

¿ES LA TORTURA ACEPTABLE EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO?

Torture is acceptable in the fight against terrorism?

JOSÉ LUIS CASTRO FÍRVIDA
Doctorando en el Área de Filosofía del Derecho
Universidad de Vigo (Campus de Ourense)
j.lcastro@live.com

RESUMEN

El presente estudio pretende analizar y evaluar los argumentos producidos en el reciente debate sobre la legitimación de la tortura en la lucha contra el terrorismo en los estados democráticos. El problema es de máxima actualidad desde los atentados del 11 de septiembre de 2001, principalmente en EEUU, aunque es una cuestión que afecta a todos los países –incluyendo a España–. En la primera línea del debate se encuentra la “eterna” discusión sobre el contenido del término “tortura”. Los que abogan por tales prácticas intentan excluirlas del alcance del término para así justificarlas. El texto propone una definición de “tortura”, que intenta abarcar el mayor número de supuestos para impedir esta línea de defensa. Prosigue –partiendo de la definición estipulada– evaluando los argumentos a favor y en contra de su legitimación en la lucha antiterrorista.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, Guerra contra el terrorismo, Tortura, Escenario de la bomba de relojería.

ABSTRACT

This study aims to analyze and evaluate the arguments produced in the recent debate on the legitimization and institutionalization of torture as part of the fight against international terrorism in the democratic States. The problem is topical since the attacks of September 11, 2001, mainly in the United States, although it is an issue that affects all countries – including Spain. This paper begins with a discussion of the concept of “torture”, to understand the attempts to exclude certain practices of the scope of the term, in order to justify them. The text proposes a definition of "torture", which attempts to include the largest number of cases to prevent that line of defense. It continues with the discussion of the arguments for and against its legitimization and institutionalization.

KEYWORDS: Human Rights, War on Terror, Torture, Ticking Bomb Scenario.

SUMARIO

1. Introducción.- 2. El concepto de tortura.- 3. La legitimidad de la tortura.- 3.1. La tortura y el escenario de la bomba de relojería (TBS).- 3.2. El TBS como confrontación entre dos males.- 3.3. El TBS como

ejemplo de incorrección moral.- 4. Conclusiones.- 5. Referencias bibliográficas

SUMMARY

1. Introduction.- 2. The concept of torture.- 3. The legitimacy of torture.- 3.1. The torture and the ticking bomb scenario (TBS).- 3.2. The TBS as a confrontation between two evils.- 3.3. The TBS as an example of moral impropriety.- 4. Conclusions.- 5. Reference List.

1. INTRODUCCIÓN

11 de septiembre de 2001, cuatro aviones se estrellaron en suelo estadounidense causando un total de 2.992 muertos y 24 desaparecidos. Los aviones fueron secuestrados por miembros de la organización terrorista Al Qaeda, para dar un golpe de efecto a su *Yihad* –o Guerra Santa– contra los “infielos” estadounidenses. El momento consternó al mundo, todos recordamos ese día, donde estábamos, que hacíamos, fue un impacto psicológico para todos. Pero dónde más consternación generó fue en los Estados Unidos (EEUU), país al que nunca en su historia habían atacado en su territorio de esa manera –a pesar de haber combatido en primera línea en dos guerras mundiales durante el siglo XX–.

La respuesta norteamericana fue inmediata: invasión de Afganistán e Irak, sanción de leyes restrictivas de derechos individuales para aumentar la seguridad interior, apertura del campo de detención de Guantánamo y la utilización de la tortura –de forma declarada– entre sus prácticas contrainsurgentes. Es en este contexto en el que surge un gran interrogante: ¿Puede ser la tortura un método legítimo, en una sociedad democrática, para garantizar la seguridad de sus ciudadanos frente a las acciones de este tipo de grupos extremistas? Una cuestión moral y política que parecía resuelta de forma clara y contundente no hace muchos años, ha vuelto a la primera línea del debate contemporáneo.

Los que abogan por el uso de la tortura apelan a distintas formas de legitimación. No se limitan a argumentar en su favor en ciertos casos, sino que también intentan excluir del campo de aplicación del término “tortura” ciertas prácticas como el ahogamiento simulado. Por su parte, los detractores exponen argumentos contundentes apelando a la vigencia irrestricta de los Derechos Humanos y su carácter definitorio en una sociedad democrática. El objetivo es analizar los argumentos que se han producido en este debate en los últimos años con la intención de valorar su solidez con la mayor distancia emocional que la gravedad de la cuestión permita.

La importancia del tema es innegable. Desde el 11-S Al Qaeda y su líder, Osama Bin Laden, eran el objetivo número uno de los cuerpos y fuerzas del orden estadounidenses, el número uno aunque no el único. El objetivo; “darle caza”. Para tal fin, los métodos de investigación habituales y todos los recursos de las agencias de inteligencia de EEUU y de sus aliados, parecían carecer de eficacia. Por ello, se comenzó una

serie de interrogatorios basados en la tortura que tuvieron lugar a lo largo y ancho del globo. La premisa, era que si bien la tortura estaba prohibida en EEUU, el realizar estos interrogatorios en el territorio de otro país o entregar a los prisioneros para que las agencias de esos países, en los que si estaba permitida la tortura, los interrogasen, parecía estar de alguna forma justificado.

Los sucesos del penal de Abu Ghraib, o los de Guantánamo, en la base militar que EEUU tiene en la bahía cubana del mismo nombre, han puesto, de nuevo, el tema en la primera línea de la política actual. Tales prácticas de tormento realizadas por los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad estadounidenses, no son –en contra de lo que piensa la opinión pública– los únicos ni mucho menos. Los casos de Abu Ghraib o Guantánamo son los pocos que conocemos abiertamente. No obstante, podemos encontrarnos con esta problemática de la tortura en numerosos países del globo –incluyendo España– independientemente de su régimen político. Diversos informes de Amnistía Internacional denuncian las prácticas de tortura a lo largo del globo. Sin duda el estado más criticado es EEUU, pero podemos encontrarnos con Iraq, Afganistán, Lituania, Turquía o Túnez, entre otros¹.

España, por desgracia, no es una excepción. Amnistía Internacional denuncia casos de muertes en circunstancias poco claras, violaciones y agresiones sexuales, realizadas por miembros de las fuerzas de seguridad españolas, malos tratos a etnias, como la gitana, detenciones arbitrarias a ciudadanos extranjeros y malos tratos a los mismos durante la detención y el proceso de expulsión². Todo encubierto por el aparato administrativo Español. En un informe de 2002, la organización denuncia todas estas prácticas por parte de nuestro estado. Cabe resaltar el caso de Antonio Fonseca³, inmigrante en Lanzarote, que muere en circunstancias poco conclusas tras una detención en su lugar de residencia. Pese a que las fotografías del cuerpo de Fonseca y los testimonios de sus familiares –tras el reconocimiento del cadáver– apuntaban que el cuerpo de Antonio presentaba lesiones y su ropa estaba ensangrentada, el informe policial atribuyó su fallecimiento a la ingestión de un paquete de heroína.

Como estos, otros informes en los que España es criticada por la práctica de torturas y malos tratos. En 2007, el informe, "*Sal en la herida: La impunidad efectiva de agentes de policía en casos de tortura y otros malos tratos*" y su segunda parte, en 2009, "*Sal en la herida: impunidad policial dos años después*", denuncian cientos de casos de agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles, en los que los agentes de alguna manera han practicado la tortura o los malos tratos.

Más acorde con la realidad actual y las manifestaciones que a diario ocupan la primera plana de los periódicos, la organización denuncia el

¹Ver AMNISTÍA INTERNACIONAL. "La tortura como receta". AI. Madrid. 2011.

²Ver AMNISTÍA INTERNACIONAL. "España: Crisis de identidad; Tortura y malos tratos de índole racista a manos de agentes del estado". AI. Madrid. 2002.

³Ver AMNISTÍA INTERNACIONAL. "España: Crisis de identidad; Tortura y malos tratos de índole racista a manos de agentes del estado". AI. Madrid. 2002. pp. 34-38.

trato de las fuerzas de seguridad a los manifestantes. En un informe de 2012, referente a toda la Unión Europea en el que España es fuertemente criticada⁴, la organización internacional denuncia prácticas como el uso excesivo de la fuerza, la obstrucción de asistencia médica o detenciones arbitrarias, entre otros sucesos. Estas denuncias de Amnistía Internacional se complementan con las quejas por la demora en la reparación del daño causado a los torturados, que en ocasiones puede demorarse hasta dos décadas⁵.

Por todo lo expuesto es difícil negar la suma importancia de la problemática en la política actual. Tampoco es acertado sostener que se trata de un problema exclusivamente norteamericano –aunque sea allí donde se han producido la mayoría de los debates que analizaremos a continuación– sino que se trata de un problema de envergadura global. No es menester pretender defender una respuesta simple para un problema tan complejo, pero resulta fundamental posicionarse en una cuestión de tamaño envergadura e importancia. Para hacerlo de manera razonada resulta fundamental evaluar los argumentos que efectivamente se han formulado, señalando sus fortalezas y debilidades con independencia de la simpatía que nos despierten sus conclusiones.

2. EL CONCEPTO DE TORTURA

En lo primero en que debemos detenernos a la hora de realizar este análisis, es el concepto de “tortura”. No es una cuestión superflua, pues muchos de los autores que abogan por la legitimación de lo que denominan “interrogatorios reforzados”, basan su argumentación en la exclusión de ciertos actos del amparo del término “tortura”. Según la *Real Academia de la Lengua Española* se define “tortura” como «grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o como medio de castigo». Esta definición léxica hace hincapié en las dos dimensiones del dolor que se puede infligir a una persona –físico y psíquico–, y señala dos fines posibles: obtener información –tortura como medio de investigación– o castigar –tortura como retribución al mal realizado–. Pero la definición señala que no se trata de cualquier tipo de dolor –físico o psíquico–, sino que debe ser un dolor “grave”⁶. El derecho se caracteriza por utilizar las expresiones del lenguaje natural de la comunidad pero dotándolas de un sentido técnico más preciso que las aleja –en muchas ocasiones– de los usos cotidianos. Por ello no podemos mantener nuestra pesquisa en el plano meramente lexicográfico, sino que deberemos ingresar en las distintas definiciones jurídicas que se han propuesto para el término “tortura”.

⁴Ver AMNISTÍA INTERNACIONAL. “*Actuación policial en las manifestaciones de la Unión Europea*”. AI. Madrid. 2012.

⁵Ver AMNISTÍA INTERNACIONAL. “*España: Acabar con la doble injusticia: Víctimas de tortura y malos tratos sin reparación*”. AI. Madrid. 2004.

⁶Esta característica, con toda su carga de imprecisión, es el elemento sobre el que giran una parte importante de los debates jurídicos recientes sobre la tortura –tal como veremos un poco más adelante–.

De esta forma desde la óptica jurídica –a lo largo de la historia– se han propuesto distintos tipos de definiciones. En el siglo III, Ulpiano la definió como «el tormento y el sufrimiento del cuerpo con el fin de obtener la verdad»⁷. Por su parte, Azo, jurista romano del siglo XIII, la caracteriza como «la búsqueda de la verdad mediante el tormento»⁸. En estas definiciones se pone en primer término la finalidad con la que se tortura. En el siglo XX el historiador del derecho John Langbein sostuvo que «cuando se habla de tortura judicial, nos referimos al uso de la coacción física por funcionarios del Estado con el fin de obtener pruebas para los procesos judiciales. En cuestiones de Estado, la tortura fue también utilizada para obtener información en circunstancias no relacionadas directamente con los procesos judiciales»⁹. En esta definición se introduce a los funcionarios públicos como sujetos necesarios para poder hablar de "tortura", lo que lleva a excluir de toda posible discusión los tormentos llevados a cabo por particulares.

A principios del siglo XX, John Heath ofrece la siguiente definición de tortura: «Entiendo por tortura la imposición de un sufrimiento corporal o la amenaza de infringirlo inmediatamente, cuando esta imposición o amenaza se propone obtener información, o es inherente a los medios empleados para obtener información o pruebas forenses, y el motivo es de índole militar, civil o eclesiástica»¹⁰. De nuevo una definición poco clara, basada en la experiencia –hasta la época– de la tortura en el ámbito del derecho y centrada en los fines que se perseguía con su imposición.

Después de la Segunda Guerra Mundial, y de las atrocidades cometidas durante toda la primera mitad del siglo XX, se desarrolla una amplia labor de legislación internacional para el fomento y la protección de los Derechos Humanos. La *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* –1948– prohíbe en su artículo quinto la tortura, pero la definición más detallada la encontramos en la *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* –1984– –complementada posteriormente por otra legislación internacional y desarrollada en las legislaciones internas de los países que la signaron–. En su artículo 1.1 expresa:

«A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas»

⁷Ver E. PETERS. *La tortura*. Alianza. Madrid, 1987. p. 12.

⁸Ver E. PETERS. *Ibidem*. p. 12.

⁹Ver E. PETERS. *Ibidem*. p. 13.

¹⁰Ver E. PETERS. *La tortura*. Alianza. Madrid, 1987. pp. 13-14.

Esta definición constituye un avance importante, pues incorpora los sufrimientos psíquicos a la par que los físicos. Continúa con la tradición de incorporar la posible finalidad del acto de tortura a la propia definición, en este caso ampliando considerablemente el catálogo de situaciones posibles. Pero también mantiene la restricción en relación con el posible sujeto perpetrador de un acto de tortura: sólo pueden torturar –en el sentido que da la Convención al término– los funcionarios públicos o el personal del ejército en el uso de funciones públicas.

En el precepto están presentes algunos aspectos que ya habíamos visto en la definición lexicográfica –como la “gravedad” del dolor infligido–, pero se incluyen elementos novedosos como la mención expresa a la intención o “dolo” del agente. El dolo se define como «el conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo penal»¹¹. Esto implica que los actos han de ser conscientes y deliberados para ser considerados “tortura”, lo que excluye del campo de aplicación de la expresión todo dolor que se cause de forma imprudente o fortuita.

Seguidamente observamos que el precepto delimita la definición de tortura por los individuos que la sufren y los que la causan. Desde el punto de vista del sujeto pasivo o torturado, el precepto acota la definición para los casos en los que el individuo torturado sea sospechoso de cometer un crimen o bien lo haya cometido, o para individuos que sean discriminados por cualquier tipo de motivo. El precepto dejaría sin cobertura los casos en que se infligieran dolores o sufrimientos a terceras personas que no fueran sospechosos de un delito o que no se encontraran en situación de discriminación.

Por su parte, según el sujeto activo, el precepto limita el término “tortura” a los dolores infligidos por funcionarios públicos, personal militar en la realización de sus funciones públicas o por personas que sean instigadas por estos. Vuelven a quedar fuera de la definición un sinnúmero de sujetos que pueden perpetrar actos de tortura. Incluso aquellos que menciona el precepto quedan exceptuados si no están realizando sus funciones públicas.

Por último, la norma deja fuera del campo de aplicación del término “tortura” aquellos dolores o sufrimientos ocasionados por el cumplimiento de una sanción legítima. Estos son, los posibles sufrimientos y dolores que un reo puede sufrir durante el cumplimiento de una medida legítima de castigo. Es sabido, que no todos los individuos soportan de la misma manera la encarcelación, por lo que el sufrimiento psicológico derivado puede ser extremadamente grave en muchos casos. No obstante, según la Convención analizada, en ningún caso podrían considerarse actos de tortura. El problema más grave se produce si consideramos algunas prácticas consideradas “sanciones legítimas” en ciertas sociedades –como la lapidación–.

Dejando a un lado el ordenamiento jurídico internacional, donde no encontramos más definiciones de “tortura” relevantes, entramos en el derecho interno español para examinar la forma en la que el legislador

¹¹Ver D. M. LUZÓN PEÑA. *Curso de Derecho Penal*. Universitas. Madrid. 2007. p. 405.

español ha definido la expresión. En primer lugar nos encontramos con el artículo 15 de la Constitución Española (CE) que declara:

«Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra.»¹²

Si bien el precepto no da una definición de "tortura" expone, *in fine*, que «en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». Así, la Carta Magna asume de forma explícita la prohibición internacional de este tipo de prácticas.

Pero donde se define con precisión el término "tortura" en nuestro ordenamiento jurídico es en el Código Penal, que en su artículo 174 dice:

«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 sometiere 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.

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.»¹³

El precepto del Código Penal recoge, de nuevo, las dos características que resultaban centrales en la definición lexicográfica presentada al inicio: causar daño físico o mental y con el fin de castigar u obtener información del torturado. A su vez, tal como ocurre en las normas internacionales sobre la materia, limita el sujeto activo o torturador a una autoridad pública o funcionario público, aunque en la segunda parte del artículo se hace una referencia expresa a la autoridad o funcionario de centros penitenciarios o de protección de menores –con la intención de aumentar el marco de cobertura del precepto–. En lo concerniente al sujeto pasivo o torturado, el precepto lo limita –tal como lo hacía la definición del derecho internacional– apelando a los fines por los se puede infligir dolor a un individuo, siendo estos, como ya se ha comentado, el ser sospechoso de un delito o el haberlo cometido, o que sea discriminado por alguna razón.

¹²Ver O. ALZAGA VILLAAMIL. *Comentarios a la Constitución Española de 1978 –Tomo II–*. EDERSA. Madrid. 1997. pp. 267-301.

¹³Ver L. ARROYO ZAPATERO. *Comentarios al Código Penal*. Iustel. Madrid. 2007. pp. 422-424.

Por último, el precepto del Código Penal, da una definición más amplia de los daños considerados tortura. De este modo, para el legislador español, cualquier daño físico o mental, la disminución o merma del conocimiento, de la capacidad de decisión o de discernimiento, suponen – si se cumplen las demás condiciones– un acto de tortura. Como vemos, el precepto no hace referencia alguna a la intencionalidad, pero debemos ceñirnos a los principios del derecho penal donde el dolo –la intencionalidad– es requisito necesario para poder atribuirle a un individuo la responsabilidad del hecho delictivo. De esta manera, aun indirectamente, la intencionalidad forma parte de la definición de tortura que da nuestro Código Penal.

El examen de la forma en la que se regula la tortura en el derecho – tanto internacional como español– nos puede hacer pensar que no existe ninguna discusión posible sobre su prohibición absoluta. No obstante, tal como ya se ha señalado, la llamada “Guerra contra el terrorismo” lanzada por los EEUU después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 ha vuelto a poner a la tortura en la agenda del debate político. Por ello resulta importante –antes de avanzar sobre esa cuestión– examinar la forma en la que la propia definición de “tortura” se ha vuelto objeto de controversia en los últimos tiempos.

En líneas generales, podemos afirmar que los autores no se suelen detener en la definición, preocupados, como están, por dar su opinión en las cuestiones relativas a la legitimidad moral y política de su utilización. Alan Dershowitz, uno de los defensores de la regulación de la tortura como método de investigación en la lucha contra el terrorismo, no le da ninguna importancia a la definición. Sólo se muestra interesado por restringir los efectos que la tortura ha de tener, dado que para este autor los actos de tortura no pueden causar la muerte o dejar secuelas permanentes¹⁴. En este caso vemos como la propia definición de tortura se encuentra embebida por las posiciones valorativas que Dershowitz defiende sobre su legitimación.

Otros autores optan por definiciones minimalistas y sin carga valorativa. Brecher, por ejemplo, entiende por “tortura” cualquier acto que infrinja dolor o sufrimientos severos –físicos o mentales– de forma intencionada a una persona¹⁵. Luban coincide con Dershowitz en que no hay que darle demasiada importancia a la definición del término –aunque luego disiente en todo lo demás–, ciñéndose a decir que “tortura” es «Infligir deliberadamente dolor y sufrimiento»¹⁶. Para Ginbar –al igual que Brecher–, “tortura” es «cualquier acto por el que se inflige intencionalmente dolor o sufrimiento severos –físicos o mentales– a una persona»¹⁷. Esta definición incluye cualquier tipo de acto, por lo que no

¹⁴Ver A. M. DERSHOWITZ. *¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío*. Encuentro. Madrid. 2004. pp. 155-191.

¹⁵Ver B. BRECHER. *Torture and the Ticking Bomb*. Blackwell. Oxford. 2007. pp. 3-6.

¹⁶Ver D. LUBAN. “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”. K. J. GREENBERG y J. L. DRATEL –eds.– *The Torture Debate in America*. CUP. New York. 2006. p. 38.

¹⁷Ver Y. GINBAR. *Why Not Torture Terrorists? Moral, Practical, and Legal Aspects of the 'Ticking Bomb' Justification for Torture*. OUP. Oxford. 2008. pp. 5-6.

acota los métodos de tortura y se ciñe a explicar los resultados que un acto tiene que ocasionar para poder ser considerado como tal. También deja a un lado la identificación del sujeto activo y pasivo que participan en la práctica de tormento, olvidándose también de los fines que se pretenden conseguir. Aunque de lo más breve es –por su generalidad y su neutralidad valorativa– la mejor definición para adentrarnos en el debate sobre la legitimación del uso de la tortura.

Observamos que en el debate político se opta por definiciones más generales. Esto les permite abarcar algunos de los supuestos que quedan fuera de la protección de los preceptos normativos debido al uso de definiciones restrictivas. Dado que nuestro objetivo es analizar las polémicas suscitadas recientemente por la tortura en el terreno ético y político, optaremos por una definición amplia. Teniendo en cuenta las fuentes consultadas, adoptaremos la siguiente definición de “tortura” en la que se incorporan aspectos de todas ellas: “Acción u omisión de menoscabar la integridad física o moral de una persona produciéndole grave dolor físico o psíquico de manera intencionada, sin que esto sea consecuencia de un acto legítimo y sin que en ningún caso llegare a causarle la muerte”.

No se pretende defender esta propuesta como una definición lexicográfica verdadera, sino como una estipulación del significado con el que utilizaremos el término “tortura” en el análisis que realizaremos a continuación. Debemos considerar que de entre sus ventajas se encuentra la de evitar restringir tanto el sujeto activo que practica la tortura –pudiendo ser cualquier persona, incluso un particular–, como el sujeto pasivo –no ciñéndose a sospechosos o personas discriminadas–. Por otra parte, al referirse a cualquier acción u omisión, no admite discusión sobre si un método en concreto se puede considerar tortura o no –pensando en la privación de agua, alimento o sueño, por ejemplo–. Al eliminar cualquier mención a la finalidad que se pretende conseguir con ella podremos dar cuenta de aquellos casos en los que el torturador actúa por sadismo o crueldad, casos que no deberían ser excluidos de la definición de “tortura” en el terreno ético y político. Parece acertado incorporar la idea de Dershowitz de que en ningún caso se cause la muerte de la persona sometida a tortura¹⁸, dado que si se causara la muerte estaríamos ante la figura del asesinato.

Es importante hacer referencia a la salvedad de que no sea consecuencia de un acto legítimo –excepción presente también en nuestras normas penales e internacionales–. En ocasiones se menoscaba la integridad física o moral de una persona produciéndole grave dolor físico o psíquico de manera intencionada pero dichos actos son la consecuencia de actos legítimos –imposición de penas–. Estas restricciones permiten dejar fuera de discusión los sufrimientos impuestos a los individuos por jueces en aplicación de normas penales vigentes,

¹⁸Ver A. M. DERSHOWITZ. *¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío*. Encuentro. Madrid. 2004. pp. 155-191.

aunque nadie duda del grave dolor psíquico que genera la pena privativa de libertad cuando es cumplida en centros penitenciarios y durante largos períodos de tiempo. Nuestra definición también permitirá comprender muchas de las discusiones recientes que giran en torno a la exclusión de ciertos actos del campo de aplicación del término "tortura" tomando en consideración para ello su posible justificación moral. Para algunos autores, aquellos actos que menoscaban la integridad física o moral de una persona produciéndole grave dolor físico o psíquico de manera intencionada pero que se consideran moralmente justificados o bien por un estado de necesidad –escoger entre el mal menor: la integridad del sospechoso de terrorismo o la muerte de inocentes– o bien por la apelación a la legítima defensa –defender a la sociedad o a algunos de sus miembros inocentes a través de duras técnicas de interrogatorio–, podrían considerarse ajenos a las prácticas de "tortura".

No debemos considerar la labor de establecer una definición como una actividad sin consecuencias morales o políticas. La administración Bush, a través de una serie de memorandos internos, también pretendió defender la práctica de actos que se consideran por lo general torturas –como las técnicas de ahogamiento simulado– mediante una definición restrictiva del término. Estos documentos querían evitar la posible persecución de los agentes de inteligencia norteamericanos que realizan ese tipo de actos defendiendo que los mismos no podían ser entendidos como "torturas" tal como la definen los tratados internacionales suscritos por los EEUU –entre ellos la *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*–. En ese caso optaron por definir el requisito de "gravedad" que debería poseer el acto para constituir una tortura –característica señalada por la propia *Convención contra la tortura* como requisito definitorio–. El más famoso de todos, el llamado "Memorando Bybee" –porque lo firma J. S. Bybee, secretario del Fiscal General– del 1 de agosto de 2002, afirma –luego de un extenso y minucioso examen jurídico y jurisprudencial– que la "tortura" prohibida por las leyes internacionales e internas de los EEUU solo cubre los actos más extremos, lo que se infiere de la exigencia de "gravedad" en el dolor que se infringe. Sus conclusiones son las siguientes: «El dolor grave es generalmente del tipo que resulta difícil de soportar para la víctima. Cuando el dolor es físico, debe ser de una intensidad similar al que acompaña a graves lesiones físicas tales como la falta de un órgano o la muerte. El dolor mental grave requiere un sufrimiento no sólo en el momento de su imposición sino que también requiere que esos daños psicológicos perduren, tal como se observa en trastornos mentales como el trastorno de estrés postraumático... Por último, incluso si un método de interrogatorio podría violar las mencionadas leyes, la necesidad o la autodefensa podrían proporcionar justificaciones que eliminarían cualquier responsabilidad penal.»¹⁹ La exigencia de que el dolor sea de una gravedad equiparable a aquel que producen heridas capaces de llevar a la

¹⁹Ver K. J. GREENBERG y J. L. DRATEL –eds.–. *The Torture Papers. The Road to Abu Ghraib*. Cambridge University Press. Cambridge. 2005. pp. 213-214.

muerte o a la falta de algún órgano –en el caso del daño físico– o que deba dejar secuelas permanentes y detectables con posterioridad al propio acto –en el caso del daño psíquico–, sirven para dejar fuera del campo semántico del concepto de “tortura” la mayor parte de los actos que los miembros de las fuerzas de inteligencia norteamericanas llevaron a cabo durante los interrogatorios en Afganistán, Irak, Guantánamo y que siguen ejecutando como tácticas de contrainsurgencia en su guerra global contra el terrorismo²⁰. El objetivo final es la impunidad, tal como deja claramente de manifiesto el documento en su última frase: si a pesar de esta interpretación algún método de interrogación violara alguna de las reglas que prohíben la tortura, siempre se podría apelar a las causas de necesidad o legítima defensa como justificación capaz de eliminar cualquier posible responsabilidad penal. Esto muestra la gravedad del tema analizado y la relevancia que en muchas ocasiones tienen las definiciones adoptadas en los debates sobre moralidad política y el derecho²¹.

Considerando que la definición propuesta posee la suficiente amplitud como para comprender las discusiones actuales sobre la legitimidad de la tortura, al mismo tiempo que evita las consecuencias a las que lleva el uso de una definición moralmente cargada como las que acabamos de mostrar. Todas las opciones deben estar abiertas si queremos ingresar en las discusiones ético-políticas sin prejuicios, tratando de examinar las ventajas y defectos de cada una de las posiciones evaluando la solidez de las argumentaciones que producen sus protagonistas.

3. LA LEGITIMIDAD DE LA TORTURA

Partiendo de la definición del término “tortura” –propuesta anteriormente– entramos ahora en el debate sobre su posible legitimación como método de investigación en el marco de la lucha antiterrorista. En este supuesto a diferencia de las formas de tortura históricas –tortura como retribución, tortura como forma de practicar prueba, etc.–, no se ha identificado al autor del acto ilícito y no se busca una confesión, o una acusación, tan solo se busca información de posibles delitos u otros actos denunciables a los ojos del torturador. La premisa de este método de interrogatorio es que ningún hombre podrá mentir sometido a tal crueldad o lo que es lo mismo, afirma que el sometido a la pena de tormento dirá la verdad.

Las democracias liberales han condenado históricamente la tortura en todas sus formas por su íntima conexión con la tiranía y porque constituye la negación de la dignidad de la persona –uno de sus presupuestos filosóficos básicos de la ideología que ha dado lugar a la defensa universal de los derechos humanos–. Pero esto ha cambiado en los últimos años, pues las razones que se consideran fundamentales para condenar la

²⁰Ver S. M. HERSH. *Obediencia debida. Del 11-S a las torturas de Abu Ghraib*. Aguilar. Madrid. 2004.

²¹Ver J. WALDRON. *Torture, Terror and Trade-Offs. Philosophy for the White House*. OUP. Oxford. 2010. pp. 198-207.

tortura a los ojos de muchos liberales solo se aplican con claridad en las formas de tortura que históricamente conocemos.

Los debates actuales sobre la legitimidad moral de la tortura quedan restringidos a la pena de tormento como método para obtener información con la finalidad de evitar daños mayores –por ejemplo, salvar la vida de miles de inocentes–. Algunos liberales se ven dispuestos a aceptarla en este supuesto por dos razones: porque está disociada de la tiranía –la practican regímenes democráticos que rechazan la tortura en todas sus variantes– y porque sus formas no son las de antaño –ya no se destroza el cuerpo de las víctimas–, lo que permite verla como una práctica menos cruel –o lo suficientemente menos cruel– como para poder ser aceptada. La tortura es defendida como una excepción, sólo justificada para prevenir una catástrofe, para salvar las vidas de miles –quizás millones– de inocentes. Esta nueva ideología liberal de la tortura se ha cristalizado en un experimento mental paradigmático: el caso de la bomba de relojería –*Ticking Bomb Scenario* (TBS)–. De esta manera, pese a la prohibición absoluta que los ordenamientos actuales –internacionales y estatales– mantienen sobre la tortura, se plantea la posibilidad de admitirla en el escenario de un TBS.

3.1. La tortura y el escenario de la bomba de relojería (TBS)

El experimento mental del TBS es muy simple. Imagínese que en la ciudad en la que usted vive un peligroso grupo terrorista ha colocado un artefacto en una concurrida escuela primaria y que han capturado a un sospechoso que puede decir dónde está la bomba para poder desactivar el artefacto a tiempo –o evacuar la escuela– pero que se niega a revelar dicha información: ¿es moralmente legítimo torturar al sospechoso si con ello se pueden salvar cientos de vidas inocentes?

La respuesta razonable que se espera del interlocutor es la aceptación de la corrección moral de la tortura en estos casos excepcionales. Existen muchas variantes del caso. El primero en plantearlo en su esencia fue Bentham en 1804 –en su ejemplo se trataba de un pirómano–, pero su primera formulación con bomba incluida es de Anthony Quinton en 1971, mientras que fue Shue quien incorporó un artefacto nuclear en su formulación en el año 1978²².

Siguiendo la propuesta de Bonorino, se puede reconstruir el argumento que se pretende derivar del experimento mental del TBS de la siguiente manera²³:

«Premisas fácticas:

- [1] Se ha instalado una bomba que causará miles de muertes inocentes.
- [2] No se sabe dónde está instalada la bomba, lo que impide desactivarlo o evacuar a los posibles afectados.
- [3] El dispositivo está diseñado para estallar de forma automática dentro de un breve lapso de tiempo.

²²Ver Y. GINBAR. *Why Not Torture Terrorists? Moral, Practical, and Legal Aspects of the 'Ticking Bomb' Justification for Torture*. OUP. Oxford. 2008. pp. 358-360.

²³Ver P. R. BONORINO RAMÍREZ. "El retorno de la tortura". *Revista Académica*. 51. 2011. pp. 112-113.

[4] Se ha detenido a una persona que sabe dónde se encuentra el dispositivo pero que no quiere ofrecer voluntariamente esa información.

Premisa normativa:

[5] Está justificado moralmente realizar actos que beneficien a la mayor cantidad de miembros de la comunidad aunque impliquen infringir daño a unos pocos.

Conclusión:

[C] Está justificado moralmente utilizar la tortura para lograr que la persona detenida brinde la información que permita salvar la vida de miles de inocentes.»

Este argumento es el que han utilizado la mayoría de los que, sin renegar de sus credenciales democráticas y sin abandonar su rechazo general a la tortura, han intentado justificar moralmente las torturas en interrogatorios realizadas por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo después de los atentados del 11 de septiembre. El debate entre los que consideran que este argumento es aceptable, y quienes consideran que debe ser rechazado, es el que nos ocupará a continuación.

3.2. El TBS como confrontación entre dos males

Para algunos autores el TBS es importante porque pone de manifiesto ciertas tensiones valorativas a las que se debe enfrentar toda democracia. En el TBS nos encontramos con una confrontación de dos males, de dos bienes jurídicos protegidos. De un lado, la integridad física y moral del individuo que pretendemos torturar, del otro la vida de las personas que se encuentran en el radio de explosión de la bomba. No se trata de una figura nueva en el mundo jurídico, pues tenemos otras instituciones que funcionan con el mismo principio. Así, encontramos la legítima defensa²⁴ donde un individuo puede dañar a otro con el fin de protegerse a sí mismo o a un tercero. Se puede hablar, entonces, de equiparar la legitimación de la tortura, en este supuesto, a los supuestos de legítima defensa.

En la legítima defensa deben concurrir ciertos requisitos, como el valor del bien jurídico que pretendemos salvaguardar ha de ser superior –o como mínimo proporcional– al valor del que vamos a dañar. En este caso, la vida, de las posibles víctimas, es merecedora de mayor protección que la tortura del sospechoso. Incluso las legislaciones, internacionales y nacionales, que prohíben expresamente la tortura, le dan un valor superior a la protección de la vida humana, si las interpretamos sistemáticamente, protegiendo el derecho a la vida siempre por adelantado a la prohibición de la tortura.

Otro de los requisitos de la legítima defensa, es que se trata de la única forma posible de evitar el daño al bien jurídico protegido. En el TBS, la necesidad de información y la rapidez con la que se necesita suponen que los métodos convencionales de investigación no surtan efecto, por lo que el obtener información del sospechoso viene a ser la única forma efectiva. Por su parte, el fanatismo de los que habitualmente colocan este

²⁴Ver D. M. LUZÓN PEÑA. *Curso de Derecho Penal*. Universitas. Madrid. 2007. pp. 583-615.

tipo de artefactos hace prácticamente imposible llegar a un acuerdo con ellos por los métodos convencionales de reducción de condena, o incluso absolución. Su negativa a colaborar, o a negociar con los agentes, hace que la tortura sea el único medio eficiente para sonsacar información.

También el estado de necesidad es otra institución equiparable a este supuesto, en el que se permite el daño de un bien jurídico protegido con el fin de salvaguardar otro²⁵. En el estado de necesidad, según Silva Sánchez, se trata de «solventar el conflicto surgido con la menor perturbación posible del 'statu quo', es decir, de las condiciones preexistentes en la sociedad antes de la aparición de aquél»²⁶. En este caso, la tortura del sospechoso, sería la menor perturbación de las condiciones preexistentes en la sociedad, dado que la tortura de un individuo impide la muerte de un elevado número de personas.

Aquí, Dershowitz, hace referencia a la teoría del mal menor²⁷. La disyuntiva de escoger entre dos males sin posibilidad de una tercera opción. Hemos de entender "el mal menor" tal y como lo define Ignatieff²⁸, la confrontación de dos hechos dañosos, en la cual el menor de ellos –o mal menor– será el que beneficie a la ciudadanía. En este supuesto nos encontramos de una parte, permitir que la bomba estalle, de otra, torturar al sospechoso de haberla conectado. Sin duda se trata de dos males, dos males cada uno horrible en su contexto, pero debemos decantarnos por uno de ellos.

Ha de tenerse en cuenta que la tortura del individuo, es irreversible, que de no resultar eficaz, no hay marcha atrás. Nuestro deber es elegir uno de los males asumiendo los costes de los mismos –en el caso de torturar a un inocente, la sociedad debe estar dispuesta a asumir las consecuencias–. Según Dershowitz, nuestro deber moral, es analizar ambos males, y decantarnos por el menor de ellos, siendo, en su opinión, la tortura del sospechoso la mejor elección del supuesto.

Ignatieff por su parte, nos indica que debemos realizar un juicio moral sobre ambos hechos dañosos, para escoger el que más beneficie a la comunidad. En sus tesis aparece la problemática de que el mal menor se convierta en el mayor de los males²⁹. Claro ejemplo de ello son las torturas sistemáticas que practicó EEUU desde los atentados del 11 de septiembre de 2001. Según su tesis un mal menor –en este caso la tortura de un sospechoso de terrorismo– es asumible –aun con sus costes para la sociedad– mientras este limitado. Límites como los que se extraen del escenario de la bomba de relojería –TBS–. En el TBS, la amenaza es

²⁵Ver D. M. LUZÓN PEÑA. *Curso de Derecho Penal*. Universitas. Madrid. 2007. pp. 617-633.

²⁶Ver J. M. SILVA SÁNCHEZ. "Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. III. 1982. p. 665.

²⁷Ver A. M. DERSHOWITZ. *¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío*. Encuentro. Madrid. 2004. pp. 155-191.

²⁸Ver M. IGNATIEFF. *El mal menor; ética y política de una era de terror*. Taurus. Madrid. 2005. pp 15-44.

²⁹Ver M. IGNATIEFF. *El mal menor; ética y política de una era de terror*. Taurus. Madrid. 2005. pp 15-44.

inmediata, va a suceder en un corto periodo de tiempo, no es una sospecha o un suceso futurible. Por su parte el uso de la tortura en el TBS, será el último recurso de las fuerzas y cuerpos de seguridad, que intentaran resolver la emergencia por los métodos habituales – investigación, negociación con el sospechoso, etc.–, relegando la tortura del sospechoso como ultima ratio.

También debemos neutralizar la generalidad con la que se puede utilizar el baremo del mal menor. Ignatieff, deja este control en manos de nuestros líderes, confiando en ellos para que individualicen las situaciones donde la sociedad debe aceptar el coste del mal menor, de aquellas en las que no sería asumible³⁰.

Volviendo a la teoría de Dershowitz, desde el punto de vista de la legitimación moral, tomando como principio la salvaguarda del derecho a la vida –como derecho inherente a las personas– parece aceptable el mal menor –la tortura del sospechoso– para proteger las vidas de civiles inocentes. No obstante debemos analizar el TBS para ver si resulta aceptable según el grado de eficacia de la tortura en este escenario.

En el TBS, la legitimación del uso de la tortura, o la elección del mal menor, debe ir condicionada a su efectividad. Así, muchos autores critican el uso de la tortura en el TBS dado que el resultado obtenido con la misma no es seguro. Así lo critica Luban³¹, afirmando, que tanto en la tortura empleada en un TBS, como en la legítima defensa o el estado de necesidad, la solución no es aplicable cuando hay dudas sobre si se evitara el mal o sobre la propia agresión al bien jurídico protegido. De esta forma, el primero de los problemas que surgen en la aplicación de la tortura en un TBS es la verosimilitud de la amenaza y la seguridad de que el individuo –sospechoso– ha colocado el artefacto. Pues la única forma de estar seguros de ello –y así lo expresa Bonorino³²– es tener pruebas fehacientes de que la bomba está conectada y que esa persona lo haya hecho, lo que implicaría saber donde se encuentra el artefacto y como tal, la tortura del sospechoso sería innecesaria. Si así fuera deberíamos coincidir con estos autores a la hora de desechar las prácticas de tormento.

No obstante, debemos rechazar esta postura en pro de la prueba irrefutable. Examinando el día a día de las investigaciones policiales observamos que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad basan sus pesquisas en hipótesis y razonamientos lógicos que conllevan a la detención de los autores de los ilícitos. Pues en este caso nada nos indica que deba ser distinto. Más aun, dada la importancia del bien jurídico que se intenta proteger, debería bastarnos una carga probatoria

³⁰Ver M. IGNATIEFF. *El mal menor; ética y política de una era de terror*. Taurus. Madrid. 2005. pp 15-44

³¹Ver D. LUBAN. "Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb". K. J. GREENBERG y J. L. DRATEL –eds.– *The Torture Debate in America*. CUP. New York. 2006. p. 64.

³²Ver P. R. BONORINO RAMIREZ. "El peligroso uso de las falacias", en *Razonamiento jurídico y administración de justicia*. Bubok. Madrid. 2012. pp. 45-46.

bastante menor que la necesaria para la imputación de un individuo en un proceso ordinario.

Por su parte, también debemos atender a la importancia del bien jurídico que vamos a dañar, pues la integridad –física y moral– del torturado también nos merece una importante consideración, por lo que el razonamiento deductivo que nos lleve a su captura y posterior interrogatorio ha de ser fuerte. Así, en contra de lo que opinan estos autores –necesidad de una prueba irrefutable– para interrogar al sospechoso practicándole tortura –siempre que se hayan agotado los métodos convencionales de colaboración– basta con un razonamiento plausible. Por ejemplo, pongamos que se ha colocado una bomba en el centro de Madrid y que la central de emergencias recibe un aviso de bomba –sin decir dónde o cuando va estallar–, y nadie ha visto al sujeto que la colocaba ni dónde. Entonces nuestros agentes localizan la llamada e indagan quien ha podido realizarla, llegan a su vivienda y encuentran los materiales necesarios para la fabricación de una bomba, ¿esto sería prueba bastante para su detención? Debemos creer que sí. Todos los indicios apuntan que fue ese individuo el que ha colocado la bomba y el que sabe dónde está y como tal, el único que puede facilitar la información necesaria para su desactivación o la evacuación de la zona afectada. Debemos así desechar la necesidad de una prueba irrefutable que hace innecesaria la tortura, bastando con la creencia fundada de que el sospechoso haya colocado el artefacto o posea información sobre el mismo. Esto sería bastante para identificarlo como sujeto activo de un TBS.

Otro de los problemas, de la aplicación de la tortura, en un TBS, es la fiabilidad de la información proporcionada por el torturado. En este sentido, todos los escenarios sobre la aplicación de la tortura, coinciden en que el individuo torturado puede aportar la información que el torturador desea escuchar, con el único fin de que cese el tormento. En el TBS esa premisa no cambia, lo que si cambia es el valor que se le puede atribuir a la información proporcionada. La información es poder y en este caso el poder de salvar vidas. Nos encontramos en un supuesto donde la información que necesitamos nos servirá para evitar el daño a un bien jurídico protegido de un valor muy elevado. Dado que no disponemos de información veraz cualquiera que nos aporte el sospechoso será de utilidad y necesaria para la consecución del fin. La posibilidad de que la información conseguida sea errónea y no se consiga en fin deseado, es un riesgo asumible ante la alternativa.

En la investigación nos encontramos con los argumentos que Beccaria esgrimía para la abolición de la tortura procesal. Si bien, el jurista no había contemplado el TBS al analizar los fines de la tortura, pero algunos de sus argumentos son extrapolables a esta situación. Beccaria afirmaba que la tortura no es prueba de verdad³³, que la información que

³³Ver C. BECCARIA. *De los delitos y de las penas*. Hyspamerica. Barcelona. 1987. pp. 77-95.

conseguimos del torturado no es siempre veraz. También Sandel³⁴, como veremos más adelante, critica la veracidad de la información conseguida por medio de la tortura. Nosotros ante tales afirmaciones debemos reiterar nuestra posición. La información por poca o poco fiable que sea, será siempre más que la que disponíamos en un inicio y nos acercará a la resolución del escenario estudiado.

Beccaria también afirmaba que la tortura carece de legitimación si existe la posibilidad de someter a la misma a un inocente³⁵. Esta es la tercera problemática relacionada con el empleo de la tortura en el TBS, y está relacionada con el primero de los problemas, el de la identificación del sujeto sometido a tortura. Se trata de la posible tortura aplicada a un inocente que sea ajeno a los hechos que se pretenden esclarecer. En este caso, tenemos que valorar los bienes jurídicos protegidos, enfrentados en el TBS y aplicar la teoría que defiende Dershowitz, sobre la elección del mal menor³⁶. De un lado nos encontramos con las vidas de las personas que se encuentran dentro del radio de acción de la bomba y por el otro, con el menoscabo de la integridad física o moral, en su caso, de un inocente. Hay que destacar, que la tortura solo sería empleada cuando existiera una creencia, fehaciente, de que el individuo sospechoso habría colocado la bomba, por lo que el supuesto de que se trate de un inocente el que sufra las torturas no puede ser amparado sin que exista esta justificación. No obstante desde la moralidad social, en el eventual caso, de que un inocente sea torturado por error, debemos hablar de un daño o riesgo asumible, dado que si la posibilidad de salvar cientos de vidas causa –por error– la tortura, que no la muerte, de un inocente, debemos inclinarnos, desde la lógica y el utilitarismo moral, por asumir el riesgo de la tortura. Escojamos lo que escojamos, se dañará un bien jurídico, pero la tortura de un inocente, o un culpable, es un mal menor que la muerte de cientos o miles de personas.

Caso distinto es el de las torturas sistemáticas realizadas por fuerzas y cuerpos de seguridad de EEUU –mencionadas ya anteriormente–, en Guantánamo o en Abu Ghraib, donde bastaba el ser miembro de una etnia para ser torturado o el estar relacionado con algún grupo terrorista, sin la necesidad de ninguna amenaza inmediata. La tortura como método de investigación no puede ser aceptada desde esta perspectiva de método sistemático de interrogación. Solo es admisible en la inmediata probabilidad de un TBS. Al igual que la legítima defensa³⁷ o el estado de necesidad³⁸, la legitimación del uso de las prácticas de tormento solo puede ser aceptada en el escenario de la bomba de relojería –o situación

³⁴Ver M. J. SANDEL. *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*. Debate. Barcelona. 2011. pp. 48-53.

³⁵Ver C. BECCARIA. *ibídem.* pp. 77-95.

³⁶Ver A. M. DERSHOWITZ. *¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío*. Encuentro. Madrid. 2004. pp. 155-191.

³⁷Ver D. M. LUZÓN PEÑA. *Curso de Derecho Penal*. Universitas. Madrid. 2007. pp. 583-615.

³⁸Ver D. M. LUZÓN PEÑA. *ibídem.* pp. 617-633.

asimilable– donde la amenaza es real e inminente. De esta forma no se pueden utilizar los argumentos expuestos para avalar las practicas de tormento en situaciones distintas –por ejemplo en delitos consumados– o de forma sistemática –estamos en una “guerra” antiterrorista, vamos a torturar a todos los que capturemos–, pues como ya hemos dejado patente, el uso de las practicas de tormento deben ser utilizadas como última opción en casos tasados como el TBS.

3.3. El TBS como ejemplo de incorrección moral

Otros autores consideran que el TBS es en realidad un contraejemplo para la teoría moral presupuesta en su premisa normativa: el utilitarismo. En este sentido, Sandel, dentro de su crítica al utilitarismo moral de Bentham³⁹, realiza una crítica a la práctica de la tortura en un TBS. Sandel critica el utilitarismo que se encuentra detrás de las prácticas de tormento en el escenario de la bomba de relojería incidiendo en los pocos resultados que se conseguirían.

Para Sandel, al igual que otros autores, la información conseguida mediante prácticas de tormento pocas veces es fiable. Por lo que el utilitarismo en el que Dershowitz pretende apoyar el uso de la tortura en un TBS⁴⁰, podría verse menoscabado. Pero ¿Qué debería hacerse entonces? ¿Debemos cruzarnos de brazos?

El utilitarismo moral busca el bien de los individuos en conjunto, las ideas de Bentham hablan de la felicidad de la comunidad. En nuestro caso hablamos de salvaguardar la vida de un elevado número de personas, por lo que tenemos el deber de intentar salvar esas vidas inocentes por todos los medios que están a nuestro alcance. En el TBS –como hemos explicado ya– carecemos de cualquier tipo de información, salvo la creencia fundada de que existe un artefacto a punto de estallar y que nuestro sospechoso lo ha colocado o tiene información relevante. De ello extraemos una máxima, que cualquier información que el sospechoso nos proporcione hará que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad avancen en la posible resolución de esta situación crítica.

Sandel habla del cálculo utilitario al comparar los dos bienes jurídicos lesionados, la integridad física y moral del sospechoso y la vida de los individuos que se encuentren en el radio de explosión del artefacto, y lo apoya aun no estando de acuerdo con las prácticas de tormento. Afirma que desde ese punto de vista cuantitativo es difícil desvirtuar el uso de la tortura en un TBS pero lo desvirtúa por su grado de eficacia⁴¹. Nosotros debemos ir un poco más allá. Pongamos que efectivamente como dice Sandel, la tortura en raras ocasiones consigue resultados favorables –algo que debería ser objeto de estudio– pongamos que de cada diez artefactos solo conseguimos desactivar uno, que en los otros nueve han muerto un

³⁹Ver M. J. SANDEL. *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*. Debate. Barcelona. 2011. pp. 48-53.

⁴⁰Ver A. M. DERSHOWITZ. *¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío*. Encuentro. Madrid. 2004. pp. 155-191.

⁴¹Ver M. J. SANDEL. *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*. Debate. Barcelona. 2011. pp. 49-50.

total de novecientas mil personas –cien mil en cada uno–, nosotros hemos torturado a diez sospechosos y hemos conseguido salvar cien mil vidas en el decimo atentado. Observamos que, de nuevo podemos ampararnos en el cálculo utilitario que el propio Sandel apoya. Si no hubiésemos torturado a los diez sospechosos hubiesen muerto un millón de personas y por el contrario le hemos salvado la vida a cien mil. Estaríamos entonces ante un muy bajo nivel de eficacia –en nuestro ejemplo solo un diez por ciento– pero el resultado de salvar una elevada cantidad de vidas por el hecho de torturar –que no asesinar– a un mínimo número de individuos justifica moralmente el uso de la tortura en un TBS. El propio Sandel lo apoya, al estar de acuerdo con el cálculo utilitario de Bentham, aunque no ha profundizado como nosotros. Vemos como al contrarrestar el argumento de Sandel también pierde eficacia el de Beccaria «la tortura carece de legitimación si se practica a un inocente»⁴², puesto que en el hipotético caso de que los otros nueve torturados fuesen nueve inocentes, caso de una elevada improbabilidad, el cálculo utilitario seguiría siendo favorable a la legitimación de la tortura. Las mencionadas nueve torturas a inocentes seguirían siendo el mal menor que debemos asumir por salvar la vida de cien mil personas.

Sandel también consigna en su texto ciertas reivindicaciones contrarias a la práctica de la tortura en un TBS por las consecuencias que esta podría acarrear. Así, afirma, al igual que otros autores, que una de las posibles consecuencias de utilizar las practicas de tormento, son las posibles represalias por parte de otro estado si captura a nuestros soldados en el trascurso de una guerra⁴³. Si bien, históricamente este argumento de Sandel tenía validez, en la actualidad parece abocado al fracaso. Por una parte la remota posibilidad de que países entren en guerra –guerra legítima– dado el ordenamiento jurídico internacional que prohíbe cuasi totalmente acciones bélicas, impide que este escenario se dé en la práctica. En todo caso, en el supuesto de que se entre en guerra quien nos dice que nuestros soldados serán tratados con la dignidad y el respeto merecido y no sometidos a todo tipo de tormentos, aunque nuestro comportamiento sea el debido. Por otra parte aunque el sospechoso torturado pertenezca a alguno de los estados en guerra, el TBS no es un escenario bélico sino un acto de terrorismo, acto que los respectivos gobiernos no apoyarían aunque sea un nacional quien lo perpetre y como tal no actuarían con represalias.

En lo que concierne a las “guerras” actuales las llamadas guerras antiterroristas contra grupos extremistas, como vemos en la práctica la tortura de nuestros soldados se está llevando a cabo de igual forma. En todo caso somos nosotros los que no les pagamos con la misma moneda, tratando a los individuos capturadas con la dignidad y el respeto que moralmente les profesamos. Con esto no queremos afirmar que volvamos

⁴²Ver C. BECCARIA. *De los delitos y de las penas*. Hyspamerica. Barcelona. 1987. pp. 77-95.

⁴³Ver M. J. SANDEL. *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*. Debate. Barcelona. 2011. p. 50.

a la antigua ley de Tali3n, "ojo por ojo, diente por diente", puesto que tenemos el deber de proteger los derechos inherente a las personas, pero en situaciones puntuales donde esos derechos se confrontan –por ejemplo en el TBS–, no debemos dejarnos amedrentar por estas premisas que Sandel nos acerca, dado que el comportamiento de nuestros "enemigos" seguir3a siendo el mismo –cruel y deshonoroso– para con nuestros soldados y nosotros solo conseguiremos que se pierdan otras cien mil vidas.

Sandel utiliza –tambi3n–, para criticar el uso de la tortura en un TBS, la violaci3n de los derechos humanos y la dignidad inherente a las personas⁴⁴. Este argumento no es novedoso ya que es la principal defensa de los detractores de la tortura. Pero examinemos el caso concreto del escenario de la bomba de relojer3a y los derechos humanos enfrentados en tal supuesto.

Por un lado nos encontramos con que practic3ndole la tortura al individuo sospechoso menoscabamos su derecho a la integridad f3sica y moral –seg3n la definici3n de tortura adoptada anteriormente, nunca se atentari3a contra el derecho a la vida–, de otro lado encontramos el m3s importante de los derechos humanos, el derecho a la vida. La confrontaci3n entre uno y otro ya debe decantarse por el segundo como m3xima de protecci3n. No obstante en nuestro escenario de la bomba de relojer3a, nuestra tesis se hace m3s plausible. No nos encontramos ante la confrontaci3n del derecho a la vida de un individuo frente a la integridad f3sica y moral de otro, sino que enfrentamos este 3ltimo al derecho a la vida de cientos, miles o millones de personas. ¿D3nde est3 entonces la violaci3n a los derechos humanos?

Si torturamos al sospechoso menoscabamos su derecho a la integridad f3sica y moral, si no lo hacemos desvirtuamos a cientos o miles de individuos de su derecho a la vida. Volviendo al utilitarismo de Bentham o a la teor3a del mal menor de Dershowitz⁴⁵, estamos en la obligaci3n moral de preservar el derecho a la vida de un elevado n3mero de individuos frente a la integridad f3sica y moral de un solo sujeto. Se trata pues de escoger de nuevo el menor de los males. Las opciones son dañar el derecho a la integridad f3sica y ps3quica de un individuo o el derecho a la vida de cientos o miles. De esta forma la vulneraci3n de los derechos humanos se har3a plausible al permitir –cruz3ndonos de brazos– la muerte de miles de personas. La decisi3n no es algo que guste, pero la l3gica utilitarista nos lleva a preservar la vida de muchos por encima de infringirle daño a un solo individuo.

Sandel no se rinde y añaade una nueva disyuntiva a la ecuaci3n del TBS. Nos abre una nueva situaci3n en la que el sospechoso que posee la informaci3n que necesitamos no la comparte despu3s de ser torturado, pero el sospechoso tiene familia, concretamente una hija de corta edad⁴⁶,

⁴⁴Ver M. J. SANDEL. *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*. Debate. Barcelona. 2011. p. 50.

⁴⁵Ver A. M. DERSHOWITZ. *¿Por qu3 aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desaf3o*. Encuentro. Madrid. 2004. pp. 155-191.

⁴⁶Ver M. J. SANDEL. *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*. Debate. Barcelona. 2011. p. 51.

ajena a cualquier actividad de su padre, pero que es la llave para que nuestro sospechoso claudique y comparta la información que necesitamos. ¿Es igual de aceptable la tortura de esta niña? ¿Sigue siendo legítima la tortura en este caso?

Claramente es una difícil respuesta pues si la tortura es un acto horrible de por sí, cuanto más si el sujeto pasivo de la misma es una niña de corta edad. No obstante para el utilitarismo o la elección del mal menor, es indiferente el sujeto que sea torturado con tal de que se cumpla la confrontación de bienes jurídicos protegidos. Para el cálculo utilitarista la tortura de la niña con el fin de hacer hablar a su padre, sigue siendo admisible con el fin de salvaguardar cientos o miles de vidas.

Sin embargo, creemos que esta situación es evitable. Para empezar, las limitaciones con las que estamos legitimando el uso de la tortura –ante una amenaza inmediata, que va suceder realmente y en un corto espacio temporal, y en última ratio, tras desechar los demás métodos de investigación– impide en la mayoría de las ocasiones que el caso de la niña u otro familiar pueda ser plausible. En la mayoría de los supuestos de TBS se dispone de unas pocas horas antes de la explosión del artefacto por lo que buscar a su familia traerla al centro de detención donde se encuentre el sospechoso y practicarles la tortura en su presencia, es prácticamente imposible desde el punto de vista temporal. De esta forma si se pudiera localizar al familiar, la tortura del mismo habría de presentarse a través de medios telemáticos. Algo que podría hacerse aun cuando el familiar se encontrase a poca distancia del sospechoso o cuando dispusiésemos de tiempo suficiente. Esto nos lleva a que las imágenes y el audio que se le presenten a nuestro sospechoso pueden ser manipuladas con la tecnología actual y que efectivamente no tenemos porque practicar la tortura a su hija –o a otro familiar–. Dado que lo que haría que nuestro sospechoso proporcione información es la creencia de que ese familiar este siendo torturado –de que su hija de corta edad este siendo torturada– no que realmente se le estén aplicando las prácticas de tormento. Además el hecho de que se le haya estado practicando un interrogatorio a base de torturas y en ocasiones administrándole sustancias psicotrópicas ha mermado sus capacidades cognitivas, lo que facilita la credibilidad de las imágenes y el audio que se le muestren. No tenemos entonces porque torturar a una hija de corta edad para obtener información de su padre, solo debemos hacerle creer al padre que se la está torturando. Sin contar con que en ocasiones la mera amenaza de atentar contra un familiar hace que el sospechoso hable, ahorrándonos así, simular la tortura del familiar o someter al tormento al sospechoso. De esta forma vemos que es posible evitar involucrar a familiares ajenos al TBS, que no hay necesidad de practicarles la tortura por lo que el argumento de Sandel queda sin eficacia. Parece, así, que los argumentos

de Sandel⁴⁷ no nos sirven para desechar la práctica de la tortura en el escenario de la bomba de relojería.

Por todo lo expuesto hasta ahora, parece que una parte importante de la sociedad actual aceptaría –moralmente– la elección del mal menor del que habla Dershowitz⁴⁸ en el trascurso de un TBS. Así parecen demostrarlo a través de los medios de difusión masiva, como la televisión o el cine. Tal y como refleja Bonorino en uno de sus ensayos⁴⁹, una parte importante de la sociedad aplaude al héroe que tortura para salvar vidas, así se ve en la ficción, donde son alabados en series como “Alias” o “24”, o en películas como “La noche más oscura” de Kathryn Bigelow ganadora de un Oscar en 2012. Un gran número de espectadores parece aceptar la legitimación de la tortura cuando el protagonista no tiene otra opción para salvar la vida de los inocentes. La legitimación moral que se refleja en la ficción podría indicar que una parte importante de la sociedad se encuentra moralmente a favor de la legitimación de la tortura en un TBS o en un supuesto asimilable.

4. CONCLUSIONES

En conclusión, pese a que la tortura está prohibida –y perseguida– en los ordenamientos jurídicos actuales, queda patente que su uso como método de investigación para salvar vidas en el escenario de la bomba de relojería abre una puerta a su posible legitimación moral. Las sociedades democráticas actuales deben velar por la salvaguarda de las vidas de cientos de personas, incluso miles –como sucedió en los atentados del 11 de septiembre de 2001–, justificando así el empleo de las prácticas de tormento en unos pocos individuos. Tal y como apoya Dershowitz⁵⁰, en la elección del mal menor, o Silva Sánchez⁵¹ que exige la mínima perturbación del “status quo”, el uso de la tortura sería la solución idónea para la resolución con éxito del TBS. Si bien no es un método inequívoco y a veces podrá no dar un resultado moralmente aceptable, pero desde el punto de vista moral tenemos el deber de intentar salvaguardar ese bien jurídico protegido por todo los medios a nuestro alcance aun cuando conlleve el daño de otro que objetivamente tiene un menor valor. Así, las situaciones que conduzcan a un resultado inaceptable moralmente, deben valorarse en el conjunto con las demás, prevaleciendo la generalidad sobre pequeños casos aislados. Debemos hacer un cálculo utilitario de la práctica de la tortura y observar que los beneficios son superiores a los costes. De esta forma, siguiendo los argumentos expuestos, debemos

⁴⁷Ver M. J. SANDEL. *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*. Debate. Barcelona. 2011. pp. 48-53.

⁴⁸Ver A. M. DERSHOWITZ. *¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío*. Encuentro. Madrid. 2004. pp. 155-191.

⁴⁹Ver P. R. BONORINO RAMÍREZ. “El retorno de la tortura”. *Revista Académica*. 51. 2011. pp. 109-125.

⁵⁰Ver A. M. DERSHOWITZ. *ibidem*. pp. 155-191.

⁵¹Ver J. M. SILVA SÁNCHEZ. “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. III. 1982. p. 665.

considerar la legitimidad del uso de la tortura -como método de investigación- en la lucha antiterrorista.

Si bien, mantener una postura férrea sobre la problemática es un tanto pretencioso, dado que ni los argumentos de los detractores de la tortura son inexpugnables, ni los esgrimidos por aquellos que abogan por su legitimación se mantienen en ocasiones, debemos mantener a la vista la posibilidad de su legitimación y continuar con el debate siempre que nos sea posible.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. 1997. *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo II*. Madrid, EDERSA.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. 2002. *"España: Crisis de identidad; Tortura y malos tratos de índole racista a manos de agentes del estado"*. Madrid, AI.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. 2004. *"España: Acabar con la doble injusticia: Víctimas de tortura y malos tratos sin reparación"*, Madrid, AI.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. 2007. *"Sal en la herida: La impunidad efectiva de agentes de policía en casos de tortura y otros malos tratos"*, Madrid, AI.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. 2009. *"Sal en la herida: impunidad policial dos años después"*, Madrid, AI.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. 2011. *"La tortura como receta"*, Madrid, AI.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. 2012, *"Actuación policial en las manifestaciones de la Unión Europea"*, Madrid, AI.
- ARROYO ZAPATERO, L. 2007. *Comentarios al Código Penal*. Madrid, Iustel.
- BECCARIA, Cesare. 1987. *De los delitos y de las penas*, Barcelona, Hyspamerica. Edición original 1774.
- BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl. 2011. "El retorno de la tortura", *Revista Académica*, 51, pp. 109-125.
- BONORINO RAMIREZ, Pablo Raúl. 2012. "El peligroso uso de las falacias", en *Razonamiento jurídico y administración de justicia*, Madrid, Bubok, pp. 39-48.
- BRECHER, Bob. 2007. *Torture and the Ticking Bomb*, Oxford, Blackwell.
- DERSHOWITZ, Alan M. 2004. *¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío*, Madrid, Encuentro.
- DRATEL, Joshua. 2006. "The curious debate", en GREENBERG, Karen y DRATEL, Joshua (eds.), *The Torture Debate in America*, New York, CUP, pp. 111-117.
- GINBAR, Yuval. 2008. *Why Not Torture Terrorists? Moral, Practical, and Legal Aspects of the 'Ticking Bomb' Justification for Torture*, Oxford, OUP.

- GREENBERG, Karen J. y DRATEL, Joshua L. (eds.), 2005. *The Torture Papers. The Road to Abu Ghraib*, Cambridge, Cambridge University Press.
- HERSH, Seymour M. 2004. *Obediencia debida. Del 11-S a las torturas de Abu Ghraib*. Madrid, Aguilar.
- LEVINSON, Sanford (ed.), 2004. *Torture. A Collection*, Oxford, OUP.
- LUBAN, David. 2006. "Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb", en GREENBERG, Karen y DRATEL, Joshua (eds.), *The Torture Debate in America*, New York, CUP, pp. 35-83.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. 2007. *Curso de Derecho Penal*. Madrid, Universitas. Edición original 1996.
- MILLER, Seumas. 2008. *Terrorism and Counter-Terrorism. Ethics and Liberal Democracy*. Oxford, Blackwell.
- MELLOR, Alec. 1964. *La tortura*. Barcelona, Estela.
- PARRY, J. T. 2004. "Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Abroad", en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, OUP, pp. 145-164.
- PETERS, Edward. 1987. *La tortura*. Madrid, Alianza.
- RODRÍGUEZ MESA, María José. 2000. *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*. Granada, Comares.
- SANDEL, Michael J. 2011. *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona, Debate.
- SAVATER, F. y MARTÍNEZ FRESNEDA, Gonzalo. 1982. *Teoría y presencia de la tortura en España*, Barcelona, Anagrama.
- SHUE, Henry. 2004. "Torture", en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, OUP, pp. 47-60.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 1982. "Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III, pp. 663-691.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. 1994. *La tortura en España*, Barcelona, Ariel.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco. 2000. *La tortura Judicial en España*. Barcelona, Crítica.
- WALDRON, Jeremy. 2010. *Torture, Terror and Trade-Offs. Philosophy for the White House*, Oxford, OUP.