Capítulo 5
Excusas contemporáneas para justificar la tortura en el mundo occidental

"La gravedad del problema estriba en que, cuarenta años después, la tortura sigue vigente en unos términos que no podían imaginarse cuando hace veinticinco años se aprobó por la comunidad internacional la Convención contra la misma".

Carlos Jiménez Villarejo*

5.1. El origen del debate sobre la tortura

En las últimas décadas, y especialmente desde los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos (el llamado 11-S), hemos asistido a un retorno de la tortura en la actualidad internacional. Para La Torre, puede incluso hablarse de un "cambio de paradigma" en los debates de filosofía política.[1] Aunque la tortura nunca ha desaparecido, la novedad en estos últimos años reside en que en las democracias occidentales se ha discutido abiertamente sobre la legitimidad y legalidad de su uso en situaciones excepcionales, a pesar de la prohibición absoluta de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que recogen multitud de normas internacionales. El terrorismo y la llamada "guerra contra el terror" han sido la excusa paradigmática empleada por los defensores de ciertas prácticas prohibidas como un "mal menor" o un "recurso imprescindible" ante la amenaza del terrorismo. La tortura pasó así, de ser una práctica clandestina en países democráticos, a una práctica reconocida y defendida públicamente por juristas, filósofos, políticos e intelectuales en aras de la seguridad nacional e internacional, a formar parte del *entertainment* en películas y series de ficción de máxima

* JIMÉNEZ VILLAREJO, C., "La tortura, grave amenaza para la democracia", *Jueces para la Democracia*, núm. 62, julio 2008, pp. 22-30.
[1] LA TORRE, M., "La teoría del derecho de la tortura", *Derechos y Libertades*, núm. 17, 2007, p. 72.

audiencia y a ser objeto de discusiones en las aulas, en los medios de comunicación y en la calle. En palabras de Gudín Rodríguez-Magariños, "lo más lamentable no es que se hayan generado contextos autoritarios y opresores como Abu Ghraib o Guantánamo, pues la historia (…) desgraciadamente nos tiene acostumbrados a ellos. Lo triste es tener que escuchar las voces involucionistas de ciertos afamados juristas que empiezan a buscar nuevos soportes jurídicos, frente a su reaparición, que avalen estas prácticas".[2] Se ha producido, pues, como señala Ribotta, "un retorno a la centralidad de la fuerza y de la violencia como elementos fundamentales y legitimadores del derecho".[3]

Siguiendo a La Torre, son tres las situaciones del pasado reciente que dieron origen al citado "cambio de paradigma" en el pensamiento filosófico y político: el conflicto palestino-israelí, el 11-S en Estados Unidos y el secuestro de un niño de 11 años en Alemania, el llamado "caso Daschner".[4] Los tres casos tienen en común, además del debate que generaron tanto en sus respectivos países como a nivel internacional —fundamentalmente los dos primeros, ya que el alemán fue de alcance más limitado—, la justificación del recurso a la tortura ante la necesidad de obtener información policial relevante. Ciertamente ha habido otras ocasiones en las que se ha planteado este debate público, si bien en ellas la controversia fue resuelta sin mayor incidencia. El caso paradigmático es el del secuestro de Aldo Moro en Italia en 1979, pero en aquella ocasión el debate fue zanjado con la decisión del General Carlos Della Chiesa de que no se torturaría a los sospechosos del secuestro, dejando para la posteridad esta magnífica declaración de principios: "Italia puede sobrevivir a la pérdida de Aldo Moro, pero no puede sobrevivir a la introducción de la tortura".[5]

Analizaremos en primer lugar los debates israelí y alemán, para posteriormente centrarnos en el generado en Estados Unidos, cuyo impacto ha sido mucho mayor a nivel mundial.

---

[2] En GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *El estado de derecho frente a la tortura. Luces y sombras en la lucha jurídica por la dignidad del hombre*, *op. cit.,* p. 24.

[3] RIBOTTA, S., "Sobre el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la regulación en el Derecho español. Mejor prevenir que castigar", *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, *op. cit.,* p. 157.

[4] LA TORRE, M., "Amistades peligrosas. Tortura y Derecho", *Derechos y libertades*, núm. 28, 2013, p. 28.

[5] TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, Popular, Madrid, 2009, p. 171.

5.1.1. La utilización de la tortura en Israel

Hasta 1987, la tortura era una práctica normalizada en Israel, fuera de todo marco legal y con la aceptación tácita de los poderes públicos de los métodos de los servicios generales de seguridad de Israel, el "Shabak".[6] Según ONGs como el Comité Público Contra la Tortura en Israel (PCATI) y el Centro para la Defensa del Individuo (HaMoked), los métodos de interrogatorio utilizados por el Shabak con los detenidos incluían: aislarles hasta meses (incluyendo de abogados y familiares), golpearles, atarles en posturas dolorosas mientras les cubren las cabezas con sacos húmedos y malolientes, sacudirles el cuerpo y la cabeza hacia delante y hacia atrás, privarles de alimentos y sueño, someterlos a frío o calor, atarles a una silla inclinada, el abuso verbal, los insultos y la humillación psicológica, la exposición a música a alto volumen, las amenazas contra ellos o su familia, la falta de condiciones de higiene básicas, la imposibilidad de cambiarse de ropa, etcétera.[7]

En 1984, el Shabak entró en una importante crisis política como consecuencia de que saltasen a la luz pública varios casos en los que se había usado la fuerza para interrogar a sospechosos de terrorismo. En uno de ellos, el caso conocido como "Autobús 300", dos terroristas que habían secuestrado un autobús y tomado a rehenes fueron capturados y ejecutados por oficiales del Shabak sin juicio previo. En un principio, las autoridades intentaron encubrir el hecho, pero la publicación de información sobre el asunto en la prensa extranjera y, finalmente, en los medios de comunicación israelíes, dio lugar a una protesta pública para que las circunstancias que rodeaban la muerte de los secuestradores fuesen investigadas. En 1985, el general Yitzhak Mordechai —al mando de la misión— fue absuelto de los cargos relacionados con la muerte de los secuestradores y se retiraron los cargos contra otros agentes, aunque más tarde se supo que miembros del Shabak habían implicado al general ocultando quién había dado en realidad la orden directa de que los prisioneros fueran asesinados. El Fiscal General de Israel, Yitzhak Zamir, inició una investigación al respecto, siendo posteriormente obligado a dimitir

[6] Shabak es el acrónimo de "Sherut Bitachon Klali" (Servicio de Seguridad General en hebreo). En inglés también es conocido como "Israel Security Agency" (ISA), "General Security Services" (GSS) o "Shin Bet". Se trata del servicio de inteligencia y seguridad general interior de Israel y es una de las tres organizaciones principales de la inteligencia israelí, junto con el servicio de inteligencia de las fuerzas armadas (Aman) y el Mossad (cuyo ámbito geográfico competencial es todo el mundo fuera de los límites de Israel).

[7] Consúltense los numerosos informes y declaraciones en las páginas Web del PCATI –www.stoptorture.org.il– y HaMoked –www.hamoked.org. Rejali también describe algunas prácticas aplicadas a prisioneros en Israel: golpes, obligarles a permanecer de pie, privación de sueño, sometimientos a ruidos intensos, sometimiento a temperaturas extremas, presión en el cuello, retorcimiento de genitales, gas irritante, etc. En REJALI, D., *Torture and democracy*, *op. cit.,* pp. 515-516.

bajo las acusaciones de que con ella estaba poniendo en peligro la seguridad nacional. La dimisión tuvo eco en la prensa nacional e internacional y se supo que Avraham Shalom, jefe del Shabak, había ordenado los asesinatos y el encubrimiento de los crímenes. Shalom renunció, pero se le otorgó un perdón presidencial completo antes de que se presentaran cargos tanto contra él como contra otros agentes involucrados.[8]

El segundo caso, el "Asunto Izat Nafsu", tuvo lugar en 1987, y se refiere a las técnicas empleadas por el Shabak en los interrogatorios en el curso de la acusación de espionaje a un agente del ejército israelí, como abofetearle, empujarle, tirarle del pelo, privarle del sueño, darle duchas de agua fría, darle información falsa y amenazar a su familia.[9]

Como consecuencia de estos escándalos, el Shabak fue duramente criticado y, en 1987, la Corte Suprema de Israel nombró una comisión de investigación para clarificar la legalidad de los métodos empleados por el Shabak, conocida como la "Comisión Landau" por el nombre de su presidente, un antiguo presidente de la Corte. En octubre de ese mismo año la Comisión presentó el informe, aunque sólo una parte del mismo se hizo pública, ya que la sección relativa a los métodos de interrogatorio permaneció clasificada.[10]

En su informe, la "Comisión Landau" concluyó que el uso de fuerza moderada por los miembros del Shabak era permisible en virtud del estado de necesidad contemplado en la legislación penal. La aplicación de esta excepción se basaba en la comparación entre el daño causado por el uso de la tortura y el daño que producirían los actos terroristas, con independencia de la inminencia del ataque en cuestión.[11] La Comisión recomendaba que se emplease principalmente la presión psicológica no violenta mediante un vigoroso y amplio interrogatorio, aunque si éste no alcanzase su objetivo, se podría ejercer una "moderada" presión física. Los interrogadores del Shabak deberían atender a unos límites, a fin de evitar el uso de presión físi-

---

[8] MOORE, M. S., "Torture and the Balance of Evils", *Israel Law Review*, vol. 23, 1989, p. 670; y SHIPLER, D. K., *Arab and Jew. Wounded Spirits in a Promised Land*, Times Books, Nueva York, 1986, pp. 86-90. Shipler ganó el premio Pulitzer en 1987 por ese libro.

[9] MOORE, M. S., "Torture and the Balance of Evils", *op. cit.,* p. 670.

[10] COMMISSION OF INQUIRY INTO THE METHODS OF INVESTIGATION OF THE GENERAL SECURITY SERVICE REGARDING HOSTILE TERRORIST ACTIVITY, *Report*, Jerusalén, 1987.

[11] "Terrorismo y "guerra" contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático" [Documento en línea], 2009, http://www.tdx.cat/handle/10803/7307.

ca excesivo y de manera arbitraria por el interrogador.[12] Los límites entre lo que se podría hacer y lo que estaría prohibido eran descritos en la segunda parte del informe, que permanece secreto. La Comisión aseguraba que, si se mantenían exactamente dichos límites, la efectividad de los interrogatorios quedaría asegurada, al mismo tiempo que "quedaría lejos del uso de tortura física o mental, maltrato del ser humano interrogado o la degradación de su dignidad humana".[13]

No obstante, la propia Comisión alertaba del riesgo que podría llegar a suponer el uso excesivo de determinadas "técnicas de interrogatorio": "Es verdad que debe adoptarse un cuidado estricto, no sea que una brecha en la estructura de las prohibiciones del Derecho penal dé lugar a una relajación de las riendas, con cada interrogador tomándose el asunto con sus propias manos a través del uso desenfrenado y arbitrario de las medidas de coerción contra un sospechoso. De lo contrario, la imagen del Estado como una sistema de gobierno respetuoso de las leyes que preserva los derechos de los ciudadanos, es susceptible de ser irremediablemente pervertida, con lo que vendría a parecerse a esos regímenes que otorgan a los órganos de seguridad un poder desenfrenado".[14]

Amparándose en el informe de la "Comisión Landau", se llevaron a cabo en Israel prácticas constitutivas de tortura con decenas de miles de detenidos palestinos, la mayoría de los cuales fueron puestos en libertad.[15] Doce años después del "Informe Landau", en 1999, la Corte Suprema de Israel emitió un pronunciamiento relativo a la legalidad de los métodos de interrogatorio del Shabak que pasaría a la posterioridad.[16] La Corte examinó cuatro técnicas utilizadas por la Shabak: el empleo de medios físicos, la denominada "posición shabak" (en la que la cabeza es cubierta con un saco y las manos son esposadas por detrás de la espalda a una silla mientras suena una música ensordecedora), el apretamiento excesivo de los grilletes y la privación del sueño. La Corte prohibió claramente el método "shabak", así como los métodos físicos,

---

[12] COMMISSION OF INQUIRY INTO THE METHODS OF INVESTIGATION OF THE GENERAL SECURITY SERVICE REGARDING HOSTILE TERRORIST ACTIVITY, *Report*, *op. cit.,* p. 80 (sección 4.7). Sobre el informe, KREMNITZER, M, "The Landau Commission Report: Was the Security Service subordinated to de la Law, or the Law to the needs of the Security Service?", *Israel Law Review*, núm. 23, 1989, pp. 216-251.

[13] COMMISSION OF INQUIRY INTO THE METHODS OF INVESTIGATION OF THE GENERAL SECURITY SERVICE REGARDING HOSTILE TERRORIST ACTIVITY, *Report*, *op. cit.,* p. 80 (sección 4.8).

[14] Ídem, p. 61 (sección 3.16).

[15] GINBAR, Y., "Celebrating a Decade of Legalised Torture in Israel", *Essex Human Rights Review*, núm. 6, vol. 1, 2009, p. 170.

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

sobre la base de que estos se alejaban de un "interrogatorio imparcial" y de que la excepción del estado de necesidad no autorizaba *ex ante* a los interrogadores del Shabak a emplearlos. El estado de necesidad, pues, sólo sería aplicable *ex post facto* y a interrogadores individuales en los casos de la "bomba de relojería", esto es, situaciones que suponen un peligro inminente para la vida de cientos o miles de personas y que requieren obtener información inmediata de un presunto terrorista.[17] Para que estos medios pudiesen estar autorizados *ex ante* sería necesario que así se estableciese expresamente mediante ley.

Al igual que el "Informe Landau", la Corte no emplea en el pronunciamiento el término "tortura", sino que se refiere a "métodos físicos de interrogatorio", y ello a pesar que los métodos descritos en uno y otro han sido considerados constitutivos de torturas por organismos internacionales de Naciones Unidas, como vimos en el tercer capítulo.[18] Esta importante diferencia de criterio supondría que podrían darse situaciones en las que la misma actuación de un agente gubernamental sería legal en Israel, pero ilegal en otros Estados, y por tanto, ser juzgados en virtud del principio de justicia universal.[19]

En definitiva, la Corte consideraba que ni el gobierno ni los responsables de los servicios de inteligencia tienen autoridad para establecer instrucciones sobre el uso de métodos físicos durante los interrogatorios de sospechosos de actividades terroristas, más allá de las reglas básicas que pueden inferirse del propio concepto de interrogatorio. De igual manera, ni los agentes de la Shabak ni cualquier agente de policía tienen autoridad para utilizar métodos físicos durante un interrogatorio, a no ser que "sean inherentes a la misma esencia del interrogatorio y que sean al mismo tiempo justos y razonables". Por ello, en caso de que un investigador empleara métodos físicos estaría excediéndose en su autoridad y, en consecuencia, se examinaría su responsabilidad en el contexto del estado de necesidad. Más aún, la Corte sugirió que

---

[17] El paradigma de la "bomba de relojería" es un caso imaginario que supone que se ha detenido a un participante en una trama terrorista pocas horas antes de que una bomba explote, causando cientos de víctimas. Ante la negativa del detenido a facilitar la información necesaria para desactivar la bomba o revelar el lugar donde va a explotar para desalojarlo, se presenta la necesidad de torturarle como el único medio para obtener dicha información.

[18] GINBAR, Y., "Celebrating a Decade of Legalised Torture in Israel", *op. cit.,* p. 171. Ginbar también critica este modelo y defiende la prohibición absoluta de la tortura en GINBAR, Y., *Why Not Torture Terrorists? Moral, Practical, and Legal Aspects of the "Ticking Bomb" Justification for Torture*, Oxford University Press, Nueva York, 2008.

[19] REICHMAN, A. y KAHANA, T., "Israel and the Recognition of Torture: Domestic and International Aspects", en SCOTT, C. (ed.), *Torture as tort. Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Portland (Oregon), 2001, p. 657.

fuese el propio Fiscal General el que estableciese las circunstancias bajo las cuales los investigadores estarían exentos de responsabilidad penal.[20]

Las reacciones al pronunciamiento fueron de todo tipo. Por un sector de la doctrina fue recibido como una decisión revolucionaria y un paso adelante con respecto a la situación anterior, para otros constituía la solución perfecta al "paradigma de la bomba de relojería", y otro sector criticó fuertemente lo que entendieron como legalización de actos de tortura (aunque no eran calificados como tales por el pronunciamiento).[21] Por su parte, el Shabak expresó su preocupación por que el pronunciamiento impidiese proteger adecuadamente a los ciudadanos israelíes frente a ataques terroristas, por lo que solicitó la aprobación de una legislación que facultase a los investigadores para el empleo de medios físicos en situaciones de "bomba de relojería". Después de encendidos debates y de estudiar distintas opciones legislativas —y posiblemente para evitar las críticas de la comunidad internacional—, el Primer Ministro decidió no presentar al Parlamento ningún proyecto legislativo y ceñir la actuación del Shabak al marco establecido por la Corte.[22] Al mismo tiempo, el Fiscal General manifestó su compromiso de no encausar a los investigadores que empleasen la fuerza en casos de "bomba de relojería".[23]

Aunque, según HaMoked, desde el pronunciamiento el número de denuncias ha disminuido, las organizaciones de derechos humanos continúan recibiendo numerosas denuncias

---

[20] CORTE SUPREMA DE ISRAEL, *Public Committee against Torture in Israel et al. V. The State of Israel and the General Security Service*, *op. cit.,* parágrafo 38.

[21] Para Teretschenko, por ejemplo, la Corte se limitó a realizar una simple y estricta interpretación del Derecho, frente a los excesos cometidos por el Gobierno de Israel. En TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* p. 54. Críticos con esta sentencia son: COHEN, B., "Democracy and the Mis-Rule of Law: The Israeli Legal System's Failure to Prevent Torture in the Occupied Territories", *Indiana International & Comparative Law Review*, núm. 12 2001, pp. 75-105; GUR-ARYE, M., "Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations? Reflections in Light of the Israeli Experience", en LEVINSON, S. (ed.), *Torture: A Collection*, Oxford University Press, Nueva York, 2004, pp. 183-198; KREMNITZER, M. y SEGEV, R., "The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue?", *Israel Law Review,* núm. 34, 2000, pp. 509-559; y MOLINA FERNÁNDEZ, F., "La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?", en CUERDA RIEZU, A. R., (director), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, p. 271.

[22] REICHMAN, A. y KAHANA, T., "Israel and the Recognition of Torture: Domestic and International Aspects", en SCOTT, C. (ed.), *Torture as tort. Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, *op. cit.,* p. 656. En el referido artículo, los autores analizan la posibilidad de que el Parlamento israelí (la Knesset) pudiera aprobar una ley autorizando expresamente a la Shabak a utilizar la fuerza física en los interrogatorios. Según Kahana, hay indicios en la decisión de la Corte que permiten adelantar que una ley en tal sentido sería declarada inconstitucional por la misma. La segunda interpretación, de Reichman, estima que dicha legislación sería posible siempre que se circunscribiese a la prevención de ataques terroristas.

[23] Ibídem.

de torturas de detenidos palestinos mediante métodos físicos y psíquicos.[24] Las denuncias son transferidas por el Fiscal General a un oficial del Shabak en el Ministerio de Justicia ("Mavtan", oficial a cargo de la investigación de quejas de detenidos), por lo que el conflicto de intereses es evidente. Como muestra de ello, ningún interrogador del Shabak ha sido penalmente imputado como consecuencia de las denuncias presentadas ante el "Mavtan", a pesar del ingente número de éstas y de los daños físicos y psicológicos alegados por las personas interrogadas por el Shabak. En muchos casos, se argumentó que existían sospechas de que el sujeto estaba implicado en actividades terroristas que podrían haber tenido lugar en el futuro inmediato, y que podrían haber puesto en peligro vidas humanas, esto es, que se trataba de casos de "bomba de relojería".[25] Así, en 2002, tres años después del pronunciamiento, se hizo público que, entre septiembre de 1999 y julio de 2002, noventa palestinos habían sido interrogados empleando "medios excepcionales de interrogatorio" en situaciones de "bomba de relojería", por lo que no puede decirse que se tratase de situaciones excepcionales. Como consecuencia, muchos de los que inicialmente celebraron el fallo retiraron su apoyo al mismo; otros, en cambio, culparon a una aplicación indebida del pronunciamiento, más que a éste en sí mismo.[26]

El Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura (CAT) se refirió al pronunciamiento de la Corte y a las numerosas denuncias de tortura y malos tratos en Israel en sendos informes de 2002 y 2009. En ellos, el CAT acogió con satisfacción "la decisión del Gobierno de Israel de no poner en marcha una legislación que autorizara el uso de medios físicos en los interrogatorios", si bien lamentaba que la decisión de la Corte no contemplase una prohibición decidida de la tortura. Asimismo, criticaba que los interrogadores que utilizasen presión física en casos de "bomba de relojería" pudieran no ser penalmente responsables, al aplicarse el "argumento de necesidad". De igual manera, el CAT manifestó su preocupación por seguir recibiendo denuncias

[24] Entre los numerosos informes realizados por organizaciones de derechos humanos, deben destacarse los siguientes del PUBLIC COMMITTEE AGAINST TORTURE IN ISRAEL: *Ticking Bombs – Testimonies of Torture Victims in Israel*, Jerusalén, 2007; *'Family Matters'. Using Family Members to Pressure Detainees,* Jerusalén, 2003; y *Back to a Routine of Torture: Torture and Ill-treatment of Palestinian Detainees during Arrest, Detention and Interrogation, September 2002-April 2003,* Jerusalén, 2003. También debe destacarse: B'TSELEM y HAMOKED CENTER FOR THE DEFENSE OF THE INDIVIDUAL, *Absolute Prohibition: The Torture and Ill-Treatment of Palestinian Detainees*, Jerusalén, 2007.

[25] SHOUGHRY-BADARNE, B., "Torture in Israel – A Question of Getting Away With It", en DAYIF, A., HESKETH, K. y RICE, J. (coeditores), *On Torture*, Adalah–The Legal Center for Arab Minority Rights in Israel, Physicians for Human Rights–Israel y Al Mezan Center for Human Rights, 2012, p. 50; y GINBAR, Y., "Celebrating a Decade of Legalised Torture in Israel", *op. cit.,* pp. 173-174. La situación es tal, que incluso niños y adolescentes son objeto de abusos físicos y verbales por parte de las fuerzas de seguridad israelíes. Al respecto, véase: CARMON, G., "Coerced False Confessions: The Case of Palestinian Children. Psychiatric Expert Opinion", en DAYIF, A., HESKETH, K. y RICE, J. (coed.), *On Torture*, *op. cit.,* pp. 85-92.

[26] GINBAR, Y., "Celebrating a Decade of Legalised Torture in Israel", *op. cit.,* p. 186.

por el uso contra detenidos palestinos de métodos de interrogatorio ya prohibidos por la decisión de la Corte Suprema de septiembre de 1999, y por los pocos procedimientos judiciales iniciados a pesar de las numerosas alegaciones de tortura y malos tratos por las fuerzas de orden público.[27]

En noviembre de 2008, las organizaciones de derechos humanos PCATI, HaMoked y la Asociación para los Derechos Civiles en Israel (ACRI) presentaron una moción de desacato judicial ante la Corte Suprema de Justicia, contra el Gobierno de Israel y el Primer Ministro Ehud Olmert, y el Shabak y su director, por su responsabilidad en el otorgamiento de permisos *ex ante* para utilizar la tortura en los interrogatorios, violando la decisión de la Corte Suprema de 1999.[28] La moción fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia alegando razones procedimentales, pues no es posible emplear mociones de desacato en caso de una sentencia declarativa. Lo anterior demuestra, a nuestro juicio, tanto la reticencia de los poderes del Estado para limitar la poder ejecutivo cuando se alega la seguridad estatal, como la institucionalización de la tortura que supuso el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de Israel de 1999, lo que Ginbar denomina "modelo de tortura legalizada", a través de un proceso burocrático de "descriminalización" caso por caso.[29]

5.1.2. El "caso Daschner" en Alemania

En Alemania, un caso de delincuencia común también desencadenó una polémica sobre la legitimidad del uso de la tortura en situaciones excepcionales. En septiembre de 2002, el hijo de 11 años de un banquero fue secuestrado en Frankfurt para pedir un rescate. Tres días después, Magnus Gäfgen, un estudiante de Derecho de 28 años, fue detenido por la policía tras recoger el dinero del rescate. Ante la negativa a desvelar el paradero del menor, el vicepresidente

---

[27] COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Informe del 27o. período de sesiones (12 a 23 de noviembre de 2001) y 28o. período de sesiones (29 de abril a 17 de mayo de 2002)*, (A/57/44), parágrafo 52 (g); y COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Examen de los Informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Observaciones finales del Comité contra la Tortura, 14 de mayo de 2009* (CAT/C/ISR/CO/4), 14 de mayo de 2009, parágrafos 14 y 19.

[28] CORTE SUPREMA DE ISRAEL, "Public Committee Against Torture in Israel et al. v. The State of Israel and the General Security Service", (HCJ 5100/94), 6 de julio de 2009. Los pronunciamientos de la Corte se pueden consultar en: http://www.geneva-academy.ch/RULAC/national_judical_decitions.php?id_state=113.

[29] GINBAR, Y., "Celebrating a Decade of Legalised Torture in Israel", *op. cit.,* pp. 171, 175 y 185-186. También sobre la experiencia israelí: KRETZMER, D., "The Torture Debate: Israel and Beyond", en DOWNES, D., ROCK, P., CHINKIN, C. y GEARTY, C. (eds.), *Crime, Social Control and Human rights. Essays in honour of Stanley Cohen*, Willan Publishing, Cullompten, 2007, pp. 120-135.

de la policía de Frankfurt, Wolfgang Daschner, presionó a los agentes para que amenazaran al detenido con torturarle, "bajo supervisión médica y mediando una advertencia previa", si no revelaba el lugar donde había escondido al chico.[30] El estudiante fue, así, amenazado con ser torturado y finalmente confesó que había matado al pequeño y dio la ubicación del cuerpo.

Tras el proceso penal llevado a cabo contra él, el 28 de julio de 2003 Gäfgen fue condenado a cadena perpetua por asesinato.[31] Al día siguiente recurrió ante el Tribunal Federal de Justicia, alegando que las declaraciones que efectuó y que llevaron a la confesión del crimen y localización del cadáver, fueron obtenidas mediante amenazas. El 21 de mayo de 2004, el Tribunal Federal de Justicia desestimó el recurso.[32] El 23 de junio de 2004 presentó un nuevo recurso ante el Tribunal Constitucional, manifestando que se habían vulnerado sus derechos fundamentales a la dignidad humana y a no ser torturado. El 14 de diciembre de 2004 dicho tribunal declaró el recurso inadmisible, entre otras razones, porque la violación de derechos fundamentales fuera del marco del proceso judicial no suponía que la sentencia del tribunal fuera inconstitucional, toda vez que ésta estaba fundamentada en las pruebas presentadas durante el juicio y que se había prohibido el uso de las declaraciones obtenidas como resultado de las amenazas. En definitiva, entendía el tribunal que no había lugar a la violación de derechos fundamentales si el "fallo procesal" de haber empleado medios prohibidos en la investigación se entendía reparado por los tribunales penales al prohibir como prueba el uso de las declaraciones así obtenidas.[33]

Por su parte, Daschner y el oficial de policía fueron enjuiciados y finalmente condenados el 20 de diciembre de 2004 por el Tribunal Estadual de Frankfurt.[34] El primero fue condenado por coerción y por ordenar a un subordinado la comisión de un delito, y el segundo por coerción. No obstante, el tribunal consideró que existían "sólidas circunstancias atenuantes": que la única preocupación de ambos había sido encontrar el paradero del menor —el cual pensaban

[30] WARD, T., "¿Es en algún caso admisible la tortura?", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9 (2010), p. 5.
[31] TRIBUNAL ESTADUAL DE FRANKFURT, *Sentencia de 28 de julio de 2003* (5/22 Ks 2/03 3490 Js 230118/02). En Alemania, los órganos jurisdiccionales actúan a nivel distrital (Amtsgerichte), estadual (Landgerichte) o federal.
[32] TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA DE ALEMANIA, *Decisión de 21 de mayo de 2004*.
[33] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, *Decisión de 14 de diciembre de 2004* (2 BvR 1249/04).
[34] TRIBUNAL ESTADUAL DE FRANKFURT, *Sentencia de 20 de diciembre de 2004* (5/27 KLs 7570 Js 203814/03 (4/04)). Para un resumen de la sentencia, véase JESSBERGER, F., "Bad torture-good torture? What international criminal lawyers may learn from the recent trial of police officers in Germany", *Journal of International Criminal Justice*, núm. 3, Oxford University Press, 2005, pp. 1059-1073.

que se encontraba en gran peligro—, que se encontraban bajo gran presión debido a su responsabilidad frente a las autoridades y a la sociedad, que estaban exhaustos y en un ambiente muy tenso, que Daschner había asumido responsabilidad por sus actos admitiéndolos y explicándolos en una nota del atestado policial ese mismo día, y que ambos habían sufrido un perjuicio en su carrera profesional —el primero al ser relevado de su cargo y trasladado a otro cometido, y el segundo al habérsele prohibido llevar a cabo investigaciones criminales. En consecuencia, entendiendo que la evaluación de la conducta de los acusados y de sus personalidades demostraba que la imposición de pena no era necesaria, el tribunal sólo les impuso reprimendas y multas. Tanto la acusación como la defensa renunciaron a recurrir la sentencia, por lo que ésta fue firme.[35]

El tribunal, pues, optó por un compromiso entre el mantenimiento de la prohibición contra la tortura y cierta tolerancia en casos en los que la tortura se presenta como el único medio para obtener la información necesaria para salvar vidas. A raíz de este caso, se acuñó el término alemán "Rettungsfolter", que hace referencia al uso de la tortura por un funcionario público para obligar a una persona a que efectúe una declaración sobre de un bien jurídico que se encuentra amenazado y se debe proteger.[36]

A raíz de este caso, el primero en el que un conflicto de este calibre fue juzgado en Alemania, surgió en aquel país un acalorado debate académico que se centró en cuestiones como si la amenaza de infligir dolor quedaba comprendida dentro del ámbito de la prohibición de la tortura, si se puede considerar que existía un estado de necesidad que justificara la medida, si la renuncia a la tortura supondría la vulneración de la dignidad humana del niño —frente a la dignidad humana del secuestrador— al no hacer, todo lo posible por salvarle, o si las informaciones obtenidas del acusado mediante la amenaza de tortura debían ser usadas para probar su culpabilidad.[37] Para Roxin, resulta sorprendente que surgiera esta discusión con ocasión de

---

[35] AMBOS, K., *Terrorismo, tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 21; LA TORRE, M., "Amistades peligrosas. Tortura y Derecho", *op. cit.,* pp. 29-30; MUÑOZ CONDE, F., "La situación de los presos de Guantánamo: entre la tortura y el Estado de Derecho", *op. cit.,* pp. 130-131; ROXIN, C., "¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?", *op. cit.,* p. 23; y WARD, T., "¿Es en algún caso admisible la tortura?", *op. cit.,* p. 6.

[36] AMBOS, K., *Terrorismo, tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, *op. cit.,* p. 24.

[37] GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., "Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho Penal y procesal de la injusticia tolerable", en GARCÍA VALDÉS, C., MARISCAL DE GANTE, M. V., CUERDA RIEZU, A. R., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y ALCÁCER GUIRAO, R. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. 1, Edisofer, 2008, pp. 950 y ss.; GRECO, L., "Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*" [Documento en línea], *InDret*, núm. 4/2007, pp. 1 y ss., en http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78592; MOLINA FERNÁNDEZ,

este caso cuando 26 años antes un supuesto parecido no generó tal polémica. En efecto, en el secuestro en 1977 del presidente de los empresarios de Alemania, se podría haber intentado descubrir el lugar donde lo retenían torturando a los terroristas vinculados con los autores, pero dicho procedimiento fue rechazado por motivos jurídicos.[38]

De todas formas, algunas de estas cuestiones quedaron expresamente resueltas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con motivo de la demanda presentada por Gäfgen el 15 de junio de 2005 contra la República Federal de Alemania. Gäfgen alegaba que había sufrido tortura en violación del artículo 3o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y que también se había violado su derecho a un juicio justo en violación del artículo 6o. del CEDH, toda vez que había sido obligado a incriminarse y que algunas pruebas obtenidas mediante la amenaza de torturas habían sido utilizadas en el juicio.[39] El Gobierno reconoció que el artículo 3o. había sido violado durante el interrogatorio del demandante, si bien enfatizó que dicha violación tuvo lugar en un momento en el que aún se pensaba que el niño podía estar vivo y que su vida estaba en gran peligro.

El TEDH examinó el trato recibido por el demandante, teniendo en cuenta que para la prohibición absoluta de tortura contenida en el artículo 3o. es irrelevante la conducta de la víctima, incluso en un caso de emergencia pública que amenace la vida de la nación o un individuo.

F., "La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?", en CUERDA RIEZU, A. R., (Dir.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*, *op. cit.,* pp. 277-278; y ROXIN, C., "¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?", *op. cit.,* pp. 23 y ss.

[38] Ídem, pp. 30-31.

[39] El artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece lo siguiente: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". Por su parte, el artículo 6 dispone lo siguiente: "1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia".

Asimismo, también resulta irrelevante la razón por la que las autoridades quieran obtener determinada información, ya sea para salvar la vida de una persona o para avanzar en las investigaciones policiales. Por otra parte, el TEDH estimó que la amenaza de torturas al demandante podría llegar a considerarse tortura, toda vez que el trato había causado al demandante un considerable sufrimiento mental, lo que quedaba probado por el hecho de que, aunque se había negado reiteradamente a revelar el paradero del menor, tras las amenazas finalmente lo confesó. No obstante, ciertas circunstancias, como que el interrogatorio duró unos 10 minutos o que se produjo en un momento de gran tensión puesto que los policías —que se encontraban bajo extrema presión— creían que sólo disponían de unas horas para salvar la vida del menor, constituyeron factores atenuantes. En consecuencia, el TEDH estimó que el demandante fue sometido a un trato inhumano prohibido por el artículo 3o. del CEDH. No obstante lo anterior, consideró que en un caso como el presente, en el que la violación del artículo 3o. reside en una amenaza de malos tratos, en lugar de en los propios malos tratos, la reparación quedaría asegurada con el juicio y condena de las personas responsables. Por tanto, su condena se consideró suficiente reparación. En cuanto a la supuesta violación del artículo 6o. del CEDH, el Tribunal estimó que no había habido tal infracción, toda vez que el Tribunal Estadual de Frankfurt decidió en el primer día de juicio que, no sólo la confesión efectuada por Gäfgen, sino todas las posteriores, serían excluidas. El TEDH concluyó que habían existido otras pruebas de cargo y que los derechos a la defensa del demandante no se vieron comprometidos.[40]

Para Ambos, existen muchos paralelismos entre el debate académico que se generó a nivel internacional en relación con los acontecimientos ocurridos en Israel y el debate académico generado en Alemania —de ámbito más bien nacional— a raíz del "caso Daschner". Por ejemplo, la distinción entre tortura "preventiva" —con el fin de obtener información para evitar otros delitos— y la tortura "represiva" —dirigida a obtener pruebas para el juicio penal—, o la discusión sobre la responsabilidad penal *ex post facto* del torturador, frente a la legalidad *ex ante* de los métodos de tortura.[41] En Alemania, la polémica iniciada a raíz de este caso se extendió posteriormente a casos relacionados con el terrorismo, con argumentos como la tesis sobre la

[40] TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Asunto Gäfgen contra Alemania* (núm. 22978/05), sentencia de 30 de junio de 2008.
[41] AMBOS, K., *Terrorismo, tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, *op. cit.,* pp. 24-25.

necesidad de admitir un "Derecho Penal del enemigo" de Jakobs, a la que haremos referencia más adelante.[42]

5.1.3. Las consecuencias del 11-S en la práctica de la tortura por los Estados Unidos de América

5.1.3.1. La legalización de la tortura

La tortura no es una práctica nueva en Estados Unidos, que ya había incurrido en esta violación de derechos humanos en guerras e intervenciones militares como las de Vietnam y Guatemala, había apoyado a regímenes autoritarios que torturaban y les había instruido en métodos de tortura en la Escuela de las Américas.[43] Pero, a pesar de ello, en la tortura no era defendida públicamente e, incluso, en los años 90 Estados Unidos llegó a ratificar la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura.[44] Por aquel entonces, nadie pensaba que pocos años más tarde la tortura llegaría a ser objeto de un serio debate entre los políticos e intelectuales de Estados Unidos.[45]

Y entonces llegó el 11-S. El 11 de septiembre de 2011, una serie de atentados terroristas suicidas cometidos por miembros de la red yihadista "Al-Qaeda" causaron la muerte a cerca de 3.000 personas y heridas a otras 6.000. La catástrofe es conocida mundialmente por la magnitud y singularidad del ataque a la nación más poderosa del mundo: el primer atentado terrorista en suelo estadounidense, que tenía como objetivo destruir los símbolos del poder económico (el "World Trade Center"), militar (el Pentágono) y político (el Capitolio). El clima que se creó en Estados Unidos y a nivel internacional con posterioridad al 11-S permitió que el Gobierno pudiera llevar a cabo su "guerra contra el terrorismo" (oficialmente denominada "war on terror", "guerra contra el terror") y que periodistas, académicos y políticos de diferentes tendencias ideoló-

[42] JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, (2a. ed.), Thomson-Civitas, Navarra, 2006.
[43] AGUIRRE, M., "El debate sobre la regularización de la tortura en la «guerra contra el terror»", *op. cit.,* p. 79.
[44] LUBAN, D., Unthinking the ticking bomb" [Documento en línea], Georgetown Law Faculty Working Papers, 2008, p. 1, disponible en http://scholarship.law.georgetowNo.edu/fwps_papers/68. Estados Unidos firmó la Convención el 18 de abril de 1988 y la ratificó el 21 de octubre de 1994. Para Naomi Klein, lo que diferencia el régimen de Bush de períodos anteriores es que "después de los ataques del 11 de septiembre, se atrevió a pedir el derecho a torturar sin vergüenza alguna". En KLEIN, N., *La doctrina del shock*, *op. cit.,* p. 71.
[45] DERSHOWITZ, A., *Why terrorism Works. Understanding the threat, responding to the challenge*, Yale University Press, New Haven y Londres, 2008, p.134.

gicas apoyaran —al menos en una primera instancia— al Presidente George W. Bush en sus decisiones.[46] Muestra de ello, por ejemplo, fue la denominada "Carta de América", que firmaron numerosos académicos e intelectuales estadounidenses como Walzer, Huntington o Fukuyama. En dicho manifiesto, los firmantes recordaban los valores americanos, reconociendo las políticas erróneas e injustas llevadas a cabo por Estados Unidos, para defender la moralidad y necesidad de lo que denominaban una "guerra justa" contra "Al-Qaeda" y, en consecuencia, apoyar la decisión del Gobierno de hacer uso de las armas.[47]

Por su lado, algunos órganos internacionales reaccionaron rápidamente, recordando a los Estados parte, el carácter irrenunciable de la mayoría de las obligaciones contraídas al ratificar la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y adelantándose a la que sería la política contra el terrorismo de muchos países a partir de entonces y, en particular, en los Estados Unidos.[48]

En efecto, tras los atentados se promulgó una legislación excepcional, conformada fundamentalmente por la "Usa Patriot Act" (conocida como "Patriot Act") y la Orden Militar de 13 de noviembre de 2001.[49] La "Patriot Act" fue promulgada un mes y medio después de la catástrofe, el 26 de octubre de 2001 y fue aprobada por una abrumadora mayoría tanto en la Cámara de representantes como en el Senado estadounidense. La ley, cuyo objetivo era ampliar la capacidad de control del Estado en aras de la lucha contra el terrorismo, ha sido duramente criticada por diversos organismos y organizaciones de derechos humanos por la restricción de libertades y garantías constitucionales que ha supuesto.[50] Por su parte, la Orden Militar de 13 de no-

---

[46] AGUIRRE, M., "El debate sobre la regularización de la tortura en la «guerra contra el terror»", *op. cit.,* p. 80.

[47] HUNTINGTON, S., WALZER, M., SKOCPOL, T., ETZIONI, A., FUKUYAMA, F., PUTNAM, R. D., SEGUÍ, F. (trad.), "Por qué luchamos: carta de América", *Revista internacional de filosofía política*, núm. 21, 2003, pp. 243-257. Michael Walzer, uno de sus autores, ha trabajado profusamente la teoría de la "guerra justa" en publicaciones como: *Terrorismo y guerra justa*, Buenos Aires y Madrid, Katz Barpal Editores, 2008; "Las emergencias y las excusas al terrorismo", *Claves de razón práctica*, núm. 143, 2004, pp. 10-21; y *Guerras justas e injustas: un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2001.

[48] Por ejemplo, la Resolución 1373, de 28 de septiembre de 2001, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales representadas por los actos de terrorismo (S/RES/1373(2001), que obliga a los Estados a cooperar internacionalmente para prevenir y reprimir el terrorismo en todas sus formas, cumpliendo las Convenciones internacionales más relevantes en la materia; y la Declaración adoptada el 22 de noviembre de 2001 por el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas (CAT/C/XXVII/Misc.7).

[49] El título de la ley es un acrónimo ("Usa Patriot") de "Uniting (and) Strengthening America (by) Providing Appropriate Tools Required (to) Intercept (and) Obstruct Terrorism", y fue aprobado por el Congreso de los Estados Unidos de América el 26 de octubre de 2001.

[50] GASCÓN, R., "Los derechos humanos y la tortura", en OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA (coord.), *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia insti-*

viembre de 2001 establecía que los sospechosos de terrorismo que no fueran ciudadanos estadounidenses serían juzgados por tribunales militares, sin poder exigir reparaciones o presentar demanda alguna, directa o indirectamente, ante cualquier tribunal de Estados Unidos, de una nación extranjera o internacional.[51] La orden preveía disposiciones contrarias a la Constitución americana y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, toda vez que el procedimiento no respetaba las garantías exigidas para los procesos penales.[52]

Además de esta legislación excepcional, la Administración Bush trató, a través de la Oficina de Asesoría Legal del Ministerio de Justicia ("Office of Legal Counsel"), de otorgar legitimidad jurídica a la "guerra contra el terror" que marcaría la presidencia. Sus principales estandartes fueron, entre 2001 y 2003, Jay S. Bybee (que después sería nombrado juez federal), John Yoo y el asesor jurídico de la Casa Blanca Alberto Gonzales (después Ministro de Justicia, "Attorney General"). El objetivo de la Oficina era fortalecer al Presidente basándose en la idea de que éste debía asumir grandes decisiones que no debían ser sometidas a la rendición de cuentas al Congreso.[53] Ya en el mismo mes de septiembre de 2001, un informe de la citada Oficina interpretó los poderes presidenciales en sus términos más amplios, concluyendo que ninguna ley del Congreso podría limitar las decisiones del Presidente en relación con una amenaza terrorista en cuanto a la cantidad de fuerza militar a emplear, el método, el momento y la naturaleza de la respuesta. En enero de 2002, dos nuevos informes de la Oficina argumentaban que las Convenciones de Ginebra —cuyas normas rigen el trato humanitario que se debe otorgar a quienes son hechos prisioneros en conflictos, y de las que es firmante Estados Unidos— no amparaban a los detenidos que fuesen sospechosos de pertenecer a "Al-Qaeda" o a los talibanes.[54] Los

---

tucional, *op. cit.,* pp. 86-87. La ley contiene numerosas provisiones y enmiendas a leyes que, según juristas y defensores de derechos humanos, son anticonstitucionales y suponen un ataque directo contra derechos fundamentales como el derecho a la privacidad y a la libertad de expresión. Por ejemplo, la ley amplía la definición de "terrorismo" hasta el punto de incluir actividades no violentas opuestas a la política exterior de Estados Unidos y asimismo permite la recopilación de amplia información sobre los ciudadanos estadounidenses sin la adecuada vigilancia judicial.

[51] LEWIS, A. "La legalización de la tortura tras el 11-S", *Claves de Razón Práctica*, núm. 147, 2004, p. 23. Orden Militar "Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism", de 13 de noviembre de 2001.

[52] MUÑOZ CONDE, F., "La situación de los presos de Guantánamo: entre la tortura y el Estado de Derecho", *op. cit.,* p. 123.

[53] AGUIRRE, M., "El debate sobre la regularización de la tortura en la «guerra contra el terror»", *op. cit.,* p. 76.

[54] LUBAN, D., "The Defense of Torture", *The New York Review of Books*, vol. 54, núm. 4, 2007, p. 4. Los Convenios de Ginebra o Convenciones de Ginebra son una serie de normas internacionales que constituyen la base del Derecho Internacional Humanitario. Están formadas por diferentes tratados internacionales firmados en Ginebra en 1864, 1906, 1929 y 1949, así como por dos Protocolos Adicionales a la Convención de 1949 que fueron aprobados en 1977: Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 8 de junio de 1977; Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977; Convenio de Ginebra (IV) relativo a la protección debida a

asesores legales del Presidente Bush —con la oposición del Secretario de Estado Colin Powell— calificaron a aquéllos de "combatientes ilegales" y les excluyeron del amparo de las Convenciones de Ginebra.[55] La justificación que argüían era que la naturaleza de la guerra que se estaba librando contra el terrorismo requería obtener rápidamente información de terroristas capturados a fin de evitar nuevas atrocidades contra civiles estadounidenses, y que el nuevo paradigma de la "guerra contra el terror" convertía en obsoletas las limitaciones de las Convenciones de Ginebra.[56]

Pero eso no fue todo, en agosto de 2002, la Oficina elaboró varios informes conocidos como "torture memos" o "Bybee memos".[57] En ellos se reelaboraba el concepto de tortura, considerando que las técnicas de interrogatorio que infligen dolor físico no constituirían tortura a no ser que el interrogador buscase intencionadamente provocar un dolor a un nivel asociado con un fallo de un órgano o la muerte, y que las técnicas que infligen sufrimiento psíquico tampoco se considerarían como tal, a no ser que el interrogador pretendiese que los daños se extendiesen durante meses o años.[58] En consecuencia, se podían emplear las denominadas "técnicas reforzadas de interrogatorio" o "técnicas de interrogatorio coercitivas" (*enhanced interrogation techniques*), como el "submarino" o *waterboarding*, que no provocaban daños tan severos. Asimismo, si el objetivo de la acción no era ocasionar deliberadamente sufrimiento, sino conseguir información de buena fe, tampoco sería tortura.[59] También concluían que llevar a

---

las personas civiles en tiempo de guerra, 12 de agosto de 1949; Convenio de Ginebra (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 12 de agosto de 1949; Convenio de Ginebra (II) para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar, 12 de agosto de 1949 Convenio de Ginebra (I) para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña, 12 de agosto de 1949.

[55] El término "combatiente ilegal" ni siquiera aparece en las Convenciones de Ginebra.

[56] LEWIS, A. "La legalización de la tortura tras el 11-S", *op. cit.,* pp. 21-22. La Tercera Convención de Ginebra proporciona un mecanismo —la audiencia ante un "tribunal competente"— para decidir si alguien bajo custodia es un soldado regular de una fuerza contraria, un saboteador, un terrorista o un civil. No obstante, el informe concluía que las Convenciones de Ginebra sólo se aplicaban a Estados y que "Al-Qaeda" no lo era y, respecto a los soldados talibanes, que Afganistán era un "Estado fallido" cuyo territorio había sido invadido por una milicia más que por un gobierno.

[57] Los informes conocidos como "torture memos" son: "Standards of Conduct for Interrogation under 18 USC sections 2340-2340A", "Interrogation of Al-Qaeda" y una carta de John Yoo a Alberto Gonzales.

[58] Ídem, p. 24. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Cuestión de la Tortura manifestó en el año 2004 su preocupación por "los intentos que se han hecho de restringir la definición de la tortura contenida en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (…). El Relator Especial desea subrayar que la definición contenida en la Convención no puede modificarse en función de acontecimientos particulares ni de la voluntad o el interés de los Estados. El Relator Especial también desea recordar que la prohibición se refiere tanto a la tortura como a los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". En RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA CUESTIÓN DE LA TORTURA, *Informe a la Asamblea General*, 1 de septiembre de 2004 (A/59/324), parágrafo 16.

[59] LA TORRE, M., "La teoría del derecho de la tortura", *op. cit.,* pp. 75-76; y TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* p. 46.

cabo acciones legales contra los interrogadores era inconstitucional y que se podía interrogar a detenidos bajo tortura mediante la justificación penal de la legítima defensa o del estado de necesidad.[60] La existencia de estos informes se conoció en abril de 2004 y supuso un escándalo a nivel mundial.[61] El entonces Ministro de Justicia, John Ashcroft, rápidamente repudió el informe y la Oficina de Asesoría Legal lo retiró y sustituyó por otro ("Levin memorandum"). El nuevo informe afirmaba la oposición de Estados Unidos frente a la tortura, aunque dejaba abierta la posibilidad de que el Presidente pudiera autorizarla en casos determinados y seguía contemplando técnicas de interrogatorio polémicas, por lo que se le criticó que los cambios fueron en su mayor parte "cosméticos".[62]

5.1.3.2. Las denuncias de torturas y malos tratos vinculadas al 11-S

Así pues, la tortura se convirtió en un tema de conversación en la calle. Políticos y pensadores estadounidenses tanto progresistas como conservadores defendieron, como veremos más adelante, que puede estar justificado un uso excepcional de la tortura para combatir el terrorismo que trágicamente había sufrido el país y, concretamente, para recopilar información que permitiese evitar ataques terroristas futuros.[63]

Organismos internacionales de derechos humanos, ONGs y medios de comunicación denunciaron desde el año 2001 torturas y malos tratos en los centros de detención de Guantá-

[60] LUBAN, D., "The Defense of Torture", *op. cit.,* pp. 2-3.

[61] Yoo defendió las decisiones adoptadas por la Oficina de Asesoría Legal entre 2001 y 2003 en un libro que no estuvo exento de polémica: YOO, J, *War by other means: an insider's account of the war on terror*, Atlantic Monthly Press, 2006. Entre 2004 y 2009, la Oficina de Responsabilidad Profesional del Ministerio de Justicia ("Office of Professional Responsability") investigó a Yoo, concluyendo que había incurrido en una falta de ética laboral en su trabajo como asesor legal del gobierno, a pesar de lo cual la recomendación para que se abriera un procedimiento disciplinario en su colegio de abogados no fue finalmente aprobada. Por su parte, el Comité Internacional de Derechos Humanos de la Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva York se pronunció a favor de que los asesores legales del Presidente Bush fueran sancionados profesionalmente por haber intentado legalizar la tortura de los detenidos. En LEWIS, A. "La legalización de la tortura tras el 11-S", *op. cit.,* p. 24.

[62] Las "torture memos" de la Oficina de Asesoría Legal de la Administración Bush se recogen en GREENBERG, K. J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York University, Nueva York, 2006. Sobre esta cuestión, también RAMÓN CHORNET, C., "Las prerrogativas de la CIA en la eliminación de presuntos terroristas y en la práctica de torturas", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, núm. 1, 2004, pp. 542-544.

[63] En palabras de Luban, la tortura se volvió "civilizada". En LUBAN, D., "Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb", *op. cit.,* p. 1436. Y ello a pesar de que, como recuerda este autor, el rechazo a la tortura es común a las ideologías progresista y conservadora en la medida en que ambas pertenecen a la cultura liberal (en el sentido de John Stuart Mill, es decir, de la imposición de límites al gobierno y la importancia de la dignidad humana y los derechos individuales). Ídem, pp. 1425-1426.

namo (Cuba), Abu Ghraib (Irak) y Bagram (Afganistán).[64] Las denuncias alcanzaron su momento más mediático cuando en enero de 2004 estalló el escándalo de las fotografías tomadas por

[64] La ONG internacional de derechos humanos HUMAN RIGHTS WATCH ha publicado los siguientes informes en relación con la materia: *Getting Away with Torture. The Bush Administration and Mistreatment of Detainees*, Nueva York (Estados Unidos), 2011; *No Direction Home. Returns from Guantanamo to Yemen*, Nueva York (Estados Unidos), 2009; *Fighting Terrorism Fairly and Effectively. Recommendations for President-Elect Barack Obama*, Nueva York (Estados Unidos), 2008; *Locked Up Alone. Detention Conditions and Mental Health at Guantanamo*, Nueva York (Estados Unidos), 2008; *Off the Record. U.S. Responsibility for Enforced Disappearances in the "War on Terror"*, Nueva York (Estados Unidos), 2007; *The Omar Khadr Case. A Teenager Imprisoned at Guantanamo*, Nueva York (Estados Unidos), 2007; *The Stamp of Guantanamo. The Story of Seven Men Betrayed by Russia's Diplomatic Assurances to the United States*, Nueva York (Estados Unidos), 2007; *Cases Involving Diplomatic Assurances against Torture Developments since May 2005,* Nueva York (Estados Unidos), 2007; *Cruel and Degrading. The Use of Dogs for Cell Extractions in U.S. Prisons,* Nueva York (Estados Unidos), 2006; *"No Blood, No Foul". Soldiers' Accounts of Detainee Abuse in Iraq,* Nueva York (Estados Unidos), 2006; *Descriptions of Techniques Allegedly Authorized by the CIA,* Nueva York (Estados Unidos), 2005; *Leadership failure. Firsthand Accounts of Torture of Iraqi Detainees by the U.S. Army's 82nd Airborne Division,* Nueva York (Estados Unidos), 2005; *Getting Away with Torture? Command Responsibility for the U.S. Abuse of Detainees,* Nueva York (Estados Unidos), 2005; *Guantanamo: Detainee Accounts,* Nueva York (Estados Unidos), 2004; *Interrogation Techniques for Guantanamo Detainees,* Nueva York (Estados Unidos), 2004; *Table of Interrogation Techniques Recommended/Approved by U.S. Officials,* Nueva York (Estados Unidos), 2004*; The Road to Abu Ghraib,* Nueva York (Estados Unidos), 2004; *The Legal Prohibition Against Torture,* Nueva York (Estados Unidos), 2004; *In the Name of Counter-Terrorism: Human Rights Abuses Worldwide,* Nueva York (Estados Unidos), 2003.

Asimismo, deben citarse los siguientes informes de AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Human rights betrayed. 20 years after us ratification of ICCPR, human rights principles sidelined by 'Global War' theory*, Londres (Reino Unido), 2012; *Mirar para otro lado, el gobierno aparta la mirada mientras los jueces dictan resoluciones sobre la tortura y otros abusos*, Madrid, 2011; *Many words, no justice. Federal court divided on Ali al-Marri, mainland 'enemy combatant'*, Londres (Reino Unido), 2008; *Causa pendiente. De Abu Ghraib a la custodia secreta de la CIA: El caso de Khaled al-Maqtari*, Madrid, 2008; *¿Se puede confiar? Extradiciones y garantías de Estados Unidos en la "guerra contra el terror"*, Madrid, 2008; *Crueles e inhumanas. Las condiciones de aislamiento en el centro de detención de Guantánamo*, Madrid, 2007; *Otro día en Guantánamo*, Madrid, 2007; *¿Quiénes son los detenidos de Guantánamo? Caso 20: Majid Khan*, Madrid, 2007*; Cerremos Guantánamo: símbolo de injusticia*, Madrid, 2007; *Cinco años en "el lado oscuro". Una mirada retrospectiva a las detenciones en la "guerra contra el terror"*, Madrid, 2006; *¿Entrega-tortura juicio? El caso del detenido de Guantánamo Mohamedou Ould Slahi*, Madrid, 2006; *La entrega de Khaled El-Masri. Macedonia/Alemania/Estados Unidos*, Madrid, 2006; *Fuera del radar: vuelos secretos a la tortura y la "desaparición"*, Madrid, 2006; *Comisiones militares para juzgar a las personas detenidas en la "guerra contra el terror"*, Madrid, 2006; *Guantánamo: Vidas desgarradas. Los efectos de la reclusión por tiempo indefinido en los detenidos y sus familiares*, Madrid, 2006; *¿Quiénes son los detenidos de Guantánamo? CASO 16. Ciudadano sudanés: Sami al Hajj*, Madrid, 2006; *Más allá de Guantánamo: La búsqueda constante de un poder ejecutivo sin límites*, Madrid, 2005; *Negación de la dignidad humana: Tortura y rendición de cuentas en la "guerra contra el terrorismo"*, Madrid, 2004*; Memorándum al gobierno estadounidense sobre los derechos de las personas que están bajo la custodia de Estados Unidos en Afganistán y en Guantánamo*, Madrid, 2002.

Por su parte, el COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR) ha publicado al respecto *Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on the treatment by the coalition forces of prisoners of war and other protected persons by the Geneva Conventions in Iraq during arrest, internment and interrogation*, Ginebra (Suiza), 2004.

El INTERNACIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE ha publicado sobre la materia *Investigando y penalizando los abusos cometidos contra prisioneros en las operaciones antiterroristas de Estados Unidos*, Nueva York (Estados Unidos), 2009.

Revelador resulta también el documental británico del año 2006 "Camino a Guantánamo" ("The road to Guantanamo"), de los directores Michael Winterbottom y Mat Whitecross. Es la historia de cuatro amigos británicos que en septiembre de 2001 viajaron a Pakistán para asistir a una boda y para unas vacaciones en Pakistán. Allí fueron capturados por la Alianza del Norte y luego pasaron a manos de los estadounidenses, que los condujeron a Kandahar. Desde allí, tres de ellos (Shafiq, de 23 años, Asif y Ruhel, ambos de 19 años) fueron trasladados a Guantánamo, donde permanecieron más de dos años prisioneros, sometidos a incontables humillaciones y torturas. El 5 de marzo de 2004 fueron trasladados al Reino Unido, donde fueron puestos en libertad sin cargos.

Desgraciadamente, España también ha sido objeto de crítica por las actuaciones de las tropas españolas en Irak. El 17 de marzo de 2013 el diario *El País* sacó a la luz un vídeo en el que se podía ver a soldados españoles propinando una paliza a dos prisioneros iraquíes en los calabozos de Base España en Diwaniya (Irak). Como consecuencia, la juez togado militar territorial núm. 12 abrió un procedimiento de diligencias previas para investigar los hechos. En http://politica.elpais.com/politica/2013/03/23/actualidad/

un grupo de soldados estadounidenses en Abu Ghraib con imágenes de abusos a detenidos. El Presidente Bush lo excusó como un acto puntual y desgraciado de unos pocos soldados.[65]

En su segundo informe periódico sobre Estados Unidos, publicado en 2006, el CAT formuló una serie de recomendaciones en relación con las obligaciones contraídas en virtud de la Convención, entre las cuales se encontraban cerrar el Centro de Detención de Guantánamo y garantizar que las personas allí detenidas no fuesen enviadas a países en los que pudieran sufrir malos tratos, asegurar que ninguna persona fuese recluida en centros de detención secretos, detener la entrega extraordinaria de sospechosos a terceros países, aplicar la Convención en todas las zonas bajo el control efectivo de los Estados Unidos y garantizar que todos los responsables de tortura y malos tratos rindiesen cuentas de sus actos y fuesen sancionados.[66]

Ese mismo año se presentó el Informe "Situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo", de cinco titulares de mandatos de los procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos que, desde junio de 2004, siguieron conjuntamente la situación de las personas detenidas en dicha base naval: la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (Leila Zerrougui), el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados (Leandro Despouy), el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Manfred Nowak), la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias (Asma Jahangir) y el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (Paul Hunt). El informe concluyó que se estaban produciendo múltiples violaciones de los Tratados y Convenios internacionales de derechos humanos suscritos por Estados Unidos. Así, la detención de todas las personas retenidas en la bahía de Guantánamo constituye una detención arbitraria en violación del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (en adelante PIDCP) y una violación grave de diversas garantías inherentes al derecho a un juicio justo

1364068133_631860.html. Asimismo, el periodista Gervasio Sánchez ha denunciado el maltrato sufrido por el traductor Flayeh al Mayali durante sus meses de detención en la "Base España". En http://blogs.heraldo.es/gervasiosanchez/?p=2685.

[65] AGUIRRE, M., "El debate sobre la regularización de la tortura en la «guerra contra el terror»", *op. cit.,* p. 71.

[66] COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Examen de los Informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura. Estados Unidos de América*, 36o. período de sesiones, 25 de julio de 2006 (CAT/C/USA/CO/2). El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Cuestión de la Tortura también ha manifestado en diferentes ocasiones su preocupación por los intentos de negar el carácter absoluto de la prohibición de la tortura y otros malos tratos en aras de la lucha contra el terrorismo, en particular en relación con los interrogatorios y las condiciones de detención de los presos. A este respecto, véanse el *Informe a la Asamblea General*, 1 de septiembre de 2004, *op. cit.,* parágrafos 13 a 24; y el *Informe a la Asamblea General*, 2 de julio de 2002 (A/57/173), parágrafos 2 a 35.

ante un tribunal independiente como se dispone en el artículo 14 del PIDCP. Las técnicas de interrogatorio autorizadas por el Departamento de Defensa, particularmente si se emplean de manera simultánea, constituyen tratos degradantes, en violación del artículo 7o. del PIDCP y del artículo 16 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Si en los casos individuales la víctima padeció grandes dolores o sufrimientos, el informe estima que estos actos constituyen tortura tal como está definida en el artículo 1o. de la Convención. En cuanto a las condiciones generales de detención, en particular la incertidumbre sobre la duración de la detención y el aislamiento prolongado, éstas constituyen tratos inhumanos y violación del derecho a la salud y del derecho de los detenidos, conforme al párrafo 1 del artículo 10 del PIDCP a ser tratados humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Además, se manifiesta que la práctica consistente en entregar a las personas a países en los que corren un riesgo considerable de ser torturadas, constituye una violación del principio de no devolución y contraviene al artículo 3o. de la Convención y al artículo 7o. del PIDCP. Por último, la falta de una investigación imparcial de las denuncias de tortura y malos tratos y la consiguiente impunidad de los autores constituye una violación de los artículos 12 y 13 de la Convención contra la Tortura.[67]

Asimismo, el Parlamento Europeo ha dictado en la última década varias resoluciones en relación con la situación de los detenidos en Guantánamo, en las que reiteradamente ha condenado todas las formas de tortura y de malos tratos, ha pedido a las autoridades de Estados Unidos que velen por que no se recurra a "técnicas especiales de interrogatorio" (como métodos que implican la humillación sexual, el llamado "submarino", etc.), ha solicitado el cierre de Guantánamo, y ha insistido en que el trato que debe darse a todos los presos debe ser conforme al Derecho humanitario internacional y que, en caso de que sean inculpados, deben ser juzgados sin demora en una vista justa y pública por un tribunal competente, independiente e imparcial o por un tribunal internacional.[68]

---

[67] COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo (Informe de la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Leila Zerrougui; del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy; del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak; de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Asma Jahangir; y del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt)*, 27 de febrero de 2006 (E/CN.4/2006/120).

[68] Véanse las Resoluciones del Parlamento Europeo: *Resolución sobre el derecho de los detenidos de Guantánamo a un juicio justo*, de 10 de marzo de 2004 (P5_TA(2004)0168), *Resolución sobre la situación de los detenidos en Guantánamo*, de 13 de junio de 2006 (P6_TA(2006)0254), *Resolución sobre el retorno y la reintegración de los reclusos del centro de detención de Guantánamo*, de 4 de febrero de 2009 (2010/C 67 E/10), y *Resolución sobre Guantánamo: decisión inminente sobre la pena de muerte*, de 9 de junio de 2011 (2012/C 380 E/18).

A lo anterior debe añadirse que se han producido numerosas muertes de detenidos, algunas mientras estaban siendo interrogados. Lewis cita dos casos de oficiales del ejército iraquí que fallecieron en 2003 y 2004. En ambos casos los certificados de defunción atribuían las muertes a "causas naturales", pero después de sendos artículos del periódico "Denver Post" cuestionando las circunstancias de los fallecimientos, el Pentágono admitió que las muertes se debían, en un caso, a "asfixia debida al ahogo y la compresión del tórax", con "señales de traumatismo contuso severo en tórax y piernas", y en el segundo a "fuertes lesiones contusas y asfixia". También se ha demostrado que muchos civiles fueron detenidos por error y torturados.[69] Es conocido también el caso de Khaled Shaik Mohammed, acusado de ser el "principal arquitecto de los ataques del 11-S" por la comisión de investigación de los atentados tras haber confesado su ideación y participación en los principales atentados terroristas de los últimos años.[70] No obstante, las técnicas de tortura a las que fue sometido han puesto en duda la validez de dichas confesiones. Concretamente, ha denunciado haber sido sometido a técnicas de privación de suelo durante 71 días, a múltiples "submarinos" y que le mantuvieron desnudo por un periodo de un mes, entre otras torturas.[71]

Por si fuera poco, la práctica del Gobierno de Estados Unidos de trasladar extra-judicialmente prisioneros a Estados en los que es conocido que se practica la tortura en vuelos secretos ("extraordinary renditions"), utilizando espacios aéreos y aeropuertos de varios países, así como la existencia de cárceles secretas de la CIA diseminadas fundamentalmente en Asia y Oriente Medio, ha dado lugar a lo que Terestchenko denomina "el archipiélago estadounidense de la tortura", provocando una gran conmoción internacional.[72] Los detenidos, esposados y encapuchados, eran embarcados en aviones clandestinos de la CIA para ser sometidos a interrogatorios que incluían el uso de la tortura y en los que participaban servicios secretos extran-

---

[69] LEWIS, A. "La legalización de la tortura tras el 11-S", *op. cit.,* pp. 24 y 26. Más adelante se hará referencia a casos conocidos de detenciones de personas inocentes por error.

[70] NATIONAL COMMISSION ON TERRORIST ATTACKS UPON THE UNITED STATES, *The 9/11 Commission Report. Final report of the National Commission on Terrorist Attacks upon the United States*, 22 de Julio de 2004.

[71] COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR), *ICRC Report on the treatment of fourteen « high value detainees » in CIA custody*, Washington DC (Estados Unidos), 2007. A este caso también se hace referencia en el conocido como "CIA Torture Report" que se citará más adelante.

[72] El informe de Human Rights Watch, *Empty Promises: Diplomatic Assurances No Safeguard against Torture*, Nueva York (Estados Unidos), 2004, documenta casos en los que algunos gobiernos regresaron o sospechosos con base en "garantías diplomáticas" por parte de Estados con un historial de tortura. El caso más conocido es el de Maher Arar, nacional sirio-canadiense que fue detenido en Nueva York y enviado a Siria (en lugar de a Canadá, donde residía). A pesar de las garantías diplomáticas prestadas por este país, sufrió múltiples torturas.

jeros, con el objetivo de mantener a los detenidos lejos de la supervisión judicial. Bajo este programa se han trasladado detenidos a Guantánamo, a centros de detención en Irak y Afganistán, a cárceles secretas de la CIA o a terceros países con escaso respeto por los derechos humanos —como Egipto, Jordania o Siria.[73] Por lo que respecta a la participación de países europeos en estas prácticas, el Consejo de Europa llevó a cabo una investigación liderada por

[73] AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Fuera del radar: vuelos secretos a la tortura y la "desaparición"*, 2006; DE LUCAS, F. J., "Un cáncer que crece. Tortura y democracia", *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, núm. 17, 2005, pp. 41-46; GASCÓN, R., "Los derechos humanos y la tortura", en OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA (Coord.), *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, *op. cit.,* p. 83; GUARDANS CAMBÓ, I., "Entregas extraordinarias, torturas y vuelos de la CIA", en CUERDA RIEZU, A. Y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (Dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional*, *op. cit.,* pp. 17-46; MONTOYA, R., *La impunidad imperial. Cómo EEUU legalizó la tortura y "blindó" ante la justicia a sus militares, agentes y mercenarios*, La Esfera de los Libros, Madrid, 2005, MUÑOZ CONDE, F., "La situación de los presos de Guantánamo: entre la tortura y el Estado de Derecho", *op. cit.,* p. 121; y TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* p. 57 y ss. Terestchenko describe varios casos de "transferencias extrajudiciales". Uno de los más conocidos es el de Mohammed Binyam, un ciudadano etíope residente en Reino Unido que fue arrestado en Karachi (Pakistán) en abril de 2002 por las autoridades pakistaníes y entregado a los interrogadores estadounidenses. Durante más de año y medio, Binyam fue detenido y torturado en diversas prisiones de Pakistán y Marruecos, donde finalmente accedió a confesar su participación en diversas actividades de Al Qaeda. Tras la confesión fue encerrado en un centro de detención de la CIA en Afganistán conocido como "dark prison" o "prison of darkness". En septiembre del 2005 fue trasladado a Guantánamo, donde dijo a su abogado que la confesión había sido forzada y que nada de lo que había confesado era cierto. En agosto de 2007, Reino Unido solicitó a Estados Unidos que le liberara. Estados Unidos retiró los cargos contra él y finalmente regresó al Reino Unido en febrero de 2009. En febrero de 2010, el Tribunal de Apelación del Reino Unido determinó que había sido sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes por las autoridades de Estados Unidos, con la complicidad de los servicios de inteligencia británicos, y le otorgó una indemnización de un millón de libras. Noticias de la BBC y del Daily Telegraph en relación con Mohamed Binyam: http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/7870387.stm y http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/terrorism-in-the-uk/7204741/MI5-knew-Guantanamo-detainee-Binyam-Mohamed-was-being-tortured.html.

También es conocido el desgraciado caso del ciudadano alemán de origen libanés Khaled El-Masri, detenido el 31 de diciembre 2003 y recluido de forma ilegal en Macedonia por agentes de este país. El 23 de enero de 2004 fue entregado a agentes estadounidenses, que lo trasladaron en un vuelo secreto a Afganistán vía Irak. Estuvo recluido durante cinco meses en una cárcel gestionada por Estados Unidos en Afganistán, donde fue sometido a malos tratos. Tras advertir que se trataba de un error de identidad, lo trasladaron a la frontera albanesa, desde donde las autoridades albanesas dispusieron su traslado de regreso a Alemania. En AGUIRRE, M., "El debate sobre la regularización de la tortura en la «guerra contra el terror»", *op. cit.,* p. 78; y AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La entrega de Khaled el-Masri. Macedonia/Alemania/Estados Unidos*, 2006. El 13 de diciembre de 2012, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a la ex República Yugoslava de Macedonia por detención ilegal, desaparición forzada, tortura y otros malos tratos de Khaled El Masri, y su transferencia fuera de Macedonia a lugares en los que sufrió graves violaciones de sus derechos humanos (TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, "Asunto El-Masri contra la Antigua República Yugoslava de Macedonia" (núm. 39630/09), 13 de diciembre de 2012). Para Amnistía Internacional, esta resolución marca un momento histórico, ya que es la primera vez que se hace responsable a un Estado europeo de su participación en los programas secretos dirigidos por Estados Unidos, y supone un hito en la lucha contra la impunidad. Nota de prensa de Amnistía Internacional en http://www.es.amnesty.org/presidencia-europea/noticias-relacionadas/noticia/articulo/resolucion-historica-sobre-el-programa-de-entregas-de-la-cia/.

Por último, debe mencionarse que la condena dictada por un tribunal italiano, el 4 de noviembre de 2009, a entre siete y nueve años de prisión a 22 agentes de la CIA, todos fugitivos, por el secuestro en 2003 del clérigo egipcio Osama Mustafá Naser (conocido como Abu Omar) y su posterior traslado a Egipto del imán, donde pasó casi cuatro años aislado en una cárcel de El Cairo, en la que fue torturado hasta que salió en libertad sin cargos. La Corte de Apelación de Milán ratificó en diciembre de 2010 las condenas y en septiembre del año 2012 fueron confirmadas por la Corte de Casación. En una noticia del diario "El País" del 19 de julio de 2013 se recogía la detención en Panamá del ex agente Robert Seldon Lady Seldon, sobre quien recayó la mayor condena, al ser considerado el principal responsable, y el único sobre el que pesaba una orden internacional de captura. La noticia se puede consultar en: http://internacional.elpais.com/internacional/2013/07/19/actualidad/1374190685_855429.html.

el parlamentario Dick Marty que fundamentaron sendas Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa del 27 de junio de 2006 y 11 de junio de 2007 en las que se instaba a los Estados a adoptar medidas para poner fin a la práctica de entrega y detenciones secretas dirigida por Estados Unidos.[74] Por su parte, el Parlamento Europeo aprobó el 14 de febrero de 2007, el 19 de febrero de 2009 y el 11 de septiembre de 2012 tres Resoluciones sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos.[75] En ellas, el Parlamento Europeo condena repetida y contundentemente prácticas como las «entregas extraordinarias», la detención sin juicio, las prisiones secretas y la tortura, y ha pedido una completa investigación sobre el supuesto grado de implicación de algunos Estados miembros en la colaboración con las autoridades de los Estados Unidos.

Otro aspecto muy criticado en estas violaciones de derechos humanos ha sido la subcontratación de servicios privados de seguridad para realizar tareas militares, algunos de los cuales han estado directamente implicados en malos tratos en Abu Ghraib.[76] Esta "tercerización" de la guerra facilita la impunidad de las violaciones de derechos humanos, ya que los operati-

---

[74] ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states,* de 27 de junio de 2006 (Resolución 1507 (2006)), y *Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report*, de 11 de junio de 2007 (Resolución 1562 (2007)). Las acusaciones más graves de los informes elaborados por Dick Marty iban dirigidas a Polonia y Rumania, existiendo serios indicios de que albergaron prisiones secretas. A otros países, como Reino Unido, Suecia, Italia, Macedonia, Alemania, Bosnia-Herzegovina o Turquía se les achacaban distintos grados de responsabilidad en el secuestro y traslado de sospechosos, y finalmente se declaraba que otros países, entre los que se encontraba España, colaboraron activa o pasivamente en las detenciones y traslados ilegales.

[75] PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos*, de 14 de febrero de 2007 (2006/2200 (INI)), *Resolución sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos*, de 19 de febrero de 2009 (P6_TA(2009)0073), y *Resolución sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos: seguimiento del Informe de la Comisión TDIP del Parlamento Europeo*, de 11 de septiembre de 2012 (2012/2033(INI)). En AGUIRRE, M., "El debate sobre la regularización de la tortura en la «guerra contra el terror»", *op. cit.,* pp. 78 y 85; y GASCÓN, R., "Los derechos humanos y la tortura", en OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA (Coord.), *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, *op. cit.,* pp. 83-85. La Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT) pidió a los Estados que rechazasen el tránsito por su territorio de los aviones que pudiesen transportar detenidos para ser interrogados en terceros países sin las garantías previstas por los instrumentos internacionales. En SOTTAS, E., "La tortura: relativismos político, cultural y económico. El choque de las convicciones", en OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA (Coord.), *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, *op. cit.,* p. 14.

[76] AGUIRRE, M., "El debate sobre la regularización de la tortura en la «guerra contra el terror»", *op. cit.,* p. 75. Según denuncias recibidas por el Relator Especial sobre la Cuestión de la Tortura, algunos contratistas privados sometieron a presuntos terroristas a torturas y malos tratos. En RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA CUESTIÓN DE LA TORTURA, *Informe a la Asamblea General*, 1 de septiembre de 2004, *op. cit.,* parágrafo 19.

vos de empresas privadas quedan fuera de la cadena de mando militar.[77] Sin embargo, como señala el Comité de Derechos Humanos, "las obligaciones positivas de los Estados Parte de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas".[78]

Asimismo, debe hacerse una referencia al papel que médicos, psicólogos y psiquiatras desempeñaron en los malos tratos y torturas que se infligieron a detenidos con la excusa de la "guerra contra el terror", a pesar del código de deontología médica y de las declaraciones emitidas por organizaciones internacionales representativas de los profesionales de la salud, como la Declaración de Tokio, adoptada en 1975 por la Asamblea Médica Mundial, que estipulaba que en su punto primero que "el médico no deberá favorecer, aceptar o participar en la práctica de la tortura o de otros procedimientos crueles, inhumanos o degradantes, cualquier sea el delito atribuido a la víctima, sea ella sospechosa, acusada o culpable, y cualquiera sean sus creencias o motivos y en toda situación, incluido el conflicto armado o la lucha civil". O los "principios de Ética Médica" aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982, que establecen que la única relación ética entre los reclusos y los profesionales de la salud es la destinada a evaluar, proteger y mejorar la salud de los prisioneros y que, por tanto, la evaluación de la salud de un detenido con el fin de facilitar su castigo o tortura es evidentemente contraria a la ética profesional..[79] Pues bien, el "Institute on Medicine as a Profession"

---

[77] GASCÓN, R., "Los derechos humanos y la tortura", en OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA (Coord.), *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, *op. cit.,* p. 82.Sobre esta cuestión, véase MONTOYA, R., *La impunidad imperial. Cómo EEUU legalizó la tortura y "blindó" ante la justicia a sus militares, agentes y mercenarios*, *op. cit.,* Capítulo VII "Los mercenarios y la privatización de la guerra" (pp. 203-237).

[78] COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General núm. 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta*, 80o. período de sesiones, 26 de mayo de 2004 (HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004)).

[79] Declaración de Tokio. Normas directivas para médicos con respecto a la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, impuestos sobre personas detenidas o encarceladas, adoptada en la 29a. Asamblea Médica Mundial, 10 de octubre de 1975, Tokio (Japón); y Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 18 de diciembre de 1982 (Resolución 37/194). Por su parte, el Protocolo de Estambul establece, en su parágrafo 50: "(…) El principio básico del conjunto de la ética de la atención de salud, cualquiera que sea la forma como se enuncie, es el deber fundamental de actuar

(IMAP) y la Fundación "Open Society" publicaron en noviembre de 2013 un informe en el que se ponían de manifiesto las malas prácticas y violación de códigos éticos de conducta por profesionales de la salud y la psiquiatría en los interrogatorios a detenidos tras los atentados del 11 de septiembre. Entre los autores del informe hay militares, juristas y médicos que exigen una investigación del Comité de Inteligencia del Senado que saque a la luz las prácticas médicas llevadas a cabo en los centros de detención y cárceles secretas de Estados Unidos, así como que se instauren normas que garanticen que los médicos y psicólogos que trabajan para el Ejército puedan cumplir con las obligaciones éticas a las que les obliga su profesión.[80]

5.1.3.3. Las investigaciones realizadas por las autoridades estadounidenses

Tras las numerosas evidencias y denuncias de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, el gobierno norteamericano inició una serie de investigaciones. En el informe oficial del Pentágono sobre los abusos de Guantánamo elaborado por los Generales Schmidt y Furlow en 2005 se examinaron algunas denuncias de métodos de tortura empleados en dicha base militar. Las denuncias, normalmente procedentes de agentes del FBI, se refieren a aspectos como privar a los detenidos de comida y agua, ponerles música muy alta, taparles la boca con cinta adhesiva, alterar las condiciones de temperatura de sus celdas, que interrogadoras les tocaran y susurrasen al oído, interrogatorios durante 16 horas al día, etc., estando muchas de estas técnicas permitidas por los responsables. Respecto a las prácticas no permitidas que pudieron ser contrastadas, se comprobó por ejemplo que durante 2003 y 2004 algunos detenidos fueron movidos de celda cada pocas horas para perturbar sus pautas de sueño y disminuir su habilidad para resistir los interrogatorios (el cínicamente conocido como *frequent flyer program*), técnica que fue después aprobada, y que a un detenido se le tapó la boca con cinta adhesiva

---

siempre de conformidad con los mejores intereses del paciente, sean cuales fueren las limitaciones, presiones u obligaciones contractuales (...)".

[80] INSTITUTE ON MEDICINE AS A PROFESSION (IMAP) y OPEN SOCIETY FOUNDATION (OSF), *Ethics abandonned. Medical Professionalism and detainee abuse on the war on terror*, 2013. El ya citado informe de la Comisión de Derechos Humanos *Situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo* también recogía la preocupación por "las supuestas violaciones de las normas éticas por los profesionales de la salud en la bahía de Guantánamo y el efecto que dichas violaciones tienen en la calidad de la atención sanitaria, incluida la atención de salud mental, que se dispensa a los detenidos". Por su parte, Luban considera que todos los profesionales implicados en la aplicación de torturas o métodos de interrogatorio (como abogados, psiquiatras, psicólogos y antropólogos) deberían llevar a cabo debates sobre el "alma" de sus profesiones. En Estados Unidos, algunas asociaciones profesionales prohibieron la participación en interrogatorios, pero otras no, y forman parte esencial de la tortura a los detenidos. En LUBAN, D., "Torture and the Professions", *Criminal Justice Ethics*, 2007, pp. 58-65.

para que se callara.[81] También se comprobó que al menos en dos ocasiones, entre febrero de 2002 y febrero de 2003, dos detenidos fueron engrilletados al suelo, de modo que quedaran en posición fetal, si bien no se pudo determinar la responsabilidad de los hechos, así como tampoco se pudieron comprobar las declaraciones de sendos agentes del FBI de que un detenido había permanecido en el suelo sobre sus propios excrementos y de que otro se había arrancado el pelo.[82]

Asimismo, el informe de los Generales Schmidt y Furlow detalla los dos "planes de interrogatorio especial" aplicados a sendos detenidos considerados como de especial interés por posesión de información relevante acerca de ataques terroristas futuros y que habían mostrado "técnicas refinadas de resistencia a los interrogatorios". El primero se inició el 23 de noviembre de 2002 con uno de ellos, con técnicas permitidas por el entonces Secretario de Defensa (Donald Rumsfeld), como la utilización de perros del ejército durante los interrogatorios para asustarle (lo que sin embargo se prohibió posteriormente).[83] Otras prácticas autorizadas con este detenido fueron interrogatorios de 20 horas al día (quedando probado que fue interrogado 18-20 horas al día durante 48 de 54 días) o el aislamiento hasta 60 días —se comprobó, no obstante, que el detenido fue aislado durante más de cinco meses, si bien se alega que tuvo contacto regular con interrogadores. Para desesperanzarle y minar su resistencia, llevaron a cabo prácticas como obligarle a ponerse un sujetador y llevar un tanga en la cabeza durante el interrogatorio, decirle que su madre y su hermana eran prostitutas, acusarle de ser homosexual, ponerle una cadena y obligarle a hacer trucos como si fuera un perro, hacerle bailar con un interrogador, practicarle registros integrales, dejarle desnudo frente a mujeres, impedir que rezara o verter agua sobre su cabeza. Aunque las técnicas estaban autorizadas, el informe concluyó que el uso conjunto y continuado de ellas había constituido un trato degradante y abusivo, si bien no llegaban al nivel de trato inhumano. En consecuencia, se estimó que el Comandante del Grupo de Trabajo Conjunto (*Joint Task Force Commander*) de Guantánamo falló en su responsabilidad de supervisar los interrogatorios, poniendo límites en la aplicación de técnicas autorizadas. Según el informe, su falta de supervisión permitió que sus subordinados tomaran decisiones "creativas" en un entorno que requería controles muy precisos.[84] En agosto de 2003 se aprobó

[81] US DEPARTMENT OF DEFENSE, *Army Regulation 15-6: Final Report, Investigation into FBI Allegations of Detainee Abuse at Guantanamo Bay, Cuba Detention Facility ("the Schmidt report")*, Julio 2005, pp. 9-10. Un resumen está disponible en http://www.defense.gov/news/detainee_investigations.html.
[82] Ídem, p. 14.
[83] Ídem, pp. 13-15.
[84] Ídem, pp. 17-20.

el segundo "plan de interrogatorio especial" para el otro detenido, aunque los registros muestran que las técnicas nunca se llevaron a cabo porque aquél comenzó a colaborar. No obstante, se comprobó que en varias ocasiones se había amenazado al detenido con matarle y con la detención de su familia. El informe concluyó que las amenazas, aunque no llegaban a constituir tortura, violaron el Código Militar, por lo que se recomendaba que se emprendieran acciones disciplinarias contra el jefe del equipo especial responsable de los interrogatorios.[85]

Varias de las técnicas descritas en el informe de los Generales Schmidt y Furlow se emplearon también en Abu Ghraib (intimidación con perros, desnudo forzoso delante de oficiales estadounidenses, poner ropa interior de mujer en la cabeza de un detenido y "pasear" al detenido con una cadena). Los abusos fueron cometidos poco después de que el comandante de Guantánamo, el General Mayor Geoffrey Miller, fuera reasignado a este centro de detención. Un informe del 23 de agosto de 2004, elaborado por los Generales Jones y Fay, concluyó que era posible que las técnicas hubieran sido transmitidas a través del "boca a boca" por parte de interrogadores de Guantánamo. En dicho informe se reconocía la existencia de dos tipos de abusos en el trato a los detenidos: maltrato físico o sexual intencionado, y abusos derivados de "malinterpretaciones o confusiones" respecto a la normativa. El informe responsabiliza a los soldados y civiles que llevaron a cabo los abusos, así como a sus superiores, por su responsabilidad al frente de las dependencias y por no responder a los informes que les fueron solicitados tanto por Cruz Roja Internacional como a nivel interno. Los abusos llevados a cabo por el personal militar fueron puestos en conocimiento del Comando de Investigación Criminal del Ejército de los Estados Unidos, mientras que los que fueron realizados por contratantes civiles se trasladaron al Departamento de Justicia. Aunque se exculpaba de los abusos a la doctrina y política del Departamento de Defensa y del Ejército, en el informe se recomendaba clarificar ciertos aspectos relativos a las operaciones de interrogatorios y detenciones, así como las responsabilidades y las relaciones entre la policía militar y el personal de inteligencia militar.[86]

---

[85] Ídem, pp. 24-26.

[86] US DEPARTMENT OF DEFENSE, *Army Regulation 15-6: Investigation of the Abu Ghraib Prison and 205th Military Intelligence Brigade ("the Jones/Fay report"),* agosto 2004, pp. 2-6. Anthony Lewis también hace referencia a una capitana del Ejército, Carolyn A. Wood, que habría traspasado técnicas de interrogatorio desde el centro de detención de Bagram en Afganistán a Irak. En LEWIS, A. "La legalización de la tortura tras el 11-S", *op. cit.,* p. 25. Terestchenko, por su parte, afirma que se dio la orden de "guantanamizar" ("gitmoise" en inglés) el sistema de información iraquí, que se había juzgado como ineficiente. En TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* p. 66.

El informe del General Taguba, encargado también por el Departamento de Defensa y emitido a comienzos de 2004, es el que tuvo las consecuencias más severas de los realizados por el ejército estadounidense. Dicho informe detalla los crueles maltratos que se realizaron en Abu Ghraib entre octubre y diciembre de 2003: golpear a los prisioneros, grabarles en vídeo y fotografiarles en determinadas posturas forzadas —algunas sexuales—, obligarles a desnudarse o a vestir prendas femeninas, amontonarles y saltar sobre ellos, simular la tortura eléctrica, violar a las mujeres, intimidarles con perros, etc. El informe estimaba la responsabilidad directa de varios soldados, así como la existencia de graves fallos en la cadena de mando y, como consecuencia, siete soldados fueron condenados por los tribunales militares a penas que oscilaron entre algunos meses y los 10 años.[87]

Más allá de las prácticas ilegales que se llevaron a cabo tanto en Guantánamo como en Abu Ghraib, resultan sorprendentes las prácticas que sí estaban permitidas por el Departamento de Justicia o lo fueron en algún momento y que constituyen tortura o tratos inhumanos o degradantes. Y ello a pesar de que años antes —en 1997— el CAT ya había concluido que: "1) inmovilizar en situaciones muy dolorosas, 2) encapuchar en situaciones especiales, 3) poner música fuerte durante períodos prolongados, 4) privar de sueño durante períodos prolongados, 5) formular amenazas, incluidas amenazas de muerte, 6) dar sacudidas violentas y 7) utilizar aire frío para enfriar, constituyen en opinión del Comité violaciones del artículo 16 y también son actos de tortura según la definición del artículo 1o. de la Convención. Esta conclusión es especialmente evidente cuando estos métodos de interrogatorio se utilizan combinados".[88] Además, de lo expuesto se deduce que las investigaciones internas del Ejército no depuraron responsabilidades a alto nivel. En efecto, la respuesta del Gobierno a las denuncias de organizaciones de derechos humanos fue enjuiciar a suboficiales y soldados, sin asunción de responsabilidades por ningún responsable civil o militar.[89] No ha habido ni investigaciones especiales del Congreso ni investigaciones penales por parte de un fiscal independiente, aplicando el

[87] US DEPARTMENT OF DEFENSE, *Army Regulation 15-6: Report on Iraqi prisoner abuse by Maj. Gen. Antonio M. Taguba ("the Taguba Report")*, mayo 2004. Los abusos se describen en las páginas 15-20. También se hace una referencia a este informe en TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* pp. 67-69.

[88] ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/51/44), parágrafo 257. En el Capítulo 3 de esta investigación se analizará en profundidad el concepto de tortura.

[89] AGUIRRE, M., "El debate sobre la regularización de la tortura en la «guerra contra el terror»", *op. cit.,* p. 85; y GASCÓN, R., "Los derechos humanos y la tortura", en OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA (coord.), *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, *op. cit.,* pp. 80-81.

principio de responsabilidad en la cadena de mando. En cualquier caso, lo que resulta evidente es que las atrocidades que se cometieron no eran las acciones de unas pocas "manzanas podridas", como repetidamente afirmó el Presidente Bush, sino que se trataba de métodos de interrogatorio y de técnicas para minar la moral de los detenidos que se utilizaban sistemáticamente por los servicios de inteligencia para obtener información, como muestra el hecho de que estaban "permitidas".[90]

En diciembre de 2014 se produjo una gran polémica y repercusión mediática al ser desclasificado y presentado al pleno del Senado estadounidense un informe del Comité Selecto del Senado de los Estados Unidos de América sobre el "Programa de detención e interrogatorio de la CIA", más conocido como "CIA Torture Report".[91] En sus 6000 páginas —de las que sólo se ha publicado sus conclusiones y un informe ejecutivo de casi 600, por razones de seguridad nacional—, el citado comité refleja las investigaciones llevadas a cabo durante cuatro años sobre las técnicas de tortura y métodos de interrogatorio de la CIA tras los atentados del 11-S. Asimismo, se documentan las torturas sufridas por al menos 39 detenidos. En el informe se concluye que la tortura no ayudó a adquirir información relevante, que las denominadas "técnicas reforzadas de interrogatorio" y las condiciones de detención fueron mucho más cruentas y sistemáticos de lo que se había trasladado a los responsables políticos y otros actores, que la CIA obstaculizó la supervisión del programa y suministró información falsa o inexacta a los medios de comunicación, el registro incompleto e incorrecto de las personas detenidas, la detención de personas sin los requisitos legales necesarios, la falta de amonestación al personal responsable de violaciones graves o actuaciones inadecuadas, o la subcontratación de la gran mayoría de las operaciones que tenían que ver con el programa, entre otras cuestiones.[92] Asimismo, en el informe se pone de manifiesto que los funcionarios de la CIA eran perfectamente conscientes de que las técnicas de interrogatorio empleadas eran ilegales, frente a sus alegaciones de que actuaban de buena fe y siguiendo el asesoramiento legal recibido.[93]

En cuanto a los métodos de tortura —llamadas "técnicas reforzadas de interrogatorio" en el informe—, se niega que las técnicas más duras se utilizasen sólo tras otras "menos coerciti-

[90] LEWIS, A. "La legalización de la tortura tras el 11-S", *op. cit.,* p. 25.
[91] SENATE SELECT COMMITTEE ON INTELLIGENCE, *Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Program*, aprobado el 13 de diciembre de 2012 y desclasificado el 3 de diciembre de 2014.
[92] Ídem. En el apartado "Findings and conclusions" se resumen las 20 conclusiones principales de la investigación.
[93] Ídem, p. 33.

vas" y únicamente en caso de necesidad, así como que se diera prioridad a los cuidados médicos, como alegaba la CIA. Asimismo, se describen la utilización de técnicas como abofetear y arrojar contra la pared a los detenidos, combinadas con la privación del sueño y el desnudo; la técnica del "submarino", llegando a producir convulsiones y vómitos, y efectuada como "series de ahogamientos" —citando expresamente el caso ya mencionado de Khaled Shaik Mohammed—; la privación del sueño hasta 180 horas, normalmente de pie o en posiciones estresantes y en ocasiones con las manos esposadas sobre sus cabezas, causando alucinaciones en algunos detenidos; la hidratación o alimentación por vía rectal sin necesidad médica; baños con hielo; o amenazas de hacer daño a sus familias o abusar de sus madres. Respecto a las condiciones de detención, se describen unas instalaciones secretas de la CIA ubicadas en Afganistán y conocidas como "Cobalt". Se señala que eran muy deprimentes, sobre todo al inicio de programa: completa oscuridad, los detenidos permanecían engrilletados en celdas de aislamiento con ruido o música a un volumen extremo, falta de climatización y sólo un cubo para sus necesidades fisiológicas. Un funcionario describió las condiciones de "Cobalt" como "una técnica reforzada de interrogatorio en sí misma". Durante el programa, muchos detenidos sometidos a estas técnicas y aislamiento prolongado sufrieron alucinaciones, paranoia, insomnio, intentos autolíticos y de automutilación y problemas psiquiátricos.[94]

Aunque el Presidente Obama ha reconocido el empleo de torturas por la CIA y apoyó la publicación del informe —si bien la revisión por el gobierno de las partes que podrían ser publicadas del informe amparándose en la seguridad nacional fue muy estricta—, su Administración aún no ha llevado a la Justicia a ningún empleado de la CIA por esos hechos. Por ello, organismos internacionales y ONGs de derechos humanos han exigido la rendición de cuentas y que se depuren penalmente responsabilidades por los hechos. El Presidente, en cambio, abogó por "pasar página".[95] De hecho, la investigación iniciada en 2009 por el Departamento de Justicia, a cargo del Fiscal Especial John Durham, sobre los abusos cometidos contra detenidos bajo custodia de la CIA, fue concluida en 2012 sin presentar cargos contra ningún responsable.

De la lectura de los informes, tanto los oficiales del Gobierno y Senado, como de organismos internacionales y ONGs de derechos humanos, se deduce que muchas de las prácticas

[94] Ídem, apartado tercero y cuarto de las conclusiones (pp. 3-4).
[95] Véase el comunicado de Human Rights Watch tras la publicación del informe en: https://www.hrw.org/es/news/2014/12/11/ee-uu-demoledor-informe-del-senado-sobre-torturas-y-mentiras-de-la-cia.

que se llevaban a cabo, más que conseguir información eficaz en la lucha contra el terrorismo, perseguían la humillación y el castigo de los detenidos (hacerles violar sus mandatos religiosos obligándoles a comer cerdo e ingerir alcohol, obligarles a llevar ropa femenina en sus cabezas, etc.), o simplemente el sadismo.[96] En muchos casos, pues, de lo que se trataba en realidad era de un modo adicional de castigo por los atentados del 11-S.

5.1.3.4. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos y las reformas legislativas

La Corte Suprema se pronunció en cuatro importantes casos en relación con la situación de los presos de Guantánamo. En primer lugar, en las decisiones que fueron hechas públicas el 28 de junio de 2004 en los casos Rasul, Hamdi y Padilla, la Corte Suprema concluyó que todos los presos de Guantánamo capturados en la guerra de Afganistán y otra persona prisionera en una cárcel militar de Carolina del Norte, tenían el derecho de solicitar el "hábeas corpus" —es decir, recurrir ante un juez norteamericano su detención— y de ser juzgados en un proceso debido con las garantías reconocidas en la Constitución norteamericana.[97]

En segundo lugar debe mencionarse la sentencia de 29 de junio de 2006 en el llamado "caso Hamdan".[98] Aunque la Corte Suprema no considera que el artículo 3o. común a las cuatro Convenciones de Ginebra sea directamente vinculante para Estados Unidos, sin una implementación expresa en el Derecho interno, estima que es aplicable en la medida en que el artículo 21 del Código unificado de Justicia militar estadounidense recoge los derechos del

[96] HOLMES, S., "Is Defiance of Law a Proof of Success? Magical Thinking in the War on Terror", en GREENBERG, K. J. (ed.), *The Torture Debate in America*, *op. cit.,* pp. 129 y ss.; y LLOBET ANGLÍ, M., "Terrorismo y "guerra" contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático", *op. cit.,* pp. 258-259.

[97] CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS: *Rasul et al. v. Bush, President of the United States, et al.,* núm. 03-334, 28 de junio de 2004; *Hamdi et al. v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, núm. 03-6696, 28 de junio de 2004; y *Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense, Petitioner v. José Padilla and Donna R. Newman, as Next Friend of José Padilla*, núm. 03-1027, 28 de junio de 2004. Los tres casos se describen detalladamente en DWORKIN, R., "Guantánamo y la Corte Suprema de EEUU", *Claves de Razón Práctica*, núm. 146, 2004, pp. 4-8. En IGNATIEFF, M., "Si la tortura funciona", *Claves de Razón Práctica*, núm. 162, 2006, p. 6, Ignatieff defiende que "el elemento crucial para la aplicación de normas y procedimientos contra el maltrato de los detenidos es el hábeas corpus: la exigencia legal de las democracias de que toda autoridad con poder para hacer detenciones lleve al detenido ante un tribunal de justicia y justifique la detención ante una autoridad legal debidamente designada". Considera el autor que tendría que ser obligatorio que se hiciera pública la detención de toda persona retenida por Estados Unidos, ya fuese ciudadano de ese país o no (y en caso de que fuera necesario, revelar los nombres al Congreso y a los tribunales a puerta cerrada), así como que todos tuviesen el derecho de hábeas corpus a comparecer ante un tribunal federal y a protestar ante el mismo por la detención y el trato recibido.

[98] CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, núm. 05-184, 29 de junio de 2006.

Artículo 3o. como Derecho de guerra.[99] Esta sentencia también se ocupó de la validez de las "comisiones militares" creadas para juzgar a los presos de Guantánamo por la ya citada Orden Militar de 13 de noviembre de 2001, considerando que eran ilegales en tanto en cuanto no había una ley previa que legitimara su creación. Finalmente, estimó que la referida Orden Militar contemplaba defectos de procedimiento y ausencias de garantías para los imputados: que el acusado no esté presente en su propio juicio, la admisión de pruebas que puedan tener origen ilícito y la denegación al acusado de acceso a determinadas pruebas por razones de seguridad, por ejemplo.[100]

Todas estas polémicas sobre el uso de la tortura en la "guerra contra el terror" del Presidente Bush llevaron a una serie de congresistas a presentar una propuesta de ley con el fin de impedir que prosiguieran estas prácticas. Finalmente, se llegó a una fórmula de compromiso y en septiembre de 2006 se aprobó la "Military Commisions Act".[101] La ley, sin embargo, sigue los planteamientos plasmados por Yoo en los "memorándums" de la Oficina de Asesoría Legal, acogiéndose a la posibilidad que había abierto la propia Corte Suprema de subsanar el defecto originario de la creación de las comisiones militares en la Orden Militar mediante autorización del Congreso.[102] Además, aunque la ley excluye las pruebas obtenidas mediante tortura, permite

---

[99] El artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra dispone lo siguiente: "En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas) 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; b) la toma de rehenes; c) los atenta dos contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio".
La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

[100] MUÑOZ CONDE, F., "La situación de los presos de Guantánamo: entre la tortura y el Estado de Derecho", *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 3, 2008, pp. 121-126. La Corte Suprema también consideró que el cargo de "conspiración" del que se acusaba a Hamdan (que había sido durante algún tiempo chófer y quizás guardaespaldas de Osama Bin Laden, dirigente del grupo terrorista Al Qaeda) no figuraba entre los delitos incluidos en el Derecho Penal internacional de la guerra.

[101] AGUIRRE, M., "El debate sobre la regularización de la tortura en la «guerra contra el terror»", *op. cit.,* p. 75. *United States Military Commisions Act of 2006* (HR-6166), de 28 de septiembre de 2006.

[102] MUÑOZ CONDE, F., "La situación de los presos de Guantánamo: entre la tortura y el Estado de Derecho", *op. cit.,* p. 126. Sobre las comisiones militares, véase el informe de AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Comisiones militares para juzgar a las personas detenidas en la "guerra contra el terror"*, 2006.

otras pruebas obtenidas coercitivamente, y, a pesar de que la Corte Suprema había llegado a la conclusión de que el "hábeas corpus" podía ser solicitado por detenidos en Guantánamo, la nueva ley retiró dicha aplicación. La *Militari Comission Acts* también impide que los tribunales empleen el Derecho internacional para interpretar crímenes de guerra regulados por la legislación de los Estados Unidos y concede al Presidente la autoridad para interpretar las Convenciones de Ginebra.[103]

Posteriormente, en un fallo del 12 de junio de 2008 (*Boumediene v. Bush*), la Corte Suprema consideró ilegal el régimen especial instituido para los "combatientes ilegales" para sustraerlos de las garantías constitucionales estadounidenses, y dispuso que los mismos tenían derecho de recurrir al "habeas corpus", es decir, a impugnar su detención ante un tribunal civil.[104] Como consecuencia, algunos prisioneros de Guantánamo fueron liberados.[105]

En enero de 2009, tras tomar posesión de su cargo, el Presidente Barack Obama dispuso el cierre de los centros de detención secretos de la CIA, prohibió las "técnicas de interrogatorio coercitivas" aprobadas por el Presidente Bush e instó la reforma de la *Military Commissions Act*, en relación con las comisiones militares y los derechos de los abogados de los prisioneros. Estas decisiones fueron alabadas por las organizaciones de derechos humanos, aunque los cambios en otros aspectos de la lucha contra el terrorismo no han sido tan importantes, en particular en lo que respecta a los detenidos en Guantánamo y la depuración de responsabilidades.[106] Aunque el Presidente se ha comprometido en reiteradas ocasiones desde su primera campaña electoral a la Presidencia de los Estados Unidos en 2008 al cierre de este centro de detención en suelo cubano, lo cierto es que en 2016, 15 años después del 11-S, este centro de detención sigue operativo. El Gobierno lo justificó por la oposición del Partido Republicano, que ha bloqueado todas las iniciativas presentadas en el Congreso, así como por impedimentos logísticos, judiciales y diplomáticos. Además, el Presidente Obama no ha permitido que el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la cuestión de la Tortura —actualmente Juan E. Méndez— entreviste a

[103] AGUIRRE, M., "El debate sobre la regularización de la tortura en la «guerra contra el terror»", *op. cit.,* pp 75 y 85; GASCÓN, R., "Los derechos humanos y la tortura", en OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA (coord.), *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, *op. cit.,* pp. 85-86; y LUBAN, D., "The Defense of Torture", *op. cit.,* pp. 9-10.

[104] CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Boumediene et al.v. Bush, President of the United States, et al.*, núm. 06–1195, 12 de junio de 2008.

[105] TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* p. 32.

[106] WARD, T., "¿Es en algún caso admisible la tortura?", *op. cit.,* p. 4.

las personas detenidas en Guantánamo, al igual que hizo su predecesor George W. Bush con el entonces Relator Manfred Nowak.[107]

Paralelamente, continúan los intentos de obtener justicia por parte de las víctimas de torturas, aunque con resultados dispares. El pasado 30 de junio de 2014 el Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito concluyó que las víctimas de tortura y abusos en Abu Ghraib podían emprender acciones legales contra contratistas militares privados —en este caso, la empresa CACI Premier Technology, Inc. Con esta decisión, el mencionado tribunal anuló la sentencia de un tribunal inferior que impidió que las víctimas pudieran demandar en tribunales estadounidenses a las empresas de este país directamente relacionadas con las torturas cometidas en territorio extranjero, sin duda una buena noticia para los defensores de derechos humanos, que demandan justicia por los crímenes y torturas cometidos en estos años.[108] No obstante, apenas unos días antes, el 10 de junio de 2014, otro juzgado federal —el Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia— había rechazado la demanda presentada contra Donald Rumsfeld y otros oficiales militares por seis hombres que fueron detenidos en Guantánamo entre 2001 y 2006, donde fueron sometidos a distintos métodos de "interrogatorio coercitivo" diseñados y aprobados por el propio Rumsfeld.[109] Aunque el tribunal reconoció tanto los abusos como que se trataba de prácticas habituales con los detenidos, consideró que dicha conducta era debida a la necesidad de mantener la paz y seguridad en Guantánamo.

En España, el llamado "Caso Guantánamo", iniciado en 2009 por el entonces juez de la Audiencia Nacional Baltasar Garzón y continuado por el juez Pablo Ruz por los delitos de tortu-

[107] Desde 2004 sigue pendiente una solicitud efectuada por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la cuestión de la Tortura para realizar una visita a Estados Unidos: "En relación con la petición conjunta formulada en junio de 2004 de que se cursara una invitación para visitar la base naval de los Estados Unidos en la bahía de Guantánamo, el 27 de octubre de 2005 el Gobierno finalmente invitó a sólo tres de los cinco expertos de la Comisión de Derechos Humanos encargados de llevar a cabo una investigación conjunta, a saber, el Relator Especial sobre cuestión de la tortura, el Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias y el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Además, el Gobierno restringió la visita a un único día y explícitamente excluyó toda entrevista o visita particulares a los reclusos. El 31 de octubre, los expertos aceptaron la corta duración de la visita y que sólo se invitara a unos cuantos titulares de mandatos y decidieron visitar la base el 6 de diciembre de 2005. No podían aceptar, sin embargo, que no se les permitiera ver en privado a los reclusos, pues en opinión de los expertos ello no sólo no sería conforme con las atribuciones de las misiones de investigación de los procedimientos especiales, sino que además impediría llevar a cabo una evaluación objetiva e imparcial de la situación de los reclusos. El 18 de noviembre de 2005, los expertos informaron de que el Gobierno no aceptaba esta condición para llevar a cabo la visita, por lo que lamentablemente se tuvo que cancelar la misión prevista para el 6 de diciembre". En RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA CUESTIÓN DE LA TORTURA, *Informe a la Comisión de Derechos Humanos en su 62o. período de sesiones*, 16 de diciembre de 2005 (E/CN.4/2006/6), parágrafo 6.

[108] Tribunal de Apelaciones del Cuarto Distrito de los Estados Unidos, Fallo de 30 de junio de 2014, núm. 13-1937.

[109] Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia de los Estados Unidos, Fallo de 10 de junio de 2014, núm. 13-5096.

ras, tratos degradantes e inhumanos sufridos en dicho centro de detención por cuatro ciudadanos (entre ellos un español) fue archivado el 17 de julio por el titular del Juzgado Central de Instrucción No. 5 de la Audiencia Nacional, José de la Mata, al estimar el recorte de la justicia universal y la falta de concurrencia de los requisitos exigidos para que la jurisdicción española pueda conocer de los hechos impiden seguir adelante con el sumario.[110]

Las perspectivas de futuro, pues, no son halagüeñas. Para que se hiciera realmente justicia, además de cerrar Guantánamo, debería investigarse a fondo y enjuiciarse a todas aquellas personas que participaron en las torturas a detenidos, desde las que las ejecutaron a aquellas que las diseñaron desde los despachos oficiales.

5.2. Los argumentos para condenar o justificar la tortura

Las situaciones descritas en el apartado anterior generaron en Israel, Alemania y Estados Unidos importantes debates sobre la posible legitimación de la aplicación de la tortura en situaciones excepcionales que han tenido eco en todo el mundo y en la propia concepción del Estado liberal. No se trata de discusiones meramente teóricas sino que, como hemos visto, tienen relevantes implicaciones prácticas que han llevado incluso a la autorización del empleo de técnicas de interrogatorio que constituyen tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Así pues, la cuestión que se plantea entre filósofos y juristas no es si la tortura debe ser sistemáticamente empleada (posición hoy en día sólo defendida por gobiernos autoritarios), sino si existen algunas circunstancias en las que su uso sería necesario y moralmente admisible, así como si deben existir excepciones legales a la prohibición de la tortura para dar cobertura a dichas situaciones.[111] A grandes rasgos, el debate está protagonizado por posiciones garantistas de los derechos —que defienden la prohibición absoluta de la tortura—, posiciones pragmáticas —que priman la seguridad frente a los derechos— y posiciones que se sitúan teóricamente a medio camino, estableciendo excepciones a la norma que, según ellas, permitirían la "supervivencia" de la norma. Estas últimas se enmarcan en lo que Luban denomina la "ideología liberal de la

[110] En el Capítulo 1 ya se hizo referencia a las reformas llevadas a cabo en los últimos años en España que han supuesto en la práctica la inoperatividad del principio de justicia universal.
[111] WARD, T., "¿Es en algún caso admisible la tortura?", *op. cit.,* p. 4.

tortura", es decir, pensadores, filósofos y juristas liberales —y no sólo conservadores, sino en muchos casos también progresistas—, defensores de los derechos civiles, que llegan a admitir que la tortura es un "mal necesario" en situaciones de urgencia extrema y consideran que otra posición sería "idealista" o "irrealista".[112]

Con este debate, el Estado liberal está sufriendo un examen crucial sobre su capacidad para defender ante la amenaza terrorista los valores que lo constituyen: el respeto a la dignidad humana, la primacía de la ley, el control público de las autoridades del Estado y la obligación de mantener el equilibrio entre la seguridad del territorio y la protección de la igualdad y de las libertades fundamentales de los seres humanos.[113] De esa discusión entre seguridad y derechos, de ese examen, saldrá la respuesta a "quién somos" y "qué queremos defender".[114]

A continuación examinaremos los diferentes argumentos (morales, jurídicos y relativos a su eficacia) que se han utilizado para defender o bien criticar la posibilidad de la legalización de la tortura en supuestos excepcionales.

5.2.1. Los argumentos morales

Llamaremos argumentos morales a aquellos que algunos autores han empleado para defender la supuesta moralidad de torturar para salvar vidas en situaciones extremas. Normalmente se basan en el ya mencionado paradigma de la "bomba de relojería" o "bomba de retardo" (*ticking bomb*). Aunque hay diferentes versiones de la historia, en el fondo el planteamiento es siempre el mismo: la imperiosa necesidad de actuar —torturar— para evitar una catástrofe.[115]

---

[112] LUBAN, D., "Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb", *op. cit.,* p. 1427. Para Terestchenko, esta línea de argumentación no es una "apología" de la tortura, sino que, contrariamente a lo que defienden los cínicos que defienden abiertamente la tortura, "tiene algo profundamente triste y trágico", justificándola en base a una situación de excepción, pero de un modo mucho más sofisticado, como veremos. En TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* pp. 15-16.

[113] Ídem, pp. 12-13.

[114] El debate en sí mismo no ha estado exento de críticas, como la de Massimo La Torre, para quien discutir los méritos de la tortura es "una verdadera vergüenza": "Si yo abordo este tema es porque otros, más atrevidos y menos escrupulosos, sean legisladores, sean jueces, sean juristas o filósofos, se han propuesto abrir la caja de Pandora. Hablo de tortura no por mi propia iniciativa, sino porque estoy en cierta medida obligado a hacerlo. Me siento obligado por el hecho de que el tema y no sólo el tema, sino desgraciadamente la práctica también, han sido puestos en el orden del día entre otras cosas por la situación histórica y los cambios políticos (…)". En LA TORRE, M., "La teoría del derecho de la tortura", *op. cit.,* pp. 77-79.

[115] La historia de la bomba de relojería puede proceder, según Rejali, de la novela *Los Centuriones* de Jean Lartéguy: LARTÉGUY, J., *Los Centuriones*, Plaza & Janés, Barcelona, 1977. En la novela se relatan las experiencias en la Guerra de Argelia de Boisfeuras, un

El paradigma de la "bomba de relojería" y la justificación de la tortura que se deriva de ella están ligados al principio utilitarista formulado en el siglo XVIII por Jeremy Bentham, el primer teórico de la filosofía moral utilitarista. Se trata de una concepción racional de la decisión de torturar, que se traduce en un cálculo de costes y beneficios.[116] Para los utilitaristas genuinos no se trata de una decisión trágica, de elegir el "mal menor" sobre otro mayor, pues la acción llevada a cabo en interés de la mayoría (interés calculado según el principio de maximización de las utilidades individuales) jamás puede ser considerada como un "mal menor". En consecuencia, la tortura es moralmente —a sus ojos— la única solución buena y el torturador que actúe en esas circunstancias no tendrá las "manos sucias". Desde esta concepción, pues, se elimina la distinción entre el bien y el mal.[117]

La lógica utilitarista es la seguida por Dershowitz. Según este autor, en el contexto de la guerra contra el terrorismo, la tortura es un mal inevitable y necesario y, por tanto, moralmente justificable. Así, en un análisis de costes y beneficios, el uso de la tortura sería moralmente permisible en situaciones como la "bomba de relojería", toda vez que es mejor infligir un daño no letal a un terrorista que oculta información que permitir que un gran número de personas muera.[118] Dershowitz pone como ejemplo el caso de Abdul Hakim Murad, que en 1995 fue de-

---

paracaidista que había sido torturado por los nazis y los comunistas vietnamitas. En un momento de la historia, Boisfeuras tortura a un dentista que había colocado 15 bombas a punto de explotar, hasta que éste confiesa todo y ninguna bomba estalla. En REJALI, D., *Torture and democracy*, *op. cit.,* pp. 545-546.

[116] TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* p. 81 y p. 84.

[117] Ídem, pp. 99. Como señala Ribotta, esta discusión ética se vincula con la llamada "importancia de los números", es decir, si resulta moral dañar, matar o torturar a una o varias personas para salvar la vida de otras. En RIBOTTA, S., "Sobre el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la regulación en el Derecho español. Mejor prevenir que castigar", *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, *op. cit.,* p. 159. El debate parte en este caso de la discusión surgida en países como Alemania, Brasil, Grecia y Gran Bretaña sobre la aprobación de leyes autorizando a sus respectivos ministros de defensa a derribar aviones capturados por terroristas que se dirijan a centros urbanos con la intención de causar la muerte de un número de personas considerablemente mayor al de los pasajeros del avión (el llamado supuesto del "avión bomba" o "avión derribado"). Igual que en el caso anterior, el debate está protagonizado por posiciones deontologistas y posiciones consecuencialistas o utilitaristas. Mientras que los primeros defienden la fórmula kantiana de tratar a las personas como fines y no como medios, y que los números no cuentan frente al derecho fundamental a la vida, los segundos afirman que elegir "la cosa menos mala" es siempre lo correcto. Véanse GARZÓN VALDÉS, E., "¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?" en BULYGIN, E., *El positivismo jurídico*, *op. cit.,* pp.13-58; RÍOS VEGA, L. E., "¿Matar inocentes para salvar a otros? El caso del avión-bomba", *Derechos y Libertades*, núm. 21, 2009, pp. 187-225; SANDERS, J., "Why the Numbers Should Sometimes Count", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 17, núm. 1, 1988, pp. 3-14; y TAUREK, J., "Should the Numbers Count?", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 6, núm. 4, 1977, pp. 293-316. En Alemania, el 24 de septiembre de 2004 se aprobó por el Bundestag una ley que permitía derribar aviones en casos como el descrito. No obstante, el 15 de febrero de 2006, el Tribunal Constitucional Alemán la declaró inconstitucional por ir en contra del principio de dignidad humana. En RÍOS VEGA, L. E., "¿Matar inocentes para salvar a otros? El caso del avión-bomba", *art. cit.,* p. 191.

[118] DERSHOWITZ, A., *Why terrorism Works. Understanding the threat, responding to the challenge*, *op. cit.,* p. 144. A juicio del autor, la comunidad internacional (principalmente la Unión Europea y las Naciones Unidas, pero también en ocasiones el propio gobier-

tenido y torturado durante 67 días por las autoridades filipinas. Según el autor, "gracias a la tortura", las autoridades obtuvieron información sobre tramas terroristas para atentar contra el Papa y estrellar once aviones comerciales en el océano Pacífico y uno privado con explosivos en la sede de la CIA.[119] No obstante, para Dershowitz la pregunta no es si ha de utilizarse la tortura en estos casos, pues en la práctica los Estados torturan, sino que la verdadera cuestión es si debe torturarse de forma hipócrita y clandestina, o siguiendo un procedimiento legal y regulado.[120] A pesar de ello, Dershowitz reconoce el peligro de la "pendiente resbaladiza" que supondría autorizar la tortura con base a un argumento utilitarista, y por ello propone limitar su uso a situaciones "límite" y requerir para ello un permiso judicial.[121] Este proceder, entiende el autor, permitiría una rendición de cuentas democrática y una mayor transparencia, al tiempo que disminuiría el uso de la tortura, ciñéndolo exclusivamente a los casos en los que, por ser necesario, fuese expresamente autorizado.[122] Asimismo, al requerir una orden judicial, la decisión de emplear la tortura no descansaría, como en los planteamientos de otros autores, en un agente de policía, sino en un juez, el Fiscal General o el propio Presidente.[123]

Walzer, por su parte, opta por una solución maquiavélica, considerando que no se puede gobernar "inocentemente" y que a veces es necesario "caminar por la senda del mal", aunque sin perder la conciencia de que se trata de un mal. La solución estaría, para este autor, en el principio de responsabilidad individual. A su juicio, en un "estado de necesidad" (como el supuesto de la "bomba de relojería"), quien asume la decisión de torturar, estimando que es un "mal menor", debe estar dispuesto a "ensuciarse las manos" y asumir plenamente las consecuencias personales, morales y penales de su decisión. Para Walzer, transgredir las reglas no

---

no estadounidense) hizo inevitable el 11-S por su falta de condena "selectiva" del terrorismo. A su juicio, dado que no podemos controlar las acciones de los terroristas, la política que adoptemos frente al terrorismo es la que determinará si éste tiene éxito o fracasa (p. 2).

[119] Ídem, p. 137.

[120] Ídem, pp. 138-139 y p. 151.

[121] Ídem, pp. 140-141 y 145-146. La justificación utilitarista, señala Dershowitz, no tiene ningún principio limitador inherente. Si la tortura no letal de una persona está justificada para prevenir el asesinato de muchas personas, ¿qué pasaría si fuese necesario el empleo de tortura letal o, al menos, de tortura que supusiere un cierto riesgo de muerte? Desde un punto de vista cuantitativo, la lógica utilitarista funciona hasta que el número de personas torturadas o asesinadas no exceda del número que sería salvado.

[122] Ídem, pp. 58-59. Dershowitz afirma, aún admitiendo que no lo puede probar, que requerir una orden judicial como requisito para el empleo de tortura "no letal" disminuiría la violencia contra los detenidos: porque se presentarían menos instancias de tortura, porque los jueces exigirían que se les presentasen pruebas suficientes y porque los policías que torturaran no podrían invocar el "estado de necesidad". Además, se protegerían mejor los derechos de los sospechosos: se les ofrecería inmunidad, se les informaría de que están obligados a testificar, serían amenazados con ser mandados prisión si se negasen y, sólo en el caso de que se negaran de nuevo, se les amenazaría con la tortura.

[123] Ídem, p. 154.

supone ignorarlas o despreciarlas, y por ello la persona que tome esa decisión deberá estar dotada de una elevada conciencia y profundos escrúpulos morales y estar dispuesta a asumir personalmente todas las consecuencias de sus actos.[124]

A pesar de las soluciones tan diferentes abanderadas por Dershowitz y Walzer, ambas propuestas tienen en común reconocer como fundamental el principio del control público: en el caso de Dershowitz, la tortura sólo puede ser practicada si proviene de un mandato judicial, en el de Walzer, el torturador será llevado ante los tribunales y tendrá que justificar públicamente cuentas de las razones de su decisión.[125]

Posiciones similares han sido defendidas por Gross, Posner y Shue —si bien este último se retractó posteriormente—, considerando que, aunque la tortura debe permanecer ilegal, puede haber casos en los que torturar esté moralmente justificado. Para Gross, pueden producirse situaciones "catastróficas", con riesgos extremos para vidas humanas, en las que se suspendería el Estado de Derecho y podría torturarse, pudiendo ratificarse posteriormente la actuación en un juicio *ex post facto.*[126] Por su parte, Posner estima, desde una lógica utilitarista, que los costes de emplear la tortura pueden ser rebasados por los beneficios si se salva la vida de miles de personas. No obstante, considera que la solución del mandato judicial abriría la puerta a la comisión de abusos y a su empleo en casos menos graves, por lo que defiende una posición más próxima a la de Walzer que a la de Dershowitz, considerando que el principio de responsabilidad personal permitiría mayores restricciones en el uso de la tortura.[127] A su juicio, pues, mantener la ilegalidad de la tortura limitará su uso a los casos verdaderamente excepcionales —en los que su uso es necesario. Por lo que respecta a Shue, en un ensayo realizado en 1978 reconocía que la tortura podría ser moralmente permisible en un caso de "bomba de relojería", si bien tendrían que darse determinadas condiciones, tales como que el propósito fuera

[124] WALZER, M., "Las manos sucias y la acción política", *Claves de razón práctica*, núm. 201, 2010, pp. 43 y ss.; y WALZER, M., "Political Action: The Problem of Dirty Hands", en LEVINSON, S. (ed.), *Torture: A Collection*, *op. cit.,* p. 64. Sobre la posición de Walzer a este respecto, TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* pp. 93-94.

[125] TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* p. 110.

[126] GROSS, O., "Torture and an ethics of responsibility", *Law, Culture and the Humanities*, 2007, núm. 3, pp. 35-54; y GROSS, O., "The Prohibition on Torture and the Limits of the Law", en LEVINSON, S. (ed.), *Torture: A Collection*, *op. cit.,* pp. 229-256.

[127] POSNER, R. A., "Torture, Terrorism and Interrogation", en SANFORD LEVINSON (ed.), *Torture: A Collection*, *op. cit.,* pp. 296-298; y TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* pp. 122-123. Resulta curioso que Posner desconfíe de la solución del mandato judicial, teniendo en cuenta que es juez de la Corte de Apelación de los Estados Unidos, que presidió entre 1993 y 2000.

no sólo bueno sino de suprema importancia, que fuese el método menos dañino para buscar ese fin y que quedase claro cuándo habría de terminar la tortura. No obstante, consideraba que no deberían relajarse las normas contra la tortura, por lo que el torturador tendría que estar en la misma posición que una persona que cometiese desobediencia civil, esto es, debería ser juzgado en un juicio público en el que tendría que convencer de que se daban las condiciones necesarias para la tortura.[128] Casi tres décadas más tarde, Shue se retractó de esta idea y se replanteó la posible legitimación de la tortura en circunstancias excepcionales, para concluir que los casos de "bomba de relojería" son artificiales y que la tortura es moralmente inadmisible, con independencia de lo que esté en peligro.[129]

Otro argumento moral a favor del empleo de la tortura en determinados casos surgió en Alemania a raíz del ya mencionado *caso Daschner.* Algunos autores planteaban que la renuncia policial a la tortura supondría una vulneración de la dignidad humana de la víctima, pues el Estado no hace todo lo que hubiera sido posible para salvarla. Se plantearía así un conflicto entre la dignidad humana del torturador y la de la víctima que, a su juicio, debería resolverse concediendo prioridad a la de esta última.[130]

En la tensión entre defensores de los derechos y los defensores de la seguridad, surge la teoría del "mal menor" de Ignatieff, que aunque rechaza la tortura, acepta la aplicación de ciertos medios de coacción. Para este autor, en una emergencia terrorista no deberían triunfar ni los derechos ni la necesidad, puesto que la democracia está comprometida tanto con la seguridad como con los derechos de los individuos.[131] Es la "ética del equilibrio", pues para esta teoría el error moral sería privilegiar a uno sobre otro: dignidad y derechos sobre seguridad pública y viceversa. Ciertamente, la necesidad puede exigir que se adopten medidas en defensa de la democracia que se aparten de los compromisos de la democracia con la dignidad, pero tiene que haber buenas razones para ello y limitaciones claras a los recortes de derechos. La propia democracia liberal impedirá que los males menores se conviertan lentamente en el mal mayor,

---

[128] SHUE, H., "Torture," *Philosophy and Public Affairs*, núm. 7, 1978, pp. 137-138 y 141-143.
[129] SHUE, H., "Torture in dreamland: disposing of the ticking bomb", *Case Western Reserve Journal of International Law*, núm. 37, 2006, pp. 231-239.
[130] ROXIN, C., "¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?", *op. cit.,* pp. 28-29.
[131] Ignatieff desarrolla esta teoría en "Si la tortura funciona", *op. cit.,* pp. 4-7; y *El mal menor. Ética política en una era de terror*, Taurus, Madrid, 2005.

mediante los diferentes sistemas de control y la división de poderes.[132] Las condiciones para poder recurrir al mal menor serían, a juicio de Ignatieff, las siguientes: actuar bajo un estado de necesidad demostrable, elegir este medio sólo como último recurso, hacerlo con la plena conciencia de que hay un mal involucrado y justificar las acciones que se adopten públicamente, sometiéndose al juicio ciudadano. Además, todas las medidas coactivas deberían ser sometidas a diversas pruebas, tales como la "prueba de la dignidad", de modo que siempre debería estar prohibida la tortura y los castigos crueles, entre otros; o la "prueba conservadora", esto es, si las medidas dañan la tradición institucional, de modo que no se podría suspender indefinidamente el "hábeas corpus" y debería exigirse que toda detención estuviera sujeta a revisión judicial; o la "prueba de efectividad", analizando las implicaciones políticas de las medidas a corto y largo plazo; la "prueba del último recurso", si se han intentado otras medidas menos coactivas; la "prueba de la revisión contradictoria abierta" por los poderes legislativo y judicial; y, por último, el respeto por las obligaciones internacionales y la toma en consideración de las opiniones de sus aliados y enemigos.[133] El riesgo, para este autor, es sucumbir a una espiral de violencia, deslizándose hacia el "mal mayor". En este sentido, la fórmula de Dershowitz es para Ignatieff muy susceptible de conducir al mal mayor, pues viola la dignidad humana, un valor central que la guerra contra el terror no debería sacrificar, ni siquiera bajo la amenaza de un ataque inminente.[134]

En una postura cercana a la de Ignatieff, Elshtain defiende la necesidad de emplear métodos coercitivos con determinados detenidos que pudieran tener información vital para salvar vidas inocentes, argumentando que a veces los actos malos son necesarios y hay que "ensuciarse las manos", lo que no obsta para que hayamos de aceptar el oprobio moral. La diferencia de esta autora con Ignatieff, no obstante, radica en que éste ve difícil que los interrogatorios coercitivos no degeneren en torturas, y por ello considera que debe prohibirse absoluta e incondicionalmente tanto la tortura como las formas de interrogatorio coercitivo que impliquen presión y coacción.[135]

---

[132] IGNATIEFF, M., *El mal menor. Ética política en una era de terror, op. cit.,* pp. 24-29. El autor utiliza el término "mal" para destacar los elementos de riesgo moral de la propuesta, pero afirma que no existe la opción de evitar los "medios malvados" en su totalidad, "o utilizamos el mal para luchar contra el mal o sucumbimos".

[133] Ídem, pp. 37 y 43-44.

[134] Ídem, pp. 184-186. Ignatieff considera, por ejemplo, que el problema reside en definir las formas de coacción que estarían aceptadas, como formas de privación del sueño que no produjeran un daño en la salud física o mental, o mantener la desinformación para provocar estrés. En cambio, no se aceptaría cualquier abuso físico, uso involuntario de drogas, la privación de comida básica, agua, medicinas y todo lo necesario para la supervivencia, o la negativa permanente de acceso a un abogado.

[135] ELSHTAIN, J. B., "Reflections on the Problem of «Dirty Hands»", en LEVINSON, S. (ed.), *Torture: A Collection*, *op. cit.,* p. 87; e IGNATIEFF, M., "Si la tortura funciona", *op. cit.,* pp. 5-6.

En el extremo opuesto de los argumentos que defienden la utilización de la tortura en situaciones excepcionales se sitúa, entre otras, la filosofía kantiana de principios imperativos categóricos, posición defendida por los organismos de derechos humanos y ONGs como Amnistía Internacional y Human Rights Watch, así como por parte de la doctrina y la academia. En la concepción kantiana de la dignidad, la prohibición de la tortura es un principio *a priori*, que no puede ser infringido en ninguna circunstancia, pues incluso si esa transgresión permitiera salvar vidas humanas, siempre se trataría de una injusticia en sí misma.[136] Para Kant, la dignidad del hombre descansa, por un lado, en que nunca puede ser utilizado únicamente como medio para alcanzar un fin, y por otro, en su autonomía y libertad.[137] El citado filósofo estima que hay cosas que no tienen un equivalente en valor y, en ese sentido, poseen dignidad porque "aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, esto tiene dignidad".[138]

Los autores que han defendido las posiciones abolicionistas han criticado el paradigma de la "bomba de relojería" por ser deliberadamente engañoso —un "fraude intelectual" en palabras de Luban o una "fábula perversa" que trata de "justificar lo injustificable" en las de Terestchenko.[139] La hipótesis está planteada de forma que hasta los liberales que defienden la prohibición absoluta de la tortura tengan que admitir la necesidad del recurso a la tortura en una situación excepcional, y una vez que se ha admitido la posibilidad de esa excepción, ya no hay ningún principio absoluto, sólo depende de la ponderación del "coste" en cada caso.[140] Así, critica Luban que, en efecto, el caso es, si no imposible, muy difícil que se produzca, pues requiere la coexistencia de varias condiciones indispensables: (1) debe conocerse con antel-

[136] TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* pp. 81 y 178.

[137] KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 162. Así, "la humanidad misma es una dignidad; porque el hombre ni puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí pueden utilizarse".

[138] KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa Calpe, Madrid, 1983, p. 92. Según Kant, toda la moral del ser humano debe poder reducirse a un solo mandamiento fundamental, nacido de la razón. El "imperativo categórico kantiano" implica tres formulaciones que resumen todos los mandatos morales: "Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal", "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" y "Obra como si por medio de tus máximas fueras siempre un miembro legislador en un reino universal de fines".

[139] LUBAN, D., "Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb", *op. cit.,* p. 1440; y TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* pp.127 y ss.

[140] En palabras de Luban, "los casos artificiales hacen una mala ética porque su misma artificialidad hace lo impensable, pensable" ("artificial cases make bad ethics because their very artificiality make the unthinkable thinkable"). En LUBAN, D., "Unthinking the ticking bomb", *op. cit.,* p. 36.

ación la existencia de una trama terrorista, un "macroatentado" que pretende acabar con la vida de cientos o incluso miles de personas; (2) se ha detenido a uno de los participantes de dicha trama, justo horas antes de la explosión planificada, que también se sabe que es inminente; (3) las autoridades saben sin ningún género de duda que la persona detenida dispone de la información necesaria para desactivar la bomba; (4) no hay ninguna alternativa para parar el atentado más que torturar al detenido; y (5) la tortura al prisionero durante unas horas (pues el atentado es inminente) será determinante para que éste facilite la información.[141] Por lo tanto, sin una de las condiciones, ya no se podría plantear la tortura como esa única alternativa. Por ejemplo, si el ataque no fuese tan inminente, la respuesta normal sería recurrir a las técnicas habituales de investigación de los servicios de inteligencia. O si conociéramos el emplazamiento de la bomba, se podría desalojar la zona. Pero el supuesto no es sólo engañoso porque las condiciones previas son irreales o muy difícilmente realizables, sino también porque la solución que provee es falsa. Los autores que defienden esta hipótesis dan por hecho que es posible obtener la información necesaria empleando lo que Luban denomina métodos de "tortura light" durante pocas horas o días.[142] La realidad, no obstante, es que estos métodos requerirían en todo caso de mucho tiempo para llegar a dar frutos (sin entrar todavía a valorar la verosimilitud de los eventuales testimonios que podrían obtenerse del prisionero), por lo que en realidad se estaría hablando del empleo de otros métodos de tortura.[143] Además, sus detractores critican que el paradigma de la "bomba de relojería" también falsea la realidad presentando al torturador bajo una nueva luz, como un eficiente servidor público.[144]

Lo cierto es que el Gobierno de Estados Unidos y los teóricos que legitiman estos argumentos nunca han informado de un caso real de "bomba de relojería" y es de creer que lo hubiera hecho si verdaderamente hubiese tenido lugar, a fin de respaldar su política. No hay, pues, constancia de que se haya dado un caso real de la hipótrabajo de la "bomba de relojería", aunque sí hay "mitos", esto es, casos que son puestos como ejemplo por los defensores de la tortura pero que en realidad no cumplen las condiciones del paradigma, e incluso se conocen errores de identidad de personas que han sido confundidas con terroristas y torturadas por

[141] LUBAN, D., "Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb", *op. cit.,* p. 1452, y TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* pp.15-16.
[142] Luban distingue entre tortura "light" y tortura "dura", para hacer referencia a técnicas como la privación de sueño, humillación sexual, o aislamiento prolongado, entre otros, frente a otras más lesivas. En LUBAN, D., "Unthinking the ticking bomb", *op. cit.,* p. 11.
[143] Ídem, p. 9.
[144] LUBAN, D., "Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb", *op. cit.,* p. 1441.

ello.[145] Respecto al caso citado por Dershowitz del planeado atentado contra el papa y contra varios vuelos estadounidenses (caso de Abdul Hakim Murad), por ejemplo, Luban apunta que no se conocía la existencia de la trama terrorista con antelación a la confesión del detenido, que se torturó al detenido durante semanas (por lo que el ataque no era inminente, de modo que había alternativas) y con una intensidad tal que casi le mataron. Además, el detenido no reveló la información bajo tortura, sino solamente cuando fue amenazado con ser puesto a disposición de las fuerzas israelíes.[146] Rejali añade que, para colmo, toda la información figuraba en un ordenador portátil con archivos encriptados y en árabe, que sólo fueron desencriptados tras la tortura.[147] En cualquier caso, en la inmensa mayoría de los supuestos sólo se sabrá *ex post facto* si la bomba de relojería realmente existía.[148]

A pesar de su irrealidad, no puede negarse que el planteamiento de la "bomba de relojería" es un efectivo medio de propaganda, que ha calado en la sociedad por su simpleza y facilidad de comprensión por todos los públicos, así como por ofrecer sólo una respuesta correcta, por su potencia emocional y de manipulación de las reacciones emocionales, creando un clima de miedo y terror.[149]

---

[145] Para Rejali, el único caso que podría parecerse remotamente al supuesto de la "bomba de relojería" es el de Nasim Za'atari en 2003, un residente de Jerusalén que identificaba posibles objetivos terroristas para Hamás. No obstante, no se conocen todos los detalles del caso, ni si las informaciones suministradas por Za'atari fueron obtenidas mediante tortura y si se daba la condición de la inminencia del atentado. En REJALI, D., *Torture and democracy*, *op. cit.,* p. 517.

[146] LUBAN, D., "Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb", *op. cit.,* pp. 1441-1442, y LUBAN, D., "Unthinking the ticking bomb", *op. cit.,* pp. 9-10.

[147] REJALI, D., *Torture and democracy*, *op. cit.,* pp. 507-508. Otro "mito" es el de un oficial estadounidense en Irak que fue sancionado por disparar su arma al suelo al lado de la cabeza de un detenido del que se sabía que formaba parte de un complot para atentar contra su unidad. La realidad fue que el oficial había oído acerca de una trama para asesinarle a él mismo y, después de que sus tropas pegaran al detenido durante una hora sin obtener información, le amenazó con matarle y le disparó dos veces junto a la cabeza. No sólo no se daban las condiciones de la "bomba de relojería", sino que aparentemente se trataba del hombre equivocado. En LUBAN, D., "Unthinking the ticking bomb", *op. cit.,* pp. 11-12. Luban hace referencia a continuación a otros casos: el de Abu Zubaydah, que fue puesto como ejemplo por el Presidente Bush, y que tampoco reúne los requisitos necesarios de la hipótrabajo de la "bomba de relojería", y un caso claro de error de identidad, el de Mohammed El-Masri, un taxista alemán que fue secuestrado y facilitado a las autoridades estadounidenses.

[148] AMBOS, K., *Terrorismo, tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, *op. cit.,* p. 63.

[149] ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, *Defusing the ticking bomb scenario: Why we must say No to torture, always*, Ginebra, 2007; y LUBAN, D., "Unthinking the ticking bomb", *op. cit.,* p. 4. La naturaleza dramática de esta hipótrabajo ha pasado a formar parte de una forma más de espectáculo, gracias a series de televisión o películas en las que se muestra una visión deformada de la realidad de la tortura. Es el caso de la serie de televisión de gran éxito "24 horas", producida por la cadena norteamericana Fox. Su protagonista, Jack Bauer, es un agente estatal de élite que recurre a todos los métodos posibles, incluyendo la tortura —como realizar choques eléctricos, romper los huesos de los detenidos o emplear inyecciones semi-letales—, mientras que una organización sospechosamente llamada "Amnesty Global" son sus enemigos, pues lucha por salvar a los sospechosos terroristas. Para muchos pensadores, la serie normaliza y justifica la tortura frente a la sociedad, confiriendo al torturador un áura

Otro argumento en contra del empleo de la tortura es que, una vez que se ha aceptado la posibilidad de torturar para salvar vidas, se plantean nuevas posibilidades, como por qué no hacerlo por otros fines válidos. Los defensores del paradigma de la "bomba de relojería" pasan, así, de la necesidad de torturar en este supuesto excepcionalísimo a la necesidad de torturar para obtener informaciones valiosas en la lucha contra el terrorismo, sin necesidad de ataques inminentes y masivos. ¿Por qué no, incluso, torturar a inocentes, o a los seres queridos de los detenidos, si así se logra la información que se precisa?[150] También se relajan las exigencias en cuanto a la cuantía del daño de la amenaza terrorista, pasándose de un escenario apocalíptico hasta situaciones de una sola víctima —como ya citado el "caso Daschner".[151] El problema se halla, pues, en dónde trazar la línea.[152] Es, como han puesto de manifiesto numerosos autores, el riesgo de la "pendiente resbaladiza", de la "rotura de dique" o de abrir la "caja de Pandora".[153] En definitiva, el paradigma de la "bomba de relojería" corre el riesgo de abrir enormemente condiciones que inicialmente eran estrictas.[154] La historia demuestra que los torturadores se exceden en cuanto a los sujetos a los que se tortura y en cuanto a las técnicas empleadas, logrando escapar a los controles del sistema.[155]

El paradigma de la "bomba de relojería", en definitiva, consigue desviarnos de la verdadera cuestión, que no es sobre la permisión de la tortura como un caso excepcional e hipotético, sino sobre su normalización.[156] La idea de un uso excepcional de la tortura es falsa: la tortura siempre deviene una política de Estado, con sus instituciones, sus procedimientos y sus ejecutantes profesionales.[157] Según Terestchenko, en cuanto es institucionalizada, esta práctica "se desarrolla inevitablemente como una lenta gangrena que corrompe a las principales instituciones

---

de "héroe". Véase, por ejemplo, AGUIRRE, M., "El debate sobre la regularización de la tortura en la «guerra contra el terror»", *op. cit.,* pp. 70-71, y TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura..., op. cit.,* pp. 87-88 y 134-139.

[150] LUBAN, D., "Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb", *op. cit.,* pp. 1443-1444; y FRIED, C. y FRIED, G., *Because it is wrong: torture, privacy and presidential power in the age of terror*, *op. cit.,* p. 30.

[151] LA TORRE, M., "Amistades peligrosas. Tortura y Derecho", *op. cit.,* p. 30.

[152] Los Fried lanzan la pregunta de dónde está límite, hasta dónde estamos dispuestos a exigir a nuestros gobernantes que se "ensucien sus manos" para protegernos. En FRIED, C. y FRIED, G., *Because it is wrong: torture, privacy and presidential power in the age of terror*, W.W. Norton & Co., Nueva York, 2010, p. 146.

[153] Sobre el concepto de la "pendiente resbaladiza", véase VAN DER BURG, W., "The slippery slope argument", *Ethics*, núm. 102, 1991, pp. 42-65.

[154] TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* p. 131.

[155] REJALI, D., *Torture and democracy*, *op. cit.,* p. 530.

[156] LUBAN, D., "Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb", *op. cit.,* p. 1446.

[157] TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* p. 169; y SHUE, H., "Torture in dreamland: disposing of the ticking bomb", *op. cit.,* p. 234. Para Shue, la tortura no institucionalizada y puntual es imposible, "como el alcohólico que sólo se toma una copa". Este autor denomina a la posición "moderada" sobre la tortura —que él

sociales, al ejecutivo y al legislativo, al orden judicial y a los cuerpos militares y policiales, e incluso a la mismísima opinión pública".[158]

Por ello, Luban considera que, aún si hubiera casos más que excepcionales en los que la tortura fuese moralmente justificable, las normas no deberían acomodarse a ellos estableciendo excepciones.[159] La tortura debe permanecer impensable y las discusiones sobre ella no deben ignorar el horror que supone.[160] La Torre señala que el problema de las teorías del "mal menor" —como la de Ignatieff— reside en que se olvidan de que, aunque pueda ser "menor", sigue siendo un "mal", y que, en consecuencia, quienes lo aceptan, defienden y practican no pueden quedar exentos de culpa.[161] Para Terestchenko, la solución judicial defendida por Dershowitz tiene una dificultad inherente: la democracia no puede institucionalizar ni legalizar la transgresión de la ley. La prohibición de la tortura es un principio fundamental, no negociable, pero para Dershowitz los principios de control, transparencia y responsabilidad prevalecen ante aquél. La incoherencia de su posición queda de manifiesto al presentarse al mismo tiempo como un adversario de la tortura, que se esfuerza en limitar su empleo, y como partidario de su uso por razones basadas en el cálculo utilitarista de las consecuencias.[162] Respecto a su argumento de que es mejor que los jueces, y no los interrogadores, sean los que decidan si es necesario el uso de la tortura, Luban estima que, dado que en Estados Unidos los jueces de los altos tribunales son elegidos por políticos, aquellos son un reflejo de la cultura política del momento, por lo que si ésta es proclive a aceptar la tortura, los jueces también lo serán.[163] En este sentido, Castresana niega que la tortura supervisada por la autoridad judicial pudiera evitar que su práctica se extendiese de manera incontrolada, pues a pesar de ser considerada delictiva, la tortura ha sido practicada profusamente estos últimos años y, con unas pocas excepciones, no ha sido perseguida, incluso en casos abrumadoramente probados. Es decir, la supervisión judicial *ex ante* no evitaría los abusos, como no está evitándolos ahora la jurisdicción penal *ex post*

---

mismo sostuvo en su trabajo de 1978- como "la tortura en el país de las maravillas" ("torture in dreamland"), es decir, una visión naïf y utópica que es irreal.

[158] TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* p. 153. Un ejemplo es el caso ya citado de Israel, donde entre septiembre de 1999 y julio de 2002, noventa palestinos fueron interrogados empleando "medios excepcionales de interrogatorio" en supuestas situaciones de "bomba de relojería". En GINBAR, Y., "Celebrating a Decade of Legalised Torture in Israel", *op. cit.,* pp. 185-186.

[159] LUBAN, D., "Unthinking the ticking bomb", *op. cit.,* p. 23.

[160] Ídem, p. 36.

[161] LA TORRE, M., "Amistades peligrosas. Tortura y Derecho", *op. cit.,* p. 31.

[162] TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* pp. 97-98.

[163] LUBAN, D., "Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb", *op. cit.,* p. 1452.

facto.[164] A la vez, la posición defendida en 1978 por Shue, y mantenida por Gross y Walzer tiene como inconvenientes, además de los argumentos ya expuestos, la dificultad de ejercer la responsabilidad individual que sostienen. Las cuestiones que se plantean —y que no quedan resueltas— son, principalmente, sobre quién debe recaer el peso de la decisión de torturar y sus eventuales consecuencias penales, ¿el torturador que obedece las órdenes de sus superiores?, ¿aquél que dio la orden?, ¿y hasta dónde debe remontarse la responsabilidad de la misma?.[165] En efecto, frente al argumento maquiavélico de Walzer, Fried y Fried recuerdan que el siglo XX ha demostrado que los gobernantes enajenados de moralidad (Hitler, Stalin, Pol Pot, y tantos otros) son "la peor maldición" de sus pueblos y hasta dónde se puede llegar cuando los gobernantes tienen el poder absoluto.[166]

Pero el argumento definitivo, a nuestro juicio, es el de la dignidad humana que señalábamos al principio de este apartado. La dignidad ha sido y es el punto de referencia de la dimensión moral de la persona y la base de los derechos humanos y, en particular, del derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. La dignidad se mantiene aún si las personas actúan indignamente; como señala Garzón Valdés, hasta el más criminal de los seres humanos sigue manteniendo su condición humana y, por ende, su dignidad, lo que "fija un límite al tratamiento de que puede ser objeto por parte de sus congéneres". Para el citado autor, "quien trata indignamente a quien se comporta indignamente lesiona su propia dignidad".[167] A juicio de Roxin, el Estado no está legitimado para atacar la dignidad humana del autor del crimen "porque su superioridad moral frente al delincuente reside precisamente en que no utiliza los mismos medios que éste". El Estado está obligado a proteger la vida y la dignidad humana de sus conciudadanos, pero sólo en la medida de lo posible: dentro de los límites establecidos a la actuación del Estado de Derecho, entre los cuales se encuentra en primer lugar la tortura.[168] En cuanto al supuesto conflicto entre la dignidad humana del tortu-

---

[164] CASTRESANA, C., "La tortura como mal mayor", *op. cit.,* pp. 21-22.

[165] TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* p. 106. Como hemos señalado anteriormente, en un trabajo del año 2005 Henry Shue rechazó su defensa de la aceptación de la tortura en la hipótrabajo de la "bomba de relojería" por la imposibilidad de que se dé un caso que cumpla todos los requisitos, y porque, aún dándose, los costes de crear una burocracia de la tortura superarían los hipotéticos beneficios. En SHUE, H, "Torture in dreamland: disposing of the ticking bomb", *op. cit.,* pp. 231-239.

[166] FRIED, C. y FRIED, G., *Because it is wrong: torture, privacy and presidential power in the age of terror*, *op. cit.,* p. 147.

[167] GARZÓN VALDÉS, E., "¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?" en BULYGIN, E., *El positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2006, p. 45.

[168] ROXIN, C., "¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 83, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2004, pp. 28-29.

rador y la de la víctima, para La Torre el principio de la dignidad humana no puede ponderarse contra sí misma.[169] Para Roxin, es precisamente en la instrumentalización de la personalidad de la víctima donde reside la infracción contra la dignidad humana que justifica la prohibición categórica de la tortura.[170] Para Charles y Gregory Fried, los seres humanos son sagrados —la imagen de Dios, para los creyentes—, y por eso no es que la tortura sea "intrínsecamente mala", es que está "absolutamente mal", nunca puede ser correcta bajo ninguna circunstancia y con independencia de las consecuencias.[171] Por su parte, Waldron centra su argumentación no tanto en por qué la tortura está absolutamente mal, como en decir que admitirla en el Derecho contradeciría las premisas básicas del sistema democrático liberal. A su juicio, debe haber una permanente conexión entre el espíritu de la ley y el respeto de la dignidad humana, incluso en situaciones extremas en las que el Derecho es más contundente y los individuos están en la posición más vulnerable.[172]

A modo de resumen, las distintas posiciones pueden agruparse de la siguiente manera.[173] Para los organismos internacionales y un sector de la doctrina, la tortura es inmoral y debería permanecer ilegal siempre, en todos los supuestos y sin excepciones. Anteriormente ya se hizo referencia a los argumentos al respecto de autores como La Torre, Luban, Rejali, Roxin,

---

[169] LA TORRE, M., "Amistades peligrosas. Tortura y Derecho", *op. cit.,* p. 35.

[170] ROXIN, C., "¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?", *op. cit.,* p. 26.

[171] FRIED, C. y FRIED, G.*, Because it is wrong: torture, privacy and presidential power in the age of terror*, *op. cit.,* pp. 36 y 41.

[172] WALDRON, J., "Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House", *Columbia Law Review*, núm. 105, 2005, pp. 1726-1727.

[173] Rejali efectúa un análisis de las diferentes posiciones presentes en el debate sobre la tortura en Estados Unidos en REJALI, D., "American Torture Debates", *Human Rights Review*, núm. 9, 2008, pp. 393–400. Muchos más autores han contribuido al debate: ALLHOFF, F., "Torture warrants, self-defense and necessity", *Public Affairs Quarterly*, vol. 25, núm. 3, 2011, pp. 217-240; ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, *Defusing the ticking bomb scenario: Why we must say No to torture, always*, *op. cit.*; DAVENPORT, C., MOORE, M. H., y ARMSTRONG, D., "The Puzzle of Abu Ghraib: Are Democratic Institutions a Palliative or Panacea?", 2007, en http://mailer.fsu.edu/~whmoore/garnet-whmoore/research/Puzzle%20of%20Abu%20Ghraib%2010Oct07%20whm.pdf; DAVIS, M., "The Moral Justifiability of Torture and other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment", *International Journal of Applied Philosophy*, vol. 19, 2005; GRECO, L., "Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*", citado; GREENBERG, K. J. (ed.), *The Torture Debate in America*, *op. cit.*; IP, J., "Two narratives of torture", *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 7 (1), 2009; LLOBET ANGLÍ, M., "¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?", *InDret*, 2010, Barcelona, en www.indret.es; LUKES, S., "Liberal Democratic Torture", *British Journal of Political Science*, vol. 36, 2006, pp. 1-16; MATTHEWS, R., "An Empirical Critique of «Interrogational» Torture", *Journal of Social Philosophy*, vol. 43, núm. 4, 2012, pp. 457-470; MOORE, M. S., "Incarceration, Interrogation, and Counterterror: Do (Liberal) Democratic Institutions Constrain Leviathan?", *Political Science & Politics*, vol. 43, núm. 3, 2010, pp. 421-424; REIFER, T. E., *Torture, Aggressive War and Presidential Power: Thoughts on the Current Constitutional Crisis*, 2009, en http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/tortureandwar.pdf.; SEIDMAN, L. M., "Torture's Truth", en *The University of Chicago Law Review*, núm. 72, 2005, pp. 881-918; WEISS, R. P., "The American Culture of Torture: A Review Essay", *Social Justice*, vol. 33, núm. 1, 2006, pp. 132-137; ŽIŽEK, S., "Are we in a war? Do we have an enemy?", *London Review of Books*, vol. 24, núm. 10, 2002, pp. 3-6.

Shue, Teretshenko o Waldron. En el extremo opuesto se encuentran aquellos que justifican sin reservas la tortura en nombre de la razón de Estado (el ejemplo clásico serían las dictaduras). Y, entre ambas posiciones se encuentran planteamientos *a priori* intermedios pero que en realidad funcionan como apologistas de la tortura, toda vez que defienden su uso en determinadas situaciones, aunque por diferentes razones. Una de estas posiciones sería la que defiende que la tortura es inmoral, pero en algunas ocasiones debería ser legal, como mejor opción entre males. Es la opción defendida, por ejemplo, por Dershowitz (autorización *ex ante)*. Otros autores estiman que la tortura debería permanecer ilegal, pero reconocen su necesidad y asumen que los funcionarios violarán las normas en situaciones excepcionales, por lo que defienden que su uso responda al principio de responsabilidad individual mediante la aplicación de figuras generales del Derecho Penal (autorización *ex post facto)*, como Walzer, Shue (en su trabajo de 1978), Gross, Posner, Ignatieff, o Elshtain, por ejemplo. En ambos casos se opta por que el modelo legal contemple circunstancias en las que, por razones extraordinarias, pueda ser legítima la tortura. La diferencia es que en el primer caso el torturador actuará con plena seguridad de que su conducta es acorde al ordenamiento jurídico, mientras que en el segundo, aún si existen unas normas generales, cabe la posibilidad de que se considere que no concurrían los requisitos necesarios para la legitimación de la tortura.[174] Otros autores simplemente defienden que la tortura se lleve a cabo cuando sea necesario, pero extraoficialmente y sin el conocimiento de la opinión pública.[175]

A nuestro juicio, el terrorismo sólo puede combatirse bajo principios inamovibles, como el de la inviolabilidad de la dignidad humana, la protección de los derechos humanos y las libertades públicas, y el respeto al Estado de Derecho, pues cualquier otra solución degrada la democracia y genera abusos y violaciones de los derechos humanos.[176] Nos parecen en este sentido acertadas las palabras de Peces-Barba, para quien "para enjuiciar si estamos ante una sociedad justa y bien ordenada, hay que analizar si contribuye a la efectiva realización de la dignidad humana"; y de Ferrajoli, para quien "un Estado que mata, que tortura, que humilla a un

[174] LLOBET ANGLÍ, M., *Terrorismo y "guerra" contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático*, *op. cit.,* p. 254.
[175] Ídem, p. 257.
[176] JIMÉNEZ VILLAREJO, C., "La tortura, grave amenaza para la democracia", *Jueces para la democracia*, núm. 62, 2008, p. 23. Estos términos fueron empleados en: PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos, art. cit.*

ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes".[177]

En definitiva, el Estado democrático que tortura niega los principios sobre los que se encuentra fundado y se niega a sí mismo como Estado de Derecho.[178] Para Ferrajoli, "la batalla contra la tortura (…) no es sólo una batalla en defensa de la democracia y de los derechos de la persona, sino también es una batalla de la razón, en defensa de las mismas garantías de la seguridad. Estas últimas dependen, hoy más que nunca, de la credibilidad moral, antes todavía que de la jurídica, de los llamados valores de Occidente".[179] Así, el verdadero desafío es, como apunta Castresana, "mantenerse fieles a nuestros valores y defender la civilización con las herramientas de la democracia, asumiendo los costes que esa decisión pueda representar".[180]

5.2.2. Los argumentos jurídicos

Aunque la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes prohíbe todas las formas de tortura y no admite excepciones, algunos gobiernos y parte de la doctrina han defendido posturas que admitían la posibilidad legal de su uso en determinadas circunstancias. Algunas de las estrategias jurídicas llevadas a cabo a tal fin son la redefinición de la tortura, la negación de la aplicación de ciertos aspectos de la Convención, la analogía con el homicidio, la transformación del Derecho penal y la aplicación de figuras de exención de responsabilidad del Derecho penal.

En primer lugar, los argumentos que se centran en la redefinición de la tortura tratan de delimitar ésta a los casos de crueldad extrema y de peligro permanente para la vida del torturado, y ponen el acento en la motivación del torturador. De este modo, las acciones que tuviesen

---

[177] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "La dignidad humana", ", en ASÍS ROIG, R., BONDÍA, D. y MAZA, E. (coords.), Los desafíos de los derechos humanos hoy, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 160-161; y FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 396.

[178] TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* p. 198. La práctica de la tortura deshumaniza a los enemigos del Estado, pudiendo conducir incluso a la abominación del genocidio, como los que marcaron el siglo XX. Pero además, se despliega una "dinámica corrosiva", en palabras de Terestchenko, que pervierte no solamente a la misma naturaleza del Estado, sino a la sociedad en su totalidad (p. 204).

[179] FERRAJOLI, L., "La batalla contra la tortura: la batalla de la razón" (prefacio), en OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA (coord.), *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, *op. cit.,* p. 20.

[180] CASTRESANA, C., "La tortura como mal mayor", *op. cit.,* p. 25.

el fin de salvar vidas y no pusiesen en peligro la vida del torturado no constituirían tortura.[181] Esta estrategia fue, como hemos visto, una de las mantenidas por el Gobierno del Presidente estadounidense George W. Bush para eludir la rendición de cuentas por sus prácticas de tortura, restringiendo la definición de "tortura" para que ciertas "técnicas de interrogatorio" no fuesen consideradas ilegales.[182]

A nuestro juicio, frente a estos intentos de manipulación, deben reivindicarse las definiciones de "tortura" y de "tratos o penas inhumanos y/o degradantes" otorgadas por los principales textos internacionales de derechos humanos, así como la elaboración jurisprudencial y delimitación de los referidos conceptos por parte de los órganos de control de Naciones Unidas y de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.[183] La Torre señala al respecto que la legislación contra la tortura a menudo equipara ésta con el trato inhumano y cruel precisamente para evitar que queden impunes las formas "menos graves" de maltrato.[184]

En segundo lugar, algunos autores han defendido que determinadas disposiciones de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura no son aplicables en Estados Unidos. Dershowitz, aunque reconoce que la Convención no admite excepciones, subraya que Estados Unidos la adoptó con una reserva, la octava enmienda a la Constitución de Estados Unidos, la cual —a su juicio— no prohibiría el empleo de fuerza física para obtener la información necesaria para salvar vidas, pues sería únicamente de aplicación a los castigos posteriores a las condenas.[185] Tampoco, según este autor, lo prohíben la quinta ni decimocuarta enmienda, pues las cláusulas del debido proceso que establecen son lo suficientemente flexibles como para enten-

[181] LA TORRE, M., "Amistades peligrosas. Tortura y Derecho", *op. cit.,* pp. 32-33.
[182] ALMQVIST, J., "Tortura y pruebas" [Documento en línea], *FRIDE*, 2005, en http://www.fride.org/publicacion/118/tortura-y-pruebas.
[183] Retomaremos le tema en el Capítulo 3 de esta investigación. La Convención contra la Tortura definió la misma en su artículo 1, apartado primero: "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". Asimismo, el artículo 16.1 se refiere a los "otros tratos" mediante remisión al concepto de tortura:"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."
[184] LA TORRE, M., "Amistades peligrosas. Tortura y Derecho", *op. cit.,* p. 34.
[185] La octava enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América prohíbe la imposición de fianzas y multas excesivas, ni castigos crueles e inusuales.

der que el único "debido proceso" aplicable a un terrorista que se niegue a facilitar la información necesaria para prevenir un ataque terrorista es la existencia de una causa probable y cierto grado de control judicial.[186] Frente a estos argumentos debe objetarse que la prohibición categórica de la tortura ha logrado el estatus de *ius cogens* y es, por tanto, absoluta.[187]

En tercer lugar, otro argumento empleado por algunos autores para defender el uso en circunstancias excepcionales de la tortura es la analogía con el homicidio, toda vez que —a pesar de ser también un mal— el ordenamiento jurídico lo permite en ciertas situaciones, como en casos de legítima defensa o estado de necesidad, o en caso de guerra. Parte de la doctrina plantea, pues, si no es peor matar a una persona que torturarla. En esta línea, Shue hacía mención —en un trabajo de 1978— a los argumentos a favor de la tortura que siguen el siguiente esquema de razonamiento: (1) si matar en un combate justo (entendiendo como tal matar de acuerdo con los requerimientos del *Ius Belli*) es la destrucción total de una persona, (2) torturar es normalmente la destrucción parcial o incapacitación temporal de una persona, (3) y la destrucción total de una persona es un daño mayor que su destrucción parcial, (4) entonces matar en un combate justo supone un daño mayor del que normalmente supone la tortura, (5) y dado que matar en combate justo es en ocasiones moralmente permisible, (6) torturar es en ocasiones moralmente permisible. El error de estos argumentos, para Shue, residía en que la única consideración relevante para determinar la moralidad de una acción fuese el alcance del daño. Incluso si se aceptase la cuarta premisa, esto es, que el daño de matar es superior al de torturar, de ninguna manera podría deducirse que, al estar justificado en ocasiones matar, debe estar igualmente justificado un "daño menor". A su juicio, lo que habría que plantearse es si se podría torturar cumpliendo los estándares del *Ius Belli.*[188] Para Shue, la diferencia entre matar y torturar en la guerra estribaría en que, mientras que en el primer caso hay una cierta recipro-

[186] DERSHOWITZ, A., *Why terrorism Works. Understanding the threat, responding to the challenge*, *op. cit.,* p. 135. La quinta enmienda establece que nadie podrá ser obligado a responder de un delito capital o infame si no es ante un gran jurado, excepto en los casos que surjan en las fuerzas terrestres o navales, o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; ni ninguna persona será juzgada dos veces por el mismo delito; ni será obligada en ninguna causa criminal a ser testigo contra sí mismo; ni a ser privado de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización. La decimocuarta enmienda, por su parte, dispone que todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos, y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en que residen; que ningún Estado podrá dictar ni aplicar cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes (…).
[187] LA TORRE, M., "Amistades peligrosas. Tortura y Derecho", *op. cit.,* p. 34.
[188] SHUE, H., "Torture", *op. cit.,* pp. 125-126.

cidad entre los combatientes, poniéndose ambos en riesgo, la tortura se aplica cuando la lucha ya ha terminado y la víctima ha sido vencida, por lo que sería como matar a los indefensos. Planteaba, no obstante, que en algunos casos si la víctima no facilita toda la información puede entenderse que no se ha rendido. En dichos casos, la tortura podría emplearse para obtener esa información, siempre que el propio detenido pudiese lograr el cese de la tortura facilitando la misma. De esta manera, la víctima siempre mantendría una porción de control sobre su destino. El problema, señalaba, es que en la práctica, muchas veces la tortura se utiliza con el fin de intimidar a la población (lo que denomina "tortura terrorista") y no hay nada que la víctima pueda hacer para que aquélla cese. Se trataría, en estos casos, del caso más puro de violación del principio kantiano de que ninguna persona debe ser utilizada como medio para alcanzar un fin.[189]

Son numerosos los autores que se oponen a la pretendida analogía entre matar y torturar. Nos remitimos a este respecto al apartado anterior, donde se ponía de manifiesto el atentado contra la dignidad humana y la máxima degradación del ser humano que supone la tortura. En cualquier caso, si la vida requiere una especial protección, entonces la tortura, toda vez que se dirige a transformar la vida en una suerte de anti-vida, es asimismo inmoral desde un punto de vista diferente —y tal vez en mayor medida— que matar.[190]

La cuarta estrategia jurídica para admitir la posibilidad de emplear la tortura en determinadas circunstancias consiste en la transformación del Derecho penal. En efecto, desde hace algunos años, el Derecho penal de las sociedades occidentales ha venido sufriendo ciertos cambios dirigidos a primar el mantenimiento de la seguridad sobre otros fines (el mantenimiento del ordenamiento jurídico, el efecto preventivo, la rehabilitación…).[191] En la doctrina se conoce a este fenómeno como "Derecho penal del enemigo", un concepto político-criminal que ya había sido introducido por Jakobs en 1985 y que fue objeto de mayor desarrollo y discusión tras los atentados del 11 de septiembre de 2001.[192]

---

[189] Ídem, pp.130-132.

[190] SUSSMAN, D., "Defining torture", *Case Western Reserve Journal of International Law*, núm. 37, 2006, pp. 230.

[191] GRACIA MARTÍN, L., "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho Penal del Enemigo»", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7 (2), 2005, en http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf.

[192] Jakobs ha desarrollado el "Derecho Penal del enemigo", entre otras publicaciones, en: JAKOBS, G., "Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo", en JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, *op. cit.,* pp. 19-56; JAKOBS, G., "¿Terroristas como personas en Derecho?", en CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Edisofer, 2006, pp. 77-92; JAKOBS, G., "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los

Jakobs defiende el principio de una distinción entre el "Derecho penal de los ciudadanos" y el Derecho penal de los que denomina "enemigos del orden jurídico". Para este autor, el enemigo es "un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (…), o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas), o principalmente a través de una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo «complot de asesinato»), es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento".[193] En esta lógica, la tesis del "Derecho penal del enemigo" condiciona el respeto de los derechos fundamentales de los individuos a las garantías de "buena conducta", en ausencia de las cuales podrían ser sometidos a una legislación de excepción en la que se flexibilizan, e incluso suprimen, las garantías jurídicas del Estado de Derecho.[194] En palabras de Miró Llinares, "el *enemigo* deja así de ser persona (ciudadano) y pasa a ser un individuo y, para la sociedad, una fuente de peligro".[195] El "Derecho penal del enemigo" supone, principalmente, las siguientes diferencias respecto al que sería el "Derecho penal del ciudadano": la anticipación de la intervención del Derecho penal, criminalizando conductas previas a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; la ruptura del principio de

---

presupuestos de la juridicidad", en CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, *op. cit.,* pp. 93-116; y JAKOBS, G., "Diez años después: el Derecho penal del enemigo", *Cuadernos de política criminal*, núm. 105, 2011, pp. 5-26. Günther Jakobs planteó por primera vez esta cuestión, aunque desde una perspectiva más bien crítica, en las Jornadas de Penalistas Alemanes que se llevaron a cabo en Frankfurt en 1985, empleando para ello la expresión en alemán "Feindstrafrecht". En MUÑOZ CONDE, F. J., "La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo", *Ciencia jurídica*, núm. 1, 2012, p. 126.
Es interesante la reflexión de Melero, que se refiere al "Derecho policial del enemigo" ante las prácticas policiales de no portar el distintivo de identificación personal o de realizar interrogatorios vestidos de paisano y encapuchados, medidas que a su juicio favorecen la impunidad de la actuación policial y "demuestran que la policía está tratando a determinadas personas no como ciudadanos, sino más bien como enemigos". En MELERO ALONSO, E., "¿Hacia un derecho policial del enemigo", *Revista mientrastanto.e*, núm. 111, 2013, disponible en http://www.mientrastanto.org/boletin-111. Véanse también, del mismo autor: "El Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana", *Mientrastanto.e*, núm. 121, 2014, disponible en http://www.mientrastanto.org/boletin-121; y "El nuevo número de identificación de los antidisturbios: un ejemplo más del derecho policial del enemigo", *Mientrastanto.e*, núm. 115, 2013, disponible en http://mientrastanto.org/boletin-115.

[193] JAKOBS, G., "La ciencia penal ante los retos del futuro", en MUÑOZ CONDE, F. J. (Coord.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 59. Según Jakobs, "Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas", en JAKOBS, G., "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, *op. cit.,* p. 47.

[194] TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* pp. 182-183.

[195] MIRÓ LLINARES, F., "Persona o enemigo; vigencia real o postulada de las normas: Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho Penal del enemigo* de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I. núm. 1, pp. 135-136.

proporcionalidad de las penas, castigando con penas desproporcionadas ciertos delitos y, por ejemplo, equiparando los actos preparatorios y de participación que los hechos consumados y de autoría; y el recorte de las garantías procesales e, incluso, de los derechos fundamentales relacionados con el proceso penal, como los plazos de detención incomunicada, la práctica de interrogatorios sin asistencia letrada. Este último sería el caso de la ya mencionada *Patriot Act* de Estados Unidos.[196]

El análisis histórico demuestra que los principios del "Derecho penal del enemigo" no son nuevos y, de hecho, en todo el mundo los regímenes políticos totalitarios han promulgado normas en las que se consagraba un Derecho Penal excepcional en situaciones de guerra o posguerra o durante períodos de graves crisis económica, política y social.[197] La novedad del actual Derecho Penal del enemigo es su vocación de permanencia, no de excepcionalidad, y que se está aplicando en los Estados democráticos de Derecho.[198]

La cuestión ha generado una importante discusión doctrinal, para criticar o defender esta trabajo, que ha trascendido el ámbito del Derecho Penal para incluir otros como los de la filosofía o la política. No obstante, debe decirse que, en la doctrina, el Derecho Penal del enemigo ha encontrado un rechazo mayoritario.[199] En efecto, muchos autores —con los que coincidi-

---

[196] CANCIO MELIÁ, M., "¿"Derecho Penal" del enemigo?", en JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, *op. cit.,* pp. 79-81; CANCIO MELIÁ, M., "Derecho Penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000", *Jueces para la democracia*, núm. 44, 2002, p. 21; GASCÓN, R., "Los derechos humanos y la tortura", en OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA (Coord.), *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, *op. cit.,* p. 73; y MUÑOZ CONDE, F. J., "La generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho Penal del enemigo", *Ciencia jurídica*, *op. cit.,* pp. 128-129.

[197] MUÑOZ CONDE, F. J., "La generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho Penal del enemigo", *Ciencia jurídica*, *op. cit.,* pp. 126-127.

[198] MIRÓ LLINARES, F., "Persona o enemigo; vigencia real o postulada de las normas: Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho Penal del enemigo* de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, *op. cit.,* pp. 135-136.

[199] Para mayor profundización en otras aportaciones a dicho debate, véanse, entre otros: APONTE, A., "Derecho Penal del enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, vol. 10, núm. 18-19, 2005, pp. 481-512; pp. 19-26; FERRAJOLI, L., "El Derecho Penal del enemigo y la disolución del derecho penal", *Nuevo foro penal*, núm. 69, 2006, pp. 13-31; MANTOVANI, F., "El Derecho Penal del enemigo, el Derecho Penal del amigo, el enemigo del Derecho Penal y el amigo del Derecho Penal", en GARCÍA VALDÉS, C., MARISCAL DE GANTE, M. V., CUERDA RIEZU, A. R., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y ALCÁCER GUIRAO, R. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, *op. cit.,* pp. 423-448; MUÑOZ CONDE, F.J., "El derecho en la guerra contra el terrorismo: el derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno («derecho penal del enemigo»)", *Revista penal*, núm. 29, 2012, pp. 115-126; MUÑOZ CONDE, F.J., "Los orígenes ideológicos del Derecho Penal del enemigo", *Revista penal*, núm. 26, 2010, pp. 139-150; MUÑOZ CONDE, F.J., "¿Es el Derecho Penal internacional un «Derecho Penal del enemigo»?, *Revista penal*, núm. 21,

mos— estiman que las manifestaciones del "Derecho Penal del enemigo" son incompatibles con el marco constitucional de un Estado de Derecho y con los Pactos internacionales de Derechos civiles. Para Muñoz Conde, el equilibrio entre la seguridad y el respeto de los derechos fundamentales se encuentra en permanente tensión, pero "si, como sucede en momentos de crisis, la balanza se inclina descaradamente y sin ningún tipo de límites a favor de la seguridad cognitiva, la consecuencia inmediata será la paz, pero la paz de los cementerios".[200] Así, para este autor, si el Derecho Penal con todas sus garantías deja el paso libre a un "Derecho Penal del enemigo" con muy pocas o sin garantías, el Estado de Derecho dejaría de serlo para convertirse en un *Estado de No Derecho.*[201] Por otra parte, algunos autores ponen en duda que dichas medidas puedan tener efecto disuasorio alguno, sino más bien lo contrario, pues al despojar al "enemigo" de su condición de "persona", de alguna manera se reafirman sus ataques al Estado.[202] Para Cancio Meliá, los fenómenos frente a los que reacciona el "Derecho Penal del enemigo" no tienen la especial "peligrosidad" para terminar con los fundamentos de las sociedades occidentales, tal y como se les achaca. Se trata más bien, para este autor, de comportamientos delictivos que afectan de una manera "simbólica" a elementos esenciales de la identidad de dichas sociedades.[203] En consecuencia, la mejor respuesta que se podría dar a dichas actuaciones, desde el mismo plano simbólico, sería precisamente la reafirmación de la pertenencia del sujeto en cuestión a la ciudadanía y la negación de la capacidad de aquellos comportamientos delictivos de cuestionar los elementos esenciales del Estado democrático de Derecho.[204]

2008, pp. 93-102; MUÑOZ CONDE, F.J., "El nuevo Derecho penal autoritario", en LOSANO, M. y MUÑOZ CONDE, F.J., *El Derecho ante la globalización y el terrorismo: "Cedant arma togae". Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003*, Valencia, 2004, pp. 172 y ss.; MUÑOZ CONDE, F. J., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el nacionalsocialismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 117 y ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, E., "El Derecho Penal ante las transformaciones sociales: ¿un camino sin retorno? ¿hacia el Derecho Penal del enemigo?", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 11, 2009, pp. 1698-1189; PÉREZ DEL VALLE, C., "La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10 (3), 2008; PORTILLA CONTRERAS, G., "Fundamentos teóricos del Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo", *Jueces para la democracia*, núm. 49, 2004, pp. 43-50; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, 2a. ed., Civitas, Madrid, 2001; ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 2006; y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., "¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del principio «mínima intervención, máximas garantías»?", *Cuadernos de política criminal*, núm. 79, 2003, pp. 109-124.

[200] MUÑOZ CONDE, F. J., "La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho Penal del enemigo", *Ciencia jurídica*, *op. cit.,* p. 137.

[201] MUÑOZ CONDE, F. J., "La situación de los presos de Guantánamo: entre la tortura y el Estado de Derecho", *op. cit.,* pp. 131-132.

[202] MUÑOZ CONDE, F. J., "La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo", *Ciencia jurídica*, *op. cit.,* p. 138.

[203] CANCIO MELIÁ, M., "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000", *Jueces para la democracia*, *op. cit.,* p. 22.

[204] Ídem, p. 22.

La última de las estrategias es la aplicación de figuras de exención de responsabilidad del Derecho Penal. Así, algunos argumentos jurídicos "invocan la necesidad y la autodefensa, así como la legislación nacional, como justificaciones para exonerar de responsabilidad penal a funcionarios que podrían haber cometido o instigado actos de tortura contra presuntos terroristas".[205] En efecto, algunos autores consideran que la prohibición absoluta de la tortura respecto del Estado no necesariamente conlleva la responsabilidad del individuo por un acto de tortura, pues éste podría enfrentarse a situaciones en las que la desobediencia civil sería tolerada e incluso esperada, de modo que podrían aplicárseles causas excluyentes de la responsabilidad penal.[206] Según estos autores, la responsabilidad penal del torturador podría excluirse con base en la legítima defensa, en el estado de necesidad o en otras causas excluyentes. La regulación de las diferentes causas de exclusión de la responsabilidad penal difiere en las diversas legislaciones nacionales y en el Derecho Penal Internacional, pero tienen un núcleo común, que analizaremos a continuación.

En primer lugar, la causa de exclusión de la responsabilidad penal de la legítima defensa requiere un ataque ilícito, actual e inminente, contra la misma persona que se defiende o contra un tercero. La acción defensiva debe ser, pues, una reacción ante un acto prohibido, no un acto preventivo frente a una agresión futura. La persona que lleva a cabo el acto de legítima defensa debe defenderse a sí mismo o a este tercero y la acción debe dirigirse contra el atacante o contra sus intereses legales. Asimismo, el acto debe ser necesario (no puede existir una posibilidad menos lesiva de obtener el mismo resultado), razonable y proporcional.[207] A favor de esta trabajo se encuentran autores como Moore o Steinhoff.[208]

Por el contrario, Luban considera que esta opción no es aplicable cuando haya dudas sobre la propia agresión o sobre si se evitará el mal, y señala que en la práctica ese conocimiento nunca será total.[209] Para Ambos es el requisito temporal el que dificulta la aplicación de la legítima defensa a un caso de "bomba de relojería", debido a la ausencia del requisito de inme-

---

[205] RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA CUESTIÓN DE LA TORTURA, *Informe a la Asamblea General*, 1 de septiembre de 2004, *op. cit.,* parágrafo 14.

[206] AMBOS, K., *Terrorismo, tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, *op. cit.,* pp. 33-34.

[207] AMBOS, K., *Terrorismo, tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, *op. cit.,* pp. 39-45; y LLOBET ANGLÍ, M., *Terrorismo y "guerra" contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático*, *op. cit.,* pp. 269-271.

[208] MOORE, M. S., "Torture and the Balance of Evils", *Israel Law Review*, vol. 23, 1989, pp. 669-736; y STEINHOFF, U., "Defusing the Ticking Social Bomb Argument: The Right to Self-Defensive Torture", *Global Dialogue*, vol. 12, núm. 1, 2010.

[209] LUBAN, D., "Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb", *op. cit.,* p. 64.

diación, pues se trata de minutos, no de horas. Asimismo, pone en duda que algo que está prohibido (la tortura) pueda ser al mismo tiempo un acto necesario.[210] Por su parte, Roxin rechaza que la legítima defensa pueda justificar la tortura en la medida que ésta no se limita a la defensa corporal, sino que "inflige al torturado suplicios corporales para obtener por la fuerza una declaración" y, por tanto, "convierte cuerpo y alma del afectado en objeto sin voluntad de una acción coactiva".[211]

En segundo lugar, un sector de la doctrina y el Tribunal Supremo israelí, como hemos visto, proponen la aplicación de la figura penal del estado de necesidad en aquellos casos en los que sólo pueda evitarse un ataque terrorista por medio de la tortura. En este supuesto, habría de hacerse una ponderación entre dos bienes, intereses o males: el mal del daño causado por la muerte de miles de personas y mal del daño provocado por el uso de la tortura, o, dicho de otro modo, entre el bien de la seguridad nacional y el bien de la dignidad. Los autores que defienden esta postura argumentan que el daño causado por la muerte de cientos o miles de personas es muy superior al provocado por el uso de la tortura. Los otros requisitos del estado de necesidad son la inmediación y la "necesariedad". En cuanto al primero, la doctrina considera que, aunque en este caso la inmediación debe ser entendida en un sentido más amplio que en la legítima defensa, la materialización del peligro no puede ser muy lejana en el futuro (pues de ser temporalmente distante podría esperarse que la información necesaria para prevenir la tortura podría ser obtenida por medios alternativos). En cuanto al segundo requisito, debería plantearse si la tortura es adecuada en términos de efectividad para obtener la información o si se pueden emplear otros medios menos severos e igualmente efectivos. Por otra parte, esta figura se diferencia de la legítima defensa en que la medida a adoptar no se limita, como en ésta, a la fuente del peligro.[212]

---

[210] AMBOS, K., *Terrorismo, tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, *op. cit.,* pp. 39-45.

[211] ROXIN, C., "¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?", *op. cit.,* p. 26.

[212] AMBOS, K., *Terrorismo, tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, *op. cit.,* pp. 51-57; y LLOBET ANGLÍ, M., *Terrorismo y "guerra" contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático*, *op. cit.,* pp. 260-261. Aunque, como hemos visto, Ignatieff considera que deben prohibirse absoluta e incondicionalmente tanto la tortura como las formas de interrogatorio coercitivo que impliquen presión y coacción, reconoce que pueden existir casos (como el de la bomba de relojería) en los que, a pesar de la prohibición, un oficial de seguridad deba aplicar métodos que representan tortura para salvar vidas humanas, en cuyo caso podría presentar una defensa en juicio por estado de necesidad, "para mitigar la condena pero no para absolver o dejar en libertad sin cargos". En IGNATIEFF, M., "Si la tortura funciona", *op. cit.,* pp. 6-7.

Los autores que se manifiestan en contra de la posible aplicación del estado de necesidad en estos casos, argumentan tanto que la práctica de la tortura provoca a largo plazo mayores males de los que se pretenden evitar, como que el medio empleado no es adecuado. En este sentido, Roxin considera que la lesión de la dignidad humana nunca puede ser un medio adecuado en el sentido de la norma del estado de necesidad.[213] Para La Torre, la ponderación funciona entre principios, no entre reglas, y las reglas sobre la tortura son de carácter imperativo, por lo que no serían susceptibles de ponderación; además, el principio de la dignidad humana no puede ponderarse contra sí misma (la dignidad de la víctima frente a la dignidad del torturador).[214] Por su parte, Ambos sostiene que no puede sostenerse la prohibición a nivel estatal y abandonarla a nivel de justificación individual; aceptar en estos casos las causas de justificación penal "haría al acto de tortura legal, es decir, negaría la antijuricidad de la tortura" y convertiría a la tortura en algo legal y socialmente aceptable.[215]

Todos ellos nos parecen argumentos válidos para rechazar la posible aplicación de figuras de exención de responsabilidad del Derecho penal a casos de torturas. Para finalizar, recordaremos que el Derecho internacional excluye expresamente cualquier excepción a la prohibición de la tortura. A este respecto, el entonces Relator Especial de las Naciones Unidas contra la Tortura Manfred Nowak, "consciente de las amenazas que plantea el terrorismo y reconoce la obligación de los Estados de proteger a sus ciudadanos y la seguridad nacional contra esas amenazas", reiteró que "el carácter terminante de la prohibición de la tortura y otras formas de malos tratos significa que en ningún caso pueden 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".[216]

5.2.3. Los argumentos relativos a la eficacia de la tortura

Todas las discusiones anteriores no tendrían sentido si los defensores del uso de la tortura y los medios coercitivos no creyesen que la tortura constituye un método *eficaz* a la hora de obtener

[213] ROXIN, C., "¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?", *art. cit.,* pp. 27-28.
[214] LA TORRE, M., "Amistades peligrosas. Tortura y Derecho", *art. cit.,* p. 35.
[215] AMBOS, K., *Terrorismo, tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, *art. cit.,* pp. 39-45.
[216] RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA CUESTIÓN DE LA TORTURA, *Informe a la Asamblea General*, 1 de septiembre de 2004, *loc. cit.,* parágrafo 14.

información valiosa por parte de los detenidos (entendiendo por eficaz la capacidad de lograr el objetivo propuesto).

Para Dershowitz, la "trágica realidad" es que la tortura a veces *funciona* (en el sentido de que cumple su objetivo) —aunque matiza que "no siempre"— y asegura que así se ha demostrado en numerosas ocasiones, citando el caso de Abdul Hakim Murad, torturado por las autoridades filipinas, que sin embargo ya vimos que distaba mucho de cumplir los requisitos del paradigma de la "bomba de relojería".[217] La prueba definitiva, para este autor, de que la tortura *funciona* —cuanto menos a veces— es que todavía existe en muchas partes del mundo y no ha sido completamente erradicada de ninguna.[218] En el mismo sentido, Ignatieff considera que la frecuencia con la que se recurre a la tortura apoya la tesis de que la tortura funciona. Para él, si un "interrogador experimentado" recurre a la tortura como medio para obtener información de forma rápida, lo hace fundándose en la experiencia. Pone como ejemplo el caso de Khalid Sheikh Mohammed, quien tras ser sometido al "submarino" habría confesado a los interrogadores los nombres de una docena de miembros clave de Al Qaeda sospechosos de estar planeando ataques terroristas. Los interrogadores, señala, torturaron al detenido por el convencimiento de que mediante dicho método obtendrían la información que necesitaba.[219] Incluso Tomás y Valiente se manifestó en tal sentido: "Si no fuese eficaz la tortura en su doble efecto inquisitivo e intimidativo, no estaríamos aquí y ahora hablando de ella; si no fuese eficaz no habría pervivido durante siglos ni habría resurgido en el nuestros; si no fuese eficaz no sería, como ha sido y tal vez sigue en cierta medida siendo, procedimiento empleado en períodos de fortalecimiento del poder".[220]

Aunque en parte de la doctrina y la sociedad existe este convencimiento de que la tortura "debe funcionar", puesto que se sigue usando, lo cierto es que no hay ningún informe oficial que lo demuestre. Es más, el exhaustivo monográfico de Gudjonsson sobre la psicología de los interrogatorios y las confesiones, pone de manifiesto los factores emocionales y psicológicos que pueden llevar a que una persona interrogada confiese delitos que no ha cometido. Sus investigaciones han tenido, de hecho, un impacto a la hora de valorar las confesiones en los procesos

[217] DERSHOWITZ, A., *Why terrorism Works. Understanding the threat, responding to the challenge*, *op. cit.,* p. 137.
[218] Ídem, p. 138.
[219] IGNATIEFF, M., "Si la tortura funciona", *op. cit.,* p. 6.
[220] TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura en España. Estudios históricos*, p. 216.

jurídicos.[221] Asimismo, son de destacar los trabajos que resultaron del encuentro entre cuatro ex-interrogadores del ejército estadounidense y siete psicólogos, en los que —desde las perspectivas sociológica, política, psicosocial y ética— concluyen que la tortura genera autoinculpaciones falsas e incluso suponen un obstáculo para el trabajo de "inteligencia", a pesar de lo cual siguen existiendo razones políticas y sociológicas que alientan a las autoridades a seguir recurriendo a ella.[222]

A juicio de Rejali, ciertamente la tortura puede ser eficaz cuando lo que se pretende con ella es obtener confesiones falsas o intimidar. Sin embargo, en el supuesto que estamos tratando en este capítulo, esto es, la tortura como medio para obtener información valiosa, hay serias dudas de que funcione.[223] Este autor dedica gran parte de su obra "Torture and Democracy" a desmontar la idea mitificada de que es posible una tortura "limpia", limitada y profesional, capaz de obtener de los detenidos información valiosa y precisa. Algunos de sus argumentos los examinaremos a continuación. Para Rejali, el mito clásico de que la tortura funciona es el de la Batalla de Argel de 1957, en la guerra de independencia de Argelia. Según el mismo, los torturadores profesionales franceses obtuvieron en poco tiempo información consistente y precisa que les permitió acabar con la insurgencia del Frente de Liberación Nacional (FLN). Sin embargo, el citado autor hace caer el mito, desmintiendo los supuestos beneficios obtenidos con la práctica de la tortura y desvelando los devastadores efectos que tuvo la política francesa en la batalla. La estrategia de Francia consistió en realidad en identificar, arrestar e intimidar a todos aquellas personas que estuviesen remotamente relacionadas con el FLN, conociéndose hoy en día que el prefecto de Argel ordenó la detención de unas 24.000 personas —la mayoría de las cuales fueron torturadas—, que al menos se torturó a 15 personas inocentes por cada terrorista y que se mató a más inocentes que terroristas. Además, aunque se innovaron las técnicas de tortura, alcanzando una extrema brutalidad, se obtuvo poca información relevante. Francia, en efecto, acabó con la célula del FLN en Argel, pero la tortura alcanzó a muchos inocentes, corrompió a las unidades francesas que la utilizaron y llevó a una política de extremos, destruyendo las posiciones centristas argelinas que podrían haber colaborado con los franceses. Tras la

[221] GUÐJÓNSSON, G., *The Psychology of Interrogations and Confessions: A Handbook*, Wiley, Chichester (West Sussex, Inglaterra), 2003. También sobre las confesiones falsas, véanse los trabajos de Leo: LEO, R. A., "Why Interrogation Contamination Occurs", *University of San Francisco Law Research Paper*, núm. 25, 2013; y "False Confessions: Causes, Consequences, and Implications", *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, núm. 37, 2009, pp. 332-43.
[222] ARRIGO, J. M. (Ed.), "Torture is for Amateurs: A meeting of psychologists and Military Interrogators" (monográfico), *Peace and Conflict. Journal of Peace Psychology*, vol. 13, núm. 4. 2007.
[223] REJALI, D., *Torture and Democracy*, *op. cit.,* p. 446.

batalla, las células se reconstruyeron rápidamente (posiblemente porque las hostilidades dieron lugar a un mayor reclutamiento) y finalmente ganaron la guerra.[224]

Rejali analiza otros conflictos del siglo XX tradicionalmente aludidos como ejemplos arquetípicos de la obtención de información relevante mediante tortura, para llegar a la conclusión de que la pretendida *eficacia* de la tortura descansa sobre supuestos dudosos e incluso erróneos. En efecto, estudios rigurosos demuestran que la información relevante obtenida mediante tortura en conflictos y guerras como los de Vietnam, Irlanda del Norte, la Chipre británica, la Segunda Guerra Mundial o el conflicto palestino-israelí fue escasa, contrariamente a lo defendido por los apologistas de la tortura.[225]

En el caso de la guerra de Vietnam, por ejemplo, numerosos agentes tanto de Estados Unidos como de Vietnam del sur defendieron los logros obtenidos mediante la tortura. Sin embargo, algunos estudios prueban que no facilitó información valiosa y, por el contrario, en ocasiones se obtuvo información falsa.[226] Una de esas investigaciones analizó la base de datos del Programa Phoenix de Estados Unidos —que tenía como objetivo capturar y matar a operativos del Vietcong—, concluyendo que menos del 6% de las personas capturadas y asesinadas fueron confirmadas como agentes del Vietcong.[227] El estudio demuestra que el Programa Phoenix obtuvo información errónea que motivó numerosas detenciones de personas inocentes, que no disponían de información relevante.[228] Además, testimonios de agentes de la CIA en Vietnam afirman que sí se obtuvo información muy valiosa mediante la colaboración ciudadana, sin necesidad de tortura.[229]

La historia más reciente es también ejemplo de la escasa eficacia de la tortura y de que ésta no es nunca limitada y profesional. Tras el 11-S, la CIA seleccionó a varios de sus agentes y los entrenó en seis técnicas de "interrogatorio" autorizadas (zarandear, dos formas de abofetear, obligar a permanecer de pie, "la celda fría" y el "submarino") para su aplicación a una do-

[224] Ídem, pp. 480-493.
[225] Ídem, pp. 470-474, pp. 493-499 y pp. 513-518.
[226] Ídem, pp. 513-514.
[227] KALYVAS, S. N. y KOCHER, M. A., "How «Free» Is Free Riding in Civil Wars? Violence, Insurgency, and the Collective Action Problem", *World Politics*, vol. 59, núm. 2, 2007, pp. 177-216.
[228] REJALI, D., *Torture and Democracy*, *op. cit.,* pp. 471-472.
[229] Ídem, p. 514.

cena de miembros de Al-Qaeda de "alto valor". Según la versión de la CIA, la tortura fue eficaz, estuvo bien medida y fue limitada, ya que las técnicas se aplicaron a terroristas muy destacados, todos los cuales confesaron y ninguno de los cuales murió, y que los interrogatorios fueron supervisados y expresamente autorizados por superiores. Sin embargo, Rejali desvela que, contrariamente al relato de la agencia americana de inteligencia, se torturó a más detenidos de los inicialmente seleccionados y que al menos cinco murieron en Irak y Afganistán como consecuencia de las torturas.[230]

En este y otros casos analizados por Rejali de tortura por parte de las autoridades estadounidenses, se acusa tanto la tendencia de los torturadores de ir más allá de los métodos que han sido aprobados, como la de que personas no autorizadas para ello acaben aplicando las torturas.[231] Se observa, además, que la tortura ha generado en las diferentes agencias de inteligencia y seguridad de aquel país no sólo una importante rivalidad por obtener información, sino también la desprofesionalización de sus agentes, el quebranto de la disciplina interna y la merma de la relación de confianza con posibles colaboradores.[232] Aunque la Administración estadounidense ha asegurado que las técnicas de interrogatorio autorizadas permitieron obtener información crítica para la guerra contra el terrorismo, no sólo no hay pruebas de ello, sino que además se tiene constancia de informaciones falsas obtenidas mediante tortura y de la detención por error de individuos y su posterior traslado a lugares donde ésta se practicaba.[233] Es más, en los propios informes de la CIA se reconoce la dificultad de determinar si la tortura ha sido fundamental en algún caso para evitar la comisión de ataques inminentes.[234]

Rejali niega que los interrogatorios de Abu Ghraib proporcionaran información relevante y pone en duda que los de Guantánamo lo hicieran. Como prueba de esto último hace referencia a los trabajos de los tribunales para la revisión del estatus de combatiente (*Combatant Status Review Tribunals*), que fueron constituidos en Estados Unidos en julio de 2004 por orden del Subsecretario del Ministerio de Defensa Paul Wolfowitz, a fin de verificar si las personas reteni-

[230] Ídem, p. 500.
[231] Ídem, pp. 500-501.
[232] Ídem, pp. 502-502.
[233] Ídem, pp. 503-512.
[234] LUBAN, D., "Human Dignity, Humiliation and Torture", *op. cit.,* p. 225.

das en Guantánamo habían sido correctamente designadas como "combatientes enemigos".[235] Los resultados revelaron la debilidad de los cargos sostenidos contra muchos detenidos y que sólo el 55% de ellos había cometido "actos hostiles". Ello dio lugar a que mucha de la información obtenida en los interrogatorios fuera falsa o no relevante.[236] Otro ejemplo de la poca fiabilidad de la información obtenida mediante tortura en la guerra contra el terrorismo de Al Qaeda es el caso de Ibn al-Shaykh al-Libi, detenido en 2001 en Afganistán, quien —bajo torturas— habría facilitado información sobre las supuestas armas de destrucción masiva de Irak, lo que posteriormente constituiría la justificación empleada por el Presidente George W. Bush para invadir aquel país. Como es conocido, Estados Unidos nunca encontró las armas de destrucción masiva.[237]

El estudio concienzudo de los conflictos más importantes del último siglo, pues, lleva a Rejali a concluir que la tortura no es un medio eficaz para obtener información relevante. En primer lugar, porque, como hemos visto, con frecuencia se interroga a personas inocentes que no disponen de la información que se pretende conseguir. En segundo lugar, porque —como también se ha señalado— con frecuencia los detenidos proveen información falsa, o bien de forma voluntaria por los inocentes (que se verán arrastrados a decir "cualquier cosa" para que cese la tortura) o los no cooperadores (para despistar a los investigadores), bien de forma involuntaria como consecuencia del *lapsus* en el juicio y la memoria que puede causar la tortura, lo que puede dar lugar tanto a que personas torturadas acaben convencidas de la autenticidad de cierta información (errónea o falsa) que están facilitando, como a que olviden información reciente. Tan es así que la obtención de información falsa es reconocida como un problema incluso por los manuales de tortura de Japón, Indonesia, el ejército estadounidense o la CIA.[238] En tercer lugar, porque las personas con profundas creencias —religiosas, políticas u otras— pueden encontrar en el dolor infligido por otros la confirmación de la inferioridad moral de los torturadores, lo que refuerza su aguante y dificulta la obtención de información, por ejemplo, de fundamentalistas religiosos.[239] Uno de los ejemplos citados por Rejali en su obra es el de Vhuyen Van Tai, uno de los oficiales de mayor rango del Vietcong capturados durante la guerra de

[235] Algunas transcripciones de las sesiones figuran en la página Web del Ministerio de Defensa de Estados Unidos: http://www.defense.gov/news/Combatant_Tribunals.html.
[236] REJALI, D., *Torture and Democracy*, *op. cit.,* p. 510.
[237] Ídem, pp. 504-505.
[238] Ídem, pp. 461-462.
[239] Ídem, p. 476.

Vietnam. Los survietnamitas le torturaron empleando electroshocks, golpes, posiciones incómodas, privación de sueño y otras técnicas. A pesar de las torturas y de que durante dos años le mantuvieron en una habitación refrigerada y sin ventanas, no facilitó ninguna información relevante. A juicio de Rejali, esto fue porque la tortura no hizo sino aumentar su resistencia. La única información útil que se obtuvo, finalmente, fue cuando un agente de la CIA estableció una relación con él y, mediante un interrogatorio hábil y técnicas psicológicas, logró cierta colaboración.[240]

Sin perjuicio de lo anterior, no puede negarse la posibilidad de que en ocasiones se pueda obtener información relevante mediante tortura. De hecho, cuantas más personas sean torturadas, mayores serán las posibilidades de obtener alguna información de interés. Para Castresana, "la única manera de conseguir información adecuada, a través de la tortura, es detener la mayor cantidad posible de sospechosos, torturarlos a todos por sistema, obtener una gran cantidad de información en bruto, y posteriormente, cruzando y filtrando toda esa información, podría obtenerse una pequeña cantidad de información contrastada que pudiera ser aprovechada".[241] En cualquier caso, para Rejali las escasas "ganancias" que eventualmente pudieran obtenerse con la tortura no compensan los "costes", entendiendo como tales —además de las violaciones de derechos humanos de las personas torturadas, por supuesto— los graves errores que se pueden causar en la investigación. Uno de ellos es la confusión y pérdida de tiempo de los servicios de inteligencia que genera la información falsa. De hecho, las estadísticas demuestran que los índices de detección de mentiras en las confesiones por parte de los interrogadores son cercanos al 50%, esto es, igual de fiables que lanzar una moneda al aire.[242] Además, como se ha apuntado anteriormente, la tortura acaba destruyendo la profesionalidad y las habilidades de los servicios de inteligencia y seguridad (policía, ejército, agencias de inteligencia): los agentes se van volviendo más indisciplinados y brutales y dejan de hacer otras actividades policiales, como investigar, vigilar, verificar, etc., que en cambio son más eficaces.[243] El caso de Abdul Hakim Murad, ya citado, es el ejemplo perfecto de cómo el uso de la tortura provoca la pérdida de las habilidades policiales y la tortura se convierte en la primera opción. Como ya se señaló, Murad fue torturado durante 67 días por las autoridades filipinas, a

[240] Ídem, pp. 514-515.
[241] CASTRESANA, C., "La tortura como mal mayor", *op. cit.,* p. 22.
[242] Ídem, pp. 458-469.
[243] Ídem, pp. 446 y ss.

pesar de que toda la información figuraba en un ordenador portátil con archivos que sólo fueron desencriptados tras la tortura.[244]

Por último, la tortura incrementa la hostilidad de la población y destruye la confianza ciudadana, lo que reduce la colaboración pública y dificulta las operaciones de inteligencia.[245] En este sentido, varios agentes de inteligencia y expertos interrogadores estadounidenses retirados alertaban, en diciembre de 2005, que obtener información de prisioneros capturados exige "investigación, conocer las lenguas nativas y entablar relaciones sostenidas con los objetivos del interrogatorio", las cuales se ven dificultadas por las "tácticas abusivas", que "tienden a inducir al sujeto a decirle al interrogador cualquier cosa que crea que éste quiere oír" y, "una vez levantadas estas barreras, las oportunidades para obtener información fiable de un objetivo normalmente desaparecen casi por completo, y se pierde para siempre una información vital".[246]

La historia, pues, muestra una tortura desordenada, ascendente y poco profesional que produce información poco de fiar y que incluso resulta contraproducente. Y, con las restricciones de tiempo derivadas del paradigma de la "bomba de relojería", todas estas dinámicas no cambian sino que por el contrario empeoran, al precisar métodos de tortura más intensos por las restricciones de tiempo.[247] Pero, a pesar de todo ello, los gobiernos persisten en su uso. ¿Por qué? En primer lugar, porque análisis en profundidad como el que aquí hemos intentado resumir, no se llevan a cabo por parte de los gobiernos. Como ya se ha señalado, no se conocen informes oficiales sobre la eficacia de la tortura. La información —habitualmente clasificada— no es accesible en su mayor parte, y los resultados de su uso no se evalúan porque generalmente ésta se lleva a cabo clandestinamente por agencias especializadas con bastante autonomía, que se resisten a la evaluación por superiores y que compiten con otras organizaciones análogas. Otra explicación para Rejali de que la tortura se siga empleando es que, en situaciones críticas, haber hecho "todo lo posible" (incluyendo la tortura entre las posibilidades) constituye una justificación de los gobiernos ante las críticas por no haber adoptado las medidas adecua-

[244] Ídem, pp. 507-508.
[245] Ídem, p. 476. Para Rejali, la mejor fuente de información es la cooperación pública. Ejemplo de ello es la detención en 10 días por la policía británica de los cinco hombres que presuntamente pusieron las bombas en trenes y autobuses de Londres el 21 de julio de 2005. La policía se valió de la colaboración ciudadana, que aportó testimonios relevantes que fueron claves para la identificación de los culpables (pp. 458-459).
[246] En ALMQVIST, J., "Tortura y pruebas", *op. cit.,* p. 3. Los citados agentes dirigieron una carta al senador John Mc Cain, que presentó una enmienda contra la tortura que fue aprobada por una amplia mayoría por la Cámara de Representantes.
[247] Ídem, pp. 473-475.

das. Para finalizar, el argumento de la ineficacia de la tortura no hace mella en los partidarios de ésta porque en realidad su uso no responde a una lógica racional, basada únicamente en los resultados, sino que también se emplea por razones punitivas. Aunque se camufle la rabia como racionalidad, lo cierto es que entran en juego el "ojo por ojo" y la satisfacción por "hacer pagar" a los terroristas sus crímenes, se trata de desvincularles de toda pertenencia colectiva y de sembrar el terror en la comunidad a la que pertenecen.[248]

En definitiva, la tortura, pues, no sólo es inmoral e ilegal, como habíamos concluido anteriormente, sino también irracional, pues no hay razones de tipo pragmático que la justifiquen. Como acertadamente reflexiona Savater, "los mayores enemigos de una visión lúcida de la tortura no son sólo los torturadores, sino muy especialmente aquellos que están dispuestos a excluir de tal consideración abominable ciertos comportamientos brutales que ellos consideran más o menos justificados". Pero lo peor es que "a la tortura nunca le faltan justificaciones, aunque éstas suelan ser más satisfactorias para el verdugo que para la víctima". Es preciso, por ello, establecer inequívocamente que la tortura no es algo malo según a quién se aplique ni según en nombre de quién se aplique, sino que se trata siempre de un crimen contra la *humanidad*, cuya conservación es prioritaria al triunfo de cualquier proyecto político.[249]

La guerra contra el terrorismo ha causado graves daños a la democracia. El análisis histórico demuestra que, aunque ninguna democracia ha sido jamás derribada por el terrorismo, todas —o casi todas— se han visto dañadas por él, sobre todo por sus propias reacciones. El problema surge cuando los gobernantes acusan a los principios que son estandartes de las democracias constitucionales (como las restricciones sobre el poder ejecutivo o el debate público) de ser en realidad sus puntos débiles en la lucha contra el terrorismo.[250] De todos modos,

---

[248] Ídem, pp.519-522 y pp. 533-535; LUBAN, D., "Human Dignity, Humiliation and Torture", *op. cit.,* p. 225; y TERESTCHENKO, M., *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*, *op. cit.,* pp. 163-165. Ya lo vimos anteriormente en este capítulo cuando se examinaron las prácticas que se llevaron a cabo con los detenidos en los centros de detención de Guantánamo o Abu Ghraib: más que conseguir información eficaz en la lucha contra el terrorismo, lo que perseguían era la humillación y el castigo, haciéndoles violar sus mandatos religiosos obligándoles a comer cerdo e ingerir alcohol, obligándoles a llevar ropa femenina en sus cabezas, etcétera.

[249] SAVATER, F. y MARTÍNEZ FRESNEDA, G., *Teoría y presencia de la tortura en España*, *op. cit.,* p. 9.

[250] IGNATIEFF, M., *El mal menor. Ética política en una era de terror*, *op. cit.,* pp. 103-104. En España lo vivimos hace unas décadas con los Grupos Terroristas de Liberación (GAL), una brigada de élite y clandestina de la policía española que llevó a cabo asesinatos selectivos de miembros de la banda terrorista ETA. Afortunadamente, esta guerra sucia salió a la luz y finalizó con condenas judiciales de policías y políticos. En las páginas 101-104, Ignatieff analiza los intentos terroristas de destruir las democracias liberales italiana, alemana, española y británica, concluyendo que los terroristas buscan precisamente que los Estados tomen medidas reaccionarias que debiliten la democracia.

la moralidad del propio debate sobre la tortura está en entredicho, para La Torre discutir sobre esta cuestión es directamente inmoral.[251] Sin embargo, en este capítulo hemos considerado necesario plasmar un debate que no se ha quedado sólo en el plano teórico sino que ha tenido y tiene importantes consecuencias prácticas.

[251] LA TORRE, M., "La teoría del derecho de la tortura", *op. cit.,* p. 85.