



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Trabajo de Fin de Grado

## EL DELITO DE TORTURAS Y LA “TICKING TIME BOMB”

Presentado por:

**Patricia González González**

Tutelado por:

**José Mateos Bustamante**

Valladolid, septiembre de 2020

## RESUMEN

La tortura está prohibida, así lo regula tanto el Derecho internacional como la normativa interna. Sin embargo, acontecimientos como los atentados del 11-S se han convertido en una preocupación internacional, abriéndose un debate incompatible con las actuales sociedades democráticas: la búsqueda por la legitimación del uso de la tortura. Una de las estrategias comunes en medio de esta discusión es el caso de la *Ticking Time Bomb*, que trata de poner en práctica la tortura como método de interrogatorio con el fin de desactivar la “bomba de relojería” salvando la vida de personas inocentes. Este trabajo, pues, se enfoca en el estudio de este fenómeno surgido en la “guerra del terrorismo”, que no sólo conlleva un dilema ético y moral, también, desde una perspectiva jurídico-penal, está lleno de interpretaciones contrapuestas por parte de la doctrina.

**PALABRAS CLAVE:** Tortura – Teoría del Escenario de la Bomba de Relojería – terrorismo – derecho penal

## ABSTRACT

Torture is forbidden under international and internal law. However, events such as the September 11 attacks have become an international concern, opening up a debate that is incompatible with today’s democratic societies: the search for the legitimization of the use of torture. One of the most common strategies in this discussion is the *Ticking Time Bomb* which attempts to use torture as method of interrogation in order to defuse the “time bomb” for the purpose of saving the lives of innocent people. This project is focused on the study of this phenomenon that emerged in the “war on terrorism” which not only involves an ethical and moral dilemma, but also, from a legal-criminal perspective is full of conflicting interpretations from the doctrine.

**KEY WORDS:** Torture – Ticking Bomb Scenario Theory – terrorism – criminal law

# ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	5
1. INTRODUCCIÓN .....	6
1.1. Objetivos.....	6
1.2. Estructura.....	6
1.3. Metodología.....	7
2. CONCEPTO DE “TORTURA” .....	9
2.1. Concepto.....	9
2.2. Delimitación conceptual de “tortura” y “otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” .....	10
3. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL.....	13
4. MARCO NORMATIVO INTERNO .....	16
4.1. Rango constitucional.....	16
4.2. Especial referencia al Código penal .....	16
4.2.1. Tipo básico.....	17
4.2.2. Tipo privilegiado .....	20
4.2.3. Comisión por omisión.....	21
4.2.4. Concurso de delitos .....	21
5. ¿CABEN EXCEPCIONES ANTE LA REGLA (LA PROHIBICIÓN JURÍDICA ABSOLUTA DE LA TORTURA)? .....	23
5.1. Origen del debate.....	23
5.1.1. Experiencia israelí .....	24
5.1.2. Alemania: caso <i>Daschner</i> y el artículo 14 de la Ley de Seguridad Aérea..	24
5.1.3. Estados Unidos: consecuencias a partir del 11-S .....	27
5.1.4. Breve referencia a Reino Unido y España.....	29
5.2. Argumentos jurídicos para su reintroducción .....	30

5.2.1. Redefinición.....	31
5.2.2 Analogía.....	31
5.2.3. Laguna .....	32
5.2.4. Ponderación.....	33
6. LA “TICKING TIME BOMB” COMO ESTRATEGIA COMÚN.....	34
6.1. Planteamiento.....	34
6.2. Perspectiva jurídico-penal.....	36
6.2.1. Estado de necesidad .....	36
6.2.2. Legítima defensa.....	38
6.2.3. Autorización “ex ante” y/o justificación “ex post” .....	41
7. CONCLUSIONES.....	44
8. BIBLIOGRAFÍA.....	46

## ABREVIATURAS

CE: Constitución Española

CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos

CP: Código Penal

CTTPCID: Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes

DDHH: Derechos Humanos

DPPTTPCID: Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

## 1. INTRODUCCIÓN

“Una crueldad consagrada por el uso entre la mayor parte de las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso, o para obligarlo a confesar un delito, o por las contradicciones en que incurre, o por el descubrimiento de los cómplices, o por no sé cuál metafísica e incomprensible purgación de la infamia, o finalmente por otros delitos de que podría ser reo, pero de los cuales no es acusado” (BECCARIA, 2015). Así, ya el marqués de Beccaria en su *Tratado de los delitos y de las penas* de 1764 manifestaba su postura abolicionista de la tortura. Hoy, casi tres siglos después, aun con numerosa normativa – internacional e interna- que consagra la prohibición absoluta del uso la tortura, hay quien busca su justificación ante situaciones extraordinarias. Es decir, ha surgido en la actualidad un debate de dimensión internacional en torno a la reintroducción de la tortura, como es el *caso de la Ticking Time Bomb* (o de la bomba de relojería), sobre el que versará el presente Trabajo de Fin de Grado.

### 1.1. Objetivos

El objetivo de este trabajo es no sólo recordar la tipificación del delito de torturas en la normativa internacional y en especial en nuestro Código penal, que se resuelve en la prohibición de carácter absoluto del uso de la tortura en su estatus de *ius cogens*. También se pretende dar a conocer el debate que ha surgido en los últimos tiempos, a raíz del auge del terrorismo, en la búsqueda de la legitimación de la tortura para casos extraordinarios. Este debate cabe enmarcarlo en un hipotético escenario: la *Ticking Time Bomb*, el cual no está exento de planteamientos complejos e interpretaciones contrapuestas dentro de la doctrina.

### 1.2. Estructura

Así, el presente trabajo se estructura de la siguiente manera:

En primer lugar, busco ofrecer, en virtud de la normativa establecida, distintas concepciones de “tortura” y, por consiguiente, trato de realizar una delimitación conceptual, a partir de la jurisprudencia del TEDH, entre “tortura” y “otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes”, puesto que la normativa apenas las distingue, así como tampoco establece los criterios delimitadores entre tales prácticas.

En segundo lugar, hago un estudio de la normativa internacional que consagra la prohibición de carácter absoluto de la tortura en numerosos textos legales, para proceder después a las fuentes normativas internas como la Constitución y el Código penal, al que hago una especial referencia, estableciendo el bien jurídico protegido y desarrollando principalmente los tipos básico (con la concurrencia de los elementos material, el teleológico y la cualificación del sujeto activo) y privilegiado, además de la comisión en omisión y el concurso de delitos.

A continuación, con base en la prohibición jurídica absoluta de la tortura, abro el debate para la admisión de posibles excepciones. Para ello, trato de contextualizarlo mediante los casos que han dado lugar al nacimiento del debate, haciendo alusión principalmente a la experiencia israelí, Alemania con el caso *Daschner* y el artículo 14 de la Ley de Seguridad Aérea, por supuesto, los Estados Unidos y sus consecuencias tras el 11-S que llegan hasta Abu Ghraib (Irak) y Guantánamo (Cuba), así como hago una breve referencia a Reino Unido en relación con el IRA y pongo de manifiesto las denuncias a España en materia de tortura. Asimismo, me refiero a cuatro argumentos jurídicos utilizados por una parte de la doctrina para readmitir el uso de la tortura dentro del ordenamiento jurídico: la redefinición, la analogía, la laguna y la ponderación.

Por último y, a mi juicio, la parte más interesante del Trabajo de Fin de Grado, abordo la teoría de la *Ticking Time Bomb* (o de la bomba de relojería), como escenario hipotético a través del cual una parte de la doctrina busca la justificación del uso de la tortura en la “guerra del terrorismo”. Para ello, en este Capítulo, hago un planteamiento en el que pongo de relieve el dilema ético y moral que conlleva toda cuestión a través de la lógica kantiana y el utilitarismo por el que se guían los defensores de la excepción a la prohibición de la tortura. Y finalmente, me refiero a los casos de *Ticking Bomb* desde una perspectiva jurídico-penal, esto es, abordando las causas justificación de la Teoría Jurídica del Delito como el estado de necesidad y la legítima defensa de terceros, además de otras soluciones extralegales como la autorización *ex ante* y/o la excusa o justificación *ex post* que proponen algunos autores en medio de este debate.

### 1.3. Metodología

La metodología empleada para este trabajo ha sido a través de la investigación documental, para cual he llevado a cabo la utilización, sobre todo en lo concerniente a la

*Ticking Bomb*, de libros, trabajos y artículos de revista de distintos autores enfocados, si no es de manera directa con la cuestión, que han querido abordar de alguna forma el objeto del debate. También he hecho referencia a manuales en materia penal, así como he consultado los artículos establecidos por internet, bien mediante el Boletín Oficial del Estado o a través de las páginas web de los distintos organismos internacionales, en las que, además, he indagado para la búsqueda de informes. Asimismo, he hecho alusión a sentencias del TEDH, las cuales se han extraído de su página oficial.



## 2. CONCEPTO DE “TORTURA”

Tanto el Derecho internacional como nuestro ordenamiento jurídico interno – a través del Código penal, así como de las ratificaciones de los Tratados internacionales realizadas por España- consagran entre sus disposiciones la prohibición de la tortura.

Ahora bien, no todos los instrumentos jurídicos contienen una definición de “tortura” y, por ende, apenas puede precisarse una delimitación conceptual entre esta práctica y “otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, los cuales acompañan a la primera al establecerse la prohibición de su uso y que, por tanto, resultan también absolutamente ilícitos. En este sentido, me resulta conveniente dar una serie de nociones básicas de “tortura” en este punto específico del trabajo, y, en segundo lugar, establecer una mínima distinción con otros de los métodos, acudiendo a la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### 2.1. Concepto

El primer texto normativo que ofreció un concepto de la “tortura” fue la *Declaración sobre la Protección contra la Tortura*, definiéndola en el apartado 1 de su artículo primero como:

“[...] todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1975).

Años más tarde, la *Convención contra la Tortura*, en su artículo primero también, ofrece una definición de tortura de manera similar disponiendo:

“[...] todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo

de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1984).

Asimismo, dentro de nuestro marco normativo, el Código penal establece un concepto contenido en el artículo 174.1:

“Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral [...]” (Cortes Generales, 1996).

Al tenor de los preceptos citados, es posible extraer la concurrencia de los distintos elementos que configuran jurídicamente la tortura (material, subjetivo y teleológico), a lo que me remitiré al Capítulo sobre el “marco normativo interno” que veremos más adelante.

## **2.2. Delimitación conceptual de “tortura” y “otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”**

Como señalaba, en muchos de los textos legales que regulan la prohibición de la tortura se le asimila la pena o el tratamiento inhumano o degradante, pero no se incluyen los criterios delimitadores entre estas prácticas.

Así, a modo de ejemplo, en el apartado 2 del artículo primero de la *Declaración contra la Tortura* se establece:

“2. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante.” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1975).

También en lo dispuesto en el artículo 16.1 de la *Convención contra la Tortura* en tanto hace una remisión al concepto de tortura menciona las otras prácticas:

“1. Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona [...]” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1984).

Teniendo en cuenta los preceptos citados, creo necesario acudir a las mínimas interpretaciones elaboradas por la jurisprudencia al respecto y, en mi caso, a las expuestas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la luz del artículo 3 del CEDH:

“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” (Consejo de Europa, 1950).

El TEDH ha ido elaborando un “estándar jurisprudencial” a partir de sus decisiones previas pudiendo aplicarlo a sentencias posteriores. No obstante, no está obligado a ello, de manera que “puede reevaluar la jurisprudencia y extender el alcance del artículo 3 hacia aquellos actos que no habían sido considerados previamente como tortura o malos tratos” (ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA y CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL, 2008). En este sentido, el Tribunal se ha manifestado en sus propias sentencias como en el *caso Selmouni contra Francia* disponiendo que “el estándar cada vez mayor que se requiere en el área de la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales inevitablemente suponen una mayor firmeza en la evaluación de cualquier violación de los derechos fundamentales de las sociedades democráticas” (Caso Selmouni contra Francia, 1999).

En cuanto al criterio que toma en cuenta para delimitar estos actos prohibidos, el TEDH en el *caso Irlanda contra Reino Unido* puso el punto de mira en el “umbral de gravedad”. Es decir, “el trato degradante que alcanza una gravedad determinada puede redefinirse como trato inhumano el cual, a su vez, si es lo suficientemente serio, puede ser redefinido como tortura” (ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA y CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL, 2008). Este criterio fue reiterado en decisiones posteriores como el *caso Aydın contra Turquía* (1997).

Ahora bien, la distinción entre la tortura y las otras prácticas no puede fundarse en una evaluación que puede resultar relativa, de ahí que haya que depender “de todas las circunstancias del caso, como la duración de los tratos, sus efectos físicos y mentales y, en algunos ejemplos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima” (Caso Irlanda contra Reino Unido, 1978). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal respecto a los *casos Gäfgen contra Alemania* (2010) y *Sarasola contra España* (2018).

### 3. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

Son numerosas las fuentes normativas de Derecho internacional donde la absoluta prohibición de la tortura encaja su fundamento jurídico, llegando incluso a afirmar la doctrina mayoritaria el estatus de *ius cogens* respecto al rechazo absoluto. Estos mecanismos internacionales que sancionan la prohibición de la tortura y que, en ocasiones, excluyen toda excepción son los siguientes (LA TORRE & LALATTA COSTERBOSA, 2018):

Parto de la *Declaración universal de derechos humanos* (DUDH) de 1948, cuyo artículo 5 dispone que:

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948).

También, de manera casi idéntica, el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (más conocido como la *Convención Europea de Derechos Humanos* – CEDH-) de 1950 en su artículo 3 señala expresamente la prohibición de la tortura:

“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Y en su artículo 15.2 se ha de destacar la exclusión de derogación (de la prohibición) en caso de estado de excepción (Consejo de Europa, 1950).

No hay que olvidar, dentro de los *Convenios de Ginebra*, la *Convención de Ginebra relativa al tratamiento de los prisioneros de guerra* de 1949, cuyo artículo 3 también la incluye al prohibir “en cualquier tiempo y lugar” “los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios” (Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de guerra, 1949).

De nuevo, el artículo 7 del *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos* (PIDCP) de 1966 establece la prohibición de la tortura:

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

En consonancia con el artículo 4 del mismo texto legal, vuelve a disponerse la no suspensión de la prohibición ni aún en “situaciones excepcionales” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966).

Asimismo, encontramos la específica *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (DPPITP-CID) de 1975, manteniendo la prohibición absoluta de la tortura en tanto en cuanto “*constituye una ofensa a la dignidad humana*” (artículo 2). Así, es de resaltar al respecto su artículo 3 que dispone:

“Ningún Estado permitirá o tolerará tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. 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.” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1975).

Hay que hacer hincapié en la posterior *Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otras penas o tratos inhumanos o degradantes* (CTTPCID), aprobada en 1984 y vigente en 1987. Si bien su articulado es evidente, el apartado 2 de su artículo 3 hace alusión expresa a la prohibición absoluta al afirmar – de manera similar a la *Declaración contra la Tortura*- que:

“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”.

En este sentido, el apartado 3 dispone que “No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1984).

También cobra gran relevancia la *Convención Europea para la prevención de la tortura y de las penas y tratos inhumanos y degradantes*, igualmente de 1984, la cual incluye un mecanismo de monitoreo preventivo de los lugares de detención de los Estados (Consejo de Europa, 1984).

Asimismo, el *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia* contiene la tortura entre los “*crímenes de lesa humanidad*” (artículo 5, letra f) (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 1993).

Por su parte, el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, aprobado en 1998 y vigente en 2002, señala la tortura en su artículo 7.1 letra f) entre los “*crímenes contra la humanidad*” (Naciones Unidas, 1998).

Para ir finalizando este primer capítulo, debo mencionar la *Carta Europea de los Derechos Fundamentales*, comprendida en el *Tratado de Lisboa* de la Unión Europea que, una vez más, establece la “Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes”

(artículo 4 en consonancia con el artículo 52.3) (Parlamento Europeo, Consejo y Comisión, 2000).

Por último, como señala LA TORRE, debe resaltarse que en estos textos normativos que consagran la prohibición de la tortura en el ámbito internacional, con especial relevancia al *Convenio europeo para la salvaguarda de los derechos humanos* (1950) y a la *Convención de Naciones Unidas contra la tortura* (1984), queda excluida de manera expresa todo uso de la tortura aun en situaciones excepcionales, siendo este un adelanto de la segunda parte del presente trabajo.

## 4. MARCO NORMATIVO INTERNO

### 4.1. Rango constitucional

A nivel interno, ya en la Constitución española de Cádiz de 1812 se manifestaba el rechazo a la tortura en su artículo 303:

“No se usará nunca del tormento ni de los apremios” (Constitución política de la monarquía española, 1812).

Así, sirviendo de precedente del actual artículo 15 de la Constitución española de 1978:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” (Cortes Generales, 1978).

### 4.2. Especial referencia al Código penal

Además de su rango constitucional, nuestro Código penal comprende, junto a otros delitos contra la integridad moral, el delito de tortura dentro del Título VII del Libro II que versa “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”. En concreto, son principalmente los artículos 174 y 175 los que responden a los tipos delictivos de la tortura—básico y privilegiado, respectivamente—, sin olvidar los siguientes preceptos que hacen referencia a la modalidad omisiva (176 CP), así como también al concurso de delitos (177 CP).

Antes de adentrarnos en el desarrollo de estos preceptos, hay que establecer el bien jurídico protegido en el delito de tortura, así como otras consideraciones:

No cabe duda de que se trata de la integridad moral, entendida como “el derecho de la persona a ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada o vejada, cualesquiera que sean las circunstancias en las que se encuentre y la relación que tenga con otras personas” (MUÑOZ CONDE, 2019).

Asimismo, como pone de relieve MUÑOZ CONDE, es posible considerarlo como un delito contra la Constitución (véase el artículo 15 CE ya mencionado), teniendo en cuenta la cualificación del sujeto activo, así como su conducta o acción típica, que veremos a continuación en los tipos. En este sentido, encaja el delito de tortura en una relación entre el



Estado y el individuo, “particularmente en aquellas situaciones en las que este último (es decir, el individuo) se encuentra en una situación de indefensión o de inseguridad frente a los representantes del Estado” (MUÑOZ CONDE, 2019). Ahora bien, cabe señalar que estas situaciones de las que vengo hablando no hay que limitarlas al curso de una investigación, sino que, como puede desprenderse de los artículos 174 y 175 CP, estos supuestos pueden ser más extensos.

Sin perjuicio de ello, hay que hacer hincapié en la regulación de este supuesto de hecho delictivo en relación con su cualificación de sujeto pasivo, que se traduce en situaciones de abuso de poder por parte de la autoridad o funcionario público a sus ciudadanos. La concurrencia de este tipo de situaciones puede resultar paradójica cuando el deber del Estado es dispensar la protección de los derechos fundamentales, no vulnerarlos.

A continuación, se procede a un análisis de los distintos tipos:

#### 4.2.1. Tipo básico

El artículo 174 CP consagra el delito de tortura en consonancia con el Derecho internacional. Es decir, la tortura se configura en nuestra legislación como un supuesto de hecho de un delito al tenor de los distintos convenios y tratados internacionales ratificados por España. Así, hay que tener en consideración de nuevo la vinculante *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984)*, cuyo artículo primero contiene una definición de tortura, entendida como:

“[...] todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1984).

El artículo 174 CP dispone lo siguiente:

“1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años.

2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior.” (Cortes Generales, 1996).

Si ponemos en correlación ambos preceptos, se desprende también de la redacción del 174 CP la concurrencia de tres elementos: un elemento material, sinónimo de la acción típica contemplada; un elemento teleológico en cuanto se persigue una determinada finalidad mediante la tortura; y una cualificación del sujeto activo como autoridad o funcionario público.

En primer lugar, en lo que respecta al elemento material (esto es, la acción o conducta típica), el precepto hace alusión a “condiciones o procedimientos” que se concreten en el sujeto pasivo en “sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral”.

El segundo elemento se refiere a la cualificación del sujeto activo. Es decir, se exige que quien cometa la tortura debe tratarse de una “autoridad o funcionario público” (apartado 1) que actuase con abuso de su cargo o “autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores” (apartado 2).

Por último, el elemento teleológico requiere que el sujeto activo (esto es, la autoridad o funcionario público) proceda “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”. Esta tercera exigencia reviste gran relevancia en el tipo básico que contempla el artículo 174 CP, puesto que marca la diferencia con el tipo privilegiado contenido en el siguiente precepto. Este especial elemento subjetivo es el que configura, como señala MUÑOZ CONDE, la denominada tortura indagatoria y, por tanto, el que permite la aplicación de una pena más grave. Esto es así porque este tipo básico, además de prever una vulneración de derechos fundamentales de carácter individual en base al abuso de autoridad por parte del representante del Estado, también contiene los fines que llevan al sujeto activo a cometer la tortura, que no son otros que los ya mencionados: la obtención de una determinada confesión o información, o la aplicación de un castigo por algún hecho cometido o teniéndose sospechas de.

Como ya venía comentando, el precepto no establece la necesidad de que la acción típica tenga lugar en el desarrollo de una investigación policial o judicial, sino que, siguiendo al autor, responde a un concepto más amplio de “situación de dependencia de hecho entre funcionario y sujeto pasivo” (MUÑOZ CONDE, 2019).

En cuanto a la pena, el legislador prevé una pena de prisión en función de la gravedad o no del atentado cometido. Así, será de dos a seis años en el primer caso, y de uno a tres en el segundo. Ahora bien, su determinación le corresponderá al juez en el caso concreto. Es evidente que determinar cuándo la tortura es grave en el caso de que los sufrimientos al sujeto pasivo sean físicos será más sencillo que si lo son mentales, puesto que, en este último caso, “se corre el riesgo de subjetivizar en exceso el concepto de gravedad en atención a la mayor o menor sensibilidad del sujeto sometido a estos tratos” (MUÑOZ CONDE, 2019). Además, en todo caso, también se contempla la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

Con todo, MUÑOZ CONDE ya adelanta el objeto suscitado del presente trabajo estableciendo lo siguiente:

“De la prohibición absoluta de la tortura se deriva que en ningún caso puede estar justificada, ni ser utilizada como medio de prueba, de investigación o de evitación de un delito, por grave

que éste sea (por ejemplo, liberar a la víctima de un secuestro o evitar un atentado terrorista)” (MUÑOZ CONDE, 2019).

#### 4.2.2. Tipo privilegiado

Artículo 175.

“La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.” (Cortes Generales, 1996).

El artículo 175 CP se corresponde con el tipo privilegiado del delito de tortura, en el que, si bien puede apreciarse una correlación con el artículo 174, este tipo hay que caracterizarlo por la ausencia del especial elemento subjetivo, como puede ser el caso de la “tortura gratuita”. Esto es, los actos que atenten contra la integridad moral en un abuso de poder por parte también de la autoridad o funcionario público, pero que, sin embargo, no conllevan los fines previstos anteriormente como la obtención de una determinada confesión o información o la aplicación de un castigo, o el motivo discriminatorio (MUÑOZ CONDE, 2019).

Vemos ahora los elementos que sí concurren en este tipo:

En lo que respecta al elemento material (o la acción típica), el legislador se limita sin más a establecer en este precepto el “atentado contra la integridad moral”.

La cualificación del sujeto activo hace referencia a la autoridad o funcionario público que actúe abusando de su cargo. No obstante, su actuación ha de carecer del especial elemento subjetivo: no obtener una determinada información o la aplicación de un castigo, así como tampoco intervenir por razones discriminatorias. De lo contrario estaríamos ante el tipo básico del artículo 174 CP.

Asimismo, se contempla la pena según el atentado contra la integridad moral sea grave o menos grave. En el caso del primero, se prevé la pena de prisión de dos a cuatro años, y de seis meses a dos años cuando sea menos grave. En todo caso, al igual que en el precepto anterior, es de aplicación la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años. Como puede observarse, la atenuación de la pena en el tipo privilegiado se fundamenta en la falta del elemento subjetivo.

#### 4.2.3. Comisión por omisión

Artículo 176.

“Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos.” (Cortes Generales, 1996).

Nuestro CP establece también un delito de comisión por omisión de la tortura. Es decir, extiende las mismas penas comprendidas en los anteriores preceptos (ya sea el tipo básico del 174 CP, el tipo privilegiado recogido en el 175 CP, o el general atentado contra la integridad moral del 173 CP) a aquella autoridad o funcionario público que permita, en dejación de sus deberes, los actos de tortura y, en abstracto, el atentado contra la integridad moral, a otras personas, ya sean funcionarios o no.

Se trata de una tipificación expresa que, de no haberse regulado, habría encajado dentro un delito de resultado en comisión por omisión, con apoyo en el artículo 11 CP. Esto es, con base en figurar que la posible actuación de la autoridad o funcionario público hubiese podido evitar el acto de tortura, así como en el especial deber del cargo de estas autoridades o funcionarios “de proteger con más intensidad los derechos fundamentales del ciudadano” (MUÑOZ CONDE, 2019).

#### 4.2.4. Concurso de delitos

Artículo 177.

“Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley.” (Cortes Generales, 1996).

Hay que añadir el artículo 177, que contempla el concurso de delitos, entendido como la concurrencia de varios delitos cometidos por el mismo sujeto activo, entre el delito que atenta contra la integridad moral y otros delitos que pueden vulnerar otros bienes jurídicos (como la vida, la integridad física, la salud o la libertad sexual). En este sentido, este precepto pone de relieve la autonomía del bien jurídico de la integridad moral (MUÑOZ CONDE, 2019) y, por tanto, se trata de un reforzamiento de la autonomía típica del delito de tortura.

No obstante, siguiendo a MUÑOZ CONDE, califica este precepto – en cierto modo- de “superfluo”, en el sentido de que, en ocasiones, la vulneración de la integridad moral queda subsumida en las cualificaciones de otros delitos contra otros bienes jurídicos, de manera que no es posible considerar en estos casos la autonomía del delito contra la integridad moral, puesto que de lo contrario se incurriría en el principio *non bis in idem*. Ahora bien, como es evidente, en otros casos en los que la lesión de la integridad moral no sea subsumible en alguna de esas cualificaciones de otros delitos contra otros bienes, serán de aplicación las reglas del concurso del 177 CP (MUÑOZ CONDE, 2019).

Por último, cabe añadir que cuando se trate de un delito de los que se recogen al margen de aquellos contra la integridad moral (es decir, contra la vida, la integridad física, la salud o la libertad sexual) y sea cometido por autoridad o funcionario público con los requisitos del ya desarrollado artículo 174 CP, se aplicará a dicho delito la circunstancia agravante del artículo 22.7º CP (esto es, “prevalerse del carácter público que tenga el culpable” (Cortes Generales, 1996)). Sin embargo, de manera excepcional, no cabrá tal aplicación en el caso de que resulte una pena mayor del concurso entre el 174 CP y el delito de que se trate (MUÑOZ CONDE, 2019).

## 5. ¿CABEN EXCEPCIONES ANTE LA REGLA (LA PROHIBICIÓN JURÍDICA ABSOLUTA DE LA TORTURA)?

La tortura ha existido a lo largo de toda la historia. En la actualidad, su prohibición de carácter absoluto ha quedado regulada en las distintas normas, tanto internas como internacionales, excluyéndose cualquier excepción (como se dispone de manera expresa, entre otras, en la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* de 1984), al atentar contra los derechos fundamentales sobre los que se asientan las actuales democracias.

Pese a ello, aun cuando la cuestión debería estar solventada, todavía hay una búsqueda por su justificación revestida de excepción ante situaciones extraordinarias como el terrorismo. Se habla incluso de un “cambio de paradigma” en el Derecho (LA TORRE M. , 2007). Y es que, en los últimos tiempos, principalmente después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, el terrorismo ha ocupado una inquietud a nivel internacional, surgiendo un debate en torno a la legitimación de la tortura que, incluso, en algunos casos va más allá, al ofrecer una serie de argumentos jurídicos (como la redefinición, la analogía, la laguna o la ponderación) para hacer posible su práctica.

### 5.1. Origen del debate

Antes de abordar el objeto del debate del presente trabajo (esto es, la *Ticking Time Bomb*), me gustaría exponer la contextualización de esta controversia a partir de una serie de, como señala LA TORRE, “ocasiones” o “causas”, dados en algunos Estados donde, no sólo han salido a la luz el uso de la tortura, sino también sobre los que ha surgido el nacimiento de esta profunda discusión actual en torno a la misma.

Así, hablo especialmente de Alemania a partir del *caso Dachner* y el artículo 14 de la Ley de Seguridad Aérea, de Estados Unidos tras los atentados del 11-S, aunque también se ha conocido públicamente lo ocurrido en la prisión de Abu Ghraib (Irak) y en la base militar de Guantánamo (Cuba), y de Israel, si bien en este último caso la controversia sobre la licitud del uso de la tortura contra el terrorismo ya viene discutiéndose desde hace ya algún tiempo más atrás.

### 5.1.1. Experiencia israelí

La primera de las causas que han originado el debate es el caso de Israel, donde se ha venido practicando la tortura para interrogar a los detenidos a través de sus servicios de seguridad (*General Security Service*). Así, en 1987 se constituyó una comisión de investigación con el fin de esclarecer su legalidad: la Comisión Landau (*Landau Commission*), la cual dictaminó que “el uso de fuerza moderada por parte de los miembros de los GSS era permisible en virtud de un estado de necesidad (*necessity defence*) previsto en la ley penal [...]” (LLOBET ANGLÍ, 2010). En consecuencia, “la eufemísticamente denominada ‘presión física moderada’ en los interrogatorios, se convirtió en una práctica expresamente aceptada por directivas ministeriales sobre interrogatorios (pero no por una ley) en Israel” (MOLINA FERNÁNDEZ, 2006). En este sentido, a través de los informes de las ONGs es sabido que “[...] cada año se practicaban más de 850 interrogatorios con torturas a presos palestinos sospechosos de terrorismo” (MOLINA FERNÁNDEZ, 2006).

A raíz de la interposición de una serie de demandas – entre los demandantes, personas que habían sufrido la tortura, además de colectivos-, la Corte Suprema de Israel dictó la relevante sentencia de 6 de septiembre de 1999 que, aunque declaró la ilegalidad de todas aquellas prácticas llevadas a cabo en los interrogatorios y dejando sin efecto el informe elaborado por la Comisión Landau, no impuso el carácter absoluto de la prohibición de la tortura. Es más, el Tribunal responde a la argumentación dada por los demandados (es decir, los miembros de los servicios de seguridad) configurando una concepción del estado de necesidad que llega a desnaturalizarlo, puesto que entiende el artículo 34 del Código penal israelí de manera que “[...] 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*, limitada al caso concreto de quien se beneficia de ella y no expresable mediante una regla general, ya que en esta defensa un particular reacciona de manera improvisada frente a un evento impredecible (punto 36)” (MOLINA FERNÁNDEZ, 2006). En consecuencia, desde entonces, se conoce el uso de “métodos de interrogación ‘excepcionales’ y ‘presión física’” (LLOBET ANGLÍ, 2010) en el país hebreo en aquellas situaciones que se reconducen al caso de *Ticking Bomb*, paradigma sobre el que se va a discurrir.

### 5.1.2. Alemania: caso *Daschnery* el artículo 14 de la Ley de Seguridad

#### Aérea



Algunos de los casos más emblemáticos son también los que han tenido lugar en Alemania: de un lado, el caso Daschner y, de otro, el artículo 14.3 de la Ley de Seguridad Aérea.

#### 5.1.2.1. Caso *Daschner*

En 2002, Magnus Gäfgen, estudiante de derecho, secuestró a Jakob von Metzler, hijo menor de edad de un ejecutivo bancario de Frankfurt, exigiendo por ello de un millón de euros. Gäfgen fue detenido tras la entrega del rescate. Así, Wolfgang Daschner, Vicepresidente de la Policía de Frankfurt y responsable de la investigación, después de un día infructuoso de interrogatorio, “ordenó que debería ser infligido dolor (sin causar lesiones) [...], previo habersele advertido y bajo supervisión médica, ya que se consideró que ésta era la única y última oportunidad de encontrar a la víctima y salvar su vida” (AMBOS, 2009). En efecto, Gäfgen terminó confesando e informó sobre la ubicación del cadáver, siendo sentenciado a cadena perpetua.

En cuanto a Daschner, también fue investigado y condenado – junto a su subordinado- en sentencia de 20 de diciembre de 2004 por uno de los tribunales de la ciudad alemana, por ordenar a un agente subordinado cometer un delito y por coerción ((§§ 357 y 240 StGB), y al segundo (es decir, su subordinado) por coerción. Ahora bien, el Tribunal decidió no imponer una pena al invocar la “rara prescripción” del § 59 StGB, estimando que “la evaluación integral de la conducta de los acusados y de sus personalidades demostraba que tal imposición de pena no era necesaria” (AMBOS, 2009), de manera que las penas impuestas fueron multas cuasi-simbólicas.

Como ya adelantaba, este caso supuso la apertura del debate en la sociedad alemana, saliendo a la luz de nuevo la estrategia de la *Ticking Bomb*. Así es que la causa llegó al TEDH en el *caso Gäfgen contra Alemania*, de cuya sentencia me parece que cabe resaltar lo siguiente:

“[...] por lo que respecta al artículo 3 y su jurisprudencia constante (apartado 87 *supra*), la prohibición de maltrato es independiente de las actuaciones de la persona en cuestión o de la motivación de las autoridades. La tortura o un trato inhumano o degradante no pueden ser infligidos, ni siquiera cuando la vida de un individuo se halle en peligro. No existe ninguna excepción, ni siquiera en caso de amenaza pública hacia la vida de la nación.” (Asunto Gäfgen contra Alemania, 2010).

### 5.1.2.2. El artículo 14 de la Ley de Seguridad Aérea

El 5 de enero de 2003 tuvo lugar el secuestro de una avioneta por parte de un hombre, sobrevolando Fráncfort del Meno con la intención de estrellarse contra la sede del Banco Central Europeo si no se le permitía realizar una determinada llamada telefónica. Esta amenaza produjo una gran inquietud, teniendo que ser desocupados el centro de la ciudad y los edificios más altos de la misma. No obstante, las autoridades comprobaron que, a pesar del temor de pensar que se trataba de un hecho similar al 11-S, no era una organización terrorista. Finalmente, se terminó arresando al autor de los hechos.

Este alarmante suceso puso en manos de las autoridades alemanas la adopción de medidas que garantizaran la seguridad del espacio aéreo, como la Ley de Seguridad Aérea (*Luftsicherheitsgesetz - LuftSiG*), de 11 de enero de 2005, cuyo artículo 14 llama especialmente la atención en cuanto permite la posibilidad de derribo de aeronaves en el caso de concluirse que, conforme a las circunstancias, vayan a ser utilizadas contra a vida de las personas, siendo así el único recurso (cláusula de última ratio) para evitarlo:

“(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.

(4) Las medidas a que se refiere el apartado 3 sólo podrán ser ordenadas por el Ministro Federal de Defensa o, en su lugar, por el miembro del Gobierno Federal autorizado para ello. En lo demás, el Ministro Federal de Defensa podrá autorizar con carácter general al Inspector del Ejército del Aire la adopción de las medidas referidas en el apartado 1” (DOMÉNECH PASCUAL, 2006).

Por si de la lectura de dicho precepto no resultase evidente, de la Exposición de Motivos de la Ley también se deriva que, en virtud del apartado 3º, se autoriza “el uso de armas para abatir el correspondiente avión aun en el caso de que en él se encuentren inocentes y el ataque armado les ocasione una muerte prácticamente segura” (DOMÉNECH PASCUAL, 2006), con la pretensión de poder salvar la vida de otras personas.

Así, el artículo 14.3 fue objeto de recurso de amparo, declarando el Tribunal Constitucional Federal alemán en Sentencia de 15 de febrero de 2006 la nulidad e inconstitucionalidad del precepto, al violar el derecho fundamental a la vida y la garantía constitucional de la dignidad humana, en tanto en cuanto permitía poner en juego la vida de inocentes para salvaguardar la de otros.

En esta línea, hay que resaltar el artículo 1.I de la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*), en cuanto protege tal garantía constitucional al disponer:

“La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público” (LA TORRE & LALATTA COSTERBOSA, 2018).

### 5.1.3. Estados Unidos: consecuencias a partir del 11-S

Probablemente el caso más paradigmático en el punto de inflexión de este debate sean los atentados ocurridos el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos por la organización “Al Qaeda”. Se trató de una serie de ataques kamikazes contra algunos de los símbolos más representativos del poder estadounidense: el *World Trade Center* (económico), el Pentágono (militar) y el Capitolio (político), llevándose por delante la vida de millares de personas. En consecuencia, esta situación alarmante condujo a la presidencia Bush y sus “*Kronjuristen*” a llevar a cabo la “guerra del terrorismo” (“*War on terror*”), abriéndose públicamente el debate sobre la legitimación del uso de la tortura.

Se configura así una nueva doctrina del derecho, donde vuelven a cobrar protagonismo la fuerza y la violencia. En este sentido, el ejecutivo estadounidense se afirma en la ya no vinculación por la ley, entre la que se incluye no sólo su Constitución, también los tratados internacionales a los que se les otorga el valor de “papel mojado”. George W. Bush dijo: “*I’m the decider and I decide what is best*”, que traducido en términos jurídicos viene a significar que “el Presidente protege el derecho” (LA TORRE M. , 2007), de manera que le

permitiese acudir a cualquier práctica en la lucha contra el terrorismo en su calidad de “*commander-in-chief*”. Manifestación de ello es la reducción de derechos fundamentales como el “*habeas corpus*”, pues es el presidente quien se atribuye “la prerrogativa de definir e indicar quien pueda gozar” (LA TORRE M. , 2007) del mismo. Se crea así la noción de “*illegal enemy combatant*” (esto es, de “combatiente enemigo”), a quien se le priva de todo derecho y, como indica LA TORRE al respecto, “así puede desaparecer en una cárcel secreta o se le puede encerrar en un campo de concentración sin ningún control judicial y sin prever algún término para su detención” (LA TORRE M. , 2007). Esto resulta paradójico en un Estado de Derecho.

Otra de las estrategias dentro de esta nueva doctrina del derecho es la proposición de redefinición de la tortura por el *Kronjurist* John Yoo, a través de un *memorandum* del 2 de agosto de 2002 para el Departamento de Justicia de Estados Unidos. Esta redefinición dispone que sólo se trata de tortura “en presencia de una amenaza inminente de muerte y de un daño psicológico prolongado” (LA TORRE M. , 2007). Además, también introduce la “doctrina del doble efecto”, disponiendo que “sólo habría tortura allí donde la inflicción de un grave sufrimiento es el fin inmediato y directo de la conducta” (LA TORRE M. , 2007).

#### 5.1.3.1. Abu Ghraib y Guantánamo: más consecuencias de la política estadounidense

La política estadounidense no acaba ahí. Sus consecuencias se extienden también al centro de detención estadounidense de Abu Ghraib, situado en Irak, y la base militar de Guantánamo en Cuba.

En 2007, saltaron a la luz pública las múltiples malas prácticas a las que estaban sometidas las personas detenidas en estos establecimientos, en virtud de las autorizaciones secretas para el uso de la tortura (ilegítima) que otorgaba el Gobierno de los Estados Unidos. De esta manera, “agentes de inteligencia e interrogadores actúan de espaldas a la ley o con el entendimiento de que la respuesta penal no será aplicada” (LLOBET ANGLÍ, 2010).

Así, me parece interesante resaltar el testimonio de un prisionero de Guantánamo, a quien la CIA confundió con uno de los líderes de “Al Qaeda”:

«Me encadenaron por completo, incluso la cabeza. No podía hacer nada» (...). «Hicieron eso y pusieron un trapo en mi boca y ponían agua, agua y agua». En un momento “antes de que

muriera”, narró, los interrogadores pusieron la tabla en pie e “hicieron esto” —Zubaydah hizo sonidos de respiración— “una y otra vez me lo hicieron, y les dije: ‘Si quieren matarme, mátenme’» (SAVAGE, 2016).

En este contexto, la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes resultarían la vía idónea para la obtener información útil en la “guerra del terrorismo” emprendida, muy a pesar de atentar contra la integridad moral y, en consecuentemente, también vulnerar principios básicos del Derecho Penal (“prescinde de un fallo condenatorio e implanta el castigo colectivo” (LLOBET ANGLÍ, 2010)). Sin embargo, fue más allá: los abusos llevados a cabo en Abu Ghraib y Guantánamo, como apunta HOLMES, “no tienen como objetivo luchar en un modo más eficaz contra el terrorismo, sino que están concebidos como modo de castigo” (LLOBET ANGLÍ, 2010).

En fin, se puede extraer que, después de los atentados del 11-S, las políticas estadounidenses para emprender la “guerra del terrorismo” se ponen al mismo nivel que el terrorismo, lo cual es bastante cuestionable en un Estado de Derecho: no sólo pretendiendo salvaguardar la seguridad nacional en perjuicio de los derechos y libertades, sino también autorizando y utilizando técnicas ilegítimas como método de castigo.

#### **5.1.4. Breve referencia a Reino Unido y España**

También hay evidencias de que en el Reino Unido también se han empleado técnicas excepcionales de interrogatorio con los sospechosos del IRA (*Real Irish Republican Army*). Estas técnicas “de desorientación” o de “privación sensorial” consistían en “la colocación de pie contra una pared” durante algunas horas en una “postura en tensión”, también se encapuchaba a los detenidos con “un saco negro o azul marino” (salvo en los interrogatorios), y antes de los interrogatorios se les sometía a un ruido constantemente, se les privaba de sueño, o “sólo recibían una alimentación escasa” (Caso Irlanda contra Reino Unido, 1978).

Por último, me gustaría hacer una breve referencia a España, donde, si bien no hay una constatación expresa y pública del uso de la tortura en la lucha contra el terrorismo, lo

cierto es que la realidad no está del todo clara. Hablo de las numerosas denuncias de las últimas décadas por parte de miembros pertenecientes a la organización ETA (*Euskadi Ta Askatasuna*), detenidos bajo el régimen de incomunicación, en virtud del artículo 509 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo cual ha sido calificado como “un espacio que con frecuencia se convierte en el espacio de la tortura” (INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGÍA, 2016). Esto ha sido objeto de condena por varios organismos internacionales poniendo de relieve la reiterada preocupación respecto a estas malas prácticas e instando a España a tomar medidas.

En este sentido, me parece relevante señalar un dictamen que saltó a la luz en 2019, aprobado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a través de la comunicación presentada por el etarra Gorka Lupiáñez en 2015 tras ser detenido y permanecer cinco días en la Dirección de la Guardia Civil en Madrid antes de ser trasladado a la Audiencia Nacional. En la comunicación presentada el autor alega la vulneración del artículo 7 del PIDCP, exponiéndose hechos como los siguientes:

“[...] permaneció desnudo y con los ojos cubiertos con un antifaz. Sin presencia de abogado, el autor fue interrogado constantemente por miembros de la Guardia Civil, que se turnaban en grupos de cuatro. (...) fue sometido a privación de sueño, obligado a hacer miles de flexiones diarias, y asfixiado en varias ocasiones con una bolsa de plástico colocada en su cabeza y en la que los agentes de la Guardia Civil introducían humo de tabaco. También recibió tres pinchazos en la parte superior de la columna (...). Su cuerpo fue cubierto con una manta para ser golpeado y su cabeza sumergida en agua helada. (...) fue inmovilizado mientras que los agentes derramaban agua en su boca y nariz. (...) fue penetrado analmente con un palo, y recibió amenazas de muerte contra él y sus familiares.” (Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2657/2015, 2019).

Así, el Comité consideró a la luz de estos actos a los que el autor fue sometido son constituyentes de una violación del artículo 7 del Pacto.

## **5.2. Argumentos jurídicos para su reintroducción**

Una parte de la doctrina y, como hemos visto recientemente, algunos Estados que han dado lugar al nacimiento de este debate, son partidarios de reintroducir la práctica de la

tortura ante la concurrencia de supuestos excepcionales. Para ello, siguiendo a LA TORRE, son cuatro los argumentos jurídicos que se utilizan y exponemos a continuación:

### 5.2.1. Redefinición

El primer mecanismo es la redefinición, mediante la cual lo que se pretende es restringir la serie de acciones y efectos que se corresponden con la noción de “tortura”. Es decir, se trata de agrupar determinadas conductas bajo la concepción de “tortura”, para abrir paso a la legitimación (y, por tanto, queden eximidas de tal calificativo) de otras muchas otras y menos extremas.

En este contexto encaja el papel de los Estados Unidos de la mano de las administraciones Bush y, en particular, frente a activistas de Al-Qaeda para justificar los interrogatorios llevados a cabo. Así, es posible apreciar la redefinición frente al Derecho internacional ya desde la ratificación a la *Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura*. Para el ejecutivo estadounidense, esta “puede ser asumida y considerada vinculante de manera subordinada al hecho de que la interpretación de algunos artículos (...) vale en un sentido bien determinado y redimensionado” (LA TORRE & LALATTA COSTERBOSA, 2018). Esto ha desplegado sus efectos sobre todo después del 11-S, como hemos visto en la proposición de redefinición de “tortura” llevada a cabo a través del mencionado *memorándum* de 25 de enero de 2002, o en la interpretación y utilización de conceptos como “organizaciones no estatales”, “combatientes enemigos” o “guerra contra el terrorismo”.

En consecuencia, estas restricciones dan lugar a un gran margen de maniobra de prácticas, siendo contrarias a las intenciones de (LA TORRE & LALATTA COSTERBOSA, 2018) las definiciones expuestas en los convenios internacionales. No obstante, en el Derecho internacional, la noción de “tortura” se conecta con la de “trato inhumano y cruel”, extendiéndose la prohibición de la primera al segundo, pues la idiosincrasia de la “crueldad” y el “inhumanidad” es el umbral mínimo que da lugar a la prohibición absoluta, sin excepciones. Como señala LA TORRE, “este nivel mínimo no puede sobrepasarse sin que se incurra en el supuesto de hecho que activa como consecuencia jurídica la prohibición inderogable” (LA TORRE & LALATTA COSTERBOSA, 2018).

### 5.2.2 Analogía

El segundo argumento jurídico que sostiene un sector de la doctrina es la analogía entre el homicidio y la tortura con la finalidad de salvar vidas inocentes. En esta línea, hay quien, como STEINHOFF, trata de hacer una equiparación, revestida de juicio de valor, entre ambas acciones, argumentando que, “si bajo ciertas condiciones es lícito acabar con una vida, no se ve por qué no podría suministrarse ‘*a little bit of torture*’, una pequeña dosis de tortura, que es algo infinitamente menos ofensivo y dañino que la muerte” (LA TORRE & LALATTA COSTERBOSA, 2018).

Desde un punto de vista moral, si bien los defensores de reintroducir la tortura en casos excepciones sitúan la vida como el bien supremo, a mi juicio, creo que no cabe equiparación alguna, puesto que la tortura, siguiendo con lo que sostiene AMÉRY, “nos deja vivir nuestro propio cese” (LA TORRE & LALATTA COSTERBOSA, 2018).

En todo caso, pese a este intento de realizar un juicio de valor entre la gravedad de tales conductas, desde una perspectiva estrictamente jurídica, en el Derecho penal, en tanto en cuanto se configura por normas que sancionan determinadas acciones, la analogía está prohibida: “la pena y la prohibición no se aplicarán a conductas análogas a aquellas previstas específicamente por la norma penal” (LA TORRE & LALATTA COSTERBOSA, 2018).

### 5.2.3. Laguna

La laguna es otra de las estrategias ofrecidas. Si nos atenemos a la prohibición absoluta de la tortura recogida tanto el marco normativo internacional como el interno, no es que se trate de una laguna jurídica, sino más bien, como señala BRUGGER, de una laguna “moral”, al exponernos el caso del peligro inminente de miles de vidas inocentes que, como veremos, es el discutido en la *Ticking Time Bomb*.

Sin embargo, en virtud de la vertiente moral que suscita esta propuesta, me gustaría señalar, siguiendo a LA TORRE, que la tortura sigue tratándose de un “mal absoluto” aun en el hipotético supuesto de la bomba de relojería que explota de manera inminente con la vida de personas inocentes. Así, considero que la laguna es un argumento consecuencialista que sólo puede mostrar su utilidad en tanto se tenga en cuenta, de un lado, la tortura hacia el sospechoso, autor de la bomba de relojería, y, de otro, las víctimas inocentes. Pero lo cierto es que “el panorama moral del caso en examen incluye las instituciones legales y el tejido complejo y delicado de las relaciones políticas y sociales, que no podría resultar alterado por la aprobación de un instrumento de tortura” (LA TORRE & LALATTA COSTERBOSA,



2018). En este sentido, adelantando ya, creo que el supuesto de *Ticking Bomb* debe situarse fuera de todo discurso moral.

Este argumento, no obstante, no es autónomo, sino que se remite al siguiente: la ponderación.

#### 5.2.4. Ponderación

La última estrategia en la búsqueda de la justificación de la práctica de la tortura es la de la ponderación entre derechos fundamentales y, en concreto, entre los bienes individuales y los colectivos. En este sentido, se entiende que los derechos fundamentales no son “absolutos” y que pueden ceder ante determinadas circunstancias como el interés general.

Así, BRUGGER repite “*Würde gegen Würde*” (esto es, “dignidad contra dignidad”), ponderando la dignidad de vidas inocentes frente a la dignidad del torturado. De ello podemos llegar a concluir sobre este argumento que la normativa en relación con la tortura “pueden y deben interpretarse teleológicamente”, de manera que el interés preponderante sea “la protección de la dignidad humana como bien colectivo” (LA TORRE & LALATTA COSTERBOSA, 2018).

En contraposición de este mecanismo, LA TORRE argumenta, en virtud de la distinción entre “principios” y “reglas”, que algunos de los derechos fundamentales son “reglas” en tanto no son “balanceables” y sí inderogables, lo que puede observarse de la tortura en los textos normativos que consagran su prohibición de carácter absoluto e, incluso, van más allá, disponiendo su estatus de *ius cogens*. Además, respecto a la formulación ofrecida por BRUGGER que dispone “dignidad contra dignidad”, sostiene, de manera muy acertada a mi parecer, lo siguiente: “Posiblemente se pueden balancear algunos derechos de las personas, pero las personas entre sí no se pueden balancear y la ‘dignidad’ es la esencia de la persona, su núcleo, coincide con ella; es la persona toda, no es un derecho entre otros” (LA TORRE & LALATTA COSTERBOSA, 2018).

Con todo, como se deduce, estos cuatro argumentos sufren de considerables fragilidades y, en este sentido, resultan poco sustanciales (y con ello un peligro arriesgado) para abrir la posibilidad de justificar el uso de la tortura aun en casos excepcionales.

## 6. LA “TICKING TIME BOMB” COMO ESTRATEGIA COMÚN

Expuestos los casos que han originado el debate y los argumentos jurídicos dados para readmitir el uso de la tortura dentro del orden jurídico, me centraré en esta parte, quizá la más interesante, de este trabajo, en un denominador común dentro de esta discusión que viene a ser una propuesta disfrazada de excepcionalidad: el *caso de la Ticking Time Bomb* (o de la bomba de relojería), no dejando de estar lleno de planteamientos complejos y, en mi opinión, adelantando ya, resquebrajando el Derecho.

### 6.1. Planteamiento

La *Ticking Bomb Secenario Theory* (o “Teoría del Escenario de la Bomba de Relojería”) es una de las propuestas que abogan por la reintroducción de la tortura revestida de excepción sobre su prohibición de carácter absoluto en el ordenamiento jurídico. Esta teoría – de vertiente utilitarista- ha sido la estrategia más común en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, justificando el recurso a la fuerza a través de la concurrencia de una serie de elementos excepcionales. Así, los casos de *Ticking Bomb* responden a un planteamiento ficticio que alberga en sí un gran efecto emocional. Es decir, el uso de la tortura como método de interrogatorio que permita la obtención de información en aras de desactivar la “bomba de relojería” salvando la vida de inocentes, no sólo puede ver afectada la convivencia a disposición de las leyes, sino que también supone un dilema ético y moral en las sociedades contemporáneas.

A estos efectos, creo conveniente formular el caso ofrecido por LUHMANN en una Conferencia de Heidelberg en 1992, que no es otro que el planteamiento del supuesto de *Ticking Bomb*:

“En su país – y éste podría ser, en un futuro no demasiado lejano, también Alemania- hay muchos terroristas de izquierdas y de derechas, cada día hay asesinatos, incendios, homicidios y daños de numerosas personas ajenas al problema. Imagínese que usted captura al líder de uno de esos grupos. Si lo tortura, podría probablemente salvar la vida de muchos seres humanos – diez, cien, mil, podemos variar el caso-. ¿Lo haría?” (LUHMANN, 2008).

Dar una respuesta de primeras a esta pregunta puede resultar precipitado, sobre todo si se tiene en cuenta el calado emocional que entraña esta hipótesis.

Quizá una de las respuestas más idóneas sería atenernos a la regulación establecida, asumiendo la prohibición absoluta de la tortura en su estatus de *ius cogens* (esto es, sin admisión expresa de excepción alguna), como se acoge gran parte de la doctrina. Sin embargo, para otros autores no puede pasar desapercibida la preocupación internacional que ha provocado el terrorismo en la actualidad, buscando así causas de justificación que permitan legitimar su uso a través de la excepción, aunque, en mi opinión – coincidiendo con la otra postura-, sería hacer aguas al orden jurídico.

Se pone de manifiesto así la colisión entre los derechos humanos, respaldados por el marco normativo, y esta teoría hipotética – si bien con posibilidades de situación real- que opta por ofrecer una alternativa, envuelta en excepcionalidad, con la premisa de salvar vidas ante la inminencia: legitimar el atentado contra la dignidad humana o la integridad moral.

Todo ello cabe enmarcarlo en la contraposición entre la lógica kantiana y el utilitarismo. Así, los DDHH encuentran su fundamentación en la primera, mientras el utilitarismo es la base de la *Ticking Bomb*, como venía adelantando. Según la filosofía utilitarista, la utilidad, entendida como “la mayor felicidad para el mayor número de personas”, es el principio moral. En este sentido, la práctica de la tortura como medio de interrogatorio puede estar justificada, puesto que el dolor infligido sobre el terrorista pasa a un segundo plano si de ello se obtiene la información que permite salvar vidas humanas. De otro lado, para la lógica kantiana, la justicia y la moral tienen su base en el respeto a las personas como fines en sí mismas, sin admitir excepciones a la dignidad humana inherente. Kant propuso un “imperativo categórico”, principio incondicional fundamentado en la razón, cuya segunda formulación dispone: “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”. De esta manera atentar contra la integridad o dignidad, independiente del resultado que se pueda conseguir, es inaceptable. Este es el sentido de los DDHH y por tanto del rechazo absoluto a la tortura.

Así, para los teóricos (utilitaristas) de la *Ticking Bomb* no hay límites absolutos si pueden considerar moralmente permisible el uso de la tortura. No obstante, como señala LA TORRE, “si toda regla e intuición moral, cae frente al horror inminente, el argumento no

será una justificación específica de la tortura, sino una tesis que nos revela lo frágil que pueden ser las estructuras normativas y morales de deliberación” (LA TORRE M. , 2013). Esto nos muestra, de nuevo, que el supuesto de *Ticking Bomb* está fuera de todo discurso moral.

## 6.2. Perspectiva jurídico-penal

Como dispone LA TORRE, en la actualidad el Derecho penal se configura a raíz de su rechazo a la tortura. Y esta probablemente sería la respuesta más apropiada aun en situaciones extraordinarias si pretendemos aprender de los atropellos de la historia.

Sin embargo, como poníamos de relieve, hay autores partidarios de la solución contraria. Es decir, optan por la búsqueda de excepciones a la regla de toda prohibición de la tortura a través de la invocación de las causas de justificación de la Teoría Jurídica del Delito (como el estado de necesidad o la legítima defensa), o bien mediante la aplicación de autorizaciones *ex ante* y justificaciones *ex post*.

Con todo, me gustaría enfocar la cuestión a partir del debate suscitado en la doctrina, que no deja de estar expuesto a interpretaciones contrapuestas:

### 6.2.1. Estado de necesidad

Una parte de la doctrina sugiere la invocación del estado de necesidad como causa de justificación para el uso de la tortura en los casos de *Ticking Bomb* si sólo así se puede evitar un atentado terrorista con todas sus consecuencias.

El estado de necesidad puede contextualizarse como “una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, en la que la salvación de uno de ellos exige el sacrificio del otro” (MUÑOZ CONDE, 2019). Así, el principal argumento que ofrece este sector doctrinal es el rasgo más destacado de la necesidad como causa de justificación: “el equilibrio de intereses o la opción de males” (AMBOS, 2009), en cuanto se requiere que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. En este sentido, este sector doctrinal se basa en una ponderación de intereses en la que la práctica de la tortura sobre el sospechoso de la bomba de relojería vendría a estar justificada por tratarse de un mal menor, situándose al otro lado de la balanza personas inocentes, cuyas vidas son un interés preponderante. IGNATIEFF

dispone que “la democracia, cuando en frente a dos males, debería elegir, bajo controles y límites, aquel mal que supone producir menor daño y más beneficio a la comunidad” (DE SOUZA DE ALMEIDA, 2017).

Podemos señalar su fundamento en los supuestos de *Ticking Bomb* en la “regla de los costes” que dispone GRECO, en cuanto “la dignidad sería algo que únicamente debe respetarse en tanto que los costes de este respeto no sobrepasen un determinado umbral de importancia” (GRECO, 2007). Afirmar esta regla nos lleva a la posible cosificación de todo ser humano para fines ajenos, en tanto otros consideren que dichos fines “como suficientemente valiosos”.

Está fuera de toda duda que este razonamiento apunta a la lógica utilitarista en virtud del acto y que, como indica LLOBET ANGLÍ, la justificación de la tortura “parece plausible”, si se hace una comparación exclusiva entre el mal ocasionado por la tortura y el bien producido por las vidas salvadas a costa de aquella. No obstante, la cuestión no puede resolverse sin más desde esta perspectiva, pues deben valorarse también las posibles consecuencias del mal, puesto que se corre el riesgo de convertir la excepción en una medida política y más allá en una regla, lo cual es impensable, pero que, aun establecida la prohibición absoluta de la tortura, basta observar los “causas” que han salido a la luz en la “guerra del terror” emprendida en la actualidad. En este sentido, dispone IGNATIEFF de manera contundente que “se justifica originalmente como un mal menor, como una necesidad lamentable en la lucha para extraer información a tiempo de evitar males mayores, y sin prisa pero sin pausa se convierte en una técnica estándar, explícitamente utilizada para humillar, aterrorizar, degradar y someter poblaciones enteras” (IGNATIEFF, 2005).

En todo caso y siguiendo con la autora, este planteamiento de la ponderación de intereses se contrapone a la lógica del mal menor, porque, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, el estado de necesidad “no se dirige a salvar el bien más valioso, sino a solventar el conflicto surgido con la menor perturbación posibles del ‘statu quo’, es decir, de las condiciones preexistentes en la sociedad antes de la aparición de aquel” (LLOBET ANGLÍ, 2010). Así pues, MOLINA FERNÁNDEZ se opone a la legitimación de la tortura en base de dos argumentos: en cuanto al primero (material), dispone que “falta base material para la justificación: pese a las apariencias, provoca mayores males de los que trata de evitar”, y en segundo lugar, en cuanto argumento de legalidad, “la cuestión está resuelta en una regla específica que concreta para este caso la ponderación y con ello cierra el camino a una

invocación en otro sentido de la regla general presente en el estado de necesidad” (MOLINA FERNÁNDEZ, 2006).

Sin perjuicio del argumento principal (esto es, la ponderación de intereses o males) creo conveniente hacer algunas consideraciones desde otras perspectivas y que, como resultará, no hay cabida para la aplicación del estado de necesidad en los supuestos de la bomba de relojería.

La mayoría de los casos de *Ticking Bomb* suelen provenir de agresiones ilegítimas (piénsese en cualquier atentado terrorista), lo cual no es el punto de partida para poder aplicar el estado de necesidad, aunque sí lo es, como requisito esencial, de otra de las causas de justificación: la legítima defensa.

Lo característico de la necesidad es la amenaza de un mal y en esta línea, si tenemos en cuenta la inminencia o actualidad de ese mal (esto es, la bomba de relojería pueda explotar en horas, días, semanas...), la doctrina está dividida, de manera que, para algunos, “no habiendo actualidad, no hay amenaza a derecho propio o de tercero (otro requisito de esta causa de justificación); ya para otros, un peligro inminente caracteriza un estado de necesidad preventivo” (DE SOUZA DE ALMEIDA, 2017).

Más allá, si bien los casos de *Ticking Bomb* pueden llegar a darse en la realidad, en principio se trata de supuestos hipotéticos. En este sentido, me gustaría poner de relieve que, si no hay certeza de un ataque específico, entendido como amenaza de un mal, deja de fuera una posible aplicación del estado de necesidad para estos supuestos.

Con todo, hay que decir que no cabe el estado de necesidad como causa de justificación para los casos de *Ticking Bomb*.

### 6.2.2. Legítima defensa

Vista la negativa del estado de necesidad como causa de justificación para los casos de *Ticking Bomb*, no obstante, también hay un sector doctrinal que trata de enmarcarlos en la legítima defensa de terceros.

Antes de adentrarnos en la perspectiva dogmática, LLOBET ANGLÍ nos ofrece la siguiente comparación:

“[...] el caso de un explosivo con temporizador que está en marcha y listo para estallar, cuando su autor, detenido, es el único que conoce el código para desactivarlo, es estructuralmente idéntico a aquel en el que un sujeto está a punto de apretar el dispositivo de una bomba y un agente de la autoridad le tiene a tiro. En este segundo supuesto, la muerte del terrorista está justificada en aplicación de la legítima defensa de terceros” (LLOBET ANGLÍ, 2010).

Con ello, la autora invita a reflexionar: ¿cabría apreciar la legítima defensa respecto a la tortura (y, por tanto, estar justificada) como es el caso de los homicidios o de las lesiones?

Autores como GRECO o DIAS se basan en la dignidad humana para manifestar su rechazo absoluto a la justificación de la tortura. GRECO hace referencia en el contexto de los casos de *Tickling Bomb* a la *regla de la caducidad*, según la cual “la dignidad sería algo que podría perderse por el comportamiento precedente propio” (GRECO, 2007), considerando DIAS que “la dignidad humana constituye un límite último a cualquier ponderación” (LLOBET ANGLÍ, 2010). Al respecto, LLOBET ANGLÍ cuestiona la no aportación de argumentos que manifiesten que “la dignidad o la integridad moral de una persona es un bien de mayor relevancia que su vida” y trata de hacer cuestionar que en este sentido la tortura estaría legitimada a través de la legítima defensa. Sin embargo, creo que tampoco podemos guiarnos por aquellos que abogan por su legalidad bajo argumentos como el de STEINHOFF, que señala que la tortura “[...] no es peor que la muerte y, probablemente, no es peor que una década de encarcelamiento” (DE SOUZA DE ALMEIDA, 2017).

Sin perjuicio de todo ello, en mi opinión, coincidiendo con DE SOUZA DE ALMEIDA, creo que no es posible hacer comparaciones entre el homicidio y la tortura, puesto que, si bien el primero podría servir como “el único medio disponible y suficiente en aquel momento para alejar la agresión”, respecto a la tortura, “si un agente de la autoridad consiguiera aprehender el sujeto que estaba a punto de apretar el dispositivo de la bomba para consecuentemente torturarlo, estaría excediendo los límites de los medios necesarios”, pudiendo bastar con la simple detención para alejar la agresión (DE SOUZA DE ALMEIDA, 2017).

De otro lado, LLOBET ANGLÍ también se cuestiona sobre el sujeto activo en la configuración del delito de tortura (esto es, la autoridad o el funcionario o público, y no el particular), en cuanto “sólo se castiga como forma de violencia por el Estado” (LLOBET ANGLÍ, 2010). Y es aquí donde hace hincapié para mostrar su rechazo a la tortura, de

manera que sugiere poner el punto de mira, no tanto en la dignidad humana como fundamento de la prohibición absoluta de la tortura, sino en quién puede vulnerarla. Así, la autora señala que “su utilización institucionalizada puede convertirse en una medida de abuso por parte del Estado” (LLOBET ANGLÍ, 2010), lo cual no está lejos de la experiencia de la que tenemos constancia aun estando “vigente” su prohibición de carácter absoluto.

En todo caso, la legítima defensa, contiene una serie de requisitos para su aplicación que viene a limitar el uso de la tortura, de manera que hace imposible la “rotura del dique” o la “pendiente resbaladiza”. Es decir, impide que se puedan hacer excepciones a la regla mediante medidas políticas que, de una forma u otra, resultan un abuso del poder.

Para poder apreciar la legítima defensa, tiene que tratarse de una agresión ilegítima que, como ya adelantábamos, es el requisito esencial de esta causa de justificación. Esta agresión ilegítima, entendida como cualquier conducta que menoscabe o ponga en peligro un bien jurídico, ha de tener lugar “como resistencia u oposición a un hecho en fase de tentativa que no se haya consumado” (LLOBET ANGLÍ, 2010).

En este sentido, cabe conectar la ilegitimidad de la agresión con el siguiente requisito. En concreto, respecto a “la necesidad racional del medio empleado para repelerla”, desglosada en dos:

En primer lugar, la necesidad de la defensa requiere que la agresión sea inminente o actual. Como sostiene MUÑOZ CONDE, “la inminencia del ataque equivale (...) al ataque mismo” (MUÑOZ CONDE, 2019), de manera que no cabe apreciar esta causa de justificación cuando la acción ha cesado o aún no ha comenzado (como son las acciones futuras). Respecto a esto último, hablaríamos de la tortura preventiva, que es lo que ocurre en Israel a manos de sus servicios de seguridad o en los Estados Unidos con la administración Bush. Es decir, la práctica de la tortura como medio de prevención frente a atentados terroristas que podrían tener lugar. Sin embargo, como poníamos de relieve, los supuestos de *Ticking Bomb* se caracterizan por su inmediatez y en relación con la legítima defensa, en el “comienzo de tentativa”, de manera que la legítima defensa en estos casos “no va a encajar jurídicamente debido a la ausencia del requisito de inmediatez” (AMBOS, 2009).

La necesidad de la defensa también conlleva que la legítima defensa sea “la única vía posible para repelerla o impedirlo” (MUÑOZ CONDE, 2019). Así, “si se trata de una bomba que puede ser desactivada por los cuerpos especiales de la policía” (LLOBET ANGLÍ, 2010),



faltaría este requisito, de manera que no sería necesaria la tortura como defensa frente al ataque.

En segundo lugar, está la racionalidad en la defensa. Si se admite que la defensa es necesaria, hay que prever si la acción defensiva es racional, pues sino no habría justificación plena. Aquí no hay una ponderación de males, no obstante, tampoco significa que la legítima defensa tenga que ser notoriamente excesiva.

En todo caso, veníamos señalando que, mientras falte el requisito de la necesidad de defensa porque la información que permite desarticular la bomba de relojería de estos casos podría obtenerse mediante otros métodos que no sean la práctica de la tortura, esta no estaría justificada bajo la causa de justificación de la legítima defensa.

Y, además, esta causa de justificación sólo puede darse frente al autor de la agresión ilegítima, ya que, como dispone PALERMO, “es el agresor quien debe cargar con las consecuencias del curso lesivo que él mismo ha generado responsablemente” (LLOBET ANGLÍ, 2010), lo que nos permite determinar que no puede torturarse al “insolidario” ni a nadie del que no haya evidentes indicios. En este último sentido, me gustaría añadir que el escenario de la *Ticking Time Bomb* se basa en supuestos hipotéticos, lo que hace que se carezca de una certeza sobre la agresión. Esto hace aún más difícil encuadrar la excepción del uso de la tortura en la legítima defensa.

### 6.2.3. Autorización “ex ante” y/o justificación “ex post”

Aún hay más: si no bastaba con poner fin al debate suscitado en torno a las causas de justificación de la Teoría Jurídica del Delito para los casos de *Ticking Bomb*, puesto que, como se ha visto, no son subsumibles en las mismas, todavía hay autores que siguen la búsqueda de otras fórmulas que traten de justificar la tortura en la “guerra del terrorismo”. Así, se proponen, de un lado, una autorización *ex ante*, y de otro, una justificación *ex post*.

“La realidad trágica es que la tortura algunas veces funciona, por mucho que mucha gente desee que no sea así. Hay numerosos casos en los que la tortura ha producido información comprobable por sí misma, verdadera, que es necesaria para impedir daños a civiles” (DERSHOWITZ, 2004).

DERSHOWITZ es partidario de regular un procedimiento legal de autorización – judicial o ejecutiva- *ex ante* que permita el uso de la tortura. Argumenta su postura en base, principalmente, a las prácticas conocidas en los Estados Unidos frente al terrorismo, de manera que propone para los supuestos de la bomba de relojería una regulación con limitaciones de la tortura, en virtud de un “mandato de tortura” (DERSHOWITZ, 2004) autorizada por los jueces y tribunales, o bien por el poder ejecutivo, al considerar que “es más conveniente y justa que dejar en manos de los servicios de seguridad la decisión de si pueden torturar o no en un caso concreto” (LLOBET ANGLÍ, 2010), pues después del 11-S, sus acciones parecen seguir exentas de responsabilidad penal.

No obstante, esta propuesta alternativa tampoco deja de estar exenta de problemas, siendo objeto de numerosas críticas. Así, en el presente trabajo, esta autorización *ex ante* no puede darse en un escenario de *Ticking Bomb*, debido a la inminencia o actualidad del atentado en la que se enmarcan estos supuestos. Es decir, no hay tiempo si se pretende elaborar una orden de tortura con responsabilidad y fundamento. Este problema nos conduce a la aceptación de este autor de una autorización para prevenir futuros ataques, lo cual queda fuera de este escenario (esto es, del caso de la bomba de relojería).

De otro lado, una parte de la doctrina de muestran favorables a una excusa o justificación *ex post*, en virtud de una valoración por parte de un jurado o por los jueces y tribunales, según el caso, que establezca si la tortura practicada se llevó a cabo de manera adecuada. De hecho, esta alternativa ha sido bastante acogida en la doctrina alemana, por autores como ROXIN o AMBOS.

De ambas soluciones alternativas encontramos denominadores comunes. Así, en primer lugar, no cabe duda de que, tanto DERSHOWITZ como los partidarios de una justificación *ex post* al uso de la tortura, abogan por una regulación de la tortura que permita dar solución a sus propuestas. En esta línea, me parece interesante establecer un extracto de la célebre Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 6 de septiembre de 1999, donde el tribunal se contradice al dictaminar la ilegalidad del uso de la tortura y, de manera simultánea, la apreciación del estado de necesidad:

“[...] entiende el tribunal que 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*, limitada al caso concreto de quien se beneficia de ella y no expresable

mediante una regla general, ya que en esta defensa un particular reacciona de manera improvisada frente a un evento impredecible” (MOLINA FERNÁNDEZ, 2006).

Al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ se cuestiona “cómo puede un juez *a posteriori* determinar que concurre esta circunstancia si teóricamente no se puede fijar *ex ante* en qué casos sería aplicable” (MOLINA FERNÁNDEZ, 2006). El Tribunal no lo aclara.

En otro caso de la cuestión, si analizamos ambas propuestas por separado con el fin de establecer cuál ofrece más límites a la tortura. LLOBET ANGLÍ lo valora mediante dos criterios: “la seguridad *ex ante* de actuar conforme a derecho o no y la posibilidad *a priori* de que la orden de tortura sea denegada o no” (LLOBET ANGLÍ, 2010). De esta manera, si existe un mandato de tortura previo a su práctica, el torturador la llevará a cabo con la seguridad de que actúa de acuerdo con el orden jurídico, mientras que, si la decisión es tomada posteriormente, la autoridad o funcionario público que practique la tortura lo hará con la inseguridad de no actuar de la forma adecuada, asumiendo este riesgo. Con la segunda variable (es decir, con la denegación o no de la orden de tortura), si resulta denegada antes de la acción, el torturador no llevará a cabo la práctica, pues, de lo contrario, no actuaría de conformidad con derecho.

Así, si habría que decantarse por alguna de las propuestas, pues reitero mi consideración a la prohibición absoluta de la tortura, comparto con la autora que la decisión *ex ante* “podría disminuir (...) esta práctica” (LLOBET ANGLÍ, 2010), ya que la experiencia estadounidense o israelí nos demuestra que la inmensa mayoría de estas prácticas quedan impunes. No obstante, en todo caso, regular alguna de estas alternativas conlleva el riesgo implícito de la implantación de la tortura como política de Estado.

El otro de los denominadores en común que nos traen estas “soluciones” hace referencia más allá de los escenarios de *Ticking Bomb*, pues, de un modo genérico, estos autores aceptan la tortura preventiva en base a evitar futuros atentados. Desde esta perspectiva, hay que señalar que la cuestión, como decíamos, va más allá del escenario hipotético – aunque con posibilidad de acontecer en la realidad- sobre el que venimos discutiendo en el presente trabajo, para establecer un sistema de tortura contra el terrorismo antes de vislumbrar cualquier posible ataque.

## 7. CONCLUSIONES

¿Puede estar la tortura justificada en situaciones extraordinarias como se presenta el escenario de la *Ticking Time Bomb*? Mi respuesta es “no”.

La teoría de la *Ticking Time Bomb* (o de la bomba de relojería) no puede tener cabida en un Estado de Derecho, tratándose – si bien con la posibilidad de tener efectos reales- de una situación hipotética que busca encontrar legitimación de la tortura para hacer frente al terrorismo de las últimas décadas, habiendo sido establecido el carácter absoluto de su prohibición (e incluso estableciendo de manera expresa la no admisión de excepción alguna) en la numerosa normativa– internacional e interna-.

La mayoría de sus partidarios no sólo han optado por subsumir los casos de *Ticking Bomb* en las causas de justificación que ofrece la Teoría Jurídica del Delito (como el estado de necesidad o la legítima defensa de terceros), sino que, más allá, han buscado propuestas alternativas como la autorización *ex ante* y/o la justificación o excusa *ex post*, aceptando con ello, expresa o implícitamente, la tortura preventiva.

En todo caso, los supuestos de la bomba de relojería contienen no sólo un dilema jurídico, también ético y moral, como se ha visto, no tienen encaje en nuestro ordenamiento jurídico. Dar respuesta a la inminencia es precipitado, pero ofrecer la tortura de manera preventiva frente a futuros ataques, como abogan muchos autores, resulta muy arriesgado. Ello hace flexibilizar (aún más) su prohibición – y con ello su estatus de *ius cogens*-, de manera que no sólo incide de forma inhumana sobre el “sospechoso”, también atenta contra la base de las sociedades democráticas: los derechos humanos y, en concreto, contra la dignidad humana o integridad moral. Y, en este sentido, quiero poner de relieve la dignidad humana como derecho inherente, de acuerdo con el *iusnaturalismo*, frente a la lógica utilitarista de la que parten los teóricos defensores de la permisión de la tortura para situaciones extraordinarias.

Al respecto, estoy convencida de que, sin perjuicio de lo interesante que resulta el debate suscitado en torno a la legitimación de la tortura, objeto del Presente Trabajo de Fin de Grado, no hay discusión que valga para la búsqueda de excepciones a su prohibición, puesto que todos los argumentos pueden encajarse en la numerosa normativa elaborada en los últimos tiempos para tratar de poner fin al tormento (aún sin éxito) que ha acontecido en los mayores atropellos de nuestra historia. Abrir el debate en vistas de revestir la tortura de excepción sólo puede traer mayores males que el *mal menor*.

Para poner punto final al trabajo, me gustaría exponer la siguiente frase de HANNAH AREDT que invita a la reflexión incluso en el hipotético escenario de *Ticking Time Bomb*:

“El grado de responsabilidad se incrementa a medida que nos alejamos de la persona que usó el instrumento fatal con sus propias manos” (ARENDT, 2006).

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K. (2009). *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*. Barcelona: Atelier.
- ARENDT, H. (2006). *Eichmann en Jerusalén*. DEBOLSILLO.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. *Resolución 217 A (III)*. París. Obtenido de [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Resolución 2200 A (XXI)*. Nueva York. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (9 de Diciembre de 1975). Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. *Resolución 3452 (XXX)*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/DeclarationTorture.aspx>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1984). Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. *Resolución 39/46*. Nueva York. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>
- ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA y CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL. (2008). La tortura en el Derecho Internacional. 58-62. Obtenido de [https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy\\_files/La\\_tortura\\_en\\_el\\_derecho\\_internacional\\_0.pdf](https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/La_tortura_en_el_derecho_internacional_0.pdf)
- Asunto Gäfgen contra Alemania, 22979/05 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1 de Junio de 2010). Obtenido de <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-139037>
- BECCARIA, C. (2015). *De los delitos y de las penas*. (M. M. Neira, Ed.) Madrid: Editorial Committee. Obtenido de [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado\\_beccaria\\_hd32\\_2015.pdf?sequence=1](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1)

- Caso Irlanda contra Reino Unido, 5310/71 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 18 de Enero de 1978). Obtenido de <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-165150>
- Caso Selmouni contra Francia, 25803/94 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 28 de Julio de 1999). Obtenido de <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-163718>
- Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de guerra. (12 de agosto de 1949). Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III). Ginebra. Obtenido de <https://www.refworld.org/es/pdfid/58d56b564.pdf>
- Consejo de Europa. (4 de noviembre de 1950). Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma. Obtenido de [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)
- Consejo de Europa. (1984). Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. Obtenido de <https://rm.coe.int/16806dbaa4>
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (25 de mayo de 1993). Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. *Resolución 827*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>
- Constitución política de la monarquía española. (19 de marzo de 1812). Cádiz. Obtenido de [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1812.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf)
- Cortes Generales. (1978). Constitución Española. Obtenido de [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)
- Cortes Generales. (23 de noviembre de 1996). Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (*LO 10/1995*). doi:BOE núm. 281, de 24/11/1995
- DE SOUZA DE ALMEIDA, D. (2017). Una aproximación al ticking bomb scenario theory: la caja de pandora de la tortura. *Revista Araçandi de Derecho y Proceso Penal*(48), 53-88. Obtenido de [https://www.researchgate.net/publication/329144904\\_Una\\_aproximacion\\_al\\_ticking\\_bomb\\_scenario\\_theory\\_la\\_caja\\_de\\_pandora\\_de\\_la\\_tortura\\_In\\_Revista\\_Arazan](https://www.researchgate.net/publication/329144904_Una_aproximacion_al_ticking_bomb_scenario_theory_la_caja_de_pandora_de_la_tortura_In_Revista_Arazan)

di\_de\_Derecho\_y\_Proceso\_Penal\_Thomson\_Reuters\_Spain\_n\_48\_2017\_pp\_53-88

DERSHOWITZ, A. (2004). *¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío*. Madrid: Ediciones Encuentro.

Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2657/2015, Comunicación 2657/2015 (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas 21 de Marzo de 2019). Obtenido de <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsjvfljqil84ZFd1DNP1S9ELfYvrTFvcRbL8PO1Es9djyZjPh80NtfID9b0MSJ3X7A6O4Jp3yMyoTWZkoKMmLuRmweUBXtadXEcl9J%2bnqDFUPBRJskJVAdq3Uc%2fsdjtK75Q%3d%3d>

DOMÉNECH PASCUAL, G. (Mayo-agosto de 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*(170), 389-425.

GRECO, L. (Abril de 2007). 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*(2). Obtenido de [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/423\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/423_es.pdf)

IGNATIEFF, M. (2005). *El mal menor: Ética política en una era de terror*. (M. J. Delgado, Trad.) Madrid: Taurus.

INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGÍA. (2016). *Proyecto de investigación de la tortura en el País Vasco (1960-2013). Memoria-Resumen de la actividad realizada*. Secretaría General para la Paz y la Convivencia. Obtenido de [https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/documentos\\_paz\\_convivencia/es\\_def/adjuntos/Memoria%20Proyecto%20tortura%202016.pdf](https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/documentos_paz_convivencia/es_def/adjuntos/Memoria%20Proyecto%20tortura%202016.pdf)

LA TORRE, M. (Junio de 2007). La teoría del Derecho de la tortura. *Derechos y libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*(17), 71-87. Obtenido de <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8268/DyL-2007-17-La%20Torre.pdf?sequence=1&isAllowed=y>



- LA TORRE, M. (Enero de 2013). Amistades peligrosas. Tortura y Derecho. *Derechos y libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*(28). Obtenido de <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19927/DyL-2013-28-latorre.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- LA TORRE, M., & LALATTA COSTERBOSA, M. (2018). *¿Legalizar la tortura? Auge y declive del Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo blanch.
- LLOBET ANGLÍ, M. (Julio de 2010). ¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros? *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. Obtenido de [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/746\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/746_es.pdf)
- LUHMANN, N. (2008). Are There Still Indispensable Norms in Our Society? *Sociale Systeme* (14), 18-37. Obtenido de [https://www.soziale-systeme.ch/pdf/sozsys\\_1-2008\\_luhmann-norms.pdf](https://www.soziale-systeme.ch/pdf/sozsys_1-2008_luhmann-norms.pdf)
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2006). La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura? 265-284. Obtenido de <https://es.slideshare.net/NicolasFuentesH/la-ponderacin-de-intereses-en-casos-de-necesidad-extrema>
- MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho penal. Parte especial* (22ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch. Obtenido de <http://biblioteca.nubedelectura.com.ponton.uva.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413362014>
- MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho penal. Parte general* (10ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch. Obtenido de <http://biblioteca.nubedelectura.com.ponton.uva.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413139401>
- Naciones Unidas. (17 de julio de 1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Nueva York. Obtenido de [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Parlamento Europeo, Consejo y Comisión. (7 de diciembre de 2000). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Niza. Obtenido de [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)

SAVAGE, C. (16 de Junio de 2016). Detainees Describe C.I.A. Torture in Declassified Transcripts. *The New York Times*. Obtenido de <https://www.nytimes.com/2016/06/16/world/detainees-describe-cia-torture-in-declassified-transcripts.html>