencia estadounidense como referencia para mostrar cuáles serían las mencionadas consecuencias y para proponer un amago de solución a esta problemática.

La Constitución estadounidense concede al Presidente la categoría de “comandante en jefe” en la guerra, otorgando al poder ejecutivo una serie de poderes extraordinarios que le facultan para poder adoptar cualquier medida que permita poner al país a salvo. Por esta razón el Gobierno de Bush intentó presentar su respuesta frente al terrorismo como una guerra, promulgando la “*Patriot Act*” para “poder ampliar la capacidad de control del Estado en aras de la lucha contra el terrorismo”¹⁶, aun cuando esta medida requería pasar por alto las normas internacionales que impiden limitar los derechos incluso ante este tipo de amenazas.

Haciendo uso de las facultades excepcionales, la autoridad estadounidense optó por arres-
tar preventivamente a todo sujeto sospechoso de permanecer a una organización criminal para evitar la comisión de eventuales atentados¹⁷ y, además, erradicó el “derecho de habeas corpus” cuando la seguridad pública así lo requiriese¹⁸. Estos son sólo dos de las manifestaciones que ponen de relieve que hacer la guerra al terrorismo supondría un “triumfo” para la mencionada organización, pues la necesidad de prevenir la comisión de un eventual futuro atentado arrancó del Gobierno medidas que privaron a la población de las garantías democrático-liberales del proceso ordinario. Este fue también el caso de Gran Bretaña, donde acobardados por las amenazas terroristas se pasó de ser la cuna de

¹⁶ PINO GAMERO, E. (2017): *La lucha contra la tortura en el orden internacional. cit.*; pp. 161-162. “*USA Patriot Act*”, aprobada por el Congreso estadounidense el 26 de octubre de 2001. Estas medidas, esta ley, es declarada como contraria a una serie de derechos fundamentales y normas internacionales por juristas y defensores de derechos humanos.

¹⁷ ACKERMAN, B. (2007): *Antes de que nos ataquen de nuevo. cit.*; p. 73.

¹⁸ ACKERMAN, B. (2007): *Antes de que nos ataquen de nuevo. cit.*; p. 87. Las Constituciones, sobre todo en los países occidentales, establecen meticulosamente una serie de presupuestos necesariamente concurrentes para poder limitar el derecho mencionado. La comprobación de su existencia corresponde al poder judicial, debiendo cerciorarse sobre si estos requisitos concurrirían en el escenario ocasionado con los ataques terroristas, siendo responsables de que la situación no se normalizase. Pero, como bien manifiesta Ackerman, nos encontramos inmersos en un periodo de inseguridad jurídica en relación a la presente cuestión, pues no todos los fallos de los tribunales discurren en el mismo sentido.

la libertad a instaurar un ciclo de represión, vulnerando el Convenio de Derechos Humanos del que eran parte firmante e incumpliendo sus obligaciones para con los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo.

Por lo expuesto, autores como ACKERMAN¹⁹ manifiestan que la mejor respuesta ante esta situación sería la instauración de un “estado de excepción” que permitiese hacer frente al terrorismo y cumplir con la normativa internacional al mismo tiempo sin implicar un sacrificio para las libertades de la población.

Para poder cumplir con este objetivo y limitar los abusos de poder propuso la instauración de una “Constitución de excepción” que contenía una serie de propuestas: (1) implanta un límite temporal a los arrestos preventivos de cuarenta y cinco días “antes de que la acusación tenga que satisfacer el estándar que el derecho penal “clásico” exige”. (2) Establece que el periodo máximo de excepción no podría tener una duración superior a dos meses, necesitando el “apoyo mayoritario del parlamento” para poder instaurarlo, instaurando un sistema de “mayorías cualificadas cada vez más amplias” en caso de que necesitara ser prorrogado. Con estos mecanismos se pretende “evitar que se genere la peligrosísima percepción de estados de excepción como algo normal”²⁰. (3) Establecer el principio de equilibrio de poderes como mecanismo de control de su correcto funcionamiento y como método para garantizar la imparcialidad que asegure que todas las decisiones se tomen velando por la seguridad del pueblo²¹.

Si seguimos los criterios mencionados en los párrafos anteriores podríamos construir una serie de situaciones transitorias reguladas en las que, aunque se minimizase la fuerza de los derechos y libertades a corto plazo, la confianza de los ciudadanos en la capacidad de mantener la seguridad y control de los Estados no se vería desprestigiada por el hecho de haber sido víctimas de un atentado terrorista, reforzando los derechos a medio y largo

¹⁹ ACKERMAN, B. (2007): *Antes de que nos ataquen de nuevo. cit.*; p. 69.

²⁰ ACKERMAN, B. (2007): *Antes de que nos ataquen de nuevo. cit.*; p.111. “Si el parlamento no respalda mayoritariamente la decisión del gobierno de proclamar el estado de excepción, éste debería darse inmediatamente por concluido”.

²¹ ACKERMAN, B. (2007): *Antes de que nos ataquen de nuevo. cit.*; p. 164. “Al separar el poder de administrar el estado de excepción de la facultad de supervisar el ejercicio que se haga de tal poder, se introducen frentes y contrapesos en la situación de excepción”.

plazo. Aun así, tenemos que tener claro que este amago de solución sería una muestra de que “aunque ninguna democracia ha sido jamás derribada por el terrorismo, todas -o casi todas- se han visto dañadas por él, sobre todo por sus propias reacciones”²², contrarias a los pilares del Estado de Derecho, entre los que encontramos “el respeto a la dignidad humana, la primacía de la ley, el control público de las autoridades del Estado y la obligación de mantener el equilibrio entre la seguridad del territorio y la protección de la igualdad y de las libertades fundamentales de los seres humanos”²³.

3. LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE LA TORTURA: REGULACIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL

En la actualidad encontramos multitud de textos tanto nacionales como internacionales que incluyen entre sus disposiciones la prohibición del uso de la tortura. En este apartado procederé a subrayar las diferencias existentes entre las diferentes regulaciones, así como la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) sobre la prohibición.

En el plano internacional surgió el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)²⁴ como respuesta a la situación creada por la Segunda Guerra Mundial. Esta declaración es digna de subrayar por ser un logro histórico, pues incluye una relación de treinta derechos fundamentales de los que todo sujeto goza por el hecho de ser persona. Comprende en su artículo 5 el derecho a no ser torturado, aunque no entra en detalles a la hora de regular esta práctica.

Posteriormente, el 4 de noviembre de 1950 se creó en Roma el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), donde

²² PINO GAMERO, E. (2017): *La lucha contra la tortura en el orden internacional*, cit.; p. 214.

²³ PINO GAMERO, E. (2017): *La lucha contra la tortura en el orden internacional*, cit.; p. 183.

²⁴ Artículo 5 DUDH, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), proclamada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, el cual declara que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

se regula de forma similar a la Declaración la prohibición de la tortura en su artículo 3²⁵. El resultado de poner el citado artículo en relación con el apartado 2 del artículo 15 es la existencia de una prohibición absoluta, pues impide expresamente la posibilidad de dejar a un lado la prohibición “en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”²⁶, aunque no sería esta la interpretación por la que optan algunos autores²⁷.

Años después, el 16 de diciembre de 1966, la Asamblea General adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁸ (PIDCP), pues consideraron que era necesaria la creación de una norma que diese efectividad a lo establecido en las mencionadas regulaciones, evitando así el riesgo de que cayesen en el olvido al no poder ser aplicadas por faltar las condiciones necesarias que propiciasen su aplicación. Este texto, al igual que en las demás normas internacionales citadas, contiene en su artículo 7 el derecho a no ser “sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Por otra parte, encontramos que la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes²⁹ (DPPTTP-CID) aboga por hacer una enumeración detallada de situaciones, que podemos considerar ejemplificativa, con la que se intenta poner de manifiesto el absolutismo de la prohibición.

²⁵ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950 (en adelante CEDH), Boletín Oficial del Estado núm. 243/1979, de 10 de octubre, conocido como Convención Europea de Derechos Humanos, el cual tiene por objeto proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas de los Estados miembros. Su artículo 3 dispone que “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

²⁶ El artículo 15.1 establece que “en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional”. Por su parte, el apartado 2 hace referencia al artículo 3 para detallar que “la disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7”.

²⁷ Ciertos autores consideran que el precepto establece una lista tasada, cerrada, de supuestos en los que no se puede excepcionar la prohibición del uso de la tortura, considerando así que no habría una prohibición absoluta, sino que se podría recurrir a la tortura en supuestos que no sean los mencionados expresamente.

²⁸ «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977.

²⁹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

Así lo establece en su artículo 3 cuando afirma que “no podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

Sin menoscabo de las demás regulaciones, debemos poner de relieve que el texto que regula más detalladamente la prohibición internacional de la tortura y que nos permite extraer los elementos que la componen es la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes³⁰ (CTTPCID). Proclama en su artículo 2.2 que la prohibición es absoluta, ya que impide en todo caso invocar “circunstancias excepcionales” que justifiquen su uso. Además, en 2002 se desarrolló su Protocolo Facultativo, siendo estos dos textos los únicos vinculantes de carácter universal que se refieren única y exclusivamente a la erradicación de la práctica de la tortura.

Para concluir con la regulación de este método me gustaría hacer referencia al plano nacional, tanto desde el punto de vista constitucional como penal. La Constitución Española³¹ proclama en su artículo 15 como derecho fundamental que nadie “en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. De igual forma, el artículo 174 Código Penal³² establece las penas en que incurrirá el funcionario público o autoridad que inflija tortura.

De todo lo expuesto podemos concluir que, en el plano jurídico nacional e internacional, existe un absolutismo en la prohibición de la tortura. Esta sería la interpretación por la que ha abogado el TEDH en los asuntos relacionados con los preceptos mencionados, anunciando³³ que “incluso en las situaciones más difíciles, tales como la lucha contra el terrorismo o contra el crimen organizado, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. El artículo 3 no prevé restricciones,

³⁰ «BOE» núm. 268, de 9 de noviembre de 1987. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, en orden a reconocer “los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” como base de la libertad y paz mundial, establecido así en su Preámbulo. Se desarrolla teniendo como base los artículos 5 de la DUDDHH y el artículo 7 del PIDCP, así como la DPPTPCID de 1975.

³¹ Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

³² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

³³ En este sentido procede en la STEDH nº 21987/1993, de 18 de diciembre de 1996.

[...] y según el art. 15.2 no sufre ninguna derogación, incluso en el caso de un peligro público que amenace la vida de la nación”. En relación a nuestro país, el TEDH se tuvo que pronunciar en el asunto *Juanenea y Sarasola y Arzabal contra España*, en el que los denunciantes, integrantes del comando terrorista ETA, denunciaban haber sido torturados en sus detenciones³⁴. En este asunto³⁵, el tribunal declara que “el artículo 3 del Convenio consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas”³⁶, por lo que “no es en manera alguna derogable, incluso en caso de peligro público que amenace la vida de la nación. Incluso en las circunstancias más difíciles, tales como la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura”.

Aun así, la llamada “guerra contra el terrorismo” ha puesto en boga el debate jurídico-práctico de si existen situaciones excepcionales que justifiquen el uso de la tortura, defendiendo públicamente ciertos autores la necesidad de recurrir a este tipo delictivo vedado por regulaciones tanto constitucionales como penales en la gran mayoría de Estados.

4. EL CONCEPTO “TORTURA”

Como hemos visto, no todos los textos que regulan la tortura incorporan su definición. A mi juicio, resulta imprescindible ofrecer un concepto claro para saber qué actuaciones podemos encuadrar dentro de la prohibición que venimos estudiando, dejando así de lado

³⁴STEDH, *Asunto Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España* (Sección 3ª), nº 1653/13, 13 de febrero de 2018. Trata el caso de dos sujetos pertenecientes a ETA que fueron detenidos por la Guardia Civil y sometidos, desde su punto de vista, a tortura en su detención y traslados. En la sentencia se pone en duda que exista tortura, pues es en España una práctica frecuente del comando terrorista la denuncia de este tipo de tratos en el momento de sus detenciones. Finalmente, el TEDH calificó que los tratos recibidos no eran constitutivos de “tortura” por falta del elemento intencional requerido, de una justificación sobre el fin perseguido con esos tratos, pero imputa las lesiones causadas a los demandantes al Estado, ya que “ni las autoridades nacionales ni el Gobierno han aportado argumentos convincentes o creíbles que puedan servir a explicar o justificar en las circunstancias del caso las lesiones sufridas por los demandantes”.

³⁵ Me refiero al recientemente citado y explicado *Asunto Juanenea y Sarasola c. España*.

³⁶ En la misma línea la sentencia menciona los pronunciamientos del TEDH, *Asunto Selmouni c. Francia*, nº 25803/94, así como el *Asunto Moncanu y otros contra Rumanía*, núms. 10865/09, 45886/07 y 32431/08, 17 de septiembre de 2014, entre otras.

la posibilidad de volver a caer en el error que la Administración de Bush cometió años atrás. El Departamento de Justicia estadounidense confeccionó el 1 de agosto de 2002 un memorándum con el que pretendía reducir al extremo el concepto de “tortura” en un intento de excluir del mismo la mayoría de actos que sus funcionarios ejecutaron en Guantánamo y Abu Ghraib, legitimando de esta forma sus actuaciones y rehuyendo violar la prohibición internacional establecida.

Además, como se ha podido comprobar, cuando se prohíbe la tortura no se hace de manera aislada, sino que todos los preceptos incluyen junto a ella una referencia a los “tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, resultando necesaria su distinción, teniendo que recurrir para ello a las interpretaciones jurisprudenciales del artículo 3 de la Declaración y a las elaboraciones doctrinales.

4.1. Concepto

Como expone CASTRO FÍRVIDA, se han ofrecido diferentes definiciones de “tortura” a lo largo de la historia.³⁷ En el siglo XX, el historiador LANGBEIN la definió como “uso de la coacción física por funcionarios del Estado con el fin de obtener pruebas para los procesos judiciales”, mientras que HEATH ahondó más en ella y se centró en los fines para los que se infligía dolor, fines que fueron modificándose con el transcurso de la historia para amoldarse a las realidades sociales y culturales de cada momento.

El primer texto jurídico que dio una definición completa de “tortura” fue la ya mencionada Declaración sobre la Protección contra la Tortura, aunque su mejor descripción se halla en el artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura, que alega que:

“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 instiga-

³⁷ CASTRO FÍRVIDA, J.L. (2013): “¿Es la tortura aceptable en la lucha contra el terrorismo?”. *Dereito*, vol. 22, núm. 2. pp. 62- 64.

ción 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”.

Además, nos encontramos con que en el plano nacional el artículo 174.1 del CP español incluye también una definición detallada del término:

“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”.

De los citados preceptos podemos extraer cuáles serían las notas y condiciones que una actuación debería reunir para ser caracterizada como una práctica antirreglamentaria, conteniendo todas las prescripciones características más o menos similares.

4.2. Delimitación conceptual de tortura y otras penas o tratos inhumanos, crueles o degradantes: breve análisis jurisprudencial y doctrinal

La mayoría de las normas analizadas no regulan el uso de la tortura de forma aislada, sino que la prohíben junto con otras “penas o tratos inhumanos, crueles o degradantes”. Además, los textos legales no realizan una descripción de los criterios que permiten delimitar las cuatro prácticas mencionadas³⁸, de ahí que sea necesario realizar un breve análisis jurisprudencial y doctrinal que permita diferenciar la tortura de los otros tres métodos de dolor.

WALDRON³⁹, expone que la indeterminación de los conceptos se esgrimió por algunos tribunales, como ocurrió en el Tribunal Federal Alemán, como coartada para rechazar

³⁸ A excepción del 1.2 de la Declaración contra la Tortura, que establece que “la tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante”, dándole un especial gravedad a esta conducta sobre las otras, pero no estableciendo cuál sería la intensidad de dolor necesaria para poder considerar una actuación como tortura.

³⁹ WALDRON, J. (2010): *Torture, terror and trade-offs. Philosophy for the White House*. Oxford University Press. p. 281.

los asuntos que se les presentaban sobre estos preceptos. Más aún, la imprecisión sirvió a algunos países, como Estados Unidos, para realizar reservas a la hora de firmar el PIDCP en orden a proporcionar una definición de tortura que se adecuase más a sus Constituciones, procurando con ello su mejor entendimiento y concreción.

La táctica utilizada por el TEDH es la realización de una “elaboración razonada”⁴⁰ que permite al tribunal la adaptación de los fallos a los casos concretos partiendo de un “estándar relativamente indeterminado”. Vemos que el criterio utilizado para delimitar las cuatro prácticas mencionadas no es solo la gravedad de las actuaciones enjuiciadas⁴¹, el nivel de tormento al que el sujeto pasivo es sometido, sino que también toma en cuenta todo el conjunto de elementos que rodean el caso.

En el asunto *Sarasola contra España y Gäfgen contra Alemania*⁴², el TEDH dictaminó que la apreciación de una violación del artículo 3 del Convenio “depende del conjunto de hechos de la causa, en especial de la duración del maltrato y de sus efectos físicos o mentales, así que, en ocasiones, del sexo, la edad y el estado de salud de la víctima”⁴³. En el mismo sentido se pronuncia el TEDH en el asunto *Irlanda contra Reino Unido*, entre otros. Además, el tribunal considera que es necesario que concurra una “voluntad deliberada” en el torturador de crear el más alto grado de sufrimiento para poder calificar una determinada actuación como tortura⁴⁴.

⁴⁰ WALDRON, J. (2010): *Torture, terror and trade-offs*. Philosophy for the White House. Oxford University Press. p. 285. Práctica utilizada por el TEDH en su cometido, pasando de tomar un “estándar relativamente indeterminado” a desarrollar “un conjunto de reglas mucho más determinadas”.

⁴¹ El TEDH considera la tortura supondría el nivel más alto de dolor, aun cuando los cuatro modos de maltrato se encuentran igualmente prohibidos. No es fácil apreciar si en cada caso concreto se da la gravedad requerida para considerar una actuación como tortura, lo que lleva a formular votos particulares incluso dentro del mismo tribunal.

⁴² STEDH, *Asunto Gäfgen c. Alemania* (Sección 5), nº 22978/05, 1 de junio de 2010. Se cuestiona la violación del artículo 3 del Convenio contra la Tortura de Naciones Unidas en relación a una serie de amenazas llevadas a cabo por funcionarios del Estado a un estudiante de Derecho que secuestró a un menor a fin de obtener información para salvar la vida del mismo.

⁴³ STEDH, *Asunto Irlanda c. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978; así como en la STEDH, *Asunto Jalloh c. Alemania* (Gran Sala), nº 54810/00, 11 de julio de 2006.

⁴⁴ STEDH, *Asunto Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España* (Sección 3ª), nº 1653/13, 13 de febrero de 2018; STEDH, *Asunto Gäfgen c. Alemania* (Sección 5), nº 22978/05, 1 de junio de 2010.

Como vemos, el TEDH tampoco establece definiciones concretas de qué entender por “tortura”, por lo que debemos buscar respuestas en la doctrina. Así, WALDRON considera que un tratamiento es “inhumano” cuando hay falta de humanidad en la persona que lo inflige o cuando se somete a una persona a un tratamiento que nadie podría ni debería soportar manteniendo la cordura. Estima que el “trato degradante” es aquel que “provoca sentimientos de miedo, angustia e inferioridad orientados a humillar, degradar y quebrantar eventualmente la resistencia física o moral”⁴⁵. Por su parte, considera que los “tratos crueles”⁴⁶ serían los “menos dignos” de los analizados, pues imponen un castigo del que se tiene conocimiento que va a causar sufrimiento a la víctima, someténdola a más angustia de la que realmente debería soportar. Para finalizar, se refiere a la “tortura” como aquel trato que se realiza con “especial infamia en el trato inhumano deliberado, que provoca sufrimientos muy graves y crueles”, como el más grave dentro de los analizados.

4.3. La carga probatoria

Resulta destacable el hecho de que el TEDH haga referencia en la mayoría de sus pronunciamientos sobre la posible existencia de vulneración del artículo 3 del Convenio a los elementos probatorios utilizables a la hora de denunciar las prácticas analizadas.

Inicialmente, se hace alusión a la necesidad de que se presente prueba “más allá de toda duda razonable”. Sin embargo, concluye relajando la exigencia probatoria, bastando con poder esgrimir un “conjunto de indicios, o de presunciones no refutadas, suficientemente graves, precisas y concordantes”⁴⁷. La rebaja del estándar probatorio es el resultado de la gravedad de las consecuencias de estos actos, pues la vulneración del artículo 3 del Convenio atenta no sólo contra la dignidad e integridad del individuo, sino también contra la identidad de la nación. La carga de la prueba no queda aquí, sino que el TEDH, como medida de protección de las víctimas y como medio para soslayar el posible secretismo de estas prácticas cuando sólo sean conocidas por los agentes que la inflijan, dispone la

⁴⁵ WALDRON, J. (2010): “Cruel, Inhuman and Degrading Treatment: The Words Themselves”. *Torture, terror and trade-offs. Philosophy for the White House*. Ed. Oxford University Press. p. 308.

⁴⁶ WALDRON, J. (2010): *Torture, terror and trade-offs. cit.*; p. 299.

⁴⁷ STEDH, *Asunto Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España* (Sección 3ª), nº 1653/13, 13 de febrero de 2018, ap. 73.

existencia de “fuertes presunciones de hecho” cuando los denunciante presenten cualquier tipo de herida. Así, se ordena que sea el Gobierno, el Estado, quien cargue con la carga probatoria de la causa de las heridas⁴⁸ y, en caso de que el Gobierno no ofrezca una explicación “satisfactoria y convincente” será el TEDH quien extraiga conclusiones.

5. ¿EXISTE UNA PROHIBICIÓN JURÍDICA ABSOLUTA DEL USO DE LA TORTURA?

Como es sabido, la tortura no ha desaparecido a lo largo de la historia, aun cuando su uso se encuentra prohibido, sino que ha permanecido en un segundo plano. No deja de impresionar hoy día que en los últimos años se haya pasado a debatir públicamente su legitimidad como instrumento en lucha contra el terrorismo.

5.1. Nacimiento del debate

El debate en el que nos vamos a sumergir se centra en la posibilidad del uso de la tortura en situaciones excepcionales como medio para obtener la información necesaria para salvar la vida de uno, varios o cientos de inocentes. Por ello, es necesario tener conocimiento de los supuestos que en el plano práctico se han planteado sobre este tipo de tortura.

a. Artículo 14.3 de la Ley de Seguridad Aérea de Alemania

El 5 de enero de 2003 Fráncfort del Meno (Alemania) fue sobrevolado e intimidado por un ciudadano que amenazaba con precipitar una avioneta robada si las autoridades hacían caso omiso a sus deseos. La situación creó un estado de pánico entre la población, atemorizada al presentir que se trataba de un altercado similar al del 11-S. La respuesta del Gobierno fue la instauración de la Ley de Seguridad Aérea, de 11 de enero de 2005, que establecía una base legal para hacer frente a atentados que tuvieran un “modus operandi” similar al estadounidense. La ley facultaba en su precepto 14 a las autoridades para

⁴⁸ Así se detalla en la STEDH *Asunto Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*; STEDH *Asunto El-Masri c. la ex-república yugoslava de Macedonia* (Gran Sala) 13 de diciembre de 2012.

ordenar el derribo de un avión cuando se presumiese que el mismo podría crear daños a las personas y éste fuese el único medio efectivo (cláusula de última ratio) para impedirlo⁴⁹:

“1. Para evitar la producción de un siniestro especialmente grave, las fuerzas armadas podrán intervenir en el espacio aéreo desviando las aeronaves, obligándolas a aterrizar, amenazándolas con el uso de las armas o efectuando disparos de advertencia. 2. De entre las posibles medidas, habrá que escoger aquella que previsiblemente cause menores perjuicios a los individuos y al común de las gentes. El alcance y la duración de la medida serán los estrictamente necesarios para alcanzar su fin. La medida no podrá acarrear un perjuicio desproporcionado en relación con el objetivo perseguido. 3. El ataque armado sólo será lícito cuando, de acuerdo con las circunstancias, pueda concluirse que la aeronave va a ser utilizada contra la vida de las personas y éste sea el único medio de defensa contra dicho peligro inminente”.

El precepto 14.3 fue objeto de recurso de amparo, pasando a declararse inconstitucional y consecuentemente nulo el 15 de febrero de 2006 por el Tribunal Constitucional Federal, pues atentaba contra la vida y dignidad, ya que permitía utilizar a los pasajeros del avión como medio para conseguir un fin⁵⁰, despojándolos de la garantía constitucional que principalmente protegía la Constitución⁵¹.

La razón de decidir del tribunal fue el deber del Estado de proteger la vida con medios que resultasen conformes a la Constitución, cosa que no se respetaba por el artículo 14.3, pues se pretendía dar legitimidad a una actuación que acabase con la vida pasajeros inocentes para salvar a transeúntes igualmente inocentes. Más aún, el tribunal puso de relieve que la tensión y el riesgo de la situación podría llevar a la autoridad a tomar decisiones apresuradas y a emitir dichas órdenes sin que se diesen los requisitos que el precepto dispone en el caso concreto⁵².

⁴⁹ Así se deduce de la Exposición de Motivos de la Ley de Seguridad Aérea alemana (*Luftsicherheitsgesetz*) y del apartado 3 del artículo 14 de dicha ley.

⁵⁰ GÜNTER DURIG. (1956): “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde”, núm. 81, p. 127.

⁵¹ Artículo 1.1 Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de 23 de Mayo de 1949: “la dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

⁵² STC Federal alemán, de 15 de febrero de 2006, p. 127: “Para que una intervención tal sea plenamente eficaz, debería aceptarse de antemano que la medida posiblemente no será en absoluto necesaria. Dicho con otras palabras: con frecuencia deberá reaccionarse de manera excesiva”.

Por lo expuesto el TC federal declaró el precepto analizado inconstitucional.

b. Caso Daschner-Gäfgen

En 2002, en Alemania, se impulsó la apertura de un debate sobre la admisibilidad del uso de la tortura como consecuencia del asunto Gäfgen contra Alemania, en el que un estudiante de Derecho, Gäfgen, secuestró a un menor, por lo que Daschner, oficial de policía de Frankfurt, una vez detenido al secuestrador ordenó que lo amenazaran con el fin de obtener la información que condujese a los agentes al paradero del niño, pues esta sería la única solución efectiva para salvar su vida. El tribunal declaró culpables a quienes amenazaron de tortura, sin embargo, consideró que existían “sólidas circunstancias atenuantes” en su conducta⁵³, por lo que sólo les penaron con multas cuasi-simbólicas.

En el presente supuesto el tribunal admitió cierta tolerancia hacia el investigador por ser la tortura el único medio disponible para salvar vidas⁵⁴, alegando la existencia de una “causa de exclusión de la responsabilidad supralegal por ausencia de necesidades preventivas”⁵⁵ al estar justificada la conducta moralmente, exculpando al sujeto por ser una acción irreprochable, aun siendo antijurídica. Este asunto desencadenó en Alemania un debate académico en torno al uso de la tortura.

Diferentes frentes abiertos en el debate fueron resueltos por el TEDH en el Asunto Gäfgen c. Alemania, donde se alegó que el método de interrogatorio utilizado en ningún caso estaría justificado, disponiendo⁵⁶ que “la prohibición de maltrato es independiente de las actuaciones de la persona en cuestión o de la motivación de las autoridades. La tortura (...) no puede(n) ser inflingido(s), ni siquiera cuando la vida de un individuo se halle en peligro. No existe ninguna excepción”.

c. Breve referencia al supuesto de “ticking bomb”

En Israel, los servicios de seguridad (GSS) utilizaban la fuerza como medio de interrogatorio de sospechosos terroristas, lo que condujo a la implantación de una Comisión

⁵³ TRIBUNAL DE FRANKFURT, *Sentencia de 20 de diciembre de 2004*.

⁵⁴ AMBOS, K. (2009): *Terrorismo, Tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia*. Atelier. Barcelona.

⁵⁵ GARCÍA AMADO, J.A. (2016): “¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?” *Revista Nuevo Foro Penal*, vol.2, núm. 86. pp. 13-61.

⁵⁶ STEDH, *Asunto Gäfgen c. Alemania* (Sección 5), nº 22978/05, 1 de junio de 2010.

de investigación, la “Landau Commission”, que elaboró un informe en el que se legitimaba “el uso de fuerza moderada por parte de los miembros de los GSS [...] en virtud de un estado de necesidad (*necessity defence*) previsto en la ley penal, especialmente [...] para prevenir un acto terrorista”, lo que condujo a la generalización en Israel del uso de la fuerza.

Hay que tener en cuenta que esta práctica nunca estuvo avalada por una ley, motivo suficiente para que la Corte Suprema de Israel en 1999⁵⁷ dejase el mencionado informe sin efecto. Aun así, la Corte dispuso que los agentes de la GSS que recurriesen a la fuerza quedarían “exentos de pena si creían honestamente que un “interrogatorio tosco” era necesario para salvar vidas en un supuesto de peligro inminente”⁵⁸, justificando de esta forma el uso de la tortura en los casos concretos en los que concurrían los presupuestos de la “*ticking bomb*”, supuesto teórico en el que concurren una serie de elementos que, por su excepcionalidad, tratan de justificar el recurso a la fuerza.

El debate planteado versa sobre el uso de la tortura como medio de interrogatorio para obtener la información que permita desactivar a tiempo la bomba y evitar la muerte de cientos o miles de inocentes. La mayoría de los autores, en un intento de justificar el uso de la tortura desde una perspectiva moral, recurren a esta teoría, aun cuando consideran que habría que mantener la prohibición jurídica en todo caso; mientras, los defensores acérrimos de la prohibición de la tortura encuentran en este “caso de laboratorio” cantidad de críticas en las que basarse para justificar la existencia de “brechas” que impedirían recurrir a este argumento.

⁵⁷ CORTE SUPREMA DE ISRAEL, *Public Committee against Torture in Israel et al. V. The State of Israel and the General Security Service* (HCJ 5100/94), 6 de septiembre de 1999.

⁵⁸ LLOBET ANGLÍ, M. (2010): “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros? *cit.*; p. 7.

5. 2. “La tortura de rescate o salvamento”: supuesto de base

La similitud entre los panoramas mencionados⁵⁹ y el terrorismo nos lleva a discutir la posible legitimidad del uso de la llamada “tortura de rescate” como mecanismo que permita evitar que resultados catastróficos como las de antaño vuelvan a tener cabida en la actualidad.

a. Características

La “tortura de rescate o salvamento” es el eventual remedio que algunos autores plantean ante situaciones de peligro excepcional en las que está en juego la vida de una o varias personas. Encuentra su origen en el escenario de la “bomba del tiempo israelí” y propicia que parte de la doctrina recurra a este argumento de corte utilitarista para intentar legitimar el uso del terror cuando suponga un mal menor. Aun así, no falta quien considere inaceptable esta teoría por la gran vulneración de la prohibición jurídico-positiva de la tortura que supone y por la imponderabilidad de los derechos fundamentales que pone en tela de juicio.

Es necesario matizar que la tortura de salvamento no se corresponde con la que se utilizó hasta el Antiguo régimen (finales del siglo XVIII), sino que se trata de una tortura preventiva que busca la protección de la nación ante amenazas que comportarían devastadoras consecuencias, distinguiéndola por ello del mecanismo que se venía utilizando como castigo o por sadismo.

El supuesto frente al que nos encontramos parte de la siguiente premisa⁶⁰: Los cuerpos y fuerzas de seguridad estatales han detenido a un sujeto del que se tiene certeza que ha planificado un inminente atentado. La urgencia de la situación impide que se pueda combatir el peligro a través de los mecanismos normales, impulsando a los agentes a hacer uso del tormento como único método de interrogatorio eficaz que, por la presión física y psíquica a la que se somete al responsable, permita obtener la información que evite la consumación del suceso y las graves consecuencias que conllevaría, aun

⁵⁹ AMBOS, K. (2009): *Terrorismo, tortura y Derecho Penal. cit.*; pp. 24-25. Valora la existencia de un gran paralelismo entre los supuestos planteados y los debates académicos que ocasionaron en sus respectivos países.

⁶⁰ CASTRO FÍRVIDA, J.L. (2013): “¿Es la tortura aceptable en la lucha contra el terrorismo?”. *cit.*

cuando se estaría confrontando los derechos fundamentales del detenido frente a los de las víctimas inocentes.

Nuestro supuesto suprime algunos puntos débiles del escenario de la bomba de relojería, aunque analizaremos algunas de sus críticas para alcanzar un conocimiento más profundo de la cuestión.

b. Argumentos a favor y críticas

No pretendemos ignorar la existencia de la prohibición jurídica de la tortura, sino analizar si existe algún caso concreto que, por su excepcionalidad, permita romper con lo establecido en los textos normativos, aun cuando esta conducta merezca la imposición de una pena. Así lo señala IGNATIEFF, cuando menciona que la prohibición absoluta “crea el problema del transgresor de conciencia. Pero es un coste pequeño a pagar a cambio de dicha prohibición”⁶¹.

- *Supuesto de base irreal*

El supuesto de base planteado, el paradigma de la “*ticking bomb*”, ha sido criticado por la mayoría de sus detractores por contener características idealistas que no podrían tener lugar en ningún escenario práctico realista. En este sentido encontramos a WALDRON y LUBAN⁶².

SANDEL, por su parte, critica el cálculo utilitarista realizado por DERSHOWITZ⁶³ para justificar la “teoría de rescate” atacando a la eficacia e incertidumbre de sus presupuestos. En primer lugar, alude a la falta de fiabilidad de la información proporcionada por el torturado, pues podría proporcionar datos que, en un intento de que cese su sufrimiento, sean falaces, pero sean los que estima que el torturador está buscando⁶⁴. En contraposición, FÍRVIDA y DERSHOWITZ se refugian en el hecho de que esta sería la única información disponible para imposibilitar la consumación de las amenazas, por lo que no se

⁶¹ IGNATIEFF, M. (2006): “Si la tortura funciona”. *Claves de la razón práctica*, núm. 162. pp. 4-7.

⁶² Luban, al referirse al caso propuesto hace la siguiente afirmación sobre los presupuestos que deben concurrir: “presupuestos, cada uno de los cuales es de una u otra manera improbable y que, todos en conjunto, son absolutamente improbables”.

⁶³ DERSHOWITZ, A.M. (2004): ¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío. *Encuentro*. Madrid. pp. 155-191.

⁶⁴ Este es el argumento utilizado por Sandel y Beccaria.

debería rechazar, pues la inminencia de la situación haría imposible recurrir a medios legítimos que proporcionasen datos más fidedignos.

LUBAN enjuicia la verosimilitud de la amenaza, pues no hay certeza de que el peligro llegue a materializarse. Sin embargo, sus oponentes no consideran que éste sea un argumento válido, pues la única forma de tener certeza de la consumación del peligro sería conocer los datos que se intentan obtener por medio de la tortura.

IGNATIEFF, por otro lado, hace referencia a la falta de necesidad de acudir a la tortura, pues confía en poder conseguir los mismos resultados mediante medios legales. Sin embargo, el juez POSNER resalta que si existiesen mecanismos más eficientes no se recurriría a la tortura, pues no es la práctica más “cómoda”, por así decirlo, para el torturador y que, según el informe de MARK BOWDEN⁶⁵, los agentes infractores, a la hora de hacer uso de este método de investigación, estarían más que convencidos de que la tortura sería la única manera de obtener la información necesaria para evitar consecuencias desastrosas para la sociedad.

De lo expuesto podemos extraer que los presupuestos que deben concurrir para recurrir a la “tortura de rescate” son artificiales, que lo que se busca crear un “caso de laboratorio” que permita examinar si existe alguna posibilidad, aunque sea hipotética, de aplicar la tortura de forma legítima, por lo que deberíamos tener en cuenta que nunca podríamos llegar a aceptarla en un escenario realista⁶⁶. El sacar conclusiones de un supuesto idílico podría ocasionar consecuencias desastrosas, puesto quien está a favor de su justificación podría manipular las situaciones a fin de que concurriesen los requisitos necesarios o, mínimamente, lo más similares posibles.

- Estado de necesidad y legítima defensa como justificación del uso de la “tortura de salvamento”

⁶⁵ Mark Bowden, artículo publicado en la revista *Time* en 2003, en el que para apoyar el uso de la tortura hace referencia a los resultados obtenidos por los interrogadores estadounidenses, quienes consiguieron con esta práctica “los nombres y descripción de alrededor de una docena de agentes clave de Al Qaeda sospechosos de estar planeando ataques terroristas”.

⁶⁶ GARCÍA AMADO, J.A. (2016): “¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?”. *cit.*; pp. 44.

Se ha discutido la posibilidad de justificar tanto *ex ante* como *ex post facto* el uso de la tortura. MICHAEL DAVIS⁶⁷ declara que las justificaciones *ex ante* tienen el cometido de “poner una excepción a la regla”, creando una contra-regla que deje de lado la prohibición general absoluta cuando se den unas concretas (aunque improbables) circunstancias⁶⁸.

Por otro lado, han sido varias las soluciones *ex post facto* planteadas⁶⁹, donde encontramos intentos de establecer una regulación específica (analizada posteriormente), así como la alternativa de aplicar las figuras de justificación previstas en la ley penal española. No toda la doctrina apoya esta postura, pues ciertos autores consideran que las legislaciones internacionales prohíben expresamente su justificación⁷⁰, mientras que la otra parte doctrinal interpreta que la Convención contra la tortura, en su artículo 2.2, deja abierta la posibilidad de aplicar las exenciones penales, pues consideran que el precepto incluye una lista cerrada de situaciones en las que no se podría romper la prohibición del tormento, posibilitando de esta manera su justificación cuando se utilice como método jurídico-procesal de investigación.

El sector doctrinal que considera que la cuestión no estaría zanjada encuentra en la posición adoptada por la Corte Suprema israelí en 1999 un soporte que les permite aplicar la eximente de “estado de necesidad” a la “tortura de salvamento”, eximente que lleva implícita la necesidad de realizar una “ponderación de males”⁷¹, de buscar un “equilibrio” entre los intereses que contraponemos. Para ello es necesario realizar un análisis de los requisitos exigidos para que proceda a aplicarse:

⁶⁷ DAVIS, M. (2005): “The moral justifiability of torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment”, *International Journal of Applied Philosophy*, núm. 19, p. 172.

⁶⁸ Luban se opone a esta postura declarando que “aun si hubiera casos más que excepcionales en los que la tortura fuese moralmente justificable, las normas no deberían acomodarse a ellos estableciendo excepciones”. En PINO GAMERO, E. (2017): *La lucha contra la tortura en el orden internacional*, cit.; p.193.

⁶⁹ LLOBET ANGLÍ, M. (2010): “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros? cit.; p. 20-21.

⁷⁰ Anglí considera que la cuestión se encuentra cerrada por los textos jurídicos, pues han decretado el absolutismo de la prohibición de la tortura, teniendo el debate sentido como objeto de una posible reforma que afine la redacción de estos preceptos (*lege ferenda*). Aunque, por otro lado, otros autores consideran que el debate sí tiene sentido en la actualidad, pudiendo utilizarse como medio de interpretación (*lege lata*).

⁷¹ AMBOS, K. (2009): “*Terrorismo, Tortura y Derecho Penal*”. cit.; p.51.

Encontramos que, a diferencia de la “legítima defensa”, no es necesario que exista un ataque inminente para poder invocarla, pero se plantea como objeción que “falta una limitación temporal precisa”⁷² entre el momento del interrogatorio y el de la producción del mal, suscitando dudas a la hora de decidir si concurre el elemento temporal en cada caso concreto.

El requisito temporal supone, además, que la urgencia de la situación haga que no se pueda evitar el peligro mediante otro mecanismo menos severo e igualmente efectivo. La situación impulsaría a realizar un balance que nos permitiera dilucidar cuál sería la alternativa de entre las planteadas que causaría menos males, inclinándose la balanza a favor de la tortura en la mayoría de supuestos planteados por los intereses jurídicos que se contraponen: “la vida y la dignidad humana de varias víctimas (inocentes) por encima de la dignidad humana de una sola víctima (torturador)”.

En contraposición, MOLINA FERNÁNDEZ⁷³ encuentra en esta eximente más impedimentos que ventajas, pues considera que es necesario realizar una visión a largo plazo de las consecuencias que conllevaría aplicarla en el caso concreto. SILVA SÁNCHEZ comparte su postura, pues considera que el objetivo es “solventar el conflicto surgido con la menor perturbación posible del “status quo””, lo que no tendría lugar si justificamos la tortura de forma excepcional por medio del estado de necesidad⁷⁴ pues, como manifiesta ANGLÍ, su uso en casos excepcionales desencadenaría un empleo descontrolado como “medida política de poder”⁷⁵, suponiendo futuros peligros para “el orden legal en su conjunto” y “para la reputación del Estado a nivel internacional”. Además, LA TORRE considera que la tortura se encuentra prohibida por una regla, por una norma imperativa, y sólo cabe ponderar los principios, no las reglas⁷⁶.

⁷² Esta es la opinión de la Israel Suprema Court en su dictamen realizado en 1999, pp. 170 y ss. y p. 186.

⁷³ MOLINA FERNANDEZ, F. (2006): “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”.

⁷⁴ Para corroborar estas posiciones se han puesto de manifiesto la existencia de informes que contienen datos sobre redes terroristas como Al-Qaeda obtenidos por medio de interrogatorios coercitivos, resaltando así la generalización del uso de la tortura, pues no solo se utilizaría en supuestos que cuenten con los requisitos expuestos para poder aplicar la “tortura de rescate”, como son la inminencia y necesidad.

⁷⁵ LLOBET ANGLÍ, M. (2010): “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros? *cit.*”; p. 23.

⁷⁶ LA TORRE, M. (2013): “Amistades peligrosas. Tortura y Derecho”. *Derechos y Libertades*. p. 35.

No faltan autores que apoyen el recurso a la eximente de “legítima defensa” para justificar la “tortura de rescate”.

ANGLÍ invoca la “legítima defensa de terceros” basándose en las similitudes existentes entre la “tortura de salvamento” y el supuesto del disparo final como medio de salvación de la vida de un inocente⁷⁷. Esta autora es contraria a las teorías que defienden que el valor de la dignidad (afectada por la tortura) es mayor que el de la vida (afectada por quien dispara). Además, no observa la posibilidad de que se produzca una “rotura de dique” al aplicar esta eximente, pues su régimen doctrinal y legal haría imposible su generalización y sólo permitiría esgrimirla en situaciones que cuenten con los elementos de la “*ticking bomb*”, aunque no existe unanimidad doctrinal en torno a esta cuestión.

Tenemos que tener claro que la legítima defensa, como sostiene parte de la doctrina, sólo se puede dar frente a una agresión ilegítima, necesitando que concurra el elemento temporal de la “inmediatez”, que la agresión sea “actual”, limitando así su utilización. En el mismo sentido se sitúa AMBOS⁷⁸, quien defiende que “la legítima defensa en el caso de la bomba de tiempo normalmente no va a encajar jurídicamente debido a la ausencia del requisito de inmediatez” y, además, considera que la tortura nunca puede ser requerida, ni proporcional⁷⁹.

No podemos obviar que uno de los requisitos para invocar la legítima defensa es, al igual que en el estado de necesidad, la imposibilidad de recurrir a un medio menos lesivo para evitar el resultado, así como la necesidad de que la defensa sea proporcionada⁸⁰. CASTRO

⁷⁷ LLOBET ANGLÍ, M. (2010): “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros? *cit.*; p. 25-26.

⁷⁸ AMBOS, K. (2009): *Terrorismo, Tortura y Derecho Penal. cit.*; 39 y ss.

⁷⁹ AMBOS, K. (2009): *Terrorismo, Tortura y Derecho Penal. cit.*; p. 48-49. La tortura no puede ser requerida porque está prohibida internacionalmente. Permitir este acto amparándose en la legítima defensa llevaría al Estado a tolerar la tortura y a convertirla “en algo legal y socialmente aceptable”. Además, la tortura nunca podría considerarse “requerida” porque no se podría obligar al agente de la autoridad a infligir dolor. “No puede ser hecho responsable del resultado de un acto del primero (del Estado) por no haber usado una técnica de investigación que está prohibida por la ley internacional y nacional”. En cuanto al requisito de la proporcionalidad, Ambos pone de manifiesto que “si la tortura ni siquiera puede ser “requerida” por la legítima defensa, con menos razón podrá ser proporcional”.

⁸⁰ Para Anglí no estaría justificada tortura mediante la legítima defensa en caso de los delitos contra el patrimonio por la desproporción de las agresiones que se estarían poniendo en la balanza.

FÍRVIDA⁸¹ considera que sí concurre este elemento en el supuesto planteado, pues “la negativa a colaborar [...] hace que la tortura sea el único medio eficiente para sonsacar información”, pero no existe consenso doctrinal, pues algunos autores consideran que quien utiliza la tortura se encuentra movido, además, por el deseo de reafirmar la legalidad.

Sería necesario que el uso de la tortura fuese requerido, por lo que habría que plantearse que lo tenso de la situación podría incitar a los agentes de la autoridad a tomar una decisión precipitada, siendo incluso dificultoso comprobar a posteriori si la fuerza era o no requerida en ese momento. No deberíamos perder de vista que algo que está prohibido no podría ser requerido⁸², aun cuando hay casos en los que los tribunales sí consideran oportuno realizar una evaluación de la situación⁸³.

Para finalizar, es necesario poner de manifiesto, como defiende parte de la doctrina, que si justificásemos la tortura a partir de esta causa de exención estaríamos tolerando su uso y negando su antijuridicidad, haciéndola socialmente aceptable y llevándola “pendiente abajo sin poder ser refrenada”.

5. 3. Mecanismos utilizados para regular su uso en casos excepcionales

El sector de la doctrina y los distintos gobiernos que pasan por alto la prohibición de la tortura en casos excepcionales se apoyan en diversas estrategias jurídicas para justificar su postura:

a. Redefinición

Uno de los mecanismos utilizados para justificar el uso de la tortura ha sido la redefinición, estrategia que busca limitar el alcance del concepto, considerando que sólo los

⁸¹ CASTRO FÍRVIDA, J.L. (2013): “¿Es la tortura aceptable en la lucha contra el terrorismo?”. *cit.*: p.70 y ss.

⁸² AMBOS, K. (2009): *Terrorismo, Tortura y Derecho Penal*. *cit.*: 40 y ss.

⁸³ STEDH, *Asunto Gäfgen c. Alemania* (Sección 5), nº 22978/05, 1 de junio de 2010. El Tribunal analiza si la amenaza de tortura era necesaria, clarificando finalmente que se podrían haber llegado a los mismos resultados haciendo uso de otras técnicas que no supusiesen el uso de la fuerza.

“casos de crueldad extrema y de peligro permanente para la vida del torturado”⁸⁴ entrarían dentro del ámbito de la prohibición⁸⁵.

Supone modificar el concepto de tortura, insertando como uno de los elementos de su significado el móvil que guía la conducta del torturador. De esta manera se buscaba que sólo se calificasen de tortura las actuaciones realizadas por sadismo, “por satisfacción personal y egoísmo inmotivado o gratuito o motivado por fines de satisfacción personal y egoísta” no entrando dentro de su ámbito los actos que se realicen, por ejemplo, como medio de salvar vidas.⁸⁶

LA TORRE, en contra de la redefinición, subraya que los textos que prohíben la tortura han querido evitar esta estrategia al equiparar la tortura con otros tratos⁸⁷ con el objetivo de impedir que se defina con una gravedad extrema y queden impunes diferentes tipos de maltrato. Además, alega que la intención del sujeto activo no se debería tener en cuenta en su tipificación, cosa con la que no me siento identificada, ya que algunos textos que prohíben la tortura⁸⁸ determinan los fines que impulsan la actuación del torturador como uno de los elementos principales de la tortura, considerándose de esta forma por el TEDH, por ejemplo, en el ya mencionado asunto Sarasola⁸⁹ contra España, en el que el tribunal falla en contra de la tortura por no tener clara la finalidad de los torturadores.

⁸⁴ LA TORRE, M. (2013): “Amistades peligrosas: tortura y Derecho”. *cit.*; p. 28.

⁸⁵ Esta fue la estrategia seguida por Estados Unidos al realizar su memorándum en 2002, como hemos expuesto anteriormente.

⁸⁶ LA TORRE, M (2013): “Amistades peligrosas: tortura y Derecho”. *cit.*; p.32 y 33.

⁸⁷ Esto ocurre en el art. 3 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, en el art. 15 CE española y en el art 2.II de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otras Penas y Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, como ya se había mencionado anteriormente.

⁸⁸ Encontramos, por ejemplo, que el artículo 174.1 CP, junto con el artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura, hacen referencia a la finalidad con la que se tortura al sujeto pasivo. Lo detallan de la siguiente forma, respectivamente: “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”; “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”.

⁸⁹ Los denunciantes consideran que la razón que mueve a los agentes de la autoridad a aplicarles los tratos denunciados es castigarles por ser miembros del comando terrorista ETA, así como obtener confesiones o

b. Analogía entre tortura y homicidio

Otra de las técnicas utilizadas para legitimar la tortura ha sido equipararla al homicidio, pues el ordenamiento permite en una serie de supuestos justificar el homicidio invocando la eximente de estado de necesidad, legítima defensa o la situación de guerra. BRUGGER, por su parte, considera que existe una “laguna de valoración” por la incoherencia jurídica existente al dar soluciones totalmente distintas a casos que comportan muchas similitudes.

Frente a esta cuestión existen dos posturas totalmente contrapuestas: quien considera que torturar es menos malo que matar y los que sienten que matar causa menos mal que torturar.

Entre los partidarios de la segunda opción encontramos a SHUE, quien en su ensayo “*Torture*” considera que “ninguna otra práctica, salvo la esclavitud, es tan universal y unánimemente condenada por el Derecho y por las convicciones humanas” como la tortura. Además, hay quien sostiene que no se debería justificar la tortura de la misma forma que el homicidio por la existencia de una “pendiente resbaladiza” en torno a la cuestión, pero a pesar de ello ANGLÍ⁹⁰ opta por mostrar que la experiencia en relación al homicidio demuestra que nunca se ha generalizado su uso, por lo que no habría motivos suficientes que indicasen que en el caso de la tortura iba a ocurrir lo contrario.

Quien apoya la primera de las teorías no puede basar su argumentación en el simple hecho de que la tortura, a diferencia del homicidio, no acabaría con la vida del individuo, y que por ello se podrían invocar analógicamente las soluciones del homicidio a la tortura, pues sería una solución menos drástica que morir. En contraposición, encontramos quien considera que es mejor morir que vivir habiendo sido torturado, pues la tortura supone uno de los atentados de mayores magnitudes para la dignidad de la víctima⁹¹. En esta línea

informaciones de otros hechos y personas relacionados con dicha organización. Por su parte, el TEDH no considera estos actos constitutivos de tortura, sino como tratos inhumanos y degradantes, amparando su decisión en la “ausencia de prueba concluyente relativa a la finalidad de los tratos infligidos”.

⁹⁰ LLOBET ANGLÍ, M. (2010): “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros? *cit.*”

⁹¹ GARCÍA AMADO, J.A. (2016): “¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?”. Establece que este es el argumento moral más utilizado a favor de la prohibición moral absoluta de la tortura, lo que nos llevaría a adoptar una primera conclusión: la dignidad tiene mayor peso que la vida de una persona.

ROXIN sostiene como pilar supremo de su teoría la dignidad, considerándola la razón por la que “en ningún caso” las eximentes de legítima defensa o estado de necesidad (que aplicamos al homicidio) se puedan aplicar a un asunto que degrade de tal modo la dignidad, pero no habría unanimidad doctrinal⁹².

Autores como LA TORRE⁹³ no encuentran demasiados puntos de encuentro entre la tortura y el homicidio, pues consideran que el homicidio puede ser consentido en algunos supuestos, no pudiendo ser este el caso de la tortura, ya que su fenomenología implica “que sea imprevisible e intolerable”. El fin de la tortura es doblegar la voluntad de un sujeto, traspasar su umbral de tolerabilidad para que quede a merced del torturador, “transformarle en una cosa”.

Por ello, vemos que no podríamos aplicar las regulaciones establecidas para el homicidio a la tortura, puesto que no estamos en presencia de supuestos con iguales características. Este argumento, junto con la fuerza que posee la dignidad como valor fundamental de la sociedad, me pondría de lado de quienes sostienen que no existe analogía entre el homicidio y la tortura, y que la tortura en ningún caso debería estar justificada.

c. Propuesta de legalización

Algunos autores, en contra de la prohibición que los dictados nacionales e internacionales plantean, propone la posibilidad de legalizar el uso de la tortura. Hay quien, teniendo en cuenta las probables consecuencias de legitimar esta práctica, opta por la negación de todo fundamento que posibilite servirse de la tortura a fin de no dar alas a su regulación, abogando por mantener un tabú en relación a la mencionada cuestión por los riesgos que podría conllevar su tratamiento⁹⁴. Aun así, merece la pena analizar los distintos aspectos que aún no han sido examinados y que resultarían afectados por el hecho de proponer su legalización, tanto en general como en circunstancias excepcionales.

⁹² Roxin al examinar en el caso Gäfgen la necesidad de imponer una sanción al policía que ordenó la tortura afirma que puede haber una exclusión supra legal de la responsabilidad del mismo, no siendo necesaria la pena por la falta de reprochabilidad de la conducta, aun cuando es antijurídica, manteniendo en todo caso su prohibición jurídica absoluta por suponer un atentado de gran envergadura y consecuencias para la dignidad, siendo éste el pilar fundamental de su teoría (la protección de la dignidad).

⁹³ LA TORRE, M. (2013): “Amistades peligrosas. Tortura y Derecho”. *cit.*; p. 30-31.

⁹⁴ GARCÍA AMADO, J.A. (2016): “¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?”

La tortura sigue estando presente en algunos Estados democráticos⁹⁵, por lo que no sería una solución aceptable ignorarla jurídicamente en el plano formal, sino que ello impulsa a realizar propuestas de regulación y control que permitan su uso de forma vigilada y responsable⁹⁶.

DERSHOWITZ, defensor de la legalización de la tortura, la considera un “mal inevitable y necesario y, por tanto, moralmente justificable”⁹⁷ en el contexto creado por el terrorismo, profesando que sus juzgadores deberían tener claro que la tortura no es tan injusta e inmoral y que no siempre conllevaría consecuencias negativas para la sociedad en su conjunto y para el sujeto en concreto. LA TORRE, analizando la postura por la que se decanta DERSHOWITZ, considera que la tortura es una práctica tan “injusta e intolerable, y chocante, para el sentimiento moral” que nunca tendría un acogimiento social lo suficientemente fuerte para estimar que su legalización estaría plenamente fundamentada, pues “si (moralmente) estoy convencido que no se debe torturar, no puedo aceptar que se pueda (legalmente) torturar”⁹⁸.

DERSHOWITZ, en su obra “*Why Terrorism Works*” sugiere que el mecanismo de control más adecuado ante el peligro que supone caer en una “pendiente resbaladiza” sería establecer un procedimiento judicial o gubernamental de autorización del uso de este método

⁹⁵ Informe de 2018 del COMITÉ CONTRA LA TORTURA de Naciones Unidas A/73/44. 61º periodo de sesiones, 24 de julio a 11 de agosto de 2017. El CAT consideró que se cometió tortura en los siguientes Estados: Túnez, comunicación núm. 654/2015, Jaïdane c. Túnez; Kazajstán, comunicación núm. 661/2015, Rakishev c. Kazajstán; Dinamarca en 2014 y Suiza en 2016 incumplieron su obligación de no devolución a países en los que haya riesgo de tortura. 62º periodo, 6 de noviembre a 6 de diciembre de 2017. Consideró que se había infligido tortura en Burundi, comunicaciones núm. 493/2012 y núm. 496/2012 (consecuencia de propinar una paliza a manos de la policía). 63º periodo, 23 de abril a 18 de mayo de 2018. Condenó a la Federación Rusa por tortura, ausencia de investigación y confesión forzada, comunicación núm. 637/2014, D. G. c. la Federación de Rusia; incumplimiento de la obligación de no devolución a países con alto riesgo de cometer tortura por Suiza y Suecia, comunicación núm. 717/2015, A. Sh. y otros c. Suiza y núm. 750/2016, R. H. c. Suecia (calificación de Rusia e Irán como país con riesgo de cometer tortura).

⁹⁶ LA TORRE, M. (2007): “La Teoría del Derecho de la Tortura”. *cit.*; p. 80.

⁹⁷ PINO GAMERO, E. (2017): *La lucha contra la tortura en el orden internacional*. *cit.*; p. 184.

⁹⁸ LA TORRE, M. (2007): “La Teoría del Derecho de la Tortura”. *cit.*; p.81.

de investigación que comenzase con una “orden de tortura”⁹⁹. Por su parte, sus detractores plantean que la urgencia de la situación no propiciará una solución imparcial y racional de los tribunales o del Gobierno, pues hay grandes probabilidades de que la presión a la que los sometería la urgencia de la situación podría conducirlos a dar autorizaciones que no fuesen “responsables y fundadas”¹⁰⁰, cayendo en la “pendiente resbaladiza” de la que tanto hemos hablado y pasando de autorizarla en casos excepcionales a avalarla en situaciones en las que no se diesen las circunstancias requeridas, empujándonos a “aceptar la autorización de torturas preventivas”, es decir, como medio que evite un eventual futuro ataque.

Hay quien opta por plantear soluciones a posteriori, como son la posibilidad de aplicar exenciones o atenuantes a las sanciones impuestas¹⁰¹. Ambas posturas comparten con DERSHOWITZ el deseo de permitir el uso de la tortura, pero no coinciden en el modo de hacerlo (a priori o a posteriori). Por ello, MOLINA FERNÁNDEZ indica que cualquiera de las alternativas necesitaría una regulación anterior, pues las soluciones *ex post facto* requieren de un modelo legal anterior en el que se detalle cuándo y cómo se podrían invocar¹⁰². Tampoco hay certeza sobre qué opción sería más beneficiosa para el conjunto de la sociedad y para el sujeto individual, pues la experiencia¹⁰³ muestra que tanto en las soluciones *ex ante* como en las *ex post facto* existen brechas que posibilitarían su aplicación a supuestos distintos de los regulados, suponiendo la generalización del uso de la

⁹⁹ PINO GAMERO, E. (2017): *La lucha contra la tortura en el orden internacional. cit.*; p. 185. El autor considera en su obra que esta medida “permitiría una rendición de cuentas democrática y una mayor transparencia, al tiempo que disminuiría el uso de la tortura, ciñéndolo exclusivamente a los casos en los que, por ser necesario, fuese expresamente autorizado”.

¹⁰⁰ LLOBET ANGLÍ, M. (2010): “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros? *cit.*”; p.12.

¹⁰¹ IGNATIEFF, M (2006): “Si la tortura funciona”. *cit.*; p. 6.

¹⁰² No está de acuerdo con este argumento la Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 1999, anteriormente citada. Mantiene la prohibición absoluta, aunque acepta, como ya hemos indicado, que se pueda invocar un estado de necesidad en casos excepcionales: “el estado de necesidad no ofrece una autorización legal *ex ante* para actuar de una determinada manera, sino que a lo sumo ofrece una posibilidad de exclusión de la punibilidad *ex post* [...] no expresaba mediante una regla general”.

¹⁰³ Estados Unidos abogó por una regulación *ex ante* que derivó en una generalización de su uso a largo plazo.

tortura, dando “lugar a que la tortura y la coerción se conviertan en lo rutinario en lugar de lo excepcional”¹⁰⁴.

Otro sector doctrinal contrario a DERSHOWITZ prefiere adoptar una opción “extraoficial”¹⁰⁵, un “mirar hacia otro lado”, merecedora de críticas al ser considerada una “solución hipócrita”. Quien “aboga por una solución extralegal” lo hace pensando en que es mejor que en el plano formal continúe vigente la prohibición de la tortura en todo caso, pero confía en el criterio del Gobierno de turno para burlar la ley cuando la nación se encuentre en una situación de necesidad que así lo requiera.

De lo expuesto podemos extraer suficientes argumentos para mantenernos una opinión contraria a la legalización de la tortura. Su regulación atentaría contra el principio de legalidad, pilar del Estado de Derecho. Este principio “predetermina las conductas y excluye el exceso en la acción reglamentada”, busca “hacer la conducta en cuestión previsible y proporcional”¹⁰⁶, siendo muestra del antagonismo existente entre la tortura y el principio de legalidad. La tortura es abuso, la tortura no se puede prever. Su eficacia depende del caso en concreto, de la resistencia del sujeto torturado, no siendo posible pre-determinar un límite en el nivel de violencia infligido por el torturador, no pudiendo controlar realmente su conducta. Por ello deberíamos concluir que no podríamos regular la tortura en el Estado de Derecho, pues atenta contra el principio de legalidad, derribando de esta manera uno de los pilares del sistema. Mas aún, es resaltable el hecho de que la legalización de la tortura en supuestos determinados derivaría con el transcurso del tiempo en su normalización como medida política y administrativa del Estado.

¹⁰⁴ IGNATIEFF, M. (2006): “Si la tortura funciona”. *cit.*; p.6. Postura adoptada por Ignatieff frente a la opción propuesta por Dershowitz.

¹⁰⁵ El juez Posner considera que si lo regulamos pasaría a convertirse en una práctica normal, por lo que lo mejor es dejar la prohibición inalterada aunque en la práctica no se aplique cuando se den circunstancias extremas.

¹⁰⁶ LA TORRE, M. (2007): “La teoría del Derecho de la tortura”. *cit.*; p. 84-86.

6. ¿EXISTE UNA PROHIBICIÓN MORAL ABSOLUTA?

Como venimos exponiendo, existe una prohibición jurídica absoluta de la tortura tanto en el Derecho internacional como en el constitucional que conlleva la imposibilidad de justificar el uso de esta técnica en todo caso, pero la concurrencia de esta prohibición categórica en el plano del Derecho no tiene por qué conllevar necesariamente la imposibilidad de justificar la utilización de la tortura en el plano moral en todo tipo de supuestos.

El hecho de que podamos plantear la presente cuestión se debe a que el sistema jurídico y el sistema moral, hoy día, son dos sistemas delimitados, pues “ni todo lo jurídico es moral, ni todo lo moral es jurídico, ni todo lo antijurídico es inmoral, ni todo lo inmoral es antijurídico”¹⁰⁷.

Así pues, pasaremos a analizar si habría una prohibición moral del uso del tormento que establezca que en ningún caso se podría aceptar moralmente la tortura, ni en las situaciones más excepcionales imaginables o si, por el contrario, sería posible justificarla en algún supuesto en razón de la importancia del objetivo que ha movido al torturador a actuar.

6.1. Absolutos morales. Necesidad extralegal de torturar

Los autores que defienden la existencia de una prohibición moral absoluta de la tortura consideran que nunca se podría dar un supuesto en el que concurriesen elementos que permitieran razonar a favor de la necesidad de recurrir a la tortura, sino que se limitarían a defender que “ciertos actos son siempre inmorales, incluso cuando sirven para evitar los más extremos desastres”¹⁰⁸. De esta manera, los autores absolutistas podrían terminar aceptando tesis tautológicas, apoyando sus ideas aun cuando no encontrasen sólidos argumentos que las justificasen¹⁰⁹. Intentaremos hacer una revisión de las explicaciones

¹⁰⁷ GARCÍA AMADO, J.A. (2016): “¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?”. *cit.*, pp. 19-20.

¹⁰⁸ JARVIS THOMSON, J. (1976): “Killing, letting die, and the trolley problem”, en Russ Schafer-Landau, *Ethical theory. An Anthology*, Blackwell, 2ª ed. 20º 3, p. 437.

¹⁰⁹ Esto fue lo que le ocurrió a WALDRON, pues al ser criticado en su absolutismo por SUSAN MENDUS, cayó en la cuenta de que los argumentos que defendían la ilegitimidad moral de la tortura, incluso en el

más utilizadas para justificar el absolutismo moral de la tortura, utilizando para ello el supuesto antes planteado de la “tortura de salvamento”.

Hay quien considera que la cuestión merece ser solucionada de forma extra legal, que no es necesario imponer una pena a quien infringe la ley e inflige dolor si el objetivo que guía la actuación del torturador no lo merece¹¹⁰. Esta fue la solución que el Tribunal alemán dio al caso Daschner¹¹¹. ROXIN, en el análisis del mencionado asunto se muestra consciente de la culpabilidad del sujeto infractor pero, tomando en consideración el móvil de su actuación, promueve la existencia de una “causa de exclusión de la responsabilidad supralegal, puesto que en este tipo de supuestos trágicos no se debe reaccionar necesariamente con una pena”¹¹², ya que no hay necesidad de penar los supuestos que no merecen una condena moral¹¹³.

Esta fue también la postura adoptada en Alemania en el análisis de constitucionalidad de la Ley de Seguridad Aérea¹¹⁴ al cuestionar la necesidad de condenar al sujeto que dio la

supuesto de la bomba de relojería, carecían de un apoyo sólido que le diera validez y, aun así, siguió afirmando que no por ello iba a dejar de ser absolutista.

¹¹⁰ Esta postura es considerada por muchos autores hipócrita. A su vez, el juez POSNER muestra los riesgos de la misma, puesto que se podría llegar a admitir esta solución extra legal de forma generalizada.

¹¹¹ El jefe superior de policía era culpable, ya que conocía la regulación y podía haber actuado de otra forma y, además, su solución no fue aprobada por sus superiores. Aun así, el tribunal impuso multas cuasi-simbólicas al tener en cuenta el motivo que llevó al policía a obrar, pues creía firmemente que era el único medio que tenía para poder salvar la vida del joven secuestrado por el corto periodo de tiempo que tenía para reaccionar.

¹¹² GARCÍA AMADO, J.A. (2016): “¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?”. *cit.*; p. 36.

¹¹³ GARCÍA AMADO, J.A. (2016): “¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?”. *cit.*; p. 37. Roxin establece que “el castigo penal del salvador que se saltó la ley puede resultar absurdo” en estos casos.

¹¹⁴ GARCÍA AMADO, J.A. (2016): “¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?”. *cit.*; p. 37-40.

orden de derribo de un avión sospechoso de poder causar un atentado terrorista. El Tribunal Constitucional alemán procedió a plantear una causa supralegal de exclusión de responsabilidad por los motivos alegados previamente¹¹⁵.

6.2. Posiciones en contra y a favor del absolutismo

a. Teoría utilitarista: argumento del mal menor

Me gustaría comenzar con la tesis más utilizada por quien está a favor de la “tortura de rescate” y de la tortura en general desde un enfoque moralista. Me refiero a la “teoría del mal menor”, de corte utilitarista. En la actualidad es objeto de debate si la tortura es aceptable desde un punto de vista ético, como mecanismos de obtención de información en la lucha contra el terrorismo. Por ello, pretendemos encontrar y analizar los argumentos que soportan que “está justificado moralmente utilizar la tortura para lograr que la persona detenida brinde la información que permita salvar la vida de miles de inocentes”¹¹⁶, como sucede en el escenario de la bomba de relojería.

La teoría del “mal menor”, seguida por DERSHOWITZ, supone realizar un “análisis de costes y beneficios”¹¹⁷ en cada caso concreto. El resultado del cálculo utilitarista permitiría apoyar la moralidad de la tortura siempre que su uso se considerase un mal menor, siendo el mal menor para el mencionado autor “el que beneficie a la ciudadanía”¹¹⁸. En el escenario planteado, la tortura de rescate supondría la confrontación de dos bienes jurídicos protegidos, debiendo elegir cuál de ellos salvar (la vida e integridad física y moral de muchos frente a la dignidad de uno). Así, el resultado de realizar el mencionado cálculo en el contexto planteado empujaría a considerar que torturar a un sospechoso sería menos malo que no torturarlo y no obtener la información que permitiese impedir la muerte de cientos o miles de personas. Por ello, DERSHOWITZ considera que en situaciones como la mostrada por el

¹¹⁵ ROXIN alega que habría que tener en cuenta que la orden de derribo del avión causaría la muerte de los pasajeros inocentes, pero que con esta orden se estaría evitando la muerte de muchas personas también inocentes. Además, en su obra “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, p. 12, sustenta su posición en el hecho de que “una cierta culpa existiría también cuando no hubiera salido a las personas que gracias al derribo del ion podría haber salvado”.

¹¹⁶ CASTRO FÍRVIDA, J.L. (2013): “¿Es la tortura aceptable en la lucha contra el terrorismo?”. *cit.*; p. 71.

¹¹⁷ PINO GAMERO, E. (2017): La lucha contra la tortura en el orden internacional. *cit.*; p. 184.

¹¹⁸ CASTRO FÍRVIDA, J.L. (2013): “¿Es la tortura aceptable en la lucha contra el terrorismo?”. *cit.*; p. 72.

paradigma de la bomba de relojería la tortura se encontraría moralmente justificada¹¹⁹. Estos resultados alentaron al autor a considerar que “en el contexto de la guerra contra el terrorismo, la tortura es un mal inevitable y necesario y, por tanto, moralmente justificable”¹²⁰, pues el terrorismo crearía un panorama de confrontación de males similar al creado por el escenario de la bomba de relojería.

En contraposición, autores como IGNATIEFF¹²¹ conciben que la tesis de DERSHOWITZ comporta un gran peligro, pues consideran que el propuesto mal menor podría derivar en mal mayor en no mucho tiempo, ya que se estaría atacando “la dignidad humana, un valor central que la guerra contra el terror no debería sacrificar, ni siquiera bajo la amenaza de un ataque inminente”¹²². Como se puede imaginar, esta no sería la única objeción planteada sobre la teoría del mal menor. Así pues, encontramos que BECCARIA¹²³ plantea la posibilidad de que, a la hora de aplicar la teoría de DERSHOWITZ, se cayese en el error de torturar a un inocente. Aun así, la realización de un cálculo utilitarista nos llevaría a inclinarnos por el uso del dolor, pues “la tortura de un inocente [...] es un mal menor que la muerte de cientos o miles de personas”¹²⁴. Aun así, IGNATIEFF¹²⁵, observando la necesidad de poner

¹¹⁹ PINO GAMERO, E. (2017): La lucha contra la tortura en el orden internacional. *cit.*; p.184.

¹²⁰ PINO GAMERO, E. (2017): La lucha contra la tortura en el orden internacional. *cit.*; p. 184.

¹²¹ IGNATIEFF, M. (2005): *El mal menor. Ética política en una era de terror*. Taurus, pp. 24-29 y “Si la tortura funciona”. Este autor rechaza la tortura, pero considera necesario el uso de otros medios coactivos en los supuestos en los que se plantea la posibilidad de utilizar el tormento.

¹²² PINO GAMERO, E. (2017): La lucha contra la tortura en el orden internacional. *cit.*; p. 188. Ignatieff, en su obra “Si la tortura funciona” considera que es difícil definir cuáles serían los métodos que sí estarían permitidos utilizar y no constituirían tortura. Por ello, lo que empezaba siendo un mal menor podría pasar a ser un mal mayor si los agentes de seguridad intentasen utilizar técnicas que fuesen más allá de las permitidas.

¹²³ BECCARIA, C. (1987): *De los delitos y de las penas*. Hyspamerica. Barcelona. pp. 77- 95. Este es el argumento que defiende Beccaria: “la tortura carece de legitimación si se practica a un inocente”.

¹²⁴ CASTRO FÍRVIDA, J.L. (2013): “¿Es la tortura aceptable en la lucha contra el terrorismo?”. *cit.*; p.75. Esta posición es muestra el peligro que supone el argumento del mal menor, de su fuerza, pues llegaría a justificar situaciones como la tortura de un niño si de esta forma se salvase.

¹²⁵ PINO GAMERO, E. (2017): La lucha contra la tortura en el orden internacional. *cit.*; p. 187. Los principios del Estado de Derecho impedirían la generalización del uso de la teoría del mal menor “mediante los diferentes sistemas de control y la división de poderes”.

límites a la mencionada teoría, considera que sería la democracia liberal la que por sí sola impediría que se produjera una rotura de dique.

Además, autores como LA TORRE consideran que quien opta por seleccionar el mal menor tiene que tener presente que estaría pasando por alto la prohibición jurídica absoluta, por lo que debería asumir las consecuencias de sus actos, pues “quienes lo aceptan, defienden y practican no pueden quedar exentos de culpa”¹²⁶, siendo este el precio que deberían pagar por seguir sus convicciones morales. Esta también es la posición de POSNER y ELSHTAIN, pues ambos aprecian la necesidad “cruel” de “emplear métodos coercitivos en una categoría limitada de terroristas que pudieran tener información vital para salvar las vidas de personas inocentes”, justificando su posición desde la ética consecuencialista, pero teniendo presente que “la necesidad puede exigir que se cometan malos actos a los que, no obstante, la necesidad no puede absolver de su carácter moralmente cuestionable”. GARCÍA AMADO también opta por esta solución.

Como hemos podido apreciar, los argumentos de corte utilitarista son muy potentes, justificando supuestos inconcebibles como, por ejemplo, la tortura de diez sospechosos si con este acto salvásemos la vida de cien inocentes. El argumento del mal menor “se devora fácilmente a sí mismo y la pendiente de la tortura así siempre se demuestra resbaladiza”¹²⁷, mostrando que nadie podría resistirse a sus resultados y que la emergencia de la situación haría posible el uso de cualquier técnica que aportase resultados positivos para la ciudadanía en general, lo que llevaría al defensor de la teoría del mal menor a considerar que ningún valor de la sociedad sería absoluto, pues podría ceder en situaciones en las que su vulneración fuese un mal menor. “El abismo del mal [...] no tienen fondo, la línea del mal menor se puede acercar al abismo prácticamente al infinito” y el defensor del mal menor podría aceptar cualquier tipo de vulneración de derechos una vez que se legitimase esta teoría en un supuesto excepcional, lo que supondría la inexistencia de “barreras infranqueables”¹²⁸, de “límites inviolables”¹²⁹.

¹²⁶ PINO GAMERO, E. (2017): La lucha contra la tortura en el orden internacional. *cit.*; p. 193.

¹²⁷ LA TORRE, M. (2013): “Amistades peligrosas. Tortura y Derecho”. *cit.*; p. 27.

¹²⁸ LA TORRE, M. (2007): “La Teoría del Derecho de la Tortura”. *cit.*; p. 83.

¹²⁹ LA TORRE, M. (2013): “Amistades peligrosas. Tortura y Derecho”. *cit.*; p. 36. De la misma forma que argumentamos nosotros, argumenta Anglil en su trabajo, en relación con la posibilidad de alegar la eximente

b. Derecho contra seguridad estatal: necesidad estatal de protección

Como ha sido expuesto anteriormente, el terrorismo supone un desafío nuevo para la seguridad del Estado, pues no afecta directamente al Estado de Derecho, sino indirectamente. El objetivo terrorista es poner en entredicho la capacidad de los gobiernos de mantener los valores que conforman el Estado de Derecho ante amenazas de la envergadura del terrorismo, pues países como Gran Bretaña, como consecuencia de la necesidad estatal de protección creada por el terrorismo se han visto inmersos en una espiral de represión, dejando en suspenso los derechos y libertades de la población y adoptando medidas contrarias a los principios democrático-liberales en aras a restablecer el orden y la paz en sus territorios. Así, vemos cómo los atentados terroristas han generado un “dilema entre seguridad y Estado de derecho”¹³⁰, entre seguridad y protección de los derechos y libertades.

Hay quien considera que lo principal es la salvaguarda de nuestras vidas y de la nación, lo que supondría tener que interpretar la Constitución de forma tal que permita esta protección, aun cuando implique rebajar los derechos de los ciudadanos durante el periodo de tiempo excepcional necesario para restablecer el orden¹³¹. Algunos, apoyándose en las posibilidades que brinda la democracia, aceptan que se torture en su nombre en situaciones de necesidad estatal, pues confían en que así se evitarían mayores males, que este método permitiría poner a salvo a la población frente a un eventual segundo atentado. Esta postura, a mi juicio, estaría pagando un alto precio por la seguridad y, en este mismo sentido se pronuncia SHUE cuando objeta que vivir pensando en que lo que tenemos, es

de “estado de necesidad exculpante” del artículo 20.5 del Código Penal alega que “elegir la tortura es siempre un mal mayor [...] si se valora todo lo que está en juego, y no sólo los intereses más conspicuos del conflicto”, llevando el conjunto de circunstancias al problema de la rotura de dique ya alegado.

¹³⁰ JAKAB, A. (2012): “Incumplir la constitución por razones morales en la lucha contra el terrorismo. Un análisis pragmático de las suposiciones implícitas y de las soluciones propuestas en los discursos europeo y estadounidense en el debate «estado de derecho vs. terrorismo»”. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, p. 418.

¹³¹ Posición ya analizada, propuesta por Ackerman como consecuencia del 11-S, intentando crear en su obra “*Antes de que nos ataquen de nuevo*” una “Constitución de excepción” que permita rebajar las garantías de los ciudadanos durante un periodo de tiempo primeramente delimitado a fin de restablecer la seguridad de la nación tras un atentado terrorista.

decir, en la seguridad conseguida mediante la utilización de medios prohibidos, no es vivir¹³². Considera que debemos tener muy en cuenta el peso de los valores que estamos enfrentando a fin de evitar que perdamos más con nuestra medida a largo plazo que lo que estamos intentado ganar en el instante.

IGNATIEFF, por su parte, considera que el dilema creado entre seguridad y derechos debe resolverse teniendo en cuenta la “ética del equilibrio”, pues la democracia está comprometida con ambos de igual forma, por lo que supondría “un error moral privilegiar a uno sobre otro”¹³³.

Para finalizar, tenemos que tener en cuenta que la necesidad de la situación no puede empujar a los Estados a procurar la seguridad con medios ilegítimos, pues siempre deben cumplir con lo establecido en las normas de Derecho internacional. En este sentido encontramos el artículo 2.2 de la Convención contra la tortura¹³⁴.

Por lo expuesto, no debemos permitir la “seguridad a toda costa”, no podemos olvidar que las libertades constitucionales son el primer bien necesitado de protección ante amenazas de tal envergadura. Además, parte de la doctrina considera que podríamos obtener los mismos resultados a través de medios que no redujesen la eficacia de los derechos, aun cuando fuese más costoso. No es fácil aceptar que quien opta por adoptar esta posición y proteger los valores del Estado de Derecho estaría pagando “un precio por sus convicciones morales”, pues estaría optando por rebajar la seguridad de la ciudadanía, su seguridad personal¹³⁵.

c. El valor moral del Estado de Derecho

La discusión que proponemos tiene su antecedente en Estados Unidos, cuando el Departamento americano de Justicia propuso la estrategia de afirmar que su Presidente, el

¹³² SHUE, H: “Productos contaminados”. *The routledge handbook of global ethics*. Routledge, Taylor & Francis Group, London and New York.

¹³³ PINO GAMERO, E. (2017): La lucha contra la tortura en el orden internacional. *cit.*; p. 188.

¹³⁴ “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”.

¹³⁵ IGNATIEFF, M. (2006): “Si la tortura funciona”. *cit.*; p. 7.

poder ejecutivo, no estaba sometido a la ley en situaciones tan excepcionales como supone la lucha contra el terrorismo.

Tenemos que tener en cuenta que las amenazas terroristas tienen lugar sobre Estados que se encuentran liderados por los principios del orden constitucional democrático. Sus sistemas políticos se asientan sobre los principios de división de poderes, sobre el principio de legalidad y sobre el principio de protección de los derechos fundamentales. Estos principios hacen que IGNATIEFF¹³⁶ enfatice en la existencia de una relación “entre la prohibición de tortura y la identidad política de la democracia”, pues implican el sometimiento de los poderes públicos a las disposiciones legales y que, como consecuencia de ello, los Estados no puedan pasar por alto la prohibición absoluta de la tortura, norma imperativa en el Derecho internacional que haría que los agentes de la autoridad no puedan torturar en ningún caso, incluso ni ante una amenaza terrorista. Por ello, IGNATIEFF afirma que “no podemos torturar debido a quienes somos”, pues la democracia haría que no se pudiesen justificar actos que van en contra de la ley¹³⁷. Esta es la postura que la gran mayoría de ciudadanos defiende, pero no podemos descartar que la propia democracia permite que algunas personas sí acepten que se inflija dolor en su nombre, siempre y cuando se haga como salvaguarda de la seguridad, justificando la moralidad del uso de la tortura en atención al móvil que guía la actuación de quien infringe la ley.

Ante esta cuestión encontramos dos posturas enfrentadas: por un lado, la que defiende la “absoluta vigencia de las garantías individuales” incluso en las situaciones de mayor riesgo y, por otro, quien defiende que el Estado de Derecho podría ser excepcionado ante grandes peligros, suponiendo una “derogación legalmente asumible a la prohibición de la crueldad”¹³⁸.

¹³⁶ IGNATIEFF, M. (2006): “Si la tortura funciona”. *cit.*; p. 7.

¹³⁷ IGNATIEFF, M. (2006): “Si la tortura funciona”. *cit.*; p. 6.

¹³⁸ LA TORRE, M. (2013): “Amistades peligrosas. Tortura y Derecho”. *cit.*; p. 33. Esta sería la postura expuesta al inicio del trabajo, defendida por Ackerman, quien considera como mejor reacción frente al terrorismo la instauración de un “estado de excepción” en el que se rebajen los derechos y libertades para posibilitar un retorno a la situación existente antes de que tuvieran lugar los atentados, postura que no volveremos a analizar.

Como sabemos, el principal soporte del Estado de Derecho es el principio de legalidad, principio que “predetermina las conductas y excluye el abuso y el exceso en la acción reglamentada”, principio contrario al uso de la tortura, considerable un triunfo de la Ilustración. En el panorama planteado este principio supone limitar el uso de la tortura, pues sólo permitiría su utilización cuando, en el caso concreto, fuese previsible y proporcional¹³⁹, sometiendo esta práctica a métodos de control. Como sabemos, la tortura, por su fenomenología¹⁴⁰, es considerada en sí mismo un abuso de poder, un exceso, por lo que no podría cumplir con los controles que el principio de legalidad establece, pues la violencia ejercida en cada caso concreto nunca podría ser prevista ni regulable, sino que, por el contrario, su uso es siempre “imprevisible, desproporcionado y excesivo”, pues depende de la resistencia que cada víctima quiera oponer a la tortura.

Autores como PINO GAMERO¹⁴¹ son partidarios de combatir el terrorismo obedeciendo y respetando los principios de la democracia en todo caso, concibiendo solo la posibilidad de hacerle frente con medios legítimos. Consideran que al usar la tortura como mecanismo contra el terrorismo se estarían negando los principios democráticos, lo que supondría estar privando al Estado de su consideración como Estado de Derecho. En palabras de FERRAJOLI¹⁴², un Estado “que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser”.

A mi juicio, la respuesta más adecuada frente a ataques que buscan poner en entredicho los pilares de las democracias sería mantenernos fieles a nuestros principios, combatirlos mediante mecanismos legítimos y proteger en todo caso los derechos de todo ciudadano a fin de no crear abusos de poder. Si la reacción del Gobierno frente a un ataque concreto fuese rebajar sus propias garantías se estaría abriendo la veda para actuar de la misma forma en otros tipos de supuestos. Aun así, este debate no se ha clausurado aún y su

¹³⁹ LA TORRE, M. (2007): “La Teoría del Derecho de la Tortura”. *cit.*; p. 86.

¹⁴⁰ Dershowitz conceptúa “tortura” como un método de abuso, como un “unbearable pain” que se hace depender de la propia víctima, de la resistencia que muestre ante el torturador, lo que supone un imposible control *ex ante*, pues depende del caso y del sujeto en concreto. Su resistencia llevaría al aumento del nivel de dolor, teniendo el único límite de no causar la muerte.

¹⁴¹ PINO GAMERO, E. (2017): La lucha contra la tortura en el orden internacional. *cit.*; p. 196.

¹⁴² PINO GAMERO, E. (2017): La lucha contra la tortura en el orden internacional. *cit.*; p. 196-197.

resultado, según LA TORRE, depende de lo que “implique y signifique el Estado de Derecho, de si aceptamos que [...] cualquier Estado sea un Estado de Derecho”¹⁴³.

d. El valor de la dignidad humana

Es interesante dejar como último punto de análisis el argumento más poderoso de los empleados en la justificación del carácter absoluto de la prohibición de la tortura, desde una perspectiva ética, en las atmósferas que presentan las características que venimos utilizando¹⁴⁴. Hablamos de la dignidad (cuestión que se ha venido tratando desde el inicio del estudio), siendo considerado su ataque a través de la tortura la “más grave y peculiar violación de lo que de humanidad hay en el sujeto, su anulación como persona”¹⁴⁵, la práctica que le afecta más gravemente. Así lo expone GARCÍA AMADO¹⁴⁶ cuando dispone que el uso del tormento sobre un sujeto supone la “negación rotunda de su humanidad”.

La dignidad humana ha sido considerada en muchos textos nacionales e internacionales que versan sobre los derechos humanos la piedra angular que guía su redacción y, en el mismo sentido, se ha tenido como el objeto de protección principal en las regulaciones sobre la tortura. Encontramos que la Declaración sobre la Protección contra la Tortura considera que la dignidad humana es el fundamento de la prohibición de este tipo de técnicas¹⁴⁷. El Preámbulo de la DUDH dispone que “la libertad, la justicia y la paz en el

¹⁴³ LA TORRE, M. (2007): “La Teoría del Derecho de la Tortura”. *cit.*; p. 85. El propio LA TORRE termina por afirmar con contundencia que, según su concepción, “en el Estado de derecho la tortura no cabe en ningún caso”.

¹⁴⁴ Me refiero a la tortura de rescate o salvamento, único método disponible para poder acceder a la información que posibilitaría la salvación sujetos inocentes enfrentados a amenazas de grandes magnitudes.

¹⁴⁵ GARCÍA AMADO, J.A. (2016): “¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?” *cit.*; p. 26.

¹⁴⁶ GARCÍA AMADO, J.A. (2016): “¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?” *cit.*; p. 25. Considera que es “lo peor (o una de las dos o tres cosas peores) que a una persona se le puede hacer, lo más perverso y salvaje”.

¹⁴⁷ Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura, artículo 2: “Todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, mientras que en su artículo 1 reconoce la dignidad como condición inherente a toda persona por el hecho de serlo¹⁴⁸. Por su parte, la Carta de las Naciones Unidas tiene por objeto reafirmar la fe “en la dignidad y el valor de la persona humana”. No son sólo estos textos los que protegen la dignidad en todo caso, sino que hay otros muchos que la reconocen como base de sus derechos¹⁴⁹.

Se hace complicado no contar con un concepto unívoco del término “dignidad”. Podríamos tomar como referencia la idea que KANT¹⁵⁰ emplea de dignidad, pues ha sido la utilizada en algunas sentencias¹⁵¹ y en determinadas Constituciones¹⁵². Así, encontramos la sentencia del Tribunal Federal alemán de 2006 anteriormente esgrimida, que se basa en el significado que KANT da a la dignidad, considerándola el valor que permite al hombre “autodeterminarse en libertad y desarrollarse libremente”, así como un medio de reconocimiento del individuo “en el seno de la comunidad como un miembro igualmente legitimado y con valor propio”, no siendo un simple “objeto del Estado”, exponiendo de esta forma que el Estado, el poder público, no puede servirse de los hombres como simples objetos en busca de un fin, no pudiendo despojar al hombre del valor que le corresponde por el hecho de ser persona, no pudiendo cosificarlo en beneficio del interés público, de la mayoría.

¹⁴⁸ DUDH, artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

¹⁴⁹ El Preámbulo del PIDCP busca el reconocimiento por parte de todos los Estados firmantes de la dignidad humana de la que todas las personas gozan por el hecho de serlo, colocándola en una posición central en el reconocimiento de los demás derechos.

¹⁵⁰ INMANUEL KANT. (1785): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1977, p. 84. El imperativo kantiano dice lo siguiente: “obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”.

¹⁵¹ Este es el caso de la STC Federal de 15 de febrero de 2006 que declara inconstitucional el artículo 14 de la Ley de Seguridad Aérea alemana.

¹⁵² Este es el caso de la Constitución española cuando establece el significado de dignidad en su artículo 10.1.

Resulta destacable la fuerza de los derechos humanos, derechos caracterizados por ser “absolutos”, en atención a la importancia del bien jurídico que protegen. Pero tenemos que tener en cuenta que “no todas las pautas, reglas, preceptos, normas, ... morales se hallan en un mismo plano”, sino que debemos establecer una relación jerárquica entre ellos por si en algún momento se llegasen a confrontar¹⁵³. Por ello la idea de absolutismo supone un problema, ya que, como bien indica LAPORTA, “un derecho es absoluto cuando no puede ser desplazado en ninguna circunstancia de forma tal que nunca puede ser infringido justificadamente y debe ser satisfecho sin ninguna excepción”¹⁵⁴, no pudiendo este tipo de derechos ser puestos en una balanza para sopesar su fuerza (aun cuando esta posición sea adecuada para la moral). El mencionado problema ha sido resuelto por muchos autores exponiendo que los derechos humanos son “derechos prima facie”¹⁵⁵, derechos que priman cuando entran en conflicto con cualquier otro tipo de derecho pero que, cuando se enfrentan entre ellos (derecho humano contra derecho humano), pueden ser excepcionados obedeciendo a exigencias morales y excepcionales muy específicas. Por esta razón se conceptúan como derechos “prima facie”, porque a primera vista sí serían vencedores.

Resulta discutible la posibilidad de estimar la dignidad humana como derecho humano, pues no se incluye como derecho fundamental ni a nivel nacional¹⁵⁶ ni en los textos internacionales¹⁵⁷, sino que en todos ellos obtiene la consideración de valor central en la sociedad democrática, de pilar del Estado de Derecho y fuente de la que emanan los demás derechos. Esta fuerza atribuida a la dignidad hace que ciertos derechos, como el derecho a no ser torturado, tengan la consideración de derecho absoluto, pues la vulneración

¹⁵³ LAPORTA, F. (1987): “El concepto de derechos humanos”. *Doxa*, núm. 4. pp. 39-42.

¹⁵⁴ GEWIRTH, A. (1982): *Reason and Morality*. University of Chicago Press.

¹⁵⁵ LAPORTA, F. (1987): “El concepto de derechos humanos”. *Doxa*, núm. 4. pp. 36-41.

¹⁵⁶ Artículo 10.1 CE: “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”. La CE no conceptúa la dignidad humana como derecho fundamental, sino como “fundamento del orden político y paz social”.

¹⁵⁷ Artículo 2 Declaración sobre la Protección contra la Tortura; Preámbulo DUDH, entre otros.

de la prohibición absoluta de la tortura supone uno de los mayores ataques a la dignidad, siendo éste el principal valor protegido por la interdicción del uso del tormento¹⁵⁸.

Algunos escenarios, como el supuesto propuesto al intentar aplicar la eximente penal de legítima defensa a la tortura (eximente utilizada para justificar el homicidio en ciertos casos), contraponen la dignidad de un individuo frente a la vida de otro, conllevando la necesidad de realizar una ponderación del valor de los mencionados bienes jurídicos. Ciertos autores no simpatizan con la parte de la doctrina que, al negar la posible aplicación de la eximente, aluden al mayor peso de la dignidad siempre que se enfrente a otros derechos humanos¹⁵⁹. Alegan que el concepto de “tortura” establece un límite a los dolores infligidos al sujeto pasivo, pues no deberían llegar a provocar su muerte, por lo que afirman que, aun habiendo sido torturado y padeciendo secuelas psíquicas por ello (como demuestran estudios), podrían seguir teniendo una vida más o menos plena en un futuro, empujando a considerar a este sector que la muerte no sería mejor que la tortura¹⁶⁰. En contraposición, hay quien sí defiende, desde una perspectiva moral, la superioridad de la dignidad, aduciendo que no se podría recurrir a la tortura ni en los supuestos en los que fuese el único método utilizable posible para salvar la vida de un inocente, afirmando que es mejor morir una vez habiendo sido despojado de su dignidad que seguir viviendo, que la tortura crea más daños que la muerte porque la pérdida de la dignidad conlleva la pérdida de la consideración de persona, de su humanidad.

¹⁵⁸ PINO GAMERO, E. (2017): La lucha contra la tortura en el orden internacional. *cit.*; p. 194. “La dignidad ha sido y es el punto de referencia de la dimensión moral de la persona y la base de los derechos humanos y, en particular, del derecho a no ser sometido a tortura”.

¹⁵⁹ LLOBET ANGLÍ, M. (2010): “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”. *cit.*; pp. 26-27. “Hay autores que aluden a la dignidad humana (que resulta atacada por la tortura) como bien de tal calibre cuyo ataque no es posible de justificar bajo ninguna circunstancia. Sin embargo, tal solución plantea, a mi modo de ver, dos problemas. Por un lado, no se encuentra ningún argumento lo suficientemente sólido e incontrovertido que demuestre que la dignidad o la integridad moral de una persona es un bien de mayor relevancia que su vida. Por tanto, si matar puede estar justificado mediante la legítima defensa, también puede estarlo torturar”.

¹⁶⁰ En este sentido encontramos a Jeff McMahan en su obra “Torture and Method in Moral Philosophy”.

A mi parecer, cuando se da más peso a la dignidad que a la vida se hace sustentándose en la posición que los textos analizados¹⁶¹ dan al presente derecho, considerándolo el valor central de las sociedades democráticas y base de todos los derechos, no siendo un valor cualquiera, sino el valor por excelencia.

Mayor complicación supone encontrarse ante el enfrentamiento de dos dignidades, bienes jurídicos de igual valor. En el supuesto planteado (tortura de rescate) la dignidad de las víctimas colisiona con la del sujeto sospechoso de causar el peligro y que va a ser sometido a tormento a fin de obtener la información necesaria que acabe con el riesgo de la situación. Ante esta situación, parte de la doctrina justifica (desde una perspectiva ética) la tortura del sospechoso¹⁶², alegando que quien ha creado el riesgo ha debilitado su dignidad de forma culpable, no mereciendo ser protegida¹⁶³. Hay quien sostiene que “el Estado de Derecho no puede quedarse neutral entre el Derecho y el injusto, y debe intervenir en favor de la víctima”, que “la tortura afecta a un culpable, (y) su finalidad consiste en salvar a un inocente”. Estas afirmaciones empujarían a aceptar que “la dignidad sería algo que podría perderse por el comportamiento precedente propio”¹⁶⁴, haciéndola disponible. Más aun, hay quien concibe que la víctima tendría derecho a ser defendida por el Estado mediante la tortura del sospechoso de crear el peligro, pues consideran que “un Estado que categóricamente prohíbe la tortura parece abandonar en este caso a la víctima y, de

¹⁶¹ Declaración de la Protección contra la Tortura, Declaración Universal de Derechos Humanos, Carta de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

¹⁶² LA TORRE, M. (2013): “Amistades peligrosas. Tortura y Derecho”. *cit.*; p. 30. “La protección de la dignidad del secuestrador no puede prevalecer sobre la dignidad del secuestrado, ya que el secuestrador es culpable y el secuestrado es inocente. La culpabilidad del secuestrador frente al secuestrado reduce su dignidad, así que para defender al segundo se podrá atacar la incolumidad física del primero mediante tortura”.

¹⁶³ En este sentido se pronuncia el TC Federal alemán en la sentencia que declara inconstitucional el artículo 14.3 de la Ley de Seguridad Aérea alemana (p. 141). Dice lo siguiente: quien “ataca antijurídicamente bienes jurídicos ajenos no queda convertido en un simple objeto de la actuación estatal ni ve cuestionada su cualidad de sujeto si el Estado se defiende contra el ataque antijurídico y trata de rechazarlo en cumplimiento de su deber de protección [...].Es por ello que el agresor no resulta perjudicado en su derecho al respeto de su propia dignidad humana”.

¹⁶⁴ GRECO, L. (2007): “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de ticking time bombs”. *Revista para el análisis del Derecho, InDret*. p. 11.

ese modo, violar su dignidad humana”¹⁶⁵. Esta doctrina tiene su origen en Alemania, donde el caso Daschner desencadenó la respuesta de ciertos autores que hacían responsables a los agentes de la autoridad de las consecuencias de la renuncia a la tortura, pues el Estado no estaría haciendo todo lo que hubiera sido posible para salvar a la víctima del peligro¹⁶⁶.

Los defensores de estas teorías pasan por alto que estarían proponiendo que fuese el propio Derecho el que despojase a los ciudadanos que infrinjan sus preceptos de sus derechos y garantías fundamentales¹⁶⁷, corriendo el riesgo de volver a caer en la pendiente resbaladiza de la que tanto hemos hablado y terminar atentando, de esta manera, contra las garantías del Estado de Derecho.

Otra postura condiciona el respeto de la dignidad humana a los beneficios que su protección otorgue a la mayoría, amparándola sólo cuando los costes de esta actuación no sobrepasen un umbral¹⁶⁸. Pero, sería contrario a los valores constitucionales instrumentalizar a los individuos buscando aventajar a la mayoría, permitiendo cualquier violación de la dignidad si con ello se obtuviese un beneficio para la comunidad.

DOMÉNECH PASCUAL¹⁶⁹, en su crítica a la sentencia alemana que declara inconstitucional el precepto mencionado de la Ley de Seguridad aérea¹⁷⁰, considera cuestionable el

¹⁶⁵ AMBOS, K. (2009): *Terrorismo, Tortura y Derecho Penal. cit.*; p. 45.

¹⁶⁶ ROXIN, C. (2004): “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?”. *Cuadernos de política criminal*, núm. 83. pp. 28-29.

¹⁶⁷ Este es el objetivo del “Derecho penal del enemigo” propuesto por Jakobs y Cancio Meliá en su obra, la cual termina por indicar que sería contrario al Estado de Derecho y que no existen en la actualidad situaciones que justifiquen este proceder, ni los atentados terroristas.

¹⁶⁸ GRECO, L. (2007): “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de ticking time bombs”. *cit.*; p. 12.

¹⁶⁹ DOMÉNECH PASCUAL, G. (2006): “¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea. *Revista de Administración Pública*, pp. 406-410.

¹⁷⁰ Sentencia del TC alemán de 15 de febrero de 2006. El tribunal estima que la orden de derribo de avión con la que se buscaría salvar la vida de viandantes inocentes vulneraría la dignidad, valor supremo de la Constitución que “no puede ceder un ápice ante en aras de la satisfacción de otros bienes constitucionales”. En DOMÉNECH PASCUAL, G. (2006): “¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? *cit.*; p. 398.

carácter absoluto de la prohibición de no ponderación de la dignidad por constituir el “valor constitucional de mayor rango” que no debería ceder en ninguna de las circunstancias imaginables¹⁷¹. El autor expone en su tesis que lo pretendido en la Constitución es dar a la dignidad un peso superior a los demás derechos, lo que no implica que sea “infinitamente superior” y permita sacrificar en todo caso los demás bienes constitucionales protegidos, sino que lo correcto sería la búsqueda de un equilibrio en la protección de todos los derechos, realizar una “interpretación sistemática y global” de las disposiciones constitucionales, lo que empujaría a DOMÉNECH PASCUAL a considerar que no se vulneraría la dignidad al ponderarla con otros principios constitucionalmente protegibles¹⁷², sino sólo cuando se atente contra la ella de forma injustificada. Como ha sido expuesto, el mencionado autor defiende, en contra de la prohibición moral absoluta de la tortura y del fallo del TC alemán, que no atentaría contra la dignidad la ponderación entre la vida de los sujetos inocentes y la integridad física del sospechoso terrorista que va a ser sometido a tortura, pues ambos serían bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, no mereciendo la dignidad (atacada mediante tortura) una protección infinitamente superior.

Podemos concluir que, aunque no haya unanimidad doctrinal, la dignidad es un valor inalienable, no pudiendo estar al servicio del Estado ni de la comunidad, siendo inadmisibles los actos que dispongan de ella, incluso en las situaciones excepcionales planteadas. Debemos tener presente que lo que caracteriza a la ley es la facultad de mostrar su poder sin poner en entredicho la dignidad humana, de hecho, lo que le da la fuerza es la capacidad de conseguir lo propuesto a través de métodos legales que rechacen la brutalidad y respeten la humanidad de las personas¹⁷³, pues la protección de la vida y dignidad de los ciudadanos no se puede conseguir de cualquier forma, sino sólo “dentro de los límites

¹⁷¹ Ni cuando se pretendiese menospreciar la dignidad de un sospechoso terrorista mediante la tortura como método procesal de investigación cuando fuese el único que permitiese obtener información necesaria para salvar la vida de inocentes.

¹⁷² DOMÉNECH PASCUAL, G. (2006): “¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?”. *cit.*; pp. 407-409.

¹⁷³ SHUE, H: “Torture”. *The routledge handbook of global ethics*. Ed: Taylor & Francis Group, London and New York.

establecidos a la actuación del Estado de Derecho, entre los cuales se encuentra en primer lugar la tortura”¹⁷⁴.

Una vez expuestas estas posiciones me gustaría concluir remarcando que el resultado de realizar un cálculo utilitarista entre la dignidad de un sujeto y la dignidad de varias nos conduciría siempre a abogar por la tortura, pero autores como LA TORRE¹⁷⁵ consideran que la dignidad es imponderable entre sí misma. Además, no son pocas las reglas imperativas que impedirían recurrir a la tortura incluso en las situaciones excepcionales en las que argumentos morales justificarían su uso¹⁷⁶.

La dignidad ocupa una posición de supremacía y tiene “carácter inmediatamente universal”. Esto propicia que, al igual que todos gozan de este derecho, todos se encuentren vinculados a la obligación de respetar la de los demás y a colaborar activamente en su protección. De la misma forma, el Estado también se considera sujeto a esta obligación, no pudiendo vulnerar la dignidad de sus ciudadanos al optar por medios de investigación lesivos de este valor¹⁷⁷. La dignidad no es un derecho individual cualquiera, sino el sustento de los demás valores de la sociedad, del Estado de Derecho y, por esa razón, nunca podría ser objeto de ponderación y límite. “Atacar la dignidad de uno es atacar la dignidad de todos”¹⁷⁸ y, por tanto “quien utiliza la tortura, sea el motivo que sea, y aunque no pretenda con ella lesionar a la víctima, inflige a la “humanidad” un daño”¹⁷⁹.

¹⁷⁴ PINO GAMERO, E. (2017): “La lucha contra la tortura en el orden internacional”. *cit.*; p. 194. En ROXIN, C. (2004): “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 83, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, pp. 28-29.

¹⁷⁵ LA TORRE, M. (2013): “Amistades peligrosas. Tortura y Derecho”. *cit.*; p. 35.

¹⁷⁶ Artículo 15CE, art 3 Convención europea de Derechos humanos, artículo 2 Convención de Naciones Unidas.

¹⁷⁷ LAPORTA, F. (1987): “El concepto de derechos humanos”. *cit.*; p. 15. “Igual que todos debemos abstenernos de interferir lesivamente en ellos, igual que el Estado debe abstenerse de hacerlo y debe procurar que todos nos abstengamos, el Estado debe actuar positivamente para la realización de esos derechos”.

¹⁷⁸ LA TORRE, M. (2013): “Amistades peligrosas. Tortura y Derecho”. *cit.*; p. 32.

¹⁷⁹ Tesis doctoral de Miguel Ángel Cano Paños, p. 122, basado en un argumento esgrimido por Kant en su artículo “*Sobre un supuesto derecho a mentir por amor a la humanidad*” (1797) para justificar el absolutismo de la prohibición.

Aun así, “la inhumanidad o indignidad de la tortura no puede, en nuestros razonamientos morales, ser completamente ajena a las diferencias en humanidad o dignidad de los propios torturados”¹⁸⁰, siendo esta la diferencia que algunos autores encuentran a la hora de plantear la necesidad de eximir de pena al torturador, no teniendo la misma consideración sobre un sujeto que tortura con el fin de salvar la vida de un inocente que del individuo que tortura para poder perpetuar un delito, aunque la respuesta a esta cuestión no se encuentra en el Derecho, sino en los valores y la lealtad a la ley de cada sujeto individual.

7. CONCLUSIONES

El objetivo perseguido en el presente estudio ha sido realizar un análisis sobre las diferentes posiciones defendidas en el debate práctico sobre la utilización del tormento como método jurídico-procesal de investigación que, como se ha explicado, tiene su origen en el escenario resultante de los atentados terroristas del 11-S. Como consecuencia del terror desencadenado por los mencionados ataques se elaboró un supuesto más teórico que real a fin de poner en entredicho la existencia de la prohibición absoluta, tanto jurídica como moral, del uso de la tortura. Este ha sido el fin perseguido en el presente trabajo: estudiar la posible legitimación de la tortura en un caso concreto. Pues bien, los resultados obtenidos han sido los siguientes:

Hoy día se encuentran vigentes variedad de normas imperativas, tanto nacionales como internacionales, que establecen la prohibición de la tortura en tanto que constituye el atentado más grave y directo contra la dignidad humana. Dichas normas consagran una interdicción categórica, sin excepciones, obligando así a los Estados a su aplicación en todo caso, no pudiendo plantearse la posibilidad de suavizar la prohibición en supuestos prácticos en los que, por su excepcionalidad, inminencia y necesidad, se perciba esta técnica como un mecanismo eficaz y adecuado para prevenir consecuencias perjudiciales de gran envergadura.

¹⁸⁰ GARCÍA AMADO, J.A. (2016): “¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?”. *cit.*; p. 28. Expone que no debemos admitir que es idéntico “el valor moral o dignidad de quien se sacrifica por un fin que cualquier sujeto razonable no puede dejar de considerar elevado y moralmente loable, y el valor moral o dignidad de quien está dispuesto a asumir hasta los más atroces padecimientos para cobrarse la vida de infieles inocentes”.

A pesar de lo expuesto, algunos gobiernos y parte de la doctrina han recurrido a determinados instrumentos jurídicos (analogía con el homicidio, redefinición, uso de eximentes, propuestas de legalización, inaplicación por su indeterminación conceptual, etc.) para permitir el recurso al tormento en casos que cuenten con todas y cada una de las características que requiere el paradigma de la bomba de relojería israelí, supuesto que permitiría justificar la excepcionalidad requerida para poder aplicar la tortura en atmósferas en las que la vida de varios inocentes se encuentra en peligro. No son pocos los autores que rechazan esta postura basándose en lo enrevesado de la situación, pues el sujeto que infringe la legalidad se encontraría inmerso en un panorama de urgencia que, en la mayoría de las ocasiones, le empujaría a tomar decisiones precipitadas y a abogar por el uso de la tortura aun cuando realmente no concurren los requisitos necesarios que justificasen la excepcionalidad de su uso. Pero, en contra de la aceptación de la tortura como método de investigación en la lucha contra el terrorismo, encontramos que el principio de legalidad sujeta a los Estados a la normativa vigente, siendo considerada la legislación reguladora de los derechos humanos en el Derecho internacional *ius cogens*, normas imperativas.

La tortura podría facilitar la llamada lucha contra el terrorismo, y no son pocos los autores que encuentran justificaciones a su uso en casos concretos, pero, a mi juicio, admitir su utilización en situaciones como las planteadas nos haría ir rebajando cada vez más la rigidez de los requisitos que justifican su recurso, normalizando su uso hasta terminar admitiéndola como una práctica administrativa del Estado. La consecuencia, en fin, sería la degradación de los principios del Estado de Derecho y de la protección y confianza que la democracia brinda a sus ciudadanos, pues todos los argumentos utilizados desencadenarían la apertura de la caja de Pandora por las autoridades en el uso del tormento. Por todo lo expuesto, la mejor solución sería abogar por una prohibición absoluta de la tortura desde el punto de vista jurídico, sin excepción. Sin embargo, no podemos descartar desde un principio la posibilidad de que, aun existiendo tal disposición, existan situaciones concretas en las que se pueda justificar su uso desde un punto de vista moral.

La tortura de rescate o salvamento conllevaría resultados positivos en todo caso si adoptados un enfoque consecuencialista, si sólo nos apoyásemos en la teoría del mal menor para justificarla. Pero los argumentos de corte utilitarista no podrían defenderse sólidamente por mucho tiempo pues, como parte de la doctrina alega, la tortura sólo proporcionaría beneficios a corto plazo, pasando los males menores a producir males mayores

para el Estado de Derecho, ya que las posturas utilitaristas impulsarían a los gobiernos a buscar la seguridad colectiva a costa de las libertades individuales, rompiendo el necesario equilibrio entre derechos y libertades y seguridad del territorio. Por otro lado, debemos tener presente que los detractores de la justificación moral de la tortura resaltan que todo recurso al tormento supondría una vulneración a los derechos fundamentales y a la dignidad de la que todo sujeto goza, siendo este valor el núcleo de los demás derechos, el fundamento de la mencionada prohibición y el valor supremo de las sociedades democráticas.

Como hemos analizado, en el debate presentado se recurre al supuesto de la “*ticking bomb*” para mostrar el escenario en el que se pretende legitimar el uso de la tortura para, posteriormente, aplicar los fundamentos aducidos en este tipo de casos a la gran amenaza que supone el terrorismo, panorama que, a mi juicio, no reúne todos y cada uno de los requisitos planteados en este más hipotético que real “caso de laboratorio”.

Los ataques terroristas no cuentan con el requisito temporal que el caso de la bomba del tiempo requiere, pues nunca sabremos cuál será el lapso de tiempo que separa la sospecha de poder ser víctima de un eventual ataque del propio atentado en sí, pudiendo transcurrir horas e incluso días. La falta de la inminencia requerida por el supuesto teórico posibilitaría que las autoridades estatales recurriesen a los métodos legales de investigación de los que dispongan que, aun no siendo tan eficaces como la tortura, sí respetarían los derechos y libertades fundamentales de la ciudadanía. Más aún, parte de la doctrina pone en duda que la tortura sea utilizada frente al terrorismo como un medio de obtención de información para reprimir sus ataques, sino como un mecanismo de venganza por los daños creados por previos atentados, de castigo a los sospechosos terroristas. Además, plantear la posibilidad de recurrir a un método tan atroz como el cuestionado comportaría un alto riesgo en los escenarios señalados, pues, como sabemos no hay situaciones excepcionales, y lo arriesgado de la situación empujaría a degenerar cada vez más los presupuestos necesarios para considerar que la situación es excepcional, a rebajar con el paso del tiempo los límites establecidos por la prohibición positiva que venimos poniendo en tela de juicio, pues no se encuentran en el plano práctico barreras infranqueables. Por último pero no menos importante, existe una gran divergencia entre la utilización de la tortura en el escenario de la bomba de relojería y el terrorismo, pues como no pocos informes han puesto de manifiesto, aunque el móvil que guía al torturador a aplicar la fuerza

sobre sospechosos terroristas sea, en principio, prevenir un eventual atentado, se terminaría por recurrir a esta despreciable técnica de manera indiscriminada como método de investigación del funcionamiento y estructura de las organizaciones criminales, perdiendo de vista el fin principal de la tortura de rescate: la salvación de inocentes.

Para finalizar, me gustaría destacar que en la actualidad Derecho y moral son dos sistemas diferenciados y delimitados. Por ello, los autores que justifican desde la perspectiva moral la conducta del torturador tienen que tener en cuenta que su actuación estaría contraviniendo una prohibición categórica y, por tanto, el proceder del torturador merecería ser castigado por el Derecho y, aunque no sería lógico imponerle una gran pena en atención a los fines que persigue (como bien pone de manifiesto el TEDH en sus pronunciamientos), a mi juicio lo más adecuado para no erradicar la confianza que las sociedades democráticas vierten en sus gobiernos y tribunales sería aplicar las penas establecidas en los códigos. Llama la atención el sentimiento de piedad que desata entre parte de la doctrina la conducta del torturador que utiliza este método para intentar salvar la vida de inocentes, pero más atención llama, a mi parecer, que se recurra a la piedad para justificar una conducta que supone la más grave injusticia para el hombre.

Lo que hace que un Estado sea legítimo es su actuación conforme a la legalidad en todo caso; lo que determina su fuerza es su poder para conseguir los resultados propuestos utilizando mecanismos legítimos, su poder para no tener que ponerse a igual nivel que quien infringe la legalidad (terroristas); lo que lo sustenta como Estado es la confianza que suscita en los ciudadanos como sujeto de Derecho, como sujeto que en todo caso velará por sus derechos y libertades, no dejando de lado en ningún momento a ningún ciudadano y no poniendo en riesgo la integridad y dignidad de una persona en ningún caso. Como diría LA TORRE, podemos afirmar que a tremendas situaciones, tremendas actuaciones, y a tremendas actuaciones, tremendas consecuencias.

Aun así, el debate de la legitimidad moral y jurídica del uso de la tortura en situaciones excepcionales no se ha cerrado en la actualidad, por lo que debemos estar atentos a los nuevos argumentos esgrimidos por la doctrina ante la existencia de nuevas amenazas.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Gálvez, I. (2014). Universales, absolutos e inalienables: los derechos indestructibles. *Revista de Humanidades de Valparaíso*, 4 (2), 63-80.
- Ambos, K. (2009). ¿Puede un Estado torturar sospechosos para salvar la vida de inocentes? *Terrorismo, tortura y derecho penal: respuestas en situaciones de emergencia*. Barcelona, España: Editorial Atelier.
- Bruce, A. (2007). *Antes de que nos ataquen de nuevo. La defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*. Barcelona, España: Península.
- Cano Paños, M.Á. (2015). *En los límites de la Exclusión de la Responsabilidad Penal. El caso de "Jakob Von Metzler" y el Empleo de la Tortura en el Estado de Derecho*. (Tesis doctoral). Universidad de Murcia.
- Castro Fírvida, J.L. (2013). ¿Es la tortura aceptable en la lucha contra el terrorismo? *Dereito*, 2 (22), 60-82.
- Doménech Pascual, G. (2006, mayo-agosto). ¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea. *Revista de Administración Pública*, 170, 380-425.
- García Amado, J.A. (2016). ¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso? *Revista Nuevo Foro Penal*, 86 (2),
- García Cívico, J. (2016, diciembre). La doble ineficacia de la tortura. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 34, 134-161.
- Greco, L. (2013). Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs. InDret: *Revista Para El Análisis Del Derecho*, 12, 159-188.
- Ignatieff, M. (2006). Si la tortura funciona. *Claves de la razón práctica*, 162, 4-7.
- Jackobs, G. & Meliá, C. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Madrid, España: Cuadernos Civitas.
- Jakab, A. (2012). Incumplir la Constitución por razones morales en la lucha contra el terrorismo. Un análisis pragmático de las suposiciones implícitas y de las soluciones

propuestas en los discursos europeo y estadounidense en el debate “Estado de derecho vs. terrorismo”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 413-435.

Laporta, F. (1987). El concepto de derechos humanos. *Doxa*, 4, 23-46.

La Torre, M. (2007, junio). La Teoría del Derecho de la Tortura. *Derechos y Libertades*, 17 (II), 71-87.

La Torre, M. (2013, enero). Amistades Peligrosas. Tortura y Derecho. *Derechos y Libertades*, 28 (II), 25-38.

Llobet Angli, M. (2010, julio). ¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros? *InDret: Revista Para El Análisis Del Derecho*, 3.

Pino Gamero, E. (2015). *La prevención de la tortura y el Protocolo Facultativo a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. (Tesis doctoral). Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Getafe.

Pino Gamero, E. (2017). *La Lucha contra la tortura en el orden internacional: Excusas contemporáneas para justificar la tortura en el mundo occidental*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 147-215.

Shue, H. (2010). *The routledge handbook of global ethics*. London & New York: Taylor & Francis Group.

Waldron, J. (2010). *Torture, terror and trade-offs. Philosophy for the White House*. Oxford: Oxford University Press.