



FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS DEL DELITO DE TORTURA:  
ESTUDIO DEL ESTADO DE NECESIDAD Y LA  
LEGÍTIMA DEFENSA COMO POSIBLES  
CAUSAS JUSTIFICATORIAS O  
EXCULPATORIAS**

Autor: Manuel Cereijo Comet

5º E3 A

Derecho Penal

Tutor: Myriam Cabrera Martín

Madrid  
Junio 2018

## **RESUMEN**

En el presente trabajo se analizará el delito de tortura en general, y detalladamente la potencialidad de que existan causas de justificación o exculpación que eximan de responsabilidad penal al sujeto actor. Se comenzará tratando el concepto de tortura y su localización en la legislación española e internacional. Tras el estudio de todos sus elementos, se analizará el tratamiento jurisprudencial que se ha dado al delito, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Analizadas las principales y más relevantes sentencias, se observará el contexto actual de la tortura en España, centrándonos en las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la actuación de las autoridades judiciales como garantes de la prevención y prohibición del delito. Con la anterior información procedemos al punto más relevante del trabajo: la posible justificación de la tortura. Para resolver esta cuestión iniciamos el estudio observando la teoría jurídica del delito y analizando las eximentes del estado de necesidad y de la legítima defensa. En este apartado prestamos especial atención a la teoría del mal menor en la ponderación de males. Comprendidos los requisitos legales que exigen estas causas de justificación, tratamos de aplicarlos a casos concretos en los que la ponderación de bienes jurídicos podría provocar que dudásemos de la absoluta prohibición de la tortura. Tras la aplicación a los casos concretos, podremos alcanzar unas conclusiones en cuanto a la necesidad o utilidad de la posible legalización de la tortura en casos excepcionales, o en cuanto a la posible potestad de los órganos judiciales para eximir de responsabilidad a sus ejecutores. Para que el análisis sea completo, se estudiará el tratamiento de estas eximentes en otros países.

## **Palabras Clave**

Tortura, estado de necesidad, legítima defensa, ponderación de males, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, legalización de la tortura, amenaza de tortura.

## **ABSTRACT**

The current paper will analyze the crime of torture in general. And it will analyze in detail the possibility of applying causes of justification or exculpation that could exempt the active subject from criminal liability. It will begin by treating the concept of torture and its placement in the Spanish and international legislation. After the study of all its elements, we will proceed to a jurisprudential analysis of the treatment that has been given to the crime, both nationally and internationally. Later, we will observe the current context of torture in Spain, focusing in the resolutions of the European Court of Human Rights about the performance of judicial authorities as guarantors of the prevention and prohibition of the mentioned crime. With the above information we advance to the most relevant point of the work: the possible justification of torture. To solve this issue, we began by observing the legal crime theory and analyzing the legal exemptions of the state of necessity and self-defense. In this section we pay special attention to the theory of the lesser evil in the weighing of evils. Understanding the legal requirements that these causes of justification demand, we try to apply them to specific cases in which the weighing of legal goods could cause the doubt on the absolute prohibition of torture. After the application to specific cases, we can reach conclusions regarding the need or utility of the possible legalization of torture in exceptional situations, or as to the possible power of judicial authorities to exempt their executors from liability. For the analysis to be complete, we will study the use of these justifications by other countries.

## **Keywords**

Torture, state of necessity, self-defense, weighing of evils, European Court of Human Rights, legalization of torture, torture threats.

## Índice

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>2</b>
<b>2. ESTUDIO CONCEPTUAL Y LEGAL .....</b>	<b>4</b>
2.1 ÁMBITO INTERNACIONAL .....	4
2.2 ÁMBITO NACIONAL .....	8
2.2.1 <i>Integridad Moral</i> .....	8
2.2.2 <i>Tratos Degradantes</i> .....	11
2.2.3 <i>Tortura</i> .....	11
<b>3. CONTEXTUALIZACIÓN DEL DELITO EN ESPAÑA.....</b>	<b>17</b>
3.1 REACCIONES A LA ACTUACIÓN JUDICIAL ESPAÑOLA .....	21
<b>4. EL ESTADO DE NECESIDAD Y LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO POSIBLES CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN O EXCULPACIÓN.....</b>	<b>24</b>
4.1 TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO .....	27
4.1.1 <i>Estado de necesidad</i> .....	27
4.1.2 <i>Legítima defensa</i> .....	29
4.2 CASOS OBJETO DE ESTUDIO .....	31
4.2.1 <i>Estado de excepción</i> .....	31
4.2.2 <i>Caso del cirujano de MIR PUIG</i> .....	32
4.2.3 <i>Ticking bomb</i> .....	33
4.2.4 <i>Caso de Harry el sucio</i> .....	35
4.2.5 <i>El caso «Jakob von Metzler»</i> .....	37
4.3 POSTURA OFICIAL FRENTE A ESTOS SUPUESTOS.....	42
<b>5. COMPARACIÓN CON OTROS ESTADOS.....</b>	<b>44</b>
<b>6. CONCLUSIONES.....</b>	<b>49</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>52</b>
7.1 LEGISLACIÓN .....	52
7.2 JURISPRUDENCIA.....	52
7.3 OBRAS DOCTRINALES .....	53

## 1. INTRODUCCIÓN

La tortura es un delito gravísimo que a los ciudadanos de Estados y sociedades occidentales puede sugerir comportamientos del pasado o de países menos avanzados en los que apenas existe un Estado social y democrático de Derecho. Sin embargo, esa afirmación es completamente equivocada. El respeto a los derechos humanos y al libre desarrollo de las personas no está garantizado en ninguno de los continentes y continúa siendo un tema actual. Sin ir más lejos, en febrero de 2018 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a España por violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo a la prohibición de los tratos degradantes y la tortura<sup>1</sup>. La violación, por parte del Estado español, se produjo tanto en su vertiente procedimental como formal. Cabe detallar que esta no es la primera condena al Estado español por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, De esta forma se probaba que las autoridades españolas habían violado los derechos humanos en su lucha contra el terrorismo. Existen casos más graves que el de las autoridades españolas, como los Estados de Estados Unidos de América o Israel, donde esta práctica se ha oficializado y legalizado empleando justificaciones oscuras y abstractas.

Por otro lado, tenemos en cuenta también la situación que atraviesan estos países, enfrentándose a guerras y terrorismo. Nos planteamos entonces si los Estados pueden legítimamente recurrir a la tortura con el objetivo de salvar a inocentes de agresiones injustas. Puesto que, en situaciones de ponderación de males entre la vida de inocentes o la integridad de un torturado, aparentemente priman los derechos de terroristas a los derechos de inocentes que respetaban la ley.

Alrededor de los dos anteriores argumentos se estructurará nuestro estudio. Contemplando si sería legítimo ponderar bienes jurídicos para justificar la tortura en algún caso.

El trabajo se estructurará en tres apartados, siguiendo un hilo explicativo del delito de tortura. Se comenzará por el estudio del concepto y su tratamiento legal en el sistema jurídico español e internacional. Tras el análisis de sus principales elementos y del bien jurídico protegido se procederá al estudio jurisprudencial de la materia, dónde se observarán las principales resoluciones judiciales que han moldeado y adaptado el

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1653/13 de 13 de febrero de 2018.

delito. Posteriormente, se procederá al estudio del contexto del delito en España, refiriéndonos a su situación, su supuesta práctica en el pasado o lo que ha concluido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la actuación de las autoridades españolas en su objetivo de prevenir y castigar el delito. Finalmente, se analizará desde un punto de vista ético-jurídico la posible admisibilidad de la tortura desde la ponderación de males. Esto se realizará también desde la práctica, comenzando por la teoría jurídica del delito y observando su aplicación a diferentes casos, de utilidad explicativa por su complejidad y por la dificultad de la ponderación de los males.

En base al procedimiento analítico anterior se alcanzará una conclusión sobre si se considera correcta la legalización de la tortura y de los tratos degradantes, como ha ocurrido en otros Estados. Por otro lado, también se valorará la posibilidad de que el sistema judicial tenga la facultad de eximir de responsabilidad a los ejecutores del delito, aunque esta eximente no se encuentre previamente en ningún texto legal.

Por lo tanto el principal objetivo del estudio es alcanzar una conclusión sobre la posible legalidad o justificación de la tortura en casos extremadamente graves. Es decir, si en situaciones en las que se está produciendo un grave perjuicio al ordenamiento jurídico y a numerosos inocentes, no debe ponderarse los derechos de inocentes sobre los derechos de criminales. Para poder llegar a formar un juicio de valor sobre tan compleja cuestión, previamente era necesario alcanzar otros conocimientos, tratándose estos de los objetivos secundarios. En primer lugar, partimos de la comprensión del delito de tortura. Se incluyen aquí sus elementos, el bien jurídico protegido o su regulación a nivel internacional y nacional. Segundo, comprender su tratamiento jurisprudencial en los diferentes ámbitos e intuir tendencias. Tercero, entender las posibilidades y requisitos de aplicación de las eximentes de legítima y defensa y estado de necesidad, que son las posibles causas justificantes que se podrían aplicar para exculpar al sujeto activo de tortura.

En cuanto al método seguido, se empleará el modelo inductivo. Partiendo de la revisión de la literatura, con las argumentaciones de la Doctrina, y del análisis de la legislación y Jurisprudencia. Tras esto, se procederá a aplicar este análisis a los casos concretos más relevantes, observando si las premisas de la prohibición absoluta de la tortura se mantienen. Esto se denomina metodología de caso de estudio.

## 2. ESTUDIO CONCEPTUAL Y LEGAL

Comenzaremos con el estudio jurídico del delito. Dentro del estudio hay varios ámbitos que deben ser tratados desde una perspectiva diferente, por su amplitud, definición del delito o rango de sus normas. Comenzaremos por el ámbito internacional para acabar analizando el delito de tortura y su regulación a nivel nacional.

### 2.1 Ámbito internacional

España pertenece a diversas organizaciones y es integrante de tratados a nivel internacional, por lo que se ve vinculada por las decisiones y normas de estos organismos supranacionales. Los ejemplos más importantes son la Unión Europea y la Organización de Naciones Unidas.

Destaca la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos, o penas crueles, inhumanos y degradantes de 10 de diciembre de 1984. Este instrumento jurídico internacional ha sido clave en el camino hacia la erradicación de la tortura. En su art. 1.1 se define la tortura como: *“todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”*<sup>2</sup>. Podemos extraer de esta definición que el elemento más importante para la determinación de este tipo de crimen es el perjuicio a la integridad moral (sufrimientos graves físicos o mentales), además de la necesidad de que el acto sea producido por un funcionario en el ejercicio de su función pública y con el fin de obtener información o castigar al detenido.

---

<sup>2</sup> Instrumento de ratificación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984. (BOE 9 de noviembre de 1987).

Posteriormente, se elaboró el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes de 1987<sup>3</sup>. Este Convenio es promulgado en el contexto del Consejo de Europa para asegurar que los tratos degradantes e inhumanos no se lleven a cabo en los Estados miembros. El Convenio no se limita a establecer de nuevo la prohibición sino que actúa creando un comité europeo que, con el fin de asegurar el objetivo pretendido, “*examinará el trato dado a las personas privadas de libertad para reforzar, llegado el caso, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes*”, como establece el artículo 1 del mencionado Convenio. El Consejo de Europa trata de solventar este problema mediante la creación de distintos mecanismos de prevención y de control, no judicial, de estos actos. El más relevante son las visitas que realizará este comité a personas que se encuentren en prisión, para observar como son tratadas. Como podemos ver, mediante las actuaciones del Consejo de Europa se está tratando activamente de erradicar las torturas en los países integrantes de la Unión Europea.

También se hace referencia a la prohibición de la tortura en el Convenio europeo de derechos humanos (de aquí en adelante el “CEDH”), de 4 de noviembre de 1950. En el artículo 3 del mismo se fija la prohibición, aunque no se detalla sobre la misma. Este artículo, en su ámbito procesal, ha sido el que se ha considerado violado por las actuaciones de España en la lucha contra el terrorismo, a juicio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de aquí en adelante el “TEDH”).

Los tratados internacionales que hemos mencionado se limitan a establecer las normas generales que sus integrantes deben seguir, la posterior y necesaria regulación concreta de las directrices debe ser realizada en el ámbito nacional por los poderes legislativos de los respectivos países miembros.

Más allá del ámbito legislativo, existe también importante jurisprudencia que ha sentado precedentes en el trato de la tortura. Principalmente estudiamos las sentencias emitidas por el TEDH:

- Irlanda contra Reino Unido 18-1-1978<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Instrumento de ratificación del Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987. (BOE 5 de julio de 1989).

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de enero del 1978.

Este caso tiene su origen en la denuncia interpuesta por Irlanda contra el Reino Unido e Irlanda del Norte. El principal objetivo de esta es el esclarecimiento, por parte del TEDH, “sobre el alcance de una serie de medidas, poderes o facultades extrajudiciales para detener, encarcelar e internar y su aplicación que, para luchar contra el terrorismo han ejercido en Irlanda del Norte, de agosto de 1971 a diciembre de 1975”<sup>5</sup>. El fallo de esta sentencia fue controvertido, ya que afirmó que las diversas técnicas que habían sido empleadas por las autoridades británicas no eran constitutivas de tortura sino de tratos inhumanos. Entre estas actividades se encontraban las conocidas como “cinco técnicas: colocación de pie contra una pared, “stress position” durante las identificaciones y de los periodos de algunas horas; encapuchamiento, cubriendo la cabeza de los detenidos con un saco negro o azul; ruido constante antes de los interrogatorios producido por un fuerte silbido; falta de sueño, ya que antes de los interrogatorios no se les permitía dormir y falta de alimento sólido y líquido, ya que durante su estancia en el centro y antes de los interrogatorios, solo recibían una alimentación escasa”<sup>6</sup>. El TEDH se basó, para diferenciar estas actividades de la tortura, en que la intensidad del mal no era de la necesaria gravedad. En la resolución se hace referencia al artículo 15 del Convenio relativo a la posible derogación de las normas del Convenio en caso de que la nación se encuentre en un estado de emergencia. Se consideró el terrorismo del “IRA” (*Irish Republican Army*), de esta naturaleza y esto provocó que los actos de las autoridades fuesen juzgados con menor dureza.

- Selmouni contra Francia 28-7-1999<sup>7</sup>.

Este caso es de naturaleza similar al anterior, aunque la resolución tomará otra dirección más garantista. Se trata, de nuevo, de diferenciar entre los tratos inhumanos y degradantes, de naturaleza más leve, y la tortura, su versión más grave. Más concretamente, se trataba de resolver si una determinada actividad de malos tratos podría llegar a ser considerada legalmente como tortura, es decir si las penas podían evolucionar y progresar a una escala sancionadora superior. Aplicando la doctrina de la interpretación evolutiva de la Convención, el Tribunal falló que sí. Esto es así debido al “efecto que el creciente nivel de exigencia en materia de protección de los derechos

---

<sup>5</sup> Alonso de Escamilla, A., “La doctrina penal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estudio de casos”. Anuario de derecho penal y ciencias penales 43.1 (1990): 175-196.

<sup>6</sup> Alonso de Escamilla, A., “La doctrina penal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estudio de casos”. Anuario de derecho penal y ciencias penales 43.1 (1990): 175-196.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de julio del 1999.

*humanos y libertades fundamentales implica, de modo paralelo e ineluctable, una mayor firmeza en la apreciación de los atentados a los valores fundamentales de las sociedades democráticas. En suma, por aplicación de la doctrina de la interpretación evolutiva de la Convención, la condena a Francia fue de violación de su artículo 3º en concepto de tortura, no de malos tratos*<sup>8</sup>, como afirmó PASTOR RIDRUEJO, antiguo juez del TEDH. Por lo tanto, la calificación jurídica del delito puede evolucionar debido al rechazo que el delito genere en la sociedad en el momento concreto. Las normas deben adaptarse.

- Kaya contra Turquía 28-3-2000.

También es especialmente relevante la sentencia que resuelve este caso. En esta sentencia el TEDH falla que los Estados en los que se realizan actividades de torturas violan el artículo 3 del CEDH, relativo a la prohibición de las torturas, y que a consecuencia de esto incurren en responsabilidad. Pero más importante es la especificación por la que extiende el alcance de lo anterior, ya que establece que no solamente por actuaciones positivas pueden los Estados incurrir en responsabilidad por tortura, sino también por pasividad o “*no hacer*”<sup>9</sup>, es decir por no tratar de evitarlo o por no actuar cuando conoce que se ha producido el delito. Concretamente esta omisión de la responsabilidad se traduce en que no se adopten las medidas razonables para evitar el riesgo o “*porque la legislación interna no establezca la debida protección*”<sup>10</sup>.

Se observa una mayor intolerancia con las violaciones de los derechos humanos y la dignidad con el transcurso del tiempo. Por lo general, las sociedades avanzan y sus conocimientos sobre la importancia del respeto a los derechos humanos se incrementan.

A pesar de esto, es realmente un problema muy propagado que requiere de medidas urgentes que corrijan la situación y cambien la tendencia. Por otro lado, también se debe resaltar que es un área en la que se ha progresado mucho y en la que se sigue trabajando. Especialmente en Europa.

---

<sup>8</sup> Pastor Ridruejo, J. A., “La reciente jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: temas escogidos”. Quel López, F. J., Aguirre Zabala, I. y Álvarez Rubio, J. J., *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz* (2007).

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de marzo del 2000.

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de marzo del 2000.

## 2.2 Ámbito nacional

El delito de torturas está recogido en el Código Penal en el epígrafe que versa: “*De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*”, en el Título VII del mencionado Código. La rúbrica del mismo desvela que el bien jurídico aglutinador de todos los tipos penales de este Título es la integridad moral, incluido el delito de tortura.

### 2.2.1 Integridad Moral

Este Título es una innovación introducida en el año 1995, que fue criticada duramente en su tramitación parlamentaria por su “*incorrección, vaguedad e indeterminación del concepto de integridad moral*”<sup>11</sup>. También afirma MANJÓN-CABEZA que en general la totalidad del Título VII del Código Penal incumple la necesidad de taxatividad, puesto que los tipos no son claros y precisos<sup>12</sup>. Otros autores como TAMARIT SUMALLA afirman que el artículo 173.1 del Código simplemente formula negativamente el contenido del artículo 15 de la Constitución Española de 1978, relativo a la vida, la integridad física y moral<sup>13</sup>. Por último, LASCURAÍN SÁNCHEZ resalta que la construcción de dos tipos básicos sobre la “integridad moral” y el “trato degradante”, cuya definición es indeterminada, no se ajusta a las exigencias del principio de legalidad<sup>14</sup>. De los análisis de los autores citados, podemos concluir que no se está cumpliendo con el principio de taxatividad o certeza derivados del principio de legalidad, puesto que la integridad moral como bien jurídico protegido reviste clara vaguedad.

Comencemos entonces tratando de definir el contenido de la integridad moral, el bien jurídico protegido. Los delitos contra la integridad moral se definen como “*aquellos que cometa una persona que inflija a otra un trato degradante, menoscabando su integridad moral*”, según el artículo 173.1 del Código Penal. Observamos la indeterminación de los conceptos empleados, puesto que realmente no es una definición sino una tautología que afirma el bien jurídico como menoscabo al mismo bien.

---

<sup>11</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Torturas. Otros delitos contra la integridad moral”. Álvarez García, F. J., *Derecho Penal Español Parte Especial (I)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. P. 427-455.

<sup>12</sup> *Derecho Penal Español Parte Especial (I)*. cit. 8.

<sup>13</sup> Tamarit Sumalla, J. M., “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, *Comentarios al Código Penal*, Quintero Olivares, Pamplona, Aranzadi, 1996.

<sup>14</sup> *Derecho Penal Español Parte Especial (I)*. cit. 8.

Se ha tratado de definir jurisprudencialmente. El Tribunal Supremo define la integridad moral como “*un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo, esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento*”<sup>15</sup>. Podemos observar que el contenido del derecho está estrechamente ligado a la dignidad y a la capacidad de decidir libremente. Concretamente incluye otros derechos diferentes como el derecho a la dignidad, al honor, el respeto a la libertad de pensamiento, libre expresión o el libre desarrollo de la personalidad.

En la búsqueda del contenido de la integridad moral se deben tener en cuenta diferentes aspectos<sup>16</sup>:

- La integridad moral protegida en el Código Penal, no necesariamente es igual que la protegida en la Constitución Española. Como afirma el Tribunal Supremo<sup>17</sup>, el concepto penal de integridad moral es diferente al derecho fundamental a la misma. La carta magna es el punto de partida, pero la protección penal debe cumplir con el principio de mínima intervención. Es decir, aunque la tortura esté prohibida constitucionalmente, deberá concretarse en los preceptos penales en qué ocasiones o mediante que conductas reviste la suficiente gravedad como para ser castigada y cuáles serán los castigos aplicables.
- La integridad moral es un bien que puede ser dañado sin necesidad de que también se produzca un daño físico. El Tribunal Supremo afirma este derecho como “*una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de otros derechos*”<sup>18</sup>, lo que es confirmado por el artículo 177 del Código, que establece una regla concursal por la que las lesiones físicas se castigarán separadamente a las que se causen a la integridad moral<sup>19</sup>.

Respecto a la doctrina, existen diferentes posturas respecto a la delimitación material del derecho en cuestión. RODRÍGUEZ MOURULLO afirma la integridad psíquica y la salud física y mental como base del derecho a la integridad moral<sup>20</sup>. Otro sector

---

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1725/2001 de 3 de octubre.

<sup>16</sup> *Derecho Penal Español Parte Especial (I)*. cit. 8.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1218/2004 de 2 de noviembre.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 715/2016 de 26 de septiembre.

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1218/2004 de 2 de noviembre.

<sup>20</sup> Rodríguez Mourullo, G. *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid, 1984, vol. II.

doctrinal considera que el contenido de este derecho es autónomo de otros bienes jurídicos, como la salud, y que por ello su tratamiento se aborda de forma independiente en el Código Penal.

El Tribunal Constitucional también ha participado en este debate terminológico, explicando la integridad moral desde la idea de inviolabilidad, lo que significa ser tratado como persona y no como cosa. Acudimos a la notoria Sentencia 120/1990, por su resolución del caso de los GRAPO (*“Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre”*), donde el Tribunal establece que se protege la inviolabilidad *“no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento del titular”*<sup>21</sup> y también añade que *“la dignidad ha de permanecer inalterada cualesquiera que sea la situación en que la persona se encuentre... construyendo un ‘minimum’ invulnerable que todo estatuto jurídico debe garantizar”*<sup>22</sup>.

Con lo anterior construimos la integridad moral como el libre desarrollo de la personalidad. Dicho de otra forma, es la máxima expresión de la dignidad. Como refleja la citada Sentencia del Supremo, *“la dignidad constituye el fundamento último de todos los derechos fundamentales”*<sup>23</sup>. Los principales atentados contra la dignidad moral, como refleja la Doctrina y la Jurisprudencia en repetidas ocasiones, serán aquellos que consistan en vejaciones, humillaciones o cosificación de la persona ya que son claros ataques contra la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

Concluimos que la integridad moral protegida en el Título VII del Código Penal es el *“derecho a no padecer sufrimientos físicos o psíquicos que puedan suponer, en cierta medida, humillación, envilecimiento, cosificación o instrumentalización”*<sup>24</sup>. Aunque la definición continúa revistiendo cierta ambigüedad, resulta más fácilmente concretable al enumerar las acciones que la ocasionan y los resultados que se generan de la misma. Es una definición que permite la defensa del bien jurídico sin contravenir el principio de legalidad.

---

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio.

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio.

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1218/2004 de 2 de noviembre

<sup>24</sup> *Derecho Penal Español Parte Especial (I)*. cit. 8.

### **2.2.2 Tratos Degradantes**

Antes de proceder al estudio de la tortura en el Código Penal, estableceremos una diferencia con los tratos degradantes, estipulados en el primer párrafo del artículo 173.1 del Código. Este refleja que se castigará con la pena de prisión de seis meses a dos años al que *“infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral”*.

En este tipo simplemente se castiga a la persona que lleve a cabo tratos degradantes contra otra persona, es decir situaciones de humillación o vejación. Pero el tipo no requiere condiciones adicionales como el abuso de superioridad o ámbitos y contextos determinados, como la relación laboral o funcionarial.

La principal característica de este tipo es la ausencia de voluntad y consentimiento de la víctima. No se exige una conducta concreta, sino que cualquiera que sea la conducta se imponga a la voluntad de la víctima. Por otro lado, el tipo no exige reiteración, ni un resultado concreto, ya que es un delito de simple actividad. En cuanto a la Doctrina, existe división acerca de si los comportamientos omisivos también deberían ser penados.

### **2.2.3 Tortura**

Según el artículo 174.1 del Código Penal se incurre en tortura cuando *“la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral”*.

Detectamos el primer elemento del tipo, que no es otro que los sujetos activos que pueden ejecutar el delito en cuestión. El Código aclara que debe ser una autoridad o funcionario público, exclusivamente, quien cometa el delito. En el artículo 24 del Código Penal encontramos los sujetos que se incluyen en la anterior afirmación: *“1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna*

*corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.* Aunque la enumeración es extensa, esta determinación de los sujetos revierte inconcreción, ya que no se establece ninguna clasificación de rango o posición. Respecto al antiguo Código Penal de 1973 supone un cambio, ya que el anterior sólo exigía en su artículo 204 *bis* que la tortura se produjese “*en el curso de la investigación judicial o policial*”<sup>25</sup>. Observamos cómo se ha producido una ampliación de los hechos, ya que los conceptos usados en el Código actual son más genéricos, se ha pretendido ampliar los casos a los que este tipo aplica. Por otro lado, es necesario que el funcionario esté, en el momento de la actividad, en ejercicio de su cargo para ejercer la superioridad. A diferencia de los tratos degradantes, este tipo no se aplica a cualquier persona, sólo a aquellos sujetos que hemos descrito. Resumiendo, los únicos que pueden figurarse como sujetos activos de este delito son cualquier “*autoridad o funcionario público*” y que además esté “*abusando de su cargo*”. Si se realiza la conducta típica fuera del cargo no constará un delito de tortura sino de tratos degradantes.

Segundo, el tipo se refiere al elemento subjetivo del injusto. Es decir a la intencionalidad del sujeto activo al cometer el delito, a su objetivo. Este objetivo es la obtención de una información que presuntamente la víctima posee. Esta información sería útil o necesaria para acciones distintas, como resolver un crimen o evitar que este sea cometido. Sin embargo, también se incluye la finalidad del simple castigo, relativo a la posibilidad de que el funcionario trate de forma inhumana a un detenido sin el fin de obtener ninguna información. Por último, también se incluye “*por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación*”, que podríamos entender incluido en la modalidad punitiva de tortura, pero el legislador ha preferido establecerlo explícitamente.

---

<sup>25</sup> Código Penal de 1973

Añadiendo al párrafo anterior, relativo a la finalidad de la tortura, estudiamos la conducta típica que debe ser penada cuando es realizada. Estas son las acciones concretas que el sujeto activo puede realizar para obtener ese objetivo. Estas acciones o procesos se materializan en infligir a la víctima graves sufrimientos que pueden ser tanto físicos como mentales, como se puede observar: *“condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión”*. La gravedad de la tortura vendrá definida por características como su naturaleza o su duración, pero siempre el resultado de estas será un perjuicio para la integridad moral.

Por último, encontramos el bien jurídico protegido que es la integridad moral, explicada con anterioridad. El bien ha sido incluido por el legislador explícitamente en el tipo del 174.1 del Código Penal.

El tipo normalmente se aplicará a las actuaciones llevadas a cabo en el ámbito policial, en la que los implicados ejecuten procesos de coerción física o moral con el objetivo de someter la voluntad de un individuo, detenido e investigado, para que revele información necesaria para alcanzar una determinada *“verdad”*<sup>26</sup>.

La tortura no se encuentra únicamente regulada en el Código Penal, su grado de prohibición es tal que otras normas también lo regulan.

En primer lugar, la tortura es una actividad prohibida en el artículo 15 de la Constitución Española: *“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”*. Esto significa que ninguna norma de rango inferior podrá estipular lo contrario. Es más, si una autoridad del Estado viola este principio deberá ser sancionada penalmente y los actos que traigan causa a consecuencia del delito serán nulos.

En cuanto a la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el artículo 11.1 de la misma, se establece que *“no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*<sup>27</sup>. Mediante este precepto se

---

<sup>26</sup> *Derecho Penal Español Parte Especial (I)*. cit. 8.

<sup>27</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE 2 de julio de 1985).

consiguen neutralizar estas prácticas, ya que el fin último principal de la tortura es la consecución de una información<sup>28</sup> a través del maltrato moral a una persona. Si la información obtenida no es posible utilizarla como medio probatorio en un juicio, la tortura no habrá servido de nada. Por lo tanto, la práctica de torturas puede perjudicar gravemente una investigación judicial y puede suponer menores penas, o incluso absolución, en un juicio.

Jurisprudencialmente también se ha tratado el tema de la tortura. Y es que una condena por terrorismo puede ser revocada si en el proceso judicial no se actuó diligentemente y con las máximas garantías que ofrece nuestro ordenamiento jurídico. Esto ocurrió en 2016, cuando la condena a penas de quince años prisión impuesta por la Audiencia Nacional a tres miembros del grupo terrorista “*Euskadi ta Askatasuna*” (de aquí en adelante “ETA”, que en castellano significa “País Vasco y Libertad”), fue anulada por el Tribunal Supremo, “*por no haber admitido dicho tribunal la prueba pericial psicológica de uno de los acusados en aplicación del Protocolo de Estambul*”<sup>29</sup>. Sí que es cierto que junto con la anulación el Tribunal Supremo ha ordenado “*devolver la causa a la Audiencia Nacional, para que un tribunal formado por magistrados distintos a los que pronunciaron la sentencia condenatoria ordene practicar la prueba pericial indebidamente denegada, celebre nuevo juicio y dicte nueva sentencia*”<sup>30</sup>, por lo que los presuntos criminales serán juzgados nuevamente, no serán directamente absueltos.

Por otro lado, también hay resoluciones del Tribunal Constitucional en el tema que nos atañe. En las sentencias de este Tribunal dictadas en las fechas 18 de julio y 19 de septiembre de 2016, “*otorgó amparo ordenando retrotraer las actuaciones para que los Juzgados de Instrucción correspondientes en cada caso dicten una nueva resolución por considerar que no había existido una investigación judicial suficiente de los hechos denunciados*”<sup>31</sup>. Esta actuación de conceder amparo a los denunciantes no es

---

<sup>28</sup> No se incluye aquí el posible objetivo de los funcionarios de dañar la integridad moral de una persona por simple castigo.

<sup>29</sup> Comunicación Poder Judicial, “El Tribunal Supremo anula la condena a tres miembros de ETA por la denegación de una prueba pericial sobre torturas”, 13 de julio de 2016 (disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-anula-la-condena-a-tres-miembros-de-ETA-por-la-denegacion-de-una-prueba-pericial-sobre-torturas> última consulta: 13/06/2018).

<sup>30</sup> “El Tribunal Supremo anula la condena a tres miembros de ETA por la denegación de una prueba pericial sobre torturas” cit. 14.

<sup>31</sup> Fundación Abogacía Española, “España ante la tortura y los malos tratos”, noviembre de 2016 (disponible en [https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2016/12/Informe\\_Espana-ante-la-tortura-y-los-malos-tratos.pdf](https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2016/12/Informe_Espana-ante-la-tortura-y-los-malos-tratos.pdf) última consulta: 12/06/2018).

excepcional, ya que de las quince sentencias del Tribunal Constitucional, anteriores a 2017, en las que abordó el tema de la investigación judicial de las denuncias de tortura o maltrato “*en 11 ocasiones otorgó el amparo (SSTC 224/2007, 34/2008, 52/2008 –voto particular de un Magistrado-, 69/2008, 107/2008, 40/2010, 63/2010, 131/2012 y 153/2013), frente a 4 denegaciones (SSTC 63/2008, 123/2008, 182/2012 y 12/2013 – con un voto particular de 2 Magistrados-)*”<sup>32</sup>. Conviene aclarar que el otorgamiento de amparo no significa que el Tribunal apreciase torturas por parte de los funcionarios, sino que admite el recurso y estudiará el caso.

Observamos actuaciones de los máximos órganos judiciales que se pueden entender contradictorias o, al menos, emplean argumentos diferentes. Principalmente el TC ha amparado recursos por los mismos motivos por los que luego los ha denegado, afirmando que no existía la suficiente trascendencia constitucional. Por lo tanto, la resolución adoptada por estos órganos puede verse afectada o sesgada por su entendimiento de los diferentes criterios de valoración de la tortura o los malos tratos.

Un ejemplo de esta contradicción ha quedado reflejado en la última sentencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en febrero de 2018<sup>33</sup>. Este es el caso relativo a los terroristas de *ETA*, Igor Portu y Mattin Sarasola, que atentaron contra el aeropuerto de Barajas en Madrid<sup>34</sup>. Los criminales fueron juzgados por delitos de terrorismo, pero denunciaron que habían sido torturados por parte de las autoridades que les habían arrestado. La Audiencia Provincial de Guipúzcoa, condenó a los cuatro funcionarios policiales acusados: “*dos de ellos por delitos de torturas y lesiones, y a los otros dos por un delito de torturas y una falta de lesiones*”<sup>35</sup>. La Audiencia empleó el informe médico como principal argumento y prueba condenatoria. La Audiencia también hizo referencia a los falsos testimonios, afirmando que “*una cuestión es que la banda armada mantenga como parte de su diseño político-militar una estrategia para denunciar por falsas torturas*”<sup>36</sup>, pero esto no puede permitir “*negar la posibilidad, al menos hipotética e indeseable en un Estado de Derecho, de que tales torturas a los*

---

<sup>32</sup> “España ante la tortura y los malos tratos” cit. 14.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1653/13 de 13 de febrero de 2018.

<sup>34</sup> Ríos, B., “Estrasburgo condena a España a pagar 50.000 euros por maltrato a los etarras que atentaron contra la T-4”, *El Mundo*, 13 de febrero de 2018 (disponible en <http://www.elmundo.es/espana/2018/02/13/5a82af50268e3e430c8b470b.html> última consulta: 13/06/2018)

<sup>35</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 1054/2010 de 30 de diciembre.

<sup>36</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 1054/2010 de 30 de diciembre.

*miembros de la banda puedan existir*<sup>37</sup>. Esta decisión fue recurrida por los acusados al Tribunal Supremo, que mediante sentencia<sup>38</sup> resolvió en casación absolviendo a los acusados. El Tribunal falla a favor de los condenados en anterior instancia, revocando la anterior condena. En el fallo influyó la relación que establece el Tribunal de las acusaciones de los denunciantes con los testimonios falsos (“*kantadas*”) que la banda terrorista obligaba a emitir a aquellos que fuesen detenidos por las Fuerzas de Seguridad del Estado. El caso fue posteriormente recurrido al Tribunal Constitucional que mantuvo la absolución del Supremo. Como último recurso, los denunciantes acudieron al TEDH, que condenó a los tribunales españoles por falta de diligencia en la investigación de las torturas y ausencia de argumentación en la absolución. También destacó que en ningún momento se rebatió el parte médico.

Este hecho fue probado mediante la carta que las Fuerzas de Seguridad del Estado incautaron al antiguo dirigente de la banda terrorista Garikoitz Azpiazu, tras detenerle en Francia el 16 de noviembre de 2008. En la misma se afirmaba que “*lo relacionado con las torturas falsas sufridas por Igor en manos del enemigo está en buen camino*”<sup>39</sup>. Con “Igor” se refería a Igor Portu Juanenea y a su compañero Mattin Sarasola Yarzabal, ambos detenidos el 6 de enero de 2008 como autores del atentado terrorista cometido con una bomba en la terminal cuatro del aeropuerto de Barajas en Madrid. Continuaba afirmando que “*visto el resultado que estamos obteniendo y el daño que le causamos al enemigo, es muy importante que los militantes interioricen bien en la eskola (los cursillos de formación que reciben los etarras) la importancia que tiene el tener preparada la cantada, igual que hace el talde de Igor. Siempre hay que denunciar torturas y nunca ratificarse ante el juez*”<sup>40</sup>, como se cita en la resolución de la Audiencia Provincial.

---

<sup>37</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 1054/2010 de 30 de diciembre.

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1136/2011 de 2 de noviembre.

<sup>39</sup> Zuloaga, J. M. “ETA reconoció como falsas las torturas a los terroristas de la T4 que avala el Tribunal de Estrasburgo”, *La Razón*, 14 de febrero de 2018 (disponible en <https://www.larazon.es/espana/eta-reconocio-como-falsas-las-torturas-que-avala-estrasburgo-PJ17694803> última consulta 13/06/2018).

<sup>40</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 1054/2010 de 30 de diciembre.

### 3. CONTEXTUALIZACIÓN DEL DELITO EN ESPAÑA

Como se mencionó en el ámbito internacional, en 1987 España ratificó el Convenio Europeo contra la Tortura y Penas o Tratos Inhumanos, entre otros, por lo que desde este momento queda afecta a cumplir con la normativa que el mismo establece. Sin embargo, se han producido situaciones que pueden poner en duda el claro compromiso de España con el contenido establecido en este tratado. Esto es principalmente debido a las nueve sentencias condenatorias del TEDH contra España por omisión del deber de prevención y sanción de la tortura.

Como mencionamos anteriormente, el pasado trece de febrero de 2018 el TEDH condenó, mediante sentencia, a España a indemnizar pecuniariamente a los terroristas del atentado del aeropuerto de Madrid por trato degradante<sup>41</sup>.

En el fallo de esta sentencia, el TEDH condenó a la justicia española por falta de diligencia en la investigación de las torturas y ausencia de argumentación en la absolución, es decir por una violación del artículo 3 del CEDH en su ámbito procedimental. También destacó que en ningún momento se rebatió el parte médico, por lo que reafirmó a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa al condenar a España por una violación material del artículo 3 del CEDH. Esto significa que el TEDH afirma que efectivamente en España se habían producido tratos inhumanos y degradantes, aunque no torturas.

Como decíamos anteriormente, se han emitido varias sentencias del TEDH condenando a España por violaciones del artículo 3 del CEDH, el cual prohíbe la tortura y los tratos inhumanos. Sin embargo, solo la última basa su condena en el ámbito material del delito. En las anteriores ocho la sanción es relativa a negligencias por parte de la justicia española en la investigación eficaz de las denuncias por malos degradantes contra sus autoridades<sup>42</sup>. Especialmente aquellos que han sufrido el régimen de incomunicación se han visto desprotegidos en este aspecto.

---

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1653/13 de 13 de febrero de 2018.

<sup>42</sup> Zúñiga Rodríguez, L., “El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional”, *Memorias del Seminario Instrumentos nacionales e internacionales para prevenir, investigar y sancionar la tortura*, Gutiérrez Contreras, J. C., (México: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea, 2005), 2007.

La Fundación Abogacía Española ha elaborado el informe “España ante la tortura y los malos tratos”<sup>43</sup>. En este analizan las sentencias del TEDH en las que se condena a España por no investigar diligentemente casos de denuncias de torturas. En las sentencias se condena a España por violaciones, en materia procesal, del artículo 3 del CEDH. El motivo por lo tanto no es una violación de fondo del artículo, como sería una tortura, sino de forma, lo que significa que no se ha producido una investigación oficial que efectivamente determinase si se habían producido los hechos denunciados. Esta obligación es de medios, no de resultados. Y es que, como se ha establecido en la jurisprudencia del TEDH<sup>44</sup>, “cuando un detenido es puesto en libertad con evidencias de maltrato, el Estado está obligado a proporcionar explicaciones sobre el origen de las heridas”<sup>45</sup>. Si estas no se proporcionasen el Estado violará el art. 3 CEDH.

- Caso Martínez Sala (2004/65)

En este caso, quince demandantes acudieron al TEDH alegando que habían sufrido torturas y tratos inhumanos y degradantes durante sus detenciones, además denunciaron que los “*sumarios instruidos por las autoridades internas no fueron profundos ni efectivos y que, en consecuencia, no pudieron esclarecer los hechos denunciados*”<sup>46</sup>. Se trata de un recurso al Tribunal, tanto en el tema material (torturas) como procedimental (negligencia judicial a la hora de investigar los hechos).

La investigación durante la instrucción consistió en solicitar “*al médico forense que lo había examinado, un informe detallado precisando dónde y cómo se habían efectuado los exámenes médicos*”<sup>47</sup> además de un informe médico individualizado de los demandantes. Esta documentación fue suficiente para que el Juzgado de Instrucción núm. 22 de Madrid decretase el sobreseimiento de la causa. Ante lo anterior, el TEDH “*lamentó que las autoridades responsables de las investigaciones no hubiesen podido oír a los agentes de policía que habían trasladado a los demandantes a Madrid, ni a aquellos que se encargaron de vigilarles durante su detención preventiva*”<sup>48</sup>, prueba que los denunciados habían solicitado se incluyese. Así, el Tribunal “*constató que las autoridades judiciales habían rechazado todas las peticiones de administración de*

---

<sup>43</sup> “España ante la tortura y los malos tratos” cit. 14.

<sup>44</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 julio de 1999.

<sup>45</sup> “España ante la tortura y los malos tratos” cit. 14.

<sup>46</sup> “España ante la tortura y los malos tratos” cit. 14.

<sup>47</sup> “España ante la tortura y los malos tratos” cit. 14.

<sup>48</sup> “España ante la tortura y los malos tratos” cit. 14.

*pruebas presentadas por los demandantes, privándoles así de una posibilidad razonable de esclarecer los hechos denunciados*<sup>49</sup>.

Con esta constatación, el TEDH concluyó que había existido violación del artículo 3 del CEDH por parte de las autoridades españolas en su ámbito procedimental. Además, aprovechó la sentencia para esclarecer que un maltrato o tortura “*debe alcanzar un grado mínimo de gravedad para caer bajo el peso del artículo 3. La apreciación de este mínimo es relativa por definición; depende del conjunto de las circunstancias del caso, y en particular de la duración del trato, de sus efectos físicos y/o mentales así como, en ocasiones, del sexo, de la edad y del estado de salud de la víctima*”<sup>50</sup>. Por lo que, para que se dé una violación del citado artículo en su vertiente material, tienen que concurrir unas características que reviertan gravedad de los hechos.

El resto de los casos que han concluido en la condena a las autoridades españolas son de similar naturaleza y problemática, aunque en las sentencias más recientes el TEDH ha extendido su función, realizando recomendaciones al gobierno español para evitar la reiteración del delito.

Estas recomendaciones fueron iniciadas por Comité Europeo para la Prevención de la Tortura que expresó “*su preocupación porque España no cumple con sus obligaciones en materia de prevención y persecución de la tortura*”. Este último comité ha realizado más recomendaciones al Gobierno español sobre la mejora en la gestión de este problema, como la realizada en 2018 donde “*recomienda el aumento de la presencia de psiquiatras y psicólogos en diferentes centros penitenciarios de España*”<sup>51</sup>. Aunque ya en el año 2013 el Comité realizó recomendaciones a España sobre la gestión de las detenciones incomunicadas de terroristas, como se puede leer en las Sentencias del TEDH sobre los casos Etxebarria Caballero y Ataun Rojo: “*El TEDH suscribe las recomendaciones del CPT, que hizo suyas el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en su informe del 9 de octubre de 2013 [...] en lo que atañe tanto a*

---

<sup>49</sup> “España ante la tortura y los malos tratos” cit. 14.

<sup>50</sup> “España ante la tortura y los malos tratos” cit. 14.

<sup>51</sup> Consejo General de la Psicología en España, “Informe para el Gobierno Español del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura”, 2 de enero de 2018 (disponible en [http://www.infocop.es/view\\_article.asp?id=7205&cat=52](http://www.infocop.es/view_article.asp?id=7205&cat=52) última consulta 08/02/2018).

*las garantías a asegurar en este supuesto, como al principio mismo de la posibilidad de detención de una persona en régimen de incomunicación en España*<sup>52</sup>.

En el Informe de la Fundación Abogacía Española se ha dado especial importancia al régimen de incomunicación al que se somete a los presuntos terroristas detenidos. Y es que tras las sentencias que han condenado a España, se hace necesario como contraprestación “*un riguroso sistema de prevención de todo abuso policial*”<sup>53</sup>, debido a la especial situación de vulnerabilidad que presentan los sujetos detenidos y presos con respecto a las fuerzas policiales. En este aspecto, la Fundación emitió en 2014 una “*Guía de actuación frente a torturas, malos tratos, inhumanos o degradantes*”<sup>54</sup>, diseñada con el objetivo de ser una herramienta de orientación para los abogados en los aspectos prácticos y teóricos.

El sistema de prevención al que nos hemos referido claramente no existía en España, se confiaba en el buen hacer de los funcionarios, lo cual no es suficientemente garantista. Por otro lado, si se va a confiar en la diligencia de las autoridades españolas, al menos se haría necesaria un correcto y efectivo procedimiento de investigación de las potenciales denuncias de malos tratos presentadas por detenidos. Puesto que ninguno de los procedimientos han existido en el pasado, el resultado ha sido el reproche de las autoridades judiciales europeas.

Considero necesario realizar aquí un apunte alegando la irresponsabilidad que supone confiar plenamente en los funcionarios policiales encargados de las detenciones e interrogatorios en regímenes de incomunicación de presuntos terroristas. El motivo es que estos funcionarios policiales también son personas que en momentos de presión pueden tener dificultades a la hora de apartar sus sentimientos de la investigación y actuar de forma diligente. No podemos olvidar que durante la época del terrorismo de *ETA* en España, los principales objetivos de atentados, sobre todo al principio, eran individuos de cuerpos policiales. Por lo que cuando los cuerpos policiales detenían a sospechosos de terrorismo, sería muy complicado para ellos olvidarse de todos los compañeros que habían fallecido por culpa de los terroristas, lo que podía llevarles a actuar de forma indebida y vengarse.

---

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 3344/13 (§ 38) de 7 de octubre de 2014.

<sup>53</sup> “España ante la tortura y los malos tratos” cit. 14.

<sup>54</sup> Fundación Abogacía Española, “Actuación frente a torturas y malos tratos, inhumanos o degradantes (Guía práctica para la abogacía)”, 2014 (disponible en <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2014/12/GUIA-ABOGACIA.pdf> última consulta 09/06/2018).

### 3.1 Reacciones a la actuación judicial española

La asociación “Jueces para la Democracia” emitió un comunicado en el año 2016 denunciando la omisión de investigaciones efectivas y oficiales de las denuncias por torturas en España. Además, consideró una “vergüenza” que “*la actuación de órganos jurisdiccionales españoles haya merecido la calificación de vulneradora de derechos humanos*”<sup>55</sup>, en referencia a las sentencias condenatorias del TEDH. El colectivo también se refirió a las declaraciones de José Ricardo de la Prada, magistrado Audiencia Nacional, para mostrarle su apoyo. El magistrado afirmó que “*se han producido torturas de manera clara*”<sup>56</sup>. Estas declaraciones le causaron la represalia por parte del antiguo Ministro del Interior, Jorge Fernández Díaz, y de miembros de asociaciones de víctimas del terrorismo. Además, las quejas “*han motivado la apertura de diligencias*”<sup>57</sup> por el Consejo General del Poder Judicial (de aquí en adelante el “CGPJ”).

La asociación concluye exigiendo al CGPJ “*que promueva el establecimiento de un código de conducta claro sobre la forma de conducir interrogatorios de detenidos en régimen de incomunicación, medidas de vigilancia que garanticen la integridad de los mismos y medidas de control jurisdiccional de las anteriores; así como que, desde luego, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en todos los aspectos que competen a jueces y tribunales, y que establezca cursos de formación específica en estos ámbitos, dentro del plan general de formación*”<sup>58</sup>. Parece una medida razonable, aunque no hay que olvidar la excepcionalidad de los casos que estamos tratando.

La Coordinadora para la Prevención de la Tortura (de aquí en adelante la “CPDT”), organización que agrupa a varias organizaciones por la defensa de los derechos humanos, establece las siguientes cifras: “*224 situaciones en que se produjeron agresiones, torturas y/o malos tratos a un total de 1.014 personas*”<sup>59</sup>. Sin embargo, estas cifras no pueden considerarse como reales ya que recoge todas las denuncias

---

<sup>55</sup> Jueces y Jueces para la Democracia, “Romper la ocultación de la Tortura”, 13 de febrero de 2017 (disponible en <http://www.juecesdemocracia.es/2017/02/13/romper-la-ocultacion-de-la-tortura/> última consulta 10/06/2018).

<sup>56</sup> “Romper la ocultación de la Tortura”, cit. 21.

<sup>57</sup> “Romper la ocultación de la Tortura”, cit. 21.

<sup>58</sup> “Romper la ocultación de la Tortura”, cit. 21.

<sup>59</sup> Coordinadora para la Prevención de la Tortura, “La tortura en el Estado español: Informe 2017”, 7 de junio de 2018 (disponible en <http://www.prevenciontortura.org/wp-content/uploads/2018/06/Resumen-cas-2017.pdf> última consulta 11/06/2018).

interpuestas, aunque no se ajusten a los criterios de gravedad definidos por los tribunales españoles ni se hayan juzgado.

Conviene observar, sin embargo, de forma crítica los acontecimientos que hemos mencionado hasta este punto. Debido a la politización de la tortura en España. Raramente se analiza con objetividad, sino que dependiendo de la orientación política se realizan unas afirmaciones o las contrarias.

Ante esto, la postura de los diferentes gobiernos españoles ha ido en consonancia y basándose principalmente en el mismo argumento. Este no es otro que el documento incautado a la banda terrorista ETA, en el que se refleja como los dirigentes de la banda mencionaban que es una obligación para todos los militantes, que sean capturados por las autoridades, denunciar que han sido torturados. Estas son las “kantadas” a las que nos referíamos anteriormente.

En lo anterior se han basado numerosas autoridades y cargos públicos para obviar el supuesto problema de las torturas en España. Destacan Alfredo Pérez Rubalcaba, el antiguo Ministro del Interior, o Mariano Rajoy Brey, anterior Presidente del Gobierno.

A la hora de valorar los acontecimientos debemos ser cautelosos, entendiendo que han existido casos de terroristas torturados por las autoridades del Estado, pero que también estas denuncias pueden haber sido ficticias. Lo que parece claro, basándonos en las resoluciones del TEDH, es la falta de diligencia de los tribunales españoles a la hora de investigar la veracidad de estas denuncias, prácticamente garantizando impunidad a los ejecutores del delito<sup>60</sup>.

Conviene finalizar este apartado reconociendo los progresos que se han producido en nuestro país en materia de garantizar los derechos de los detenidos. Antes había mucho oscurantismo y actualmente han mejorado los métodos de prevención de torturas en nuestro estado. Respecto a lo anterior, el Tribunal Supremo afirma que *“afortunadamente el ordenamiento jurídico, de entonces a acá, se ha dotado de suficientes instrumentos para evitar, o al menos reducir, espacios descontrolados de actuaciones de investigación de hechos delictivos. De manera que hoy son llamativos los plazos de detención policial establecidos en la legislación de la época a la que se remontan los hechos, así como las limitaciones a la actuación jurisdiccional de control*

---

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1653/13 de 13 de febrero de 2018.

*adoptadas, sin base jurídica alguna, por los órganos de dependencia orgánica que hoy serían impensables. La actuación investigadora por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado se envolvía en tal oscurantismo y opacidad que motivó la denuncia de los hechos en prevención de lo que pudiera ocurrir y sin mayor base que la existencia de experiencias vividas<sup>61</sup>.*

---

<sup>61</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1559/2003 de 19 de noviembre de 2003.

#### 4. EL ESTADO DE NECESIDAD Y LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO POSIBLES CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN O EXCULPACIÓN

Hemos analizado el delito de tortura desde el punto de vista jurídico, pero antes de responder a las cuestiones que en este apartado planteamos es necesario comprender el delito también desde su perspectiva material, desde las consecuencias que supone su práctica para las personas. Sólo así podremos formar un juicio de valor completo.

Existen muchas formas de torturar<sup>62</sup>. Algunas de ellas son psicológicas, es decir se basan en atacar la mente y el pensamiento del sujeto en cuestión. El mejor ejemplo son las amenazas o los insultos, hacia la propia persona o seres queridos, que se realizan verbalmente pero violan la integridad moral de la persona en cuanto a que no respetan el libre desarrollo de su personalidad. Por otro lado, están los ataques físicos. Estos consisten en dañar el cuerpo de una persona para infligirle sufrimiento. Los comportamientos más habituales consisten en golpes, descargas eléctricas, la eliminación de las horas de sueño o simulaciones de asfixia. En una escala superior de crueldad situaríamos las torturas que violan la libertad e integridad sexual de la persona.

La tortura supone un grave perjuicio para la integridad moral, principal bien jurídico protegido por el delito. Aunque, además de la integridad moral, en la mayoría de las ocasiones también se perjudica la salud e integridad física de la víctima. Es realmente un acto muy perjudicial para la persona que lo sufre, puesto que es muy probable que sufra daños irreparables a nivel físico, pero sobre todo, a nivel psicológico. Hablamos de trastornos difícilmente curables o superables.

Desde el punto de vista médico, estas actividades se consideran inaceptables bajo ninguna circunstancia. Esto quedó acordado por la comunidad médica en la XXIX Asamblea Médica Mundial, celebrada en el año 1975, en la denominada “*Declaración de Tokio*”<sup>63</sup>. En esta se especificaba claramente que la tortura y otras formas de trato cruel, inhumano y degradante son inaceptables<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Reyes, H., “La tortura y sus consecuencias.”, *Torture*, vol. 5, n. 4, pp. 72-76, 1995.

<sup>63</sup> Asociación Médica Mundial, “Normas directivas para médicos con respecto a la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, impuestos sobre personas detenidas o encarceladas”, Tokio, 1975.

<sup>64</sup> Osácar Ibarrola, A., Meehan, O., & Usmani Martínez, S., “Consecuencias psicológicas de la Tortura”, 2002 (disponible en [https://primeravocal.org/wp-content/uploads/2014/01/consecuencias-psicologicas-de-la-tortura\\_primera-vocal1.pdf](https://primeravocal.org/wp-content/uploads/2014/01/consecuencias-psicologicas-de-la-tortura_primera-vocal1.pdf) última consulta 12/06/2018).

Las secuelas físicas dependerán de la técnica de maltrato empleada, la duración, la frecuencia y la capacidad de resistencia de la persona torturada. Se dividirán en dos<sup>65</sup>:

- Secuelas inmediatas:
  - Contusiones y heridas.
  - Lesiones musculoesqueléticas y ligamentosas.
  - Hemorragias anales y vaginales.
- Secuelas tardías:
  - Dolores crónicos.
  - Síndrome postraumático osteomuscular.
  - Parálisis total o parcial de nervios periféricos.
  - Trastornos del equilibrio y de la marcha.
  - Disfunciones sexuales, embarazos indeseados y lesiones genitales (consecuencia de la tortura sexual).

En cuanto a las secuelas psicológicas, son el mayor problema. Numerosos estudios han observado como las personas que son sometidas a situaciones tan estresantes como la tortura generan una serie de “*respuestas de desajuste psicológico*”<sup>66</sup>. Es decir, tras haber experimentado situaciones tan perjudiciales, es difícil que las víctimas continúen siendo iguales en su interior:

- Reacciones psicológicas inmediatas:
  - Miedo intenso.
  - Ansiedad.
  - Reacciones de sobresalto.
  - Alteraciones del sueño.
  - Trastornos disociativos.
- Secuelas tardías:
  - Alteraciones del sueño (pesadillas).
  - Alteraciones del estado de ánimo.
  - Ansiedad.
  - Alteraciones de la memoria.

---

<sup>65</sup> “Consecuencias psicológicas de la Tortura”, cit. 24.

<sup>66</sup> “Consecuencias psicológicas de la Tortura”, cit. 24.

En la mayoría de los casos, las secuelas físicas y psicológicas derivarán en el “trastorno por estrés postraumático”. Este se presentará generalmente en los tres meses posteriores a la situación de estrés, aunque los síntomas no tienen por qué aparecer de inmediato. Las principales manifestaciones<sup>67</sup> del trastorno son:

- Reexperimentación persistente del acontecimiento traumático a través de sueños o recuerdos.
- Evitación de situaciones o estímulos que reactivan el recuerdo del trauma.
- Síntomas indicativos de hiperactividad neurovegetativa como alteraciones del sueño, irritabilidad, dificultades de concentración, hipervigilancia y respuestas exageradas de sobresalto.

También hay que mencionar otros posibles trastornos que podrían presentarse en las personas torturadas: trastornos de adaptación, transformación permanente de la personalidad, depresión, ansiedad, trastorno psicótico breve, abuso de sustancias o deterioro neuropsicológico.

Resulta indudable negar que esta práctica es extrema en cuanto al perjuicio que supone para una persona. Por ello, el debate sobre su uso únicamente debe alcanzar a casos que supongan un grave riesgo o una contundente agresión al Estado de derecho. Aun así, considerando las consecuencias de esta práctica, es complicado aceptarla como método de obtención de información para la defensa de un Estado. No olvidemos que el objetivo de la tortura es “*destruir psicológicamente al individuo*”<sup>68</sup>, ya que no busca finalizar la vida de una persona, sino llenar la vida de esta de sufrimiento y dolor, para que su vida sea miserable. Aunque el objetivo perseguido sea legítimo, nunca debe subestimar la anterior premisa.

Procedemos a estudiar diferentes situaciones en las que la ilegitimidad del recurso a la tortura podría resultar más cuestionable. Estas situaciones se basarán en la ponderación de otros intereses jurídicos que se ven afectados y que podrían resultar perjudicados en menor gravedad de utilizar estas técnicas.

En términos jurídicos, se plantea el debate de la legítima defensa de los intereses de terceros o del estado de necesidad. En caso de que los derechos de terceros se estén

---

<sup>67</sup> “Consecuencias psicológicas de la Tortura”, cit. 24.

<sup>68</sup> “Consecuencias psicológicas de la Tortura”, cit. 24.

violando, se cuestiona hasta qué punto tienen los criminales derecho a que se proteja su integridad moral por encima del derecho de las víctimas. Dicho de otro modo, nunca se desproveerá de derechos a los criminales, pero se puede hacer una valoración de intereses y que se cuestione si estos deben protegerse a costa de los derechos de inocentes.

#### **4.1 Teoría jurídica del delito**

Antes de analizar los casos a los que nos hemos referido, conviene introducir la materia estudiando brevemente la teoría jurídica del delito. Se define un delito como aquella acción, típica, antijurídica, culpable y punible. Deben cumplirse todos los requisitos para que efectivamente se produzca un delito. En el caso del delito de tortura deben cumplirse estos requisitos también.

Sin embargo existen situaciones en las que tratamos una acción típica pero que no es antijurídica. Esto es así por las causas de justificación. En el caso que nos atañe, hablaríamos de un funcionario que ha ejecutado torturas pero que, sin embargo, por diferentes motivos se considera justificada. Estos motivos son tasados y entre ellos encontramos el estado de necesidad y la legítima defensa. Estamos pues ante acciones que aparentemente deberían ser penadas, pero debido a motivos legítimos el ordenamiento jurídico decide no castigarlas.

Por otro lado también se plantean posibles causas de exculpación, es decir que se trate de una acción, típica y antijurídica, porque contraviene la totalidad del ordenamiento jurídico. Pero que no esté presente el elemento culpable por parte del sujeto activo.

Para que se den las causas de justificación o exculpación anteriores es necesario que se den unos requisitos, que vamos a estudiar a continuación tras conocer el significado de cada causa.

##### ***4.1.1 Estado de necesidad***

En el artículo 20.5º del Código Penal se hace referencia al estado de necesidad: “*El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:*

*Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse*". Por lo tanto, para que se pueda aplicar esta eximente tres elementos deben estar presentes: que el mal causado sea menor, falta de provocación de la situación y que no exista una obligación de sacrificio por oficio.

Como podemos observar, no se provee una definición legal, sino que se limita a "enumerar las circunstancias que deben concurrir junto al estado de necesidad para que este tenga una eficacia eximente"<sup>69</sup>. La Doctrina sí que ha elaborado una definición jurídica, basándose en su principal característica, se trata de una "colisión de bienes que no puede salvarse más que con la lesión de, al menos, uno de ellos"<sup>70</sup>. También cabe mencionar la definición que ofreció MIR PUIG, más completa y concreta: "estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no da lugar a legítima defensa ni al ejercicio de un deber"<sup>71</sup>. Observamos como delimita el concepto, excluyendo otras causas de justificación como la legítima defensa o el ejercicio de un deber, y resaltando la característica principal del conflicto de intereses en los que se producirá un mal. Resumiendo, son situaciones en las que "el sujeto ha de infringir un deber o lesionar un bien jurídico con el objeto de salvaguardar otro"<sup>72</sup>.

La Jurisprudencia ha tratado también el estado de necesidad, la Sentencia del Tribunal Supremo 649/2013 establece que "la esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone -dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual"<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Martínez Cantón, S., *La ponderación en el estado de necesidad*. Universidad de León, 2006.

<sup>70</sup> Cerezo Mir, J., *LH-Jiménez de Asúa*, 1986, 202.

<sup>71</sup> Mir Puig, S., *PG*, 7ª., 2004, § 17 nm. 2.

<sup>72</sup> Universidad Nacional de Estudios a Distancia, "El delito como conducta antijurídica. Las causas de justificación: la legítima defensa y el estado de necesidad", *Derecho Penal I*, pp. 179-190 (disponible en [http://horarioscentros.uned.es/archivos\\_publicos/qdcente\\_planes/470375/penalIcompleto.pdf](http://horarioscentros.uned.es/archivos_publicos/qdcente_planes/470375/penalIcompleto.pdf) última consulta 11/06/2018).

<sup>73</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 649/2013, de 11 de junio.

En el estado de necesidad, el elemento o requisito más importante será el relativo a la ponderación de los males que entran en juego. Dependiendo del caso, los males, o bienes, que se ponderarán variarán: se pueden dar conflictos entre el bien jurídico vida y la dignidad, entre la vida y la vida, entre la integridad moral y la integridad física, etc. Como se menciona en el Código Penal, el mal que provoque la situación de estado de necesidad debe ser menor que el mal que la situación que se trata de evitar iba a provocar. Esto se resolverá mediante la ponderación de bienes jurídicos, ya que unos tendrán mayor valor para el ordenamiento jurídico que otros.

De lo anterior se clasifican dos clases de estado de necesidad. Hablaremos de estado de necesidad justificante cuando uno de los bienes jurídicos tenga prioridad sobre el otro, conocido como conflicto de intereses desiguales. Como ejemplo: *“Isabel L. se ve sorprendida por una fuerte nevada mientras realiza una travesía por el campo. Ante los graves síntomas de congelación, dando una fuerte patada, fuerza la puerta de la primera casa que encuentra y se refugia en la misma. En este supuesto el mal causado (daños y allanamiento de morada) es menor que el que se trataba de evitar (lesiones o muerte)”*<sup>74</sup>. En este caso el bien jurídico vida predomina sobre el bien jurídico propiedad privada. Por otro lado, hablaremos de estado de necesidad exculpante cuando ambos males sean de la misma magnitud, denominado conflicto de intereses iguales. Ejemplificando, *“Enrique N. y José F. naufragan frente a las costas de Tarifa cuando se dirigían a la cercana ciudad de Ceuta. Al comprobar que el único modo de salvar la vida es asirse a una tabla que allí flota y que la misma no puede aguantar el peso de los dos. José se abalanza sobre Enrique y sumerge la cabeza de éste hasta que finalmente fallece ahogado”*<sup>75</sup>. En este caso los bienes jurídicos en juego eran la vida de ambos.

#### **4.1.2 Legítima defensa**

Aparece regulada en el artículo 20.4º del Código Penal, que establece que *“el que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus*

---

<sup>74</sup> “El delito como conducta antijurídica. Las causas de justificación: la legítima defensa y el estado de necesidad”, cit. 28.

<sup>75</sup> “El delito como conducta antijurídica. Las causas de justificación: la legítima defensa y el estado de necesidad”, cit. 28.

*dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor*". Por lo tanto, se observan tres elementos que son requisito para que se observe la eximente: agresión ilegítima, racionalidad del medio empleado y ausencia de provocación a la agresión.

En la legítima defensa se produce una agresión injusta o ilegítima y repentina o inesperada contra los bienes o derechos de una persona, lo que legitima a esta para defenderse del injusto con otra acción injusta. Es decir, la víctima para protegerse de la agresión o para proteger a terceros realiza una acción típica penada en el ordenamiento jurídico. Pero la acción estará justificada en la necesidad de la misma para defenderse de una agresión.

El requisito o elemento fundamental a través del cual esta será valorada es la racionalidad en el medio empleado para defenderse. Para que la acción esté justificada, se debe emplear un medio de defensa que se considere estrictamente necesario, este será el "*menos lesivo que esté al alcance del defensor siempre que sea idóneo para procurar una defensa segura*"<sup>76</sup>. Por lo tanto, dentro de los medios de defensa que permitan protegerse de la agresión, se deberá emplear el menos lesivo. Sin embargo, cuando se produce un exceso de defensa, es decir no utilizar el medio menos lesivo, es costumbre emplear la eximente de miedo insuperable del artículo 20.6º del Código Penal como argumentación.

Como ejemplo, podríamos podemos mencionar el caso en el que un individuo salta la valla de nuestra casa y se dispone a hurtar una bicicleta que tenemos en el jardín. Se trata de una agresión ilegítima, por lo que podríamos defendernos. Sin embargo, esta defensa no podría consistir en utilizar un arma de fuego y disparar al atacante, ya que no es el menos lesivo. El derecho a la vida del atacante pondera sobre el derecho a la propiedad de la víctima. Sí que se podrían realizar otras acciones, como amenazar con emplear el arma de fuego, por su puesto sin llegar a hacerlo, o emplear un objeto para amenazar con golpear al agresor.

La consecuencia jurídica de esta eximente es la ausencia de responsabilidad penal y civil sobre las agresiones cometidas en defensa.

---

<sup>76</sup> "El delito como conducta antijurídica. Las causas de justificación: la legítima defensa y el estado de necesidad", cit. 28.

Una de las principales diferencias con la eximente de estado de necesidad es que “*el fundamento supraindividual de la legítima defensa se sitúa por tanto en la necesidad de defensa del ordenamiento jurídico*”<sup>77</sup>, esta premisa es el argumento que legitima una mayor posibilidad de acción en cuanto a la agresión defensiva que en el estado de necesidad. Sin embargo, la diferencia entre ambas eximentes no está en un único elemento, sino que puede estar en cómo se desvía el peligro<sup>78</sup>, en la peligrosidad de los individuos titulares de los bienes en juego<sup>79</sup> o en “*la voluntad del agente*”<sup>80</sup>.

Podemos concluir que “*la legítima defensa permite actuar contra una agresión antijurídica*”<sup>81</sup> mientras que en el estado de necesidad “*ninguno de los sujetos que se ven implicados en el conflicto como titulares de los intereses en juego se encuentran en una posición ilegítima*”<sup>82</sup>.

## **4.2 Casos objeto de estudio**

### **4.2.1 Estado de excepción**

Dentro del estado de necesidad, comenzaremos con una mención al estado de excepción. El estado de excepción se da “*cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes*”, como establece la Ley Orgánica de Estados de Alarma, Excepción y Sitio<sup>83</sup>. Nos referimos a casos como el de la banda terrorista *ETA*, es decir cuando el terrorismo está realmente afectando al libre desarrollo de las vidas de la población, que vive con temor de sufrir un atentado. Observamos que en el caso del estado de excepción, será más sencillo para quien ostente el poder legislativo y judicial tratar de justificar la tortura, puesto que no se está ante el normal funcionamiento del Estado democrático de Derecho.

---

<sup>77</sup> “El delito como conducta antijurídica. Las causas de justificación: la legítima defensa y el estado de necesidad”, cit. 28.

<sup>78</sup> Moriaud, P., *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, R. Burkhardt, 1889.

<sup>79</sup> Sánchez Tejerina, I., *Estado de necesidad*, Madrid, 1922.

<sup>80</sup> Manzini, V., *Trattato II*, 1908.

<sup>81</sup> *La ponderación en el estado de necesidad*. Cit. 28.

<sup>82</sup> *La ponderación en el estado de necesidad*. Cit. 28.

<sup>83</sup> Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de Estados de Alarma, Excepción y Sitio (BOE 6 de junio de 1981).

Cuando una banda organizada armada está cometiendo atentados mortales contra inocentes, ¿se puede justificar el uso de la tortura con fines específicos delimitados? Hablamos de casos particulares como tratar de descubrir planes de futuros atentados o conocer la ubicación de rehenes para liberarlos. Como se puede ver, los objetivos perseguidos son legítimos, no se trata del simple castigo del detenido con el fin de causarle dolor por venganza o placer de la autoridad o funcionario. Sino que hablamos de vidas que podrían ser salvadas, y en su mayoría vidas inocentes. ¿No merecen los ciudadanos que el Estado asegure su seguridad y libertad? Lo merecen, sin duda, pero ¿es torturar a criminales la solución?

Estamos ante un claro caso de ponderación de males<sup>84</sup>.

Respecto a esto existen dos teorías jurídicas penales que son complementarias. En primer lugar encontramos la “teoría de la ponderación de bienes”, esta teoría se basa en que “*no actúa antijurídicamente quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico de inferior valor, si sólo de ese modo se puede salvar un bien jurídico de superior valor*”<sup>85</sup>, fundamento del estado de necesidad justificante. El principal objetivo de la teoría es que, dentro de una jerarquía de bienes jurídicos en la que unos tienen mayor valor que otros, se salven o se protejan aquellos que tienen mayor importancia para la sociedad. Por ejemplo, en nuestra sociedad tiene mayor valor la vida que la integridad física. Por lo tanto, si una persona que se encuentra en peligro está huyendo de un asesino y en el proceso de huida empuja a otra persona por unas escaleras, causándole una lesión física, la persona que huía no tiene responsabilidad jurídica penal o civil. Esto es así porque el bien jurídico tutelado de la vida tiene una relevancia mayor para el estado de derecho. Aunque esta primacía de la vida no es absoluta y siempre justificable. Como veremos en el siguiente caso.

#### **4.2.2 Caso del cirujano de MIR PUIG**

Este es el caso del cirujano que extirpa un riñón contra la voluntad de un sujeto para trasplantárselo a un tercero a quien salva de su inminente muerte. Aparentemente se cumplen los requisitos del estado de necesidad, ya que el mal causado al paciente

---

<sup>84</sup> *La ponderación en el estado de necesidad*. Cit. 28.

<sup>85</sup> Bermejo, M. G., “La ponderación de intereses en el estado de necesidad y el delito de tráfico de drogas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Marzo de 2005”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2005, pp. 939-965.

inconsciente es menor que la muerte del paciente terminal, falta de provocación de la situación y que no exista una obligación de sacrificio por oficio. Frente a esto, MIR PUIG afirma que *“la conducta del cirujano que extrae un riñón para salvar la vida de un tercero en ningún caso podrá ser amparada por la causa de justificación, pues la ponderación de intereses no permite hablar de que el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, ya que incluimos en la ponderación la vulneración de la dignidad humana cometida. En cuanto a las posibilidades de aplicar la causa de exculpación basada en la inexigibilidad, si llegamos a la conclusión de que el mal causado es de la misma entidad que el que se trataba de evitar, aún deberemos añadir el filtro de la exigibilidad, de modo que las razones que llevasen a actuar al cirujano, por ejemplo, que el tercero al que trasplanta el riñón era su hijo menor, hagan posible considerar inexigible su conducta y no realizarle reproche alguno”*<sup>86</sup>. Frente a esta opinión, CEREZO MIR afirma que *“en este caso el mal causado es claramente menor que el que se pretendía evitar y que de seguir la versión de la opinión dominante deberíamos declarar la licitud de la conducta, pero no está de acuerdo con tal solución por haberse vulnerado la dignidad del paciente”*<sup>87</sup>. Por lo tanto, en este caso, salvar la vida de un paciente no supondría un estado de necesidad justificante y es debatible la eximente relativa al estado de necesidad exculpante.

Mencionamos este caso, aunque no es un ejemplo relativo a la tortura, puesto que pone de relieve la complejidad del asunto y manifiesta que no es posible alcanzar una premisa o verdad absoluta relativa a estos casos. Ni siquiera la vida como bien jurídico gozará de indudable primacía sobre otros bienes jurídicos como la dignidad. Esto debemos tenerlo en cuenta al analizar otros casos relativos a la tortura.

#### **4.2.3 Ticking bomb**

Con las eximentes explicadas se relaciona enormemente el caso de las “bombas de relojería” o *“ticking bombs”*<sup>88</sup>. Estos son casos en los que intervienen tres elementos que procede explicar en profundidad. Primero, la captura de un terrorista que ha reconocido

---

<sup>86</sup> “El delito como conducta antijurídica. Las causas de justificación: la legítima defensa y el estado de necesidad”, cit. 28.

<sup>87</sup> “El delito como conducta antijurídica. Las causas de justificación: la legítima defensa y el estado de necesidad”, cit. 28.

<sup>88</sup> Luban, D., “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, *Intervention, Terrorism, and Torture*, Springer, Dordrecht, 2007.

tener información de una bomba que ha sido colocada y preparada para atacar. Segundo, esta bomba puede afectar a multitud de ciudadanos inocentes en caso de explotar. Tercero, el peligro es inminente, la bomba puede estallar en escasos momentos. Es muy importante este tercer elemento, ya que limita la extensión del concepto exclusivamente a peligros inminentes. No estamos, como hemos mencionado con anterioridad, legitimando la tortura también para atentados potenciales que pueden no llegar nunca a producirse. Sino que se trata de un peligro real y probado que va a ocurrir en un escaso periodo de tiempo si no se actúa. Ante esta situación nace el debate sobre la legitimidad de la tortura con el fin de averiguar información que podría ser de ayuda para evitar el atentado, puesto que ¿acaso no debe ponderarse la vida de civiles inocentes frente a terroristas confesos? Existen Estados que así consideran y actúan en consecuencia, como Israel, los cuales veremos más adelante.

Esta perspectiva que acabamos de mencionar ejemplifica perfectamente la teoría utilitarista, que prefiere perjudicar a los criminales, que además son menor número de personas, antes que a inocentes. Sin embargo, se debe observar también el principio penal jurídico del mal menor, como indica MOLINA FERNÁNDEZ, “*en situaciones de conflicto el Derecho debe racionalmente inclinarse por el mal menor*”<sup>89</sup>. Se debe plantear que plantea un mayor mal para la sociedad. En este aspecto SILVA SÁNCHEZ afirma que el estado de necesidad no está encaminado a simplemente “*salvar el bien más valioso*”<sup>90</sup> de forma individual, sino a “*solventar el conflicto surgido con la menor perturbación posible del ‘statu quo’, es decir, de las condiciones preexistentes en la sociedad antes de la aparición de aquél*”<sup>91</sup>. Por lo tanto, en un caso de bomba de relojería no sólo habría que plantear si es más valiosa la vida de decenas de inocentes o la integridad moral del terrorista, sino que habría que valorar cuál de los dos males perturbarían con mayor medida nuestro modelo de sociedad anterior a la acción. Un atentado terrorista que causase numerosas muertes y heridos sería una tragedia, pero por sí solo no cambiaría el funcionamiento nuestra sociedad, más allá del posible temor y de exigir más defensa y seguridad a un gobierno. En cambio, torturar a un terrorista y que este hecho esté justificado y aprobado por la sociedad, claramente puede minar el Estado social y democrático de derecho. Legitimar una práctica que viola frontalmente

---

<sup>89</sup> Molina Fernández, F., “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, Dykinson, 2006, p. 279.

<sup>90</sup> Silva Sánchez, J. M., “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, vol. III, pp. 663-691.

<sup>91</sup> “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, cit. 34.

los derechos humanos es un mal mayor. Así lo afirmó también MOLINA FERNÁNDEZ, proponiendo que los males que provoca la posible regulación y regularización de esta práctica son, a largo plazo, mucho mayores que los potenciales bienes puntuales.

En definitiva, para aplicar la eximente del estado de necesidad se deben ponderar los males de las agresiones, pero el mal causado por la tortura no es simplemente una agresión a la integridad moral de la persona sino el quebrantamiento de los valores y principios que rigen la sociedad actual y regirán a las generaciones futuras. Es este mal frente al que debemos realizar la ponderación del mal causado por la pérdida de la vida de inocentes.

Ante esta confrontación, no parece defendible torturar presos, independientemente del fin perseguido y de los bienes potencialmente alcanzables. Es más, RAMSAY afirmó que *“la historia muestra cómo la tortura no puede limitarse (...) Tan pronto como su uso es permitido una vez, así, por ejemplo, en una circunstancia extrema como es una bomba, es lógico usarla tanto sobre aquéllos que podrían colocarla, como en quienes podrían pensarlo o, incluso, respecto a la gente que defiende a los que podrían planteárselo”*<sup>92</sup>. Con esta afirmación hace referencia al mal que supondría la tortura a largo plazo y como es imposible limitarla a unos casos concretos y excepcionales.

#### **4.2.4 Caso de Harry el sucio**

Imaginemos la situación en la que un pederasta ha raptado a varias niñas, las ha escondido en un paradero desconocido y llevan varios días desaparecidas. No se trata simplemente de un supuesto teórico, ya que ha ocurrido en numerosas ocasiones, como el caso del denominado “pederasta de Ciudad Lineal”<sup>93</sup>. Ante este caso peculiar, en el que la vida y la integridad física, sexual y moral de unas menores de edad inocentes se encuentran en peligro, ¿podría cambiarse de opinión respecto a la tortura del criminal? Continuemos con el caso, imaginemos que el criminal es arrestado por la policía en un nuevo intento de rapto de otra niña. Este es interrogado pero se niega a esclarecer el paradero de las otras personas que ya tenía capturadas, cuya situación empieza a ser

---

<sup>92</sup> Ramsay, M., “Can the torture of terrorist suspects be justified?”, *The International Journal of Human Rights*, 2006, vol. 10, n. 02, p. 103-119.

<sup>93</sup> Rincón, R., “El Supremo confirma la condena a 70 años para el pederasta de Ciudad Lineal”, *El País*, 18 de enero de 2018 (disponible en [https://elpais.com/ccaa/2018/01/17/madrid/1516189864\\_000927.html](https://elpais.com/ccaa/2018/01/17/madrid/1516189864_000927.html) última consulta 12/06/2018).

crítica, ya que ahora nadie podrá suministrarles alimentos y están encerradas. Siguiendo los procesos policiales permitidos legalmente el criminal no colabora. Entonces, nos preguntamos de nuevo si no sería justificable recurrir a la práctica de la tortura, con el fin de conseguir la información del paradero de las víctimas. En un primer instante podríamos pensar que nuestra legalidad está dando mayor importancia al bien jurídico de la integridad moral del criminal que a la vida de unas menores de edad inocentes. Se está protegiendo a quien ha violado nuestras leyes y no a quien ha cumplido con nuestras normas de convivencia. ¿Es esto justo?

Este caso ha sido denominado como caso de “*Harry el sucio*”<sup>94</sup> por su relación a la película cinematográfica. Es un caso característico por el sentimentalismo que desprende, ya que no es posible no sentir compasión por una potencial víctima menor de edad. Pero frente a este sentimentalismo se hace necesario ser objetivos en su análisis y aplicar la razón y la ley.

En este caso no se plantea un estado de necesidad sino que se plantea una posible justificación mediante la legítima defensa de terceros. El Estado tiene el monopolio del uso de la fuerza, así como la labor de proteger a los integrantes del mismo. Ante el peligro inminente para un ciudadano, ¿no debería tener el Estado el derecho de ejercitar este poder para cumplir con su deber? De hecho, ¿no tiene ya el Estado ese poder cuando, por ejemplo, ante la amenaza que representa un terrorista con un detonador de una bomba es abatido con un arma de fuego y matado por la policía para que este no cometa el atentado? Aunque parecen casos similares no se pueden tratar de igual forma.

Los requisitos para que se produzca la eximente de legítima defensa son que se ocasione una agresión ilegítima, ausencia de provocación a la agresión y racionalidad del medio empleado. Los dos primeros requisitos se cumplen estrictamente, sin embargo debemos valorar el último y más importante de ellos. ¿Es torturar el medio racional para proteger el interés legítimo? Es decir, ¿es torturar el más leve de los daños posibles para salvar a las víctimas? Aunque parece que podría ser la única posibilidad de salvar la vida de las víctimas, y la eximente de la legítima defensa no exige que el mal producido sea menor, por lo que hay más margen de maniobra en cuanto a la agresión que se puede producir al criminal, el caso no es sencillo.

---

<sup>94</sup> Steinhoff, U., “Torture—the case for dirty harry and against Alan Dershowitz”, *Journal of Applied Philosophy*, 2006, vol. 23, n. 3, p. 337-353.

La respuesta es similar al caso anterior del estado de necesidad. Si se permite al Estado violar la dignidad humana de forma legal e institucionalizada, puede convertirse en una herramienta de abuso por el gobierno, que ostenta tanto poder. Además, puede suponer que se reduzcan o incluso se evaporen las libertades y derechos de la sociedad. IGNATIEFF, académico canadiense, afirmó que “*las democracias limitan los poderes que los gobiernos pueden justificadamente ejercer sobre los seres humanos que gobiernan*”, al final los ciudadanos son los que limitan sus libertades para otorgar el poder a un gobierno que les represente, y este debe cumplir con las exigencias y limitaciones que los ciudadanos le imponen. Continúa mencionando que “*estas limitaciones incluyen una prohibición absoluta de someter a las personas a formas de dolor que les despojan de su dignidad, su identidad e incluso su cordura*”<sup>95</sup>. Por lo tanto, para este autor la dignidad de las personas supone una barrera inquebrantable en el uso de la fuerza por parte de los Estados.

Por lo tanto, aunque no concebimos que se pueda legalizar e institucionalizar la tortura, ¿podría la justicia eximir de responsabilidad penal a los actores de la tortura por legítima defensa de terceros? Aunque inconcreta nuestra respuesta es que depende. Puesto que no se puede juzgar de la misma forma la simple amenaza de torturas con una tortura prolongada y de gran magnitud. En casos leves y en los que el fin sea lícito, sí que se podría aplicar la eximente.

#### **4.2.5 El caso «Jakob von Metzler»**

En este punto del trabajo estudiamos la posibilidad de la amenaza de torturas. Es decir, el caso en el que un funcionario o una autoridad del Estado amenace a un detenido con practicarle torturas si no proporciona la información requerida, pero que no exista en ningún momento la intención de ejecutarlas.

Estamos hablando de un caso real que ocurrió en Fráncfort sobre el que se ha producido un amplio debate y que explica muy detalladamente CANO PAÑOS<sup>96</sup>.

Nos referimos al caso de Wolfgang Daschner, ex vicepresidente de la Policía de Fráncfort que fue condenado en 2004 por haber realizado amenazas de tortura a un

---

<sup>95</sup> Ignatieff, M., “Si la tortura funciona”. *Claves de razón práctica*, 2006, no 162, p. 4-7.

<sup>96</sup> Cano Paños, M. A., “Análisis ético-jurídico de la denominada «tortura de rescate» ¿quebrantamiento de un tabú?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, vol. 12, p. 13-76.

detenido acusado de raptar a un menor de edad. Detallamos que la única intención del policía era encontrar el paradero del secuestrado para salvar su vida. Los hechos probados relataban la siguiente historia: el 27 de septiembre de 2002, Magnus Gäfgen, el detenido, rapta a un niño de 11 años, Jakob von Metzler, para posteriormente exigir un rescate económico a sus padres a cambio de devolver a su hijo. Cuando Gäfgen acude a recoger el dinero del rescate es seguido por la policía y al día siguiente es detenido en el aeropuerto de Fráncfort tratando de huir del país. Aunque el niño ya había fallecido por asfixia debido a los adhesivos que Gäfgen había empleado para inmovilizarle, información que la policía desconocía. Cuando el acusado es interrogado no indica el lugar donde se encuentra Jakob y da pistas falsas a los agentes de policía, además de afirmar que el menor sigue vivo. Con el transcurso de los días y sin que la policía fuese capaz de encontrar al niño desaparecido, Daschner, *“convencido de que el menor se encontraba todavía vivo, aunque temiendo que su vida corriese serio peligro al haber transcurrido varios días sin haber recibido alimento alguno, dio la orden de amenazar al presunto autor del secuestro con infligirle daños de carácter físico si este no señalaba con certeza el paradero de la víctima”*<sup>97</sup>. De ejecutar directamente esa orden se encargaría el inspector Ortwin Ennigkeit.

En el momento en que dio la orden, Daschner redactó un documento en forma de diligencia argumentando su decisión. En esta se podía leer: *“con la finalidad de salvar la vida del niño secuestrado he ordenado que al detenido G: —tras la previa amenaza; —bajo supervisión médica; —mediante la causación de dolor (sin heridas)—, se le debía de nuevo preguntar. La determinación del lugar donde se encuentra secuestrado el niño no permite dilación alguna; por ello, y siempre dentro del marco de la proporcionalidad, existe para la policía la obligación de adoptar todas aquellas medidas necesarias para salvar la vida del niño”*<sup>98</sup>.

Ennigkeit ejecutó la orden, mencionando al detenido que la policía alemana iba a solicitar los servicios de un profesional en infligir dolor, además de otras amenazas de carácter sexual. Ante estos hechos, Gäfgen confesó que el niño estaba muerto y descubrió el paradero del cadáver.

---

<sup>97</sup> “Análisis ético-jurídico de la denominada «tortura de rescate» ¿quebrantamiento de un tabú?”, cit. 38.

<sup>98</sup> “Análisis ético-jurídico de la denominada «tortura de rescate» ¿quebrantamiento de un tabú?”, cit. 38.

A pesar de que Daschner conocía el debate y revuelo político y jurídico que generarían sus hechos, además de su posible procesamiento judicial, nunca dudó de la legitimidad de sus hechos. Ya que, como afirmó en una entrevista al diario *Der Spiegel*, confiaba en que se realizaría una ponderación de bienes jurídicos, donde predominaría la vida del menor raptado sobre la integridad moral del acusado<sup>99</sup>. El objetivo de Daschner con la tortura era “*única y exclusivamente*” recuperar al menor con vida. Más adelante, Daschner también afirmó que “*en esta situación existen dos posibilidades: cruzar los brazos es una de ellas, con la consecuencia de que casi ante los ojos de la policía se produce la muerte de un niño o bien este sufre graves daños en su salud. (...) Esta posibilidad yo la catalogaría como un delito de omisión del deber de socorro, ya incluso como un delito de homicidio por omisión. El Estado ostenta el monopolio de la violencia y por tanto tiene la obligación de repeler cualquier acto injusto contra sus ciudadanos*”<sup>100</sup>. Aunque matizaba esta postura aclarando que “*una medida así solo se puede adoptar en un caso absolutamente excepcional, es decir, cuando no existe ninguna otra posibilidad de salvar vidas humanas o impedir graves menoscabos de la salud*”<sup>101</sup>.

Los hechos provocaron que se acuñara en Alemania el término “tortura de rescate”, por la finalidad de la misma, ligada al objetivo de proteger la vida o integridad de una persona en peligro.

El profesor CANO PAÑOS concluyó que, dentro del acuerdo de que la tortura debe estar absolutamente prohibida desde un punto de vista jurídico y político, moralmente sí que podía contemplarse este tipo de práctica. Así, dice que “*parece estar justificado que, en casos perfectamente delimitados, un delincuente podría, bien ser amenazado con la utilización de la coerción física contra su persona, bien ser víctima directa de esa coerción por parte del Estado*”<sup>102</sup>. Puesto que afirma que todas las personas tienen la obligación moral de “*salvar la vida de personas que se encuentran en grave peligro*”<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> Voigt, W., “Es gibt Dinge, die sehr wehtun”, Entrevista realizada a Wolfgang Daschner por el semanario *Der Spiegel*, n. 9, 24 de febrero de 2003, p. 24.

<sup>100</sup> “Es gibt Dinge, die sehr wehtun”, cit. 39.

<sup>101</sup> “Es gibt Dinge, die sehr wehtun”, cit. 39.

<sup>102</sup> “Análisis ético-jurídico de la denominada «tortura de rescate» ¿quebrantamiento de un tabú?”, cit. 38.

<sup>103</sup> “Análisis ético-jurídico de la denominada «tortura de rescate» ¿quebrantamiento de un tabú?”, cit. 38.

Plantea, además, una serie de cuestiones relativas al caso alemán: “¿No significaría esto estar a merced de una tragedia del todo punto arcaica, al dejar escapar a ojos vista la vida de un menor que ha sido secuestrado para con ello mantener vigente un principio que rige de forma absoluta, y cuya lesión significaría a lo sumo ocasionar al secuestrador un par de molestias? ¿No se comporta el Derecho aquí de nuevo como condescendiente con el delincuente y demasiado despiadado con la víctima?”<sup>104</sup>.

Y finaliza con la siguiente reflexión: “La aplicación generalizada de la tortura en muchos países del mundo es algo que debe condenarse de forma enérgica y sin excepción (...). Sin embargo, la admisión de medidas coercitivas contra determinados delincuentes en los casos excepcionales (...) no supone desde luego el llevar a cabo actuaciones que conlleven necesariamente un levantamiento de la prohibición de la tortura. El Estado de Derecho elegido democráticamente debe estar en disposición de realizar una diferenciación moral entre por un lado aquellos delincuentes que pueden salvar la vida de sus víctimas inocentes, y por otro entre los torturadores que aplican la violencia física a personas inocentes. Y, en el caso «Jakob von Metzler», no cabe duda de que se está haciendo referencia a la primera constelación”<sup>105</sup>. Por lo tanto, el jurista emplea el principio del mal menor pero realizando una ponderación diferente, otorgando más importancia a la perspectiva utilitarista.

Afirma que sobre todo en casos en los que los perjuicios ocasionados al detenido no vayan a ser de una magnitud muy grande deberían estar permitidos. Además otorga mucho valor a la posible salvación de las víctimas.

Las conclusiones son, sin duda, legítimas y razonables, puesto que las está valorando desde una perspectiva moral, afirmando que jurídicamente no debe permitirse la tortura. Sin embargo, caemos de nuevo en la conclusión de los casos anteriores, en los que es muy difícil delimitar los casos en los que estaría permitida, las técnicas, los límites de la misma y muchas otras cuestiones. Y citamos de nuevo a IGNATIEFF y MOLINA FERNÁNDEZ, en el peligro que supone a largo plazo la admisión de esta práctica.

Por otro lado, debemos valorar la amenaza de torturas, la cual defiende el autor. Es decir, hablamos de amenazar a un detenido, culpable de una acción que se puede evitar, con la amenaza de causarle numerosos males y perjuicios si no confiesa la información

---

<sup>104</sup> “Análisis ético-jurídico de la denominada «tortura de rescate» ¿quebrantamiento de un tabú?”, cit. 38.

<sup>105</sup> “Análisis ético-jurídico de la denominada «tortura de rescate» ¿quebrantamiento de un tabú?”, cit. 38.

necesaria para evitar el acto pernicioso. Es importante dejar claro que estos males nunca llegarán a producirse, aunque el detenido no colabore con las autoridades. En el caso concreto, a Gäfgen se le amenazó con torturas físicas y prácticas sexuales vejatorias en caso de que no confesase. Aunque estas no se iban a llevar a cabo, el miedo a estas amenazas provocó la confesión del detenido. No podemos olvidar que, como decíamos al principio del capítulo, las amenazas o los insultos constituyen en sí una forma de tortura psicológica, ya que están infundiendo un intenso miedo y ansiedad en el detenido. Pero, en este caso, sería extremo afirmar que el policía alemán incurrió en tortura, debido a la intención, la magnitud y la falta de prolongación de las amenazas.

En este momento se deben ponderar bienes jurídicos otra vez. Imaginemos que el menor hubiese seguido vivo y tras la amenazas el secuestrador confiesa y el niño es rescatado. Se hubiese salvado la vida de un menor inocente a cambio de perjudicar la integridad moral, de forma leve, a un delincuente. Consideramos esta actuación moralmente legítima, entonces ¿se debería legalizar esta práctica? De nuevo, aunque este es un caso incomparable con otros casos de torturas reales, no es justificable el menosprecio a los detenidos, ya que supone un menosprecio al sistema democrático y de Derecho, por lo que no debería oficializarse. Sin embargo, la responsabilidad penal del policía que realiza las amenazas debería ser menor o inexistente, por la gravedad de las mismas y por su finalidad en un caso puntual, sin que sea una práctica generalizada. Añadiendo, se nos presenta el riesgo a largo plazo, ya mencionado, que supone legalizar este tipo de prácticas, puesto que las que se puedan legalizar más adelante irán perjudicando cada vez más los derechos y libertades de los individuos.

Nos encontramos ante un potencial caso de legítima defensa de terceros por parte de la policía alemana. Como vimos, los requisitos para que se pueda aplicar la eximente son: agresión ilegítima, racionalidad del medio empleado y ausencia de provocación a la agresión. De nuevo tenemos que analizar la racionalidad del medio empleado, que en este caso es amenazar con torturas. Como afirmó Daschner en la diligencia que redactó, las amenazas se realizarían en presencia de un médico y siempre respetando un criterio de proporcionalidad. Además recurrió a esta alternativa por no contemplar otra posibilidad. A pesar de esta justificación, ¿es realmente la amenaza de torturas la opción menos dañina? Aparentemente sí, no sólo porque la agresión producida sea leve, sino porque es la única opción que se contempla y carece de la magnitud o gravedad necesaria para que esta sea considerada como tortura. En conclusión, consideramos que

en este caso concreto se debería aplicar la eximente por legítima defensa de terceros, al concurrir todos los requisitos. Pero desde el ámbito judicial, es decir los jueces valorarán la antijuridicidad de la acción y eximirán al acusado. No defendemos la inclusión de la posibilidad de realización de amenazar con torturas en el sistema positivo, es decir en el Código Penal. Esto significa, que al igual que afirma CANO PAÑOS, la prohibición de la tortura no se levantaría, continuaría vigente. La consideración debe ser estrictamente judicial. Por otro lado, tratando la cuestión del posible precedente judicial que crean los tribunales, no debería ser un problema. Las autoridades y funcionarios del Estado deben saber que se trata de un caso excepcional y que las eximentes justificativas sólo se aplicarán en estos casos.

La justicia alemana impuso condenas Daschner y Ennigkeit de multa de cantidades escasas. Por lo que podemos intuir que su valoración del caso fue similar a la que aquí hemos realizado, aunque no fuesen totalmente eximidos los acusados.

#### **4.3 Postura oficial frente a estos supuestos**

Partimos del punto inicial de que la prohibición de la tortura es absoluta y no deja lugar a casos particulares que justifiquen su uso, ni siquiera en los casos de ponderación de bienes jurídicos. En este aspecto es clara la postura internacional, reflejada en la Convención de Naciones Unidas en su artículo 2.2 que versa “*en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura*”. Por lo tanto, aquí se deja claro que no deben existir justificaciones para la realizar torturas y que esta en ningún caso debe llevarse a cabo, aunque se trate de casos como el estado de necesidad o de guerra, la lucha contra el terrorismo u otros casos particulares. Es similar lo que establece el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 15, donde se incluyen los artículos del Convenio que pueden ser derogados en caso de estado de excepción, entre los cuales no está el artículo 3 relativo a la prohibición de la tortura. Así concuerda la postura de Naciones Unidas y del Consejo de Europa, ambas vinculan al Estado español. De esta forma, se ha establecido una absoluta prohibición de la tortura.

Lo que pretenden los organismos internacionales es que los Estados de derecho prevalezcan, respetando siempre y haciendo valer los derechos humanos. Entre otros motivos están las atrocidades y maldades que han cometido los gobiernos u otros grupos en situaciones de guerra, justificándolas con la situación en que se encontraban. Aunque podemos pensar que estas situaciones nos quedan lejos, tenemos ejemplos muy cercanos, como el terrorismo en España, la guerra entre Israel y Palestina o el genocidio de Ruanda. Ante estos precedentes se trata de eliminar cualquier posibilidad de llevar, de nuevo, la integridad moral y física a límites tan extremos. El respeto a los derechos humanos es lo que define nuestro progreso como sociedad y así debe continuar. A tenor de lo anterior podemos recordar el año 1978, año en que el antiguo primer ministro italiano, Aldo Moro, fue secuestrado por un grupo terrorista. Uno de los presuntos secuestradores fue arrestado por la policía, por lo que uno de los subordinados del policía italiano, Carlo della Chiesa, propuso torturar al terrorista para obtener información. Ante esta oportunidad, el policía italiano entonó la famosa frase “*Italia puede sobrevivir a la pérdida de Aldo Moro, pero no puede sobrevivir a la introducción de la tortura*”<sup>106</sup>. Finalmente el primer ministro fue asesinado, pero los valores y principios del sistema democrático italiano continuaron ilesos.

Doctrinalmente, existen diferencias en cuanto a lo que los juristas opinan respecto a la posible justificación de casos concretos. En España existe común acuerdo en contra de la institucionalización de la tortura como medio de obtención de información por parte del estado, sin embargo podemos apreciar discrepancias en cuanto a la justificación de la misma para un hecho singular, concreto.

---

<sup>106</sup> Dershowitz, A. M., *¿Por qué aumenta el terrorismo?: para comprender la amenaza y responder al desafío*, Encuentro, Madrid, 2004, p. 157.

## 5. COMPARACIÓN CON OTROS ESTADOS

LLOBET ANGLÍ publicó un estudio relativo a este tema en el que valoraba los argumentos proporcionados por juristas de distintos países en favor de la tortura, aunque sea de forma excepcional<sup>107</sup>.

Existen numerosas diferencias en la forma de afrontar la tortura entre Estados, es decir en el derecho comparado. Como es lógico si tenemos en cuenta la diferente situación que atraviesa cada país, algunos incluso inmiscuidos en guerras. A pesar de estas diferencias, nunca debería justificarse una práctica oficializada e institucionalizada de la tortura.

Destacamos el ejemplo de Israel, un país constantemente afectado por el terrorismo y la guerra. Este país ejecutaba torturas contra presuntos terroristas con el objetivo de obtener información que les permitiese defenderse de futuros ataques terroristas. Ante la indignación internacional frente a estas prácticas, Israel formó una comisión (“*Landau Commission*”<sup>108</sup>) en 1987 que se encargaría de estudiar la legalidad de estas prácticas y sus posibles límites. Esta comisión concluyó que se podía ejercer una “*moderada presión física*” durante interrogatorios por parte de los servicios de defensa israelíes a posibles terroristas. El resultado de esta resolución fue el sufrimiento de torturas por parte de cinco mil arrestados hasta el año 1990, pero estos continuaron hasta el año 1999<sup>109</sup>. En este año la Corte Suprema de Israel sentenció que no había ley en su Estado que permitiese la aplicación de una “*moderada presión física*” y anuló el resultado de la comisión. Sin embargo, no prohibió absolutamente la tortura, la limitó a los determinados supuestos de “*ticking bomb*” (bomba de relojería). La Corte afirmó que en situaciones donde los miembros de las fuerzas de seguridad del estado considerasen que la realización de un interrogatorio “*tosco*” podría salvar vidas que se encontrasen en un peligro inminente, no se podrían aplicar sanciones a los torturadores.

No es necesario acudir a países de oriente medio en conflicto para observar prácticas de este tipo, también en Reino Unido se denunciaron casos de tortura contra miembros del

---

<sup>107</sup> Llobet Anglí, M., “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, *InDret*, Barcelona, 2010.

<sup>108</sup> Dershowitz, A. M., “Is it necessary to apply “physical pressure” to terrorists—and to lie about it?”, *Israel Law Review*, 1989, vol. 23, n. 2-3.

<sup>109</sup> Cohen, S., & Golan, D., *The Interrogation of Palestinians During the Intifada: Ill-treatment, “Moderate Physical Pressure” or Torture?*, B’TSELEM, the Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, 1991, pp. 18 ss.

grupo terrorista irlandés *IRA* que fueron reconocidos por el propio gobiernos inglés<sup>110</sup>. Y todavía más cerca queda el ejemplo de España en el combate del terrorismo de *ETA*.

Aunque estos casos anteriores se alejan relativamente en el tiempo, existen otros más cercanos a la actualidad, entre los que destaca Estados Unidos de América. En Estados Unidos<sup>111</sup> ha tenido mucha trascendencia el debate de los casos de “*ticking bomb*”. Especialmente a partir del 11 de septiembre de 2001 (atentado contra las Torres Gemelas de Nueva York) este debate se acentuó y en la balanza comenzó pesar más la defensa de civiles inocentes, llegando incluso a banalizar o subestimar la peligrosidad y relevancia de que se practiquen torturas de forma legal en un país. Así es como afirma LUBAN que en Estados Unidos se ha llegado a normalizar una “cultura de la tortura”<sup>112</sup>. Para realizar esta afirmación se basa, entre otros elementos, en los “*Torture Papers*”<sup>113</sup>. Estos son los documentos, también denominados “memorandos de tortura”, que fueron empleados por los funcionarios del gobierno de los Estados Unidos para “*autorizar y documentar los interrogatorios coercitivos y la tortura en Afganistán, Guantánamo y Abu Ghraib*”. Como vemos, con gobiernos como el de George W. Bush, la tortura y los malos tratos hacia presuntos terroristas y detenidos fue una constante en este país, autorizada desde las más altas esferas del gobierno, como se reconoce en el *Informe Schlesinger*<sup>114</sup>. Se achaca, en parte, esta conducta a la masacre sufrida el 11 de septiembre. Tras ella, para Bush el fin de acabar con el terrorismo que tanto daño había causado justificaba los medios, aunque supusiese violar las normas internacionales que prohibían la tortura.

La relación con el caso de las bombas de relojería, viene de que estos presupuestos de mal inminente se han interpretado de forma muy laxa malintencionadamente. A través de un caso, a priori de interpretación estricta, se encontró un precedente que justificase cientos de malos tratos y violaciones de la integridad física y moral de detenidos por presuntas actividades de terrorismo. Se obvió la necesidad de los tres elementos que mencionábamos antes y se institucionalizó la práctica a meras sospechas, sin que el detenido hubiese reconocido que poseía información o que existía un mal inminente.

---

<sup>110</sup> Santa Cruz, Á., “El Gobierno británico reconoce la práctica de torturas en el Ulster”, *El País*, 17 de marzo de 1979 (disponible en [https://elpais.com/diario/1979/03/17/internacional/290473209\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1979/03/17/internacional/290473209_850215.html) última consulta 12/06/2018).

<sup>111</sup> “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, cit. 44.

<sup>112</sup> “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, cit. 34.

<sup>113</sup> Greenberg, K. J. & Dratel, J. L. (ed.). *The torture papers: The road to Abu Ghraib*. Cambridge University Press, 2005.

<sup>114</sup> *The torture papers: The road to Abu Ghraib*, cit. 45.

Esta normalización de la que hablamos también se refleja en la propuesta de un notorio abogado y escritor como DERSHOWITZ, que defendió la legalización y judicialización de la tortura, proponiendo que la misma debía ser legal y necesariamente autorizada por un juez, mediante las denominadas “*torture warrants*”<sup>115</sup>. Aunque incluso esta propuesta podría tener sentido, ya que sería un juez garante del Derecho el que debería autorizarla, es muy peligroso debatir con tal calma y despreocupación sobre una acción que viola los derechos humanos. Por otro lado, contando con que la justificación se aplica exclusivamente en los casos de bombas de relojería con peligro inminente, ¿cómo iba a aplicarse este proceso de previa solicitud a un juez para realizar el interrogatorio coercitivo? Es realmente difícil creer que habría tiempo en todos los casos para realizar un juicio con garantías (presentación de pruebas que acrediten necesidad, dos partes que defiendan ambos intereses, etc.) sobre si esta debería llevarse a cabo o no. No olvidemos que el “*tiempo se acaba*”<sup>116</sup>, el peligro es inminente y no hay apenas margen de maniobra. Además, DERSHOWITZ también incluye como justificables las torturas con un objetivo preventivo, en el que el peligro no sea inminente. Algo que parece injustificable por la vaguedad del concepto y que supondría retornar a las prácticas de los “*Torture Papers*”.

Aunque también contribuyen a la normalización del delito cometido por las autoridades, otros autores como SCARRY critican duramente a DERSHOWITZ y se posicionan a favor de juzgar *a posteriori*<sup>117</sup> las acciones cometidas por un funcionario que ha recurrido a torturas de forma excepcional, valorando si la actuación se ajusta a los presupuestos justificables. En efecto, los supuestos justificativos requerirían de una previa regulación legal, esclareciendo las acciones concretas permitidas. El resultado es la indudable legalización de la tortura, por muy excepcional que sea su uso.

Es indudable que la opinión popular puede variar al respecto, pero que se hable de la tortura como se hable de la regulación fiscal es un grave indicio de la normalización de esta práctica que, no lo olvidemos, constituye un delito. Añadiendo, los casos de *ticking bombs* que muchos autores consideran justificables por su excepcionalidad y peligro que representan para la sociedad, se pueden presentar en limitadas ocasiones y no

---

<sup>115</sup> Dershowitz, A., “The case for torture warrants”, *Reuters*, 7 de septiembre de 2011 (disponible en <http://blogs.reuters.com/great-debate/2011/09/07/the-case-for-torture-warrants/> última consulta: 13/06/2018).

<sup>116</sup> Bufacchi, V. & Arrigo, J., “Torture, Terrorism and the State: a Refutation of the Ticking-Bomb Argument”, *Journal of Applied Philosophy*, vol. 23, n. 3, 2006, pp. 355-373.

<sup>117</sup> Scarry, E., “Five errors in the reasoning of Alan Dershowitz”, *Torture: A collection*, vol. 284, 2004.

pueden justificar la tortura de decenas o cientos de personas presuntamente acusadas de terrorismo.

Continuando el ejemplo de los Estados Unidos, el problema se extiende más allá de la tortura con fines preventivos o para evitar peligros inminentes para personas inocentes. Es indudable que un alto porcentaje de los casos de tortura ejecutados por funcionarios o fuerzas especiales norteamericanas se han realizado con el fin de vengarse por el terrorismo sufrido en su país, es decir de castigar a los detenidos<sup>118</sup>. Incluso otros afirman que los tratos degradantes son realizados por mera “*diversión*”<sup>119</sup> y abuso de poder. LLOBET ANGLÍ resume la razón de estas actuaciones bajo el siguiente lema: “*ante daños extremos hay que utilizar remedios extremos*”<sup>120</sup>.

Como último apunte referido a este país, en 2005 se realizó una investigación acerca de los interrogatorios y tratos realizados a los reclusos en la base de Guantánamo. Se descubrió la práctica regular de humillación religiosa y sexual de los presos. Entre otras actividades se obligó a los internos a portar ropa interior femenina en sus cabezas para humillarles, sin embargo en el informe no se apreció que esto fuese una actividad que debiera ser condenada. Al contrario, se afirmó que la en la realización de esas prácticas se cumplía con el ordenamiento militar y se respetaban los principios de interrogatorios<sup>121</sup>.

Frente a los intentos de legitimación de la tortura para frenar el terrorismo el académico canadiense IGNATIEFF afirmó lo siguiente: “*se justifica originalmente como un mal menor, como una necesidad lamentable en la lucha para extraer información a tiempo de evitar males mayores, y sin prisa pero sin pausa se convierte en una técnica estándar, explícitamente utilizada para humillar, aterrorizar, degradar y someter a poblaciones enteras*”<sup>122</sup>. Refiriéndose a que inicialmente puede parecer justificable, pero como es prácticamente imposible frenar su expansión posteriormente. Será muy complejo asegurar que la práctica se limita a las potenciales situaciones reguladas de la bomba de relojería.

---

<sup>118</sup> Holmes, S., *Is defiance of law a proof of success? Magical thinking in the war on terror*, 2006.

<sup>119</sup> “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, cit. 35.

<sup>120</sup> “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, cit. 44.

<sup>121</sup> “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, cit. 44.

<sup>122</sup> Ignatieff, M., *El mal menor: Ética política en una era de terror*. Taurus, Colombia, 2005.

Queda patente el problema real que vivimos en la actualidad con la tortura, es insensato afirmar que es una práctica típica del pasado o de países menos desarrollados, puesto que estamos viendo países occidentales emplear la tortura incluso en casos injustificables.

## 6. CONCLUSIONES

En primer lugar, internacionalmente se está progresando en el objetivo de revertir la tendencia y situar los derechos humanos y la dignidad de la persona como límites a la actuación de las autoridades estatales. Especialmente en el ámbito del Consejo de Europa, con las directrices establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El mayor valedor y garante de este Convenio es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A pesar de esto, no son pocos los Estados que continúan abusando de esta práctica y es obligación del resto de la comunidad internacional impedir que esto continúe.

En el ámbito nacional, también el progreso hacia la prohibición de la tortura ha sido notable. Especialmente garantizando que en los regímenes de incomunicación en los que se situaba temporalmente a presuntos terroristas se controlasen las actuaciones de las autoridades y funcionarios. Sin embargo, ha quedado patente que el comportamiento de las autoridades y los órganos administradores de justicia no ha sido siempre ejemplar. Prueba de ello son las sentencias analizadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han condenado a España por diversas violaciones de la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos. Las violaciones han sido tanto del ámbito procedimental como del material. Por lo que las autoridades policiales españolas han ejecutado tratos degradantes y la justicia ha sido negligente en su obligación de investigar, esclarecer y castigar los hechos denunciados. Estas resoluciones deben aceptarse constructivamente, mejorando la actuación de la justicia española mediante las recomendaciones del Comité para la Prevención de la Tortura.

La conclusión alcanzada más importante es la relativa al análisis de las eximentes del estado de necesidad y de la legítima defensa, y a la posible legitimidad de su aplicación a casos de torturas. Hemos concluido que única y exclusivamente deben plantearse o debatirse como justificantes en casos extremos. Principalmente estos son casos en los que existe un peligro inminente y en los que la agresión al ordenamiento jurídico será de grave magnitud. Estos casos, que suponen un grave e inminente peligro para inocentes, han presentado la mayor complejidad a la hora de formar una opinión. El motivo es que exigen el deber de ponderar las actuaciones por su repercusión al sistema jurídico y a los principios que tutelan una democracia en la que rige el Estado de Derecho, y no ponderarlas por el valor que merecen diferentes vidas humanas. Una vez completamos

el deber de abstraernos de la postura más utilitarista y sentimentalista, concluimos que en cualquier Estado democrático y de Derecho que además respete los convenios internacionales por los que se ve obligado, es imposible concebir que la tortura esté legalizada, ni siquiera de forma excepcional. Con esta prohibición nos referimos al ámbito legal positivo. Esto significa que no se deben regular de antemano los supuestos en los que está permitido o las excepciones en las que su uso podría implicar una eximente. El resultado de la legalización y oficialización activa de este delito sería una quiebra frontal del Estado democrático y de Derecho. Nada puede justificar violar los derechos humanos. Pero no sólo por este hecho, sino por lo que puede suponer también en el futuro. La legitimación de forma excepcional supondría solamente el principio de muchas potenciales admisiones de violaciones de los derechos humanos y la dignidad de la persona. Si se ha encontrado justificación inicial, hasta el punto de incluir esta práctica en la legislación de un país, se encontrará para otras actividades y fines ilícitos. El resultado de lo anterior es la limitación y degradación de los derechos y libertades de las personas, empleando como justificación una hipotética necesidad de ponderar la seguridad y el orden por encima de derechos fundamentales. Como evidencia de lo anterior se han proporcionado ejemplos de Estados que comenzaron justificando estas prácticas sólo para situaciones excepcionales y luego no han podido controlar su propagación, incurriendo en graves crímenes contra los derechos humanos.

Sin embargo, frente a la premisa anterior y sin entrar en contradicción, sí que podemos defender un modelo de justicia en el que la ejecución de determinadas prácticas, relacionadas con los tratos degradantes o la tortura, queden exentas de responsabilidad penal. Esto se explica de tal forma que hay casos en los que la magnitud, finalidad y ausencia de prolongación del delito cometido pueden justificar su realización, siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios para poder aplicar las eximentes. Como ejemplo valedor de esta teoría resaltamos el caso de la amenaza de torturas, dónde el mal que supone la agresión al criminal es menor que el mal que se generará si no se actúa. En esta situación, defendemos que las autoridades puedan actuar de forma proporcionada mediante el mal más leve a su alcance. Incluso si este supone una leve lesión a la integridad moral de la persona detenida por cometer un delito grave. Pero es fundamental que la agresión sea de carácter leve y necesaria.

Los dos anteriores puntos se unen de la siguiente forma: nos oponemos a que se legalice la tortura y los tratos degradantes, aunque se trate solamente de supuestos excepcionales

y de extrema gravedad para el ordenamiento jurídico. Puesto que su mera regulación ya supondría la quiebra de los principios y valores que rigen nuestra sociedad, además de la negación de las leyes de las entidades supranacionales a las que pertenece España. Sin embargo, sí que consideramos que para situaciones especiales, en los que concurren los requisitos exigidos de necesidad y levedad, además de los estipulados en las eximentes justificantes, los administradores de justicia puedan valorar y ajustar la responsabilidad penal de los sujetos activos. Es decir, aunque la autoridad del Estado ejecute una actividad ilegal (amenazar con torturas, por ejemplo) el órgano judicial encargado de conocer el caso pueda eximir de responsabilidad *a posteriori* al acusado en caso de que considere que concurre causa de justificación o exculpación.

## **7. BIBLIOGRAFÍA**

### **7.1 Legislación**

Código Penal de 1995.

Código Penal de 1973.

Constitución española de 1978.

Instrumento de ratificación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984. (BOE 9 de noviembre de 1987).

Instrumento de ratificación del Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987. (BOE 5 de julio de 1989).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE 2 de julio de 1985).

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de Estados de Alarma, Excepción y Sitio. (BOE 6 de junio de 1981).

### **7.2 Jurisprudencia**

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1653/13 de 13 de febrero de 2018.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 74016/12 de 7 de octubre de 2014.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 3344/13 de 7 de octubre de 2014.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de marzo del 2000.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de julio del 1999.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de enero del 1978.

Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio

Sentencia del Tribunal Supremo 715/2016 de 26 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 649/2013, de 11 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo 1136/2011, de 2 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 1218/2004 de 2 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 1559/2003 de 19 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 1725/2001 de 3 de octubre.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 1054/2010 de 30 de diciembre.

### **7.3 Obras doctrinales**

Alonso de Escamilla, A., “La doctrina penal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estudio de casos”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. 1990. P. 175-196.

Asociación Médica Mundial, “Normas directivas para médicos con respecto a la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, impuestos sobre personas detenidas o encarceladas”, Tokio, 1975.

Bermejo, M. G., “La ponderación de intereses en el estado de necesidad y el delito de tráfico de drogas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Marzo de 2005”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2005, pp. 939-965.

Cano Paños, M. A., “Análisis ético-jurídico de la denominada «tortura de rescate» ¿quebrantamiento de un tabú?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, vol. 12, pp. 13-76.

Cerezo Mir, J., *LH-Jiménez de Asúa*, 1986, 202.

Comunicación Poder Judicial, “El Tribunal Supremo anula la condena a tres miembros de ETA por la denegación de una prueba pericial sobre torturas”, 13 de julio de 2016

(disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-anula-la-condena-a-tres-miembros-de-ETA-por-la-denegacion-de-una-prueba-pericial-sobre-torturas> última consulta: 13/06/2018).

Consejo General de la Psicología en España, “Informe para el Gobierno Español del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura”, 2 de enero de 2018 (disponible en [http://www.infocop.es/view\\_article.asp?id=7205&cat=52](http://www.infocop.es/view_article.asp?id=7205&cat=52) última consulta 08/02/2018).

Coordinadora para la Prevención de la Tortura, “La tortura en el Estado español: Informe 2017”, 7 de junio de 2018 (disponible en <http://www.prevenciontortura.org/wp-content/uploads/2018/06/Resumen-cas-2017.pdf> última consulta 11/06/2018).

Dershowitz, A. M., “The case for torture warrants”, *Reuters*, 7 de septiembre de 2011 (disponible en <http://blogs.reuters.com/great-debate/2011/09/07/the-case-for-torture-warrants/> última consulta: 13/06/2018).

Dershowitz, A. M., *¿Por qué aumenta el terrorismo?: para comprender la amenaza y responder al desafío*, Encuentro, Madrid, 2004, p. 157.

Dershowitz, A. M., “Is it necessary to apply “physical pressure” to terrorists—and to lie about it?”, *Israel Law Review*, 1989, vol. 23, n. 2-3.

Fundación Abogacía Española, “España ante la tortura y los malos tratos”, noviembre de 2016 (disponible en [https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2016/12/Informe\\_Espana-ante-la-tortura-y-los-malos-tratos.pdf](https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2016/12/Informe_Espana-ante-la-tortura-y-los-malos-tratos.pdf) última consulta: 12/06/2018).

Fundación Abogacía Española, “Actuación frente a torturas y malos tratos, inhumanos o degradantes (Guía práctica para la abogacía)”, 2014 (disponible en <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2014/12/GUIA-ABOGACIA.pdf> última consulta 09/06/2018).

Greenberg, K. J. & Dratel, J. L. (ed.). *The torture papers: The road to Abu Ghraib*. Cambridge University Press, 2005.

Holmes, S., *Is defiance of law a proof of success? Magical thinking in the war on terror*, 2006.

Ignatieff, M., “Si la tortura funciona”. *Claves de razón práctica*, 2006, no 162, p. 4-7.

Ignatieff, M., *El mal menor: Ética política en una era de terror*. Taurus, Colombia, 2005.

Juezas y Jueces para la Democracia, “Romper la ocultación de la Tortura”, 13 de febrero de 2017 (disponible en <http://www.juecesdemocracia.es/2017/02/13/romper-la-ocultacion-de-la-tortura/> última consulta 10/06/2018).

Llobet Anglí, M., “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, *InDret*, Barcelona, 2010.

Luban, D., “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, *Intervention, Terrorism, and Torture*, Springer, Dordrecht, 2007.

Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Torturas. Otros delitos contra la integridad moral”. Álvarez García, F. J., *Derecho Penal Español Parte Especial (I)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. P. 427-455.

Manzini, V., *Trattato II*, 1908.

Martínez Cantón, S., *La ponderación en el estado de necesidad*. Universidad de León, 2006.

Mir Puig, S., *PG*, 7ª., 2004, § 17 nm. 2.

Molina Fernández, F., “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, *Dykinson*, 2006, p. 279.

Moriaud, P., *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, R. Burkhardt, 1889.

Osácar Ibarrola, A., Meehan, O., & Usmani Martínez, S., “Consecuencias psicológicas de la Tortura”, 2002 (disponible en [https://primeravocal.org/wp-content/uploads/2014/01/consecuencias-psicologicas-de-la-tortura\\_primera-vocal1.pdf](https://primeravocal.org/wp-content/uploads/2014/01/consecuencias-psicologicas-de-la-tortura_primera-vocal1.pdf) última consulta 12/06/2018).

Pastor Ridruejo, J. A., “La reciente jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: temas escogidos”. Quel López, F. J., Aguirre Zabala, I. y Álvarez Rubio, J. J., *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gazteiz*. 2007.

Ramsay, M., “Can the torture of terrorist suspects be justified?”, *The International Journal of Human Rights*, 2006, vol. 10, n. 02, p. 103-119.

Reyes, H., “La tortura y sus consecuencias.”, *Torture*, vol. 5, n. 4, pp. 72-76, 1995.

Rincón, R., “El Supremo confirma la condena a 70 años para el pederasta de Ciudad Lineal”, *El País*, 18 de enero de 2018 (disponible en [https://elpais.com/ccaa/2018/01/17/madrid/1516189864\\_000927.html](https://elpais.com/ccaa/2018/01/17/madrid/1516189864_000927.html) última consulta 12/06/2018).

Ríos, B., “Estrasburgo condena a España a pagar 50.000 euros por maltrato a los etarras que atentaron contra la T-4”, *El Mundo*, 13 de febrero de 2018 (disponible en <http://www.elmundo.es/espana/2018/02/13/5a82af50268e3e430c8b470b.html> última consulta: 13/06/2018)

Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Alzaga, Madrid, 1984.

Sánchez Tejerina, I., *Estado de necesidad*, Madrid, 1922.

Santa Cruz, Á., “El Gobierno británico reconoce la práctica de torturas en el Ulster”, *El País*, 17 de marzo de 1979 (disponible en [https://elpais.com/diario/1979/03/17/internacional/290473209\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1979/03/17/internacional/290473209_850215.html) última consulta 12/06/2018).

Silva Sánchez, J. M., “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, vol. III, pp. 663-691.

Steinhoff, U., “Torture—the case for dirty harry and against Alan Dershowitz”, *Journal of Applied Philosophy*, 2006, vol. 23, n. 3, p. 337-353.

Tamarit Sumalla, J. M., “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, *Comentarios al Código Penal*, Quintero Olivares, G., Pamplona, Aranzadi, 1996.

Universidad Nacional de Estudios a Distancia, “El delito como conducta antijurídica. Las causas de justificación: la legítima defensa y el estado de necesidad”, *Derecho Penal I*, pp. 179-190 (disponible en [http://horarioscentros.uned.es/archivos\\_publicos/qdocente\\_planes/470375/penal1completo.pdf](http://horarioscentros.uned.es/archivos_publicos/qdocente_planes/470375/penal1completo.pdf) última consulta 11/06/2018).

Voigt, W., “Es gibt Dinge, die sehr wehtun”, Entrevista realizada a Wolfgang Daschner por el semanario *Der Spiegel*, n. 9, 24 de febrero de 2003, p. 24.

Zuloaga, J. M. “ETA reconoció como falsas las torturas a los terroristas de la T4 que avala el Tribunal de Estrasburgo”, *La Razón*, 14 de febrero de 2018 (disponible en <https://www.larazon.es/espana/eta-reconocio-como-falsas-las-torturas-que-avala-estrasburgo-PJ17694803> última consulta 13/06/2018).

Zúñiga Rodríguez, L., “El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional”, *Memorias del Seminario Instrumentos nacionales e internacionales para prevenir, investigar y sancionar la tortura*, Gutiérrez Contreras, J. C., (México: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea, 2005), 2007.