

# INCUMPLIR LA CONSTITUCIÓN POR RAZONES MORALES EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO\*

## Un análisis pragmático de las suposiciones implícitas y de las soluciones propuestas en los discursos europeo y estadounidense en el debate «Estado de derecho vs. terrorismo»

András Jakab\*\*

Universidad Católica Pázmány Péter Budapest

**RESUMEN.** Este artículo trata de analizar el dilema sobre cómo encontrar el equilibrio entre los principios de seguridad y libertad en la lucha contra el terrorismo. El trabajo muestra las diferentes presuposiciones implícitas relacionadas con el concepto de seguridad, la intensidad del daño percibido y el valor principal objeto de protección (Estado vs. Constitución) que predeterminan el debate. Asimismo se intenta proporcionar el mapa de los discursos estadounidense y alemán en relación con la denominada tortura de rescate (*Rettungsfolter*), para concluir que en orden a calificar posturas, los diferentes argumentos posibles (*de constitutione lata*, *de lege lata*, *de lege ferenda* e incluso morales) han ser separados.

**Palabras clave:** terrorismo, tortura, estados excepcionales.

**ABSTRACT.** The article analyses the dilemma of how to find the balance between security and liberty in the fight against terrorism. It shows how different implied presuppositions concerning the concept of security, the size of the perceived threat and the main protected value (state vs. constitution) shape the debate. The article also gives a map of the US and German discourses concerning life saving torture (*Rettungsfolter*), and concludes that in order to clarify positions, different questions (*de constitutione lata* questions, *de lege lata* questions, *de lege ferenda* questions and moral questions) have to be separated.

**Keywords:** terrorism, torture, state of emergency.

---

\* Fecha de recepción: 2 de julio de 2011. Fecha de aceptación: 6 de junio de 2012.

\*\* Profesor Asociado, Universidad Católica Pázmány Péter Budapest (Hungria), e-mail: [jakabandr@gmail.com](mailto:jakabandr@gmail.com).

El presente manuscrito tiene por objeto analizar el discurso seguido en el conflicto suscitado entre el Estado de derecho y la respuesta al desafío terrorista en los Estados Unidos y en Europa (especialmente en Alemania)<sup>1</sup>. El trabajo se ha propuesto demostrar cómo a pesar de que la estructura discursiva es compleja, resulta sorprendentemente similar. El estudio analiza su razón última a partir de los desacuerdos existentes en los debates, argumentando además desde un punto de vista pragmático<sup>2</sup>: que un nuevo paradigma (más bien un debilitamiento) del Estado de derecho no es necesario, sino más bien peligroso. Con ello se correría el riesgo de no poder responder a su desafío original: la lucha contra el uso arbitrario del poder del gobierno. Pero, además, por otra parte, abandonar esta idea (especialmente una parte nuclear de la misma, como es la interdicción de la tortura) significaría renunciar al mismo tiempo a la identidad de las sociedades occidentales. En situaciones excepcionales, un incumplimiento *ad hoc* de estos requisitos constitucionales puede ser aceptable desde una perspectiva moral para salvar vidas humanas o incluso la Constitución en su totalidad. De cualquier forma, la ilegalidad de tales actos ha de quedar clara.

## 1. LA NATURALEZA DE LAS NOCIONES CONSTITUCIONALES

Las nociones constitucionales pueden ser percibidas, apriorísticamente, de dos modos bien distintos. Mientras que el primero de ellos trata de vincularlas a determinados principios morales de carácter general, como la dignidad humana o la libertad igualitaria, la segunda pretende concebirlas como una respuesta frente a los desafíos sociales. Creo particularmente en esta última perspectiva, ya que incluso la construcción de principios morales generales cabría ser explicada, de una u otra manera, en el marco de dichos desafíos<sup>3</sup>.

Siguiendo a TOYNBEE, lo que define a toda sociedad es su permanente capacidad para afrontar nuevos desafíos históricos a los que trata de encontrar una respuesta adecuada<sup>4</sup>. El desafío, en este contexto, evoca el surgimiento de una situación o un problema desconocido (incluso puede tratarse de la búsqueda de una nueva respuesta a un antiguo reto) al que no cabe hacer frente a través de los tradicionales métodos conocidos en la sociedad. Incita, por ello, a una necesaria creatividad. Dicha creatividad puede requerir o bien una innovación técnica o bien la construcción de nuevos

<sup>1</sup> Agradezco las observaciones críticas realizadas por los participantes de la *Societas Iuris Publici Europaei* (SIPE) en la Conferencia sobre «Rule of Law, Freedom and Security in Europe» celebrada en Budapest, 4-6 de junio de 2009. Asimismo, mi gratitud a los investigadores de los seminarios de investigación celebrados respectivamente en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), el 2 de febrero de 2010; y en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid), el 2 de marzo de 2010. También mi agradecimiento al público de mi conferencia impartida el 7 de mayo de 2010 en la Universidad de Oviedo, además de a P. BEHRENS, J. BELL, M. B DIG, Th. BUSTAMANTE, T. GY RFI, P. DE LORA, M. SIMONCINI y T. PÉTER. Asimismo a L. ÁLVAREZ, profesor de la Universidad de Oviedo, por la traducción de estas páginas del inglés.

<sup>2</sup> R. A. POSNER, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge, Mass., London, 1999, 227-228.

<sup>3</sup> POSNER (nota 2) 17-38.

<sup>4</sup> A. J. TOYNBEE, *A Study of History. Abridgement of Volumes I-VI by Dorothea Grace Somervell*, Oxford y otros, 1974, 60-79.

principios acerca de cómo organizar la sociedad (mi posición se contrapone a esta última cuestión)<sup>5</sup>. Si la innovación técnica o el nuevo principio organizativo no resultan adecuados para afrontar eficazmente el desafío (respuesta equívoca), la sociedad, la nación o la civilización se estancan o incluso entran en decadencia hasta encontrar la respuesta adecuada (o llegan a perder su identidad distintiva y se disuelven en otras).

Ante estas afirmaciones, un buen jurista, guiado por su instinto conceptual, podría preguntarse, con razón, qué es lo que entiendo por «sociedad», por «estancamiento» o por «decadencia». En vez de permanecer en este nivel tan *abstracto*, preferiría entrar a considerar en profundidad nuestro tema en *concreto*: el Estado de derecho, en la medida en que tan generales cuestiones pueden responderse más fácilmente de esa manera<sup>6</sup>.

## 2. EL DESAFÍO ORIGINARIO AL QUE RESPONDE EL ESTADO DE DERECHO: EL ABSOLUTISMO

Durante los siglos XVI y XVIII, las revoluciones sangrientas en Europa occidental ocasionadas por las guerras de religión, el emergente capitalismo demandante del carácter predecible de las reglas y de la seguridad jurídica, y los conflictos suscitados en torno a las tendencias absolutistas de los monarcas, requirieron una nueva doctrina capaz de aportar una solución a las relaciones tradicionalmente existentes entre los poderes intraestatales. Como consecuencia de la secularización, dicha solución no pudo apoyarse ya más en una doctrina teológica. La antigua legitimación divina del monarca, en consecuencia, no pudo reclamar más vigencia. Es entonces cuando se plantea un nuevo interrogante: «¿Por qué alguien tendría que cumplir la ley dictada por el monarca?». Y la nueva respuesta fue: «porque él es el soberano». Con ello, Dios y la naturaleza divina fueron sustituidos por la doctrina secularizada de la soberanía<sup>7</sup>. Ante la necesidad de una solución bien definida, la soberanía (monárquica) —tal y como fue descrita por J. BODIN, padre del concepto en sus *Seis libros de la República* (1576), posteriormente explicitado por Th. HOBBS en su *Leviathan* (1651) e implícitamente por S. VON PUFENDORF en su *De jure naturae gentium* (1672)— fue concebida como «todo o nada», esto es, o ilimitada o inexistente. De acuerdo con esta doctrina, en una determinada entidad territorial solo puede existir un único e irrevocable centro de decisión que no cabe ser cuestionado, ni desde el interior (aspecto interno) ni desde el exterior (aspecto externo)<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Vid. A. SAJÓ, *Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism*, Budapest, New York, 1999, 1-7, en lo que se refiere a la concepción de las ideas constitucionales como manifestación de las experiencias pasadas que el constituyente quiso evitar. Toda Constitución es, en realidad, la manifestación de los temores de sus redactores.

<sup>6</sup> Las expresiones Estado de derecho, *rule of law* y *Rechtsstaat* aparecen utilizadas como sinónimos en este artículo, a menos que se indique de otro modo.

<sup>7</sup> Sobre los orígenes teológicos de los conceptos jurídicos, vid. C. SCHMITT, *Political Theology*, Cambridge, Mass., 1985, 36.

<sup>8</sup> Más detalladamente, vid. A. JAKAB, «Neutralizing the Sovereignty Question. Compromise Strategies in Constitutional Argumentations about the Concept of Sovereignty before European Integration and since», *European Constitutional Law Review*, 2006, 375-397.

Pero el absolutismo y su materialización jurídica: la idea de soberanía, se percibieron como peligrosas para el desarrollo de la sociedad. El (en teoría) poder ilimitado puede ser fácilmente abusivo, como lo demuestra la trágica experiencia histórica. Las sociedades que hallaron rápidamente una respuesta adecuada a este nuevo desafío (Reino Unido, Francia, Holanda y ciertos territorios alemanes) fueron capaces de prosperar y utilizar sus recursos de una forma eficiente. Por su parte, otras sociedades que no lo hicieron (como España, Portugal o Austria) fueron declinando (al menos en comparación con las precedentes) y acabarían siguiendo más tarde a los anteriores Estados. La solución adecuada fue la idea del *Estado de derecho*<sup>9</sup>.

El principio básico sobre el que construyó esta idea fue impedir todo uso arbitrario del poder. A tal propósito sirvieron diversos métodos (en parte solapados). El recelo de MONTESQUIEU hacia el ejecutivo monárquico (y hacia la judicatura) derivó en su teoría sobre la separación de poderes<sup>10</sup>. LOCKE, por su parte, prefirió concentrarse en la independencia de los jueces como garantes de la libertad individual (frente a la corrupción y a los antirreformistas jueces franceses, los tribunales ingleses gozaron siempre un mayor prestigio para poder confiar en ellos)<sup>11</sup>. En Inglaterra, la ley se identificó con una «abstracta, ambigua, pero antigua costumbre» que limitó también al rey (la seguridad jurídica en el sentido que se le atribuye en la actualidad no formaba parte de ella)<sup>12</sup>. La concepción inglesa transitó hacia una soberanía del legislador, aunque ello no sucedió en América: «En verdad, la revolución americana, desde la óptica del concepto de *rule of law* desarrollado en Inglaterra y en el Reino Unido, ha de ser concebida como una de las últimas —si no la última— manifestaciones constitucionales del viejo ideal de una ley fundamental consuetudinaria, prescriptiva e inmutable»<sup>13</sup>.

Sin embargo, en la actualidad, la idea inglesa de la soberanía del parlamento («*rule of parliamentary statutes*») está siendo suavizada ligeramente debido a la supremacía del derecho comunitario, que ha de ser aplicado por los jueces y de la Human Rights Act de 1998, que otorga a aquéllos la función de constatar (sin consecuencias jurídicas) la incompatibilidad de las leyes con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. En el discurso jurídico estadounidense se encuentra una menor referencia al «*rule of law*»: el concepto es sustituido por la «Constitución» como reflejo de la división de poderes y de la protección de las libertades individuales<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Ideas similares existieron también con anterioridad, si bien no constituyeron criterios nucleares de la teoría del Estado y de los debates públicos (sólo en la antigüedad, es tan grande el lapso temporal, que cualquier conexión directa sería engañosa). «*Rechtsstaat*» es una respuesta de la burguesía al absolutismo y a las doctrinas de la soberanía, *vid.* E. ŠARČEVIĆ, *Der Rechtsstaat*, Leipzig, 1996, 47-48.

<sup>10</sup> Sobre el mayor prestigio de las leyes en Francia («*expression de la volonté générale*») que en Inglaterra (como un concepto con más técnicas legalistas), *vid.* Ch. MÖLLERS, *Die drei Gewalten*, Göttingen, 2008, 29-30.

<sup>11</sup> Posteriormente teorizaría A. VENN DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1885, 195, y A. HAMILTON («The least dangerous branch» en *The Federalist*, núm. 78). Sobre la historia del concepto de Estado de derecho en el Reino Unido, *vid.* J. Ph. REID, *Rule of Law. The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, Illinois, DeKalb, 2004.

<sup>12</sup> M. KRYGIER, «The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology», en G. PALOMBELLA y N. WALKER (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford, Portland, 2009, 53.

<sup>13</sup> REID (nota 11), 75.

<sup>14</sup> R. GROTE, «Rule of Law, Rechtsstaat and État de droit», en Ch. STARCK (ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy - a comparative analyses*, Baden-Baden, 1999, 301-302.

La tradicional aproximación post-revolucionaria francesa favoreció al legislador y a las leyes parlamentarias sobre los actos de los demás departamentos del gobierno (*principe de légalité*), como a la generalidad de las leyes, lo que excluía *per se* la arbitrariedad<sup>15</sup>. C. DE MALBERG (influenciado por la doctrina alemana) denominó a su construcción sobre el Estado de derecho «*État légal*» como opuesto a «*État de droit*», en el que también el legislador se encontraba vinculado por una corte especial destinada a asegurar los derechos y las libertades de los ciudadanos<sup>16</sup>. El *Conseil constitutionnel*, creado originariamente para limitar las competencias del legislador en la pugna entre el legislativo y el ejecutivo, asumió en 1971 la tarea pretendida por C. DE MALBERG. En una conocida decisión afirmó que la referencia realizada en el Preámbulo de la Constitución de 1958 a la Declaración de Derechos del Hombre y al Preámbulo de 1946 autorizaba al *Conseil Constitutionnel* a controlar la constitucionalidad de las leyes a partir de los derechos básicos recogidos en esos documentos<sup>17</sup>.

La noción alemana «*Rechtsstaat*», surgida a comienzos del siglo XIX (especialmente debido a Th. WELCKER y a R. VON MOHL) como respuesta frente al «despotismo» y a la «teocracia», se identificó con la garantía de las libertades básicas de los ciudadanos (incluida la propiedad) y con la división de poderes<sup>18</sup>. En particular, este último principio implicó no solo la independencia de los jueces y la preeminencia de la ley sobre el ejecutivo («legalidad de la administración»), sino también la exigencia de que las leyes debían contener únicamente provisiones generales en oposición a las decisiones particulares dictadas por el ejecutivo<sup>19</sup>.

En la segunda mitad del siglo XIX, el concepto «*Rechtstaat*» fue reconducido hacia una perspectiva formal (F. JULIUS STAHL, L. VON STEIN, O. MAYER)<sup>20</sup>. Lo opuesto a «*Rechtstaat*» ya no fue más el «despotismo», sino más bien el «Estado policía» (que implicaba un Estado caracterizado por la arbitrariedad de las decisiones del ejecutivo)<sup>21</sup>. La idea de tutela de los derechos básicos se encuentra implícita también allí, aunque bajo la forma de control jurisdiccional de los actos del ejecutivo (por tanto, no frente al legislativo). La libertad no es prejurídica, sino un producto de las leyes<sup>22</sup>.

Durante la época de Weimar, la noción «*Rechtstaat*» se tornó material de nuevo, si bien cada autor manejó una diferente concepción de la misma dependiendo de su particular idea de justicia<sup>23</sup>. Después de 1945, el concepto de dignidad humana (como

<sup>15</sup> GROTE (nota 14), 282.

<sup>16</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, 1920, vol. I, 490-493.

<sup>17</sup> Decisión 71-44 DC, de 16 de julio de 1971. Sobre la última extensión de las competencias del *Conseil constitutionnel*, *vid.* asimismo F. FABBRINI, «Kelsen in Paris», *German Law Journal*, 2008, 1297-1312.

<sup>18</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, «*Rechtsstaat*», en J. RITTER y K. GRÜNDER (eds.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Darmstadt, 1992, vol. 8, 332, con ulteriores referencias.

<sup>19</sup> BÖCKENFÖRDE (nota 18), 333. La concepción inglesa del Estado de derecho no contenía la previsión de que las leyes debían de ser generales, *vid.* F. W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1908, 383.

<sup>20</sup> En direcciones opuestas (O. BÄHR, O. VON GIERKE), *vid.* BÖCKENFÖRDE (nota 18), 334.

<sup>21</sup> BÖCKENFÖRDE (nota 18), 335. Sobre la contradicción entre «*État de police*» y «*État de droit*», *vid.* R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, 1920, vol. I, 488-489. En lo que se refiere al elemento alemán del siglo XIX en la utilización del Estado de derecho como una vía de legitimación, *vid.* MÖLLERS (nota 10), 37.

<sup>22</sup> G. PALOMBELLA, *The Rule of Law and its Core*, en PALOMBELLA y WALKER (nota 12), 19.

<sup>23</sup> BÖCKENFÖRDE (nota 18), 335-336.

respuesta frente a las experiencias de la Segunda Guerra Mundial y del holocausto) llegó a formar parte fundamental de la concepción típicamente alemana del «*Rechtsstaat*» e influenció a multitud de textos constitucionales europeos de la segunda mitad del siglo XX y también a otras tantas culturas jurídicas del continente<sup>24</sup>. Estas culturas también conciben al «*Rechtsstaat*» desde una perspectiva material, abarcando la tutela de los derechos fundamentales. No con el sentido otorgado por las doctrinas de la ley natural, sino con el que fueron codificados en las respectivas constituciones (e interpretados por su respectivo tribunal constitucional).

Como se ha visto, las definiciones han ido mutando a lo largo del tiempo<sup>25</sup>. El único núcleo que no ha sido jamás cuestionado permanece en la limitación o en la lucha contra el uso arbitrario del poder del gobierno<sup>26</sup>. Ello requiere, en definitiva, que las disposiciones legales vinculen su acción (Estado *formal* de derecho), si bien en la concepción hoy predominante, también que los derechos fundamentales limiten la labor gubernamental (Estado de derecho *material*).

### 3. EL NUEVO DESAFÍO EN LA ACTUALIDAD: EL TERRORISMO

Este trabajo se propone analizar principalmente cómo el *desafío de la seguridad* (en particular, el terrorismo) puede afectar a la tradicional concepción del Estado de derecho. La estructura del desafío es la siguiente: 1) surge un nuevo reto para la seguridad de la sociedad (el terrorismo), 2) la sociedad trata de hacer frente a este desafío a través de nuevas medidas, 3) éstas, en ocasiones, aparecen como *conflictivas* con parte de la tradicional concepción de las libertades y del Estado de derecho<sup>27</sup>. En realidad, bien mirado el terrorismo por sí mismo no pone en peligro directamente el Estado de derecho (o al menos no primariamente), sino más bien la reacción ofrecida al mismo. En la medida en que el dilema sobre cómo resolver el *conflicto*, tal y como se mencionó en 3), es usualmente conceptualizado como un dilema entre «seguridad y Estado de derecho», procede antes de nada clarificar la noción de seguridad para las siguientes partes de este trabajo.

<sup>24</sup> Para una historia más detallada de las relaciones entre seguridad y libertad, *vid.* W. BRUGGER, *Freiheit und Sicherheit*, Baden-Baden, 2004, 12-38, y G.-J. GLAESSNER, *Sicherheit in Freiheit*, Opladen, 2003, 45-76.

<sup>25</sup> Un bien conocido ejemplo sobre el no reconocimiento de esto (vinculado al concepto de parlamentarismo) es C. SCHMITT, *Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Berlin, 2.ª ed., 1926.

<sup>26</sup> En Estados Unidos este abuso significa abuso en interés de los intereses particulares en vez de la suma de intereses de todos los ciudadanos, *vid.* MÖLLERS (nota 10), 29-35. En Francia el abuso fue el miedo procedente del ejecutivo monárquico. El legislador en Estados Unidos es concebido como lobbies representantes de otros intereses particulares, opuesto a Francia donde el legislador es la voz del pueblo. MÖLLERS (nota 10), 32, 35. Sobre el Estado de derecho como opuesto a arbitrariedad, *vid.* KRYGIER (nota 12), 45-70. Como limitación de la discrecionalidad gubernamental B. Z. TAMANAHA, «A Concise Guide to the Rule of Law», en PALOMBE-LLA y WALKER (nota 12), 7-8.

<sup>27</sup> Sobre el resultado sumatorio cero entre seguridad y libertad en la lucha contra el terror, *vid.* R. WASSERMANN, *Terrorismus contra Rechtsstaat*, Darmstadt, 1976, 133; Th. GROSS, «Terrorbekämpfung und Grundrechte - Zur Operationalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes», *Kritische Justiz*, 2002. 1-17, particularmente 10. «La libertad individualiza las competencias del Estado, la seguridad las colectiviza», *vid.*, al respecto, Ch. GUSY, «Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 63, 2004, 155, 189.

### 3.1. El concepto de seguridad

Seguridad puede significar «seguridad frente a la arbitrariedad de la acción del Estado —particularmente frente al arresto—» (la expresión aparece así utilizada, por ejemplo, en el art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o en Austria por la *Ley Constitucional Federal sobre la defensa de la libertad personal*). Sin embargo, esta definición del concepto de seguridad podría hacer difícil su diferenciación de la idea de libertad propia del principio de Estado de derecho. Por ello, el concepto se utilizará aquí en el sentido de «seguridad física (especialmente la paz) que ha de ser garantizada por el Estado» (*Sicherheit als Staatsaufgabe*).

De cualquier forma, todavía dentro de este último significado, cabe diferenciar entre cinco tipos de conceptualizaciones: *a)* La primera concibe la seguridad como un propósito metajurídico del Estado o de la comunidad política (*Sicherheit als vorverfassungsrechtlicher allgemeiner Staatszweck*)<sup>28</sup>. *b)* La segunda entiende la seguridad como un interés común reconocido (al menos implícitamente) por las Constituciones o como un fin de Estado prescrito por el documento constitucional (*öffentliches Interesse Sicherheit, Sicherheit als Staatsziel*). *c)* El tercero, la conceptualiza más bien como un deber jurídico objetivado dirigido al Estado para la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos en garantía de su seguridad (*grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*)<sup>29</sup>. *d)* La cuarta intenta articular un derecho fundamental *subjetivo* (derivado) del ciudadano a ser protegido (*Grundrecht auf Sicherheit*)<sup>30</sup>. *e)* La quinta incluye en el concepto de seguridad la protección del estilo de vida, también eventualmente los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En algunas ocasiones, las diversas aproximaciones resultan utilizadas escalonadamente (derivando unas de otras)<sup>31</sup>, mientras que en otras aparecen entremezcladas. La diferencia actual en la naturaleza de los argumentos jurídicos empleados es entre *a)* de una parte, y *b)-c)-d)* de otra, en la medida en que los tres últimos encuentran una

<sup>28</sup> Tradición seguida por HOBBS y HEGEL, *vid.* W. SCHWETZEL, *Freiheit, Sicherheit, Terror*, München, 2007, 5-7; W. CONZE, *Sicherheit, Schutz*, en O. BRUNNER, W. CONZE y R. KOSSELECK (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. V, Stuttgart, 1984, 831-862.

<sup>29</sup> SCHWETZEL (nota 28), 8-56. Ch. CALLIES, «Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat. Eine verfassungsrechtliche Gratwanderung mit staatsrechtlichem Kompass», *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2002, 1-7, esp. 5-6; Ch. CALLIES, «Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2003, 1096-1105, particularmente 1100-1102. En algunos documentos se encuentra codificado (p. ej., en el art. 3 del Virginia Bill of Rights 1776, en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1947, en el Preámbulo de la Constitución polaca de 1997 o en el art. 6 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales). Sin embargo, mayoritariamente aparece como implícito o derivado. Sobre otros documentos, *vid.* P. J. TETTINGER, «Freiheit in Sicherheit», en *Festschrift Jochen F. Kirchhoff*, Köln, 2002, 182-184.

<sup>30</sup> J. ISENSEE, *Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin y otros, 1983, incluye en su razonamiento también *a)* y *c)*. De manera similar, G. ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden, 1987. De acuerdo con FRANKENBERG, el «derecho fundamental a la seguridad de ISENSEE es un tardío surgimiento de la lucha contra el terrorismo de la RAF y, por tanto, repudia la función limitadora de las libertades y convierte la excepción en la regla general». *Vid.* G. FRANKENBERG, «Folter, Feindstrafrecht und Sonderpolizeirecht. Anmerkungen zu Phänomenen des Bekämpfungrechts», en G. BEESTERMÖLLER y H. BRUNKHORST (eds.), *Rückkehr der Folter. Rechtsstaat im Zwielicht?*, München, 2006, 57. Pros y contras con referencias adicionales en el debate: GUSY (nota 27), 168-169.

<sup>31</sup> M. MÖSTL, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, Tübingen, 2002, 75-80.

apoyatura constitucional. El concepto *d)* parece ser el más contundente, *c)* más débil y *b)* el más endeble, si opera en contra las libertades de los ciudadanos. El resultado exacto de la situación depende siempre de cada particular orden jurídico, de manera que no procede entrar en detalle al análisis de tal cuestión. La definición *e)* no se emplea en la doctrina, toda vez que extendería el concepto de seguridad demasiado lejos, y de esta manera los actuales dilemas (seguridad vs. libertad) serían difíciles de mostrar.

En definitiva, la seguridad física se ubica a un lado y el Estado de derecho (inclusive su ámbito material, la protección de las libertades) al otro. La cuestión que se plantea en esta situación es  c mo cabe afrontar de una manera efectiva el desafío terrorista sin correr el riesgo de un uso arbitrario del poder? El problema es bien similar al que plantea el estado de emergencia<sup>32</sup>. Algunos de ellos serán solo apuntados aquí, en particular, aquellos en los que el autor de estas líneas percibe como dilemas *teóricos* más interesantes.

### 3.2. La naturaleza de la amenaza contra la seguridad

El terrorismo es, de ordinario, caracterizado como un ataque armado (o una amenaza del mismo), motivado por razones políticas o religiosas, con la finalidad de desestabilizar un sistema político o de despertar un temor en la población. Si el desafío caracterizado como terrorismo no fuera grave, no existiría razón alguna para tener que alterar la tradicional concepción del Estado de derecho. La gravedad de la amenaza aparece comúnmente definida por los siguientes cinco elementos<sup>33</sup>: 1) el terrorismo actual no se circunscribe necesariamente a un reducido número de personas, idea difundida entre los movimientos extremistas; 2) no se encuentra limitado a áreas geográficas concretas; 3) como consecuencia de los desarrollos tecnológicos, el daño puede llegar a ser inmenso; 4) la amenaza de una pena es inefectiva frente a ellas (*cfr.* ataques suicidas), y 5) posee un carácter sistemático (ya que de ordinario aparece dirigido directamente contra el modo de vida occidental, no contra un Estado o sus instituciones concretas). A pesar de que algunos de los elementos no resultan completamente nuevos, la seriedad de la amenaza no puede cuestionarse. Por ello, lo que ha de plantearse es si la respuesta es apropiada o proporcionada.

### 3.3. El dilema

El dilema puede ser caracterizado como un *conflicto* entre, por un lado, el temor al abuso (como se expresa jurídicamente a través del concepto de Estado de derecho) y, por otro, la efectividad (para afrontar la cuestión de la seguridad anteriormente aludida). Expresado en otros términos, la cuestión es  c mo cabe afrontar el desafío

<sup>32</sup> Sobre el mapa del debate alemán en torno al estado de emergencia, *vid.* A. JAKAB, «German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency. Paradigms and Dilemmas of a Traditional (Continental) Discourse», *German Law Journal*, 2006/5, 453-477.

<sup>33</sup> S. HUSTER y K. RUDOLPH, «Vom Rechtsstaat zum Pr ventionstaat?», en S. HUSTER y K. RUDOLPH (eds.), *Vom Rechtsstaat zum Pr ventionstaat*, Frankfurt am Main, 2008, 14-15, con ulteriores referencias.



eficazmente sin correr el riesgo de caer en el uso arbitrario del poder? Seguidamente se apuntarán sólo dos problemas en los que el autor de estas líneas identifica como los más interesantes dilemas teóricos. El principal propósito aquí es mostrar la estructura del discurso y ofrecer un *iter* argumental (así como explicar ciertas características del mismo).

El primer problema reside en cómo el Estado formal de derecho puede ser cuestionado en nombre de la lucha contra el terrorismo; el segundo, se vincula con un aspecto del Estado material de derecho (abarcando, por tanto, la tutela de los derechos fundamentales): la prohibición de la tortura.

### 3.2.1. *Ejemplo I: el Estado formal de derecho vs. seguridad - la Constitución como limitación general en la lucha contra el terror*

El primer ejemplo con el que puede mostrarse el dilema de la seguridad se vincula con la naturaleza de las normas constitucionales en los tiempos de lucha contra el terror. Han de ser diferenciados dos aspectos del problema para poder ofrecer un adecuado mapa discursivo: 1) la entidad del peligro (intenso o el que existe en situaciones ordinarias), y 2) lo que, sobre todo, se ha de defender (nuestras vidas y el Estado como su fundamental institución garantista, o nuestra libertad y la Constitución como su principal tutela). Los dos objetos de protección se solapan en parte uno con otro, si bien el antiguo enfoque estaticista (conforme a la tradición de HOBBS, HEGEL y SCHMITT) pone su mayor énfasis en la protección de las vidas, mientras que la moderna tradición centrada en la Constitución otorga una mayor relevancia a la tutela de nuestro «estilo de vida». Combinando todas las posibilidades, es posible encontrar cuatro posibles posiciones.

*α. El peligro es sólo el que existe en situaciones de normalidad; nuestro primer propósito es proteger nuestra vida.* En este caso (al menos por el momento) no hay que renunciar a nada de la tradicional concepción del Estado de derecho. De cualquier manera, en el supuesto de que ese peligro aumentara, cabría reconsiderar tal posición. La investigación realizada hasta el momento no ha permitido encontrar a ningún autor que actualmente represente esta posición explícitamente en los debates. La explicación a ello puede ser que quienes prefieren no alterar nada de la concepción del Estado de derecho pueden construir argumentos más consistentes desde una conceptualización centrada en la Constitución (como se muestra acto seguido en el punto β).

*β. El peligro es el existente en situaciones de normalidad; pero nuestro primer propósito es nuestro estilo de vida.* La cita clásica para esta posición procede de Lord HOFFMANN en el caso *Bermarsh*<sup>34</sup>:

Naturalmente que el gobierno tiene el deber de proteger las vidas y la propiedad de sus ciudadanos. Pero esa es una obligación que le corresponde en cualquier momento y

<sup>34</sup> Lord HOFFMANN en A (FC) y otros (FC) (demandantes) contra el secretario de Estado del Ministerio del Interior (demandado) X (FC) y otro (FC) (demandantes) contra el secretario de Estado del Ministerio del Interior (demandado) (caso *Bermarsh*) [2004] UKHL 56 párrafos 95-97.

que debe de llevarse a cabo sin destruir nuestras libertades constitucionales [...] Esta es una nación probada frente a la adversidad, que ha sobrevivido a la destrucción moral y a la catastrófica pérdida de vidas humanas. No minusvaloro la capacidad de los fanáticos grupos terroristas para matar y destruir, pero ellos no amenazan la vida de la nación. Era dudoso si podríamos sobrevivir a Hitler, pero no existe duda alguna que lo haremos frente a Al-Qaeda. El pueblo español no ha dicho que lo sucedido en Madrid, un espantoso crimen como fue, amenazara la vida de su nación. Su legendario orgullo no lo permitiría. La violencia terrorista, sería como es, no amenaza nuestras instituciones de gobierno o nuestra existencia como comunidad civil. [...] La verdadera amenaza para la vida de la nación, en el sentido de la vida de un pueblo en coherencia con sus leyes tradicionales y valores políticos, no procede del terrorismo sino de leyes como esas. Esta es la verdadera medida que el terrorismo pretende conseguir. El Parlamento ha de decidir si conceder al terrorismo dicha victoria.

Es común a las posiciones expuestas  $\alpha$  y  $\beta$  considerar exagerado el peligro que supone el terrorismo y, de acuerdo con ello, también ciertas reacciones al mismo. En consecuencia, no existe un dilema real en el que se tengan que conciliar el Estado de derecho y la seguridad. En realidad, quienes vienen a plantear tal dilema simplemente malinterpretan la situación real. El peligro que perciben estos autores se justifica en que al amparo del argumento de la lucha contra el terrorismo, las garantías generales del Estado de derecho están perdiendo peso.

$\gamma$ . *El peligro es elevado; nuestro principal propósito es proteger nuestra vida y su principal institución garante: el Estado.* De acuerdo con esta posición (representada por J. ISENSEE y O. DEPENHEUER)<sup>35</sup>, la Constitución ha de ser interpretada con la finalidad de salvaguardar nuestras vidas y el Estado. En lo que respecta a la cuestión sobre la seguridad, estos autores la conciben en el sentido anteriormente analizado en «a» (esto es, la seguridad entendida como un propósito prejurídico del Estado o de la comunidad política). De esta manera, se evita cualquier incompatibilidad con la libertad o con el Estado de derecho, en la medida en que la seguridad constituye su presupuesto lógico. De acuerdo con esta perspectiva, quienes todavía se remiten a los límites constitucionales, en realidad, malinterpretan la naturaleza jurídico-conceptual de tales normas y se desprenden del sentido común.

En uno de los argumentos frecuentemente utilizados, si el Estado se basa en el orden y la paz como presupuestos implícitos del Estado prejurídico, también lo son del concepto del *Estado de derecho*. De acuerdo con ello, incluso si existen reglas (constitucionales), no son aplicables realmente ante una verdadera situación de emergencia —de otro modo nuestra lucha contra el terror sería asimétrica, ya que nos autolimitar amos a nosotros mismos—. Esta posición es muy alemana<sup>36</sup>. En otras culturas jurídicas al mismo resultado práctico se llega a través del razonamiento  $\delta 2$ , tal y como se describe seguidamente.

<sup>35</sup> O. DEPENHEUER, *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, Paderborn y otros, 2007; J. ISENSEE, «Der Verfassungsstaat als Friedensgarant», *Die politische Meinung*, 2004, 67. De forma similar, G. JAKOBS, «B rgerstrafrecht und Feindstrafrecht», *HRRS-Online Zeitschrift für H chstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, núm. 3, 2004, 88-95.

<sup>36</sup> Sobre la estaticista tradición iuspublicista alemana, *vid.* con mayor detalle, A. JAKAB, «Two Opposing Paradigms of Continental European Constitutional Thinking: Austria and Germany», *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, 933-955.

δ. *El peligro es elevado; nuestro principal propósito es proteger nuestro estilo de vida y su principal institución tutelar: la Constitución.* Esta es, sin duda, la posición más interesante en la medida en que muestra el dilema en su forma más evidente. Dependiendo de la relación entablada entre seguridad y el Estado de derecho, existen dos posibles subposiciones (además existentes) con consecuencias contradictorias.

δ1. *El peligro es elevado, pero jamás podemos renunciar a nuestras libertades.* Esta posición no posee consecuencias prácticas (*fiat iustitia et pereat mundus* —que se haga justicia aunque perezca el mundo—). Nuestro estilo de vida, inclusive las libertades, son consideradas como parte integrante de nuestra identidad<sup>37</sup>. Sólo los tradicionales cánones de limitación de los derechos fundamentales podrían ser utilizados, sin que ninguna doctrina política pueda ser aplicable a dicho ámbito, descansando en el Estado la carga de la prueba<sup>38</sup>. Un elemento implícito en las argumentaciones es el temor a la arbitrariedad y al abuso de los poderes de emergencia<sup>39</sup>. Otro tradicional *topos* es que una vez permitidas importantes limitaciones a los derechos fundamentales en la guerra contra el terror, pueden erigirse en la regla también para los tiempos de paz, toda vez que la línea divisoria entre la guerra y la paz es actualmente muy fina<sup>40</sup>. Alguna duda plantea incluso la eficacia de la limitación de las libertades para poder garantizar la seguridad, porque un ejecutivo incontrolado se equivoca más fácilmente, ya que sus decisiones se apoyan en evidencias no adecuadamente constatadas<sup>41</sup>.

En situaciones en las que nuestras vidas únicamente pueden ser protegidas a través de una quiebra de la Constitución, sólo cabría esperar de alguien esté dispuesto a su infracción y acepte el riesgo de la pena impuesta por ello<sup>42</sup>. En esta posición, la seguridad es definida en el más endeble sentido «b» (como interés comúnmente reconocido —al menos de manera implícita— por las Constituciones o como fin de Estado prescrito por la Constitución) o «c» (como un *deber* jurídico del Estado de proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos en garantía de su seguridad). El Tribunal Constitucional Federal alemán ha seguido este planteamiento<sup>43</sup>. Entre los académicos cabe mencionar a O. LEPSIUS o a R. DWORKIN<sup>44</sup>. También el autor de estas líneas se adscribe a esta posición<sup>45</sup>.

<sup>37</sup> M. IGNATIEFF, *The lesser evil. Political ethics in an age of terror*, 2004, 144: «[...] estamos luchando en una Guerra cuyo precio esencial es preservar la identidad misma de la sociedad liberal y prevenirla de aquello que los terroristas quieren que sea. Los terroristas pretenden quitar la máscara de la legalidad para revelar el núcleo nihilista que, en el fondo, se esconde tras toda coerción y hemos de demostrarnos a nosotros mismos y a los pueblos qué lealtad buscamos para expresar que el estado de derecho no es una máscara sino la verdadera imagen de nuestra naturaleza».

<sup>38</sup> M. SIMONCINI, «Risk Regulation Approach to EU Policy against Terrorism in the Light of ECJ/CFI Jurisprudence», *German Law Journal*, 2009, 1526-1549, particularmente 1545, 1549.

<sup>39</sup> Al amparo de la guerra contra el terror, la oposición pudo ser combatida, *vid.* para ejemplos en Latinoamérica: GLAESSNER (nota 24), 236. O sobre las nuevas medidas que pueden ser utilizadas contra la criminalidad tradicional (que pueden ser combatidas a través de tradicionales medidas, pero con una secundaria limitación de libertades), *vid.* HUSTER y RUDOLPH (nota 33), 10.

<sup>40</sup> A. BARAK, «Human Rights in Times of Terror. A Judicial Point of View», *Legal Studies*, 2008, 493-504, particularmente 494.

<sup>41</sup> D. COLE y J. X. DEMPSEY, *Terrorism and the Constitution*, New York, London, 2.ª ed., 2006, 240-242.

<sup>42</sup> En lo que se refiere a las posiciones vinculadas al estado de emergencia, *vid.*, en general, JAKAB (nota 32), 472, 475.

<sup>43</sup> El caso de la Ley de Seguridad Aérea (*Luftsicherheitsgesetz*), *vid.* BVerfGE, 115, 118 y ss.

<sup>44</sup> O. LEPSIUS, «Freiheit, Sicherheit und Terror. Die Rechtslage in Deutschland», *Leviathan*, 2004, 64-88, R. DWORKIN, «Terror and the Attack on Civil Liberties», *The New York Review of Books*, 6 de no-

$\delta 2$ . *El peligro es elevado, de manera que la Constitución ha de ser interpretada (en una nueva forma creativa) con la finalidad de salvaguardarla.* Esta posición potencia los poderes implícitos atribuidos constitucionalmente al legislativo o al ejecutivo para poder proteger eficazmente la Constitución, lo que se expresa a través de las clásicas *máximas* «la Constitución no es un pacto suicida»<sup>46</sup> o «*Silent enim leges inter arma* (que callen las leyes entre las armas)»<sup>47</sup>. En esta perspectiva, la seguridad es de ordinario conceptualizada en un relativamente sentido estricto «c» (como *deber* jurídico del Estado de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos) o «d» (como *derecho* fundamental subjetivo —derivado— del ciudadano a ser protegido). En una elección ciertamente dolorosa, este enfoque acepta que para salvaguardar nuestra sociedad libre, debemos hacer concesiones a la libertad y al Estado de derecho. En lo que a sus consecuencias prácticas se refiere, esta posición  $\delta 2$  es bien similar al enfoque  $\gamma$ . La diferencia reside en la conceptualización: en  $\delta 2$  se razona a partir de las *implicaciones* tácitas del texto constitucional, mientras que en  $\gamma$  con algo que opera como una *presuposición* lógica a la existencia de Constitución.

Un subtipo especial de estas teorías  $\delta 2$  lo representa B. ACKERMAN. El citado autor propone abandonar las restricciones constitucionales (sobre todo en lo concerniente al *habeas corpus*), pero sólo durante el tiempo limitado del Estado de emergencia (en el contexto de la «Constitución de emergencia»). Esta posición trata de presentarse como una solución de compromiso entre  $\delta 1$  y  $\delta 2$ <sup>48</sup>, pero en la práctica no deja de ser una teoría  $\delta 2$  restringida<sup>49</sup>.

Las posiciones arriba expuestas pueden ser ilustradas a través del siguiente gráfico:

---

viembre de 2003, 37-41; *ibid.*, «What the Court really said», *The New York Review of Books*, 12 de agosto de 2004, 26-29. De manera parecida la Comisión Internacional de Juristas, *vid. Assessing Damage, Urging Action. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights* (Geneva, 2009), además R. C. LEONE y G. ANRIG Jr. (eds.), *The War on Our Freedoms*, New York, 2003; O. GROSS, «Chaos and rules: should responses to violent crises always be constitutional?», *Yale Law Journal*, 112, 2003, 1011-1034.

<sup>45</sup> Cfr. JAKAB (nota 32).

<sup>46</sup> E. POSNER y A. VERMEULE, *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, Oxford y otros, 2007; R. POSNER, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford y otros, 2006; J. YOO, *War by Other Means*, New York, 2006; J. YOO, *The Powers of War and Peace*, Chicago, London, 2005. Sobre una interesante posición preocupada sólo por la separación de poderes, aunque no tanto por los derechos fundamentales, *vid.* B. WITTES, *Law and the Long War. The Future of Justice in the Age of Terror*, New York, 2008.

<sup>47</sup> A. CICERO, *Pro Milone* (NH Watts transl.) (Cambridge, 5.ª ed., 1972), 16.

<sup>48</sup> B. ACKERMAN, «The Emergency Constitution», *The Yale Law Journal* (113), 2003-2004, 1032-1037, y *Before the Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven, London, 2006, 170. Para el citado autor, el terrorismo no es un «crimen» que pueda ser perseguido con medidas tradicionales (esto es, niega  $\delta 1$ ), pero tampoco es una «guerra» que cambie todas las antiguas reglas (de manera que también niega el presupuesto principal de  $\delta 2$ ).

<sup>49</sup> Contra lo cual pueden erigirse las tradicionales objeciones  $\delta 1$ , *vid.* particularmente D. COLE, «The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot», *The Yale Law Journal* (113), 2003-2004, 1753-1800, y L. H. TRIBE y P. O. GUDRIDGE, «The Anti-Emergency Constitution», *ibid.*, 1801-1870. Sobre la respuesta de ACKERMAN, *vid.* «This Is Not a War», *The Yale Law Journal* (113), 2003-2004, 1871-1907.

<p>¿Qué protegemos? ¿Cómo de intensa es la amenaza/el peligro?</p>	<p>Nuestras vidas y su principal institución garantista: el Estado (HOBBS, HEGEL, SCHMITT, tradición estatista). Protegemos primariamente nuestras vidas.</p>	<p>Nuestra libertad y su principal tutela: la Constitución (propuestas centradas en la Constitución). Protegemos, ante todo, nuestro estilo de vida.</p>
<p>No elevada</p>	<p>α. <i>No tenemos que renunciar demasiado a nuestro Estado de derecho en este preciso momento (quizás más tarde)</i>. En caso de que exista un peligro, cabría interpretar la Constitución de una nueva forma, pero justamente ahora, el peligro terrorista está exagerado.</p>	<p>β. <i>No hay razón para renunciar a ningún aspecto de nuestro Estado de derecho (celebramos no tener el dilema D) (Lord Hoffmann en el caso Belmarsh)</i>.</p>
<p>Elevada</p>	<p>γ. <i>El Estado y nuestras vidas están en peligro [seguridad en el sentido de a)], vivimos en una circunstancia excepcional, de modo que hemos de hacer concesiones al Estado de derecho</i>. La Constitución ha de ser interpretada con el fin de proteger nuestras vidas (efectividad para garantizar la seguridad, <i>salus rei publicae sumptrema lex esto</i>) (el Estado está basado en el orden y en la paz, estos son presupuestos implícitos metajurídicos del Estado también del Estado de derecho; incluso si existen reglas, no importan, de otro modo nuestra guerra sería asimétrica como para vincularnos a nosotros mismos) (por ejemplo, J. ISENSEE, O. DEPENHEUER).</p>	<p>δ. <i>Difícil dilema</i>.</p> <p>δ1. <i>El peligro es elevado [seguridad de ordinario conceptualizada como (b) o (c)], pero fiat iustitia et pereat mundus</i>. Nuestras libertades y nuestro orden constitucional liberal pertenecen a nuestra identidad (temor al abuso, a la arbitrariedad) (sólo cabe esperar que alguien se sacrifique por infringir la ley y por padecer las sanciones para salvaguardar la Constitución). (Ley de seguridad aérea en Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, 115, 118 y ss., O. LEPSIUS, R. DWORKIN).</p> <p>δ2. <i>El peligro es elevado [seguridad de ordinario definida como (c) o (d)], de manera que la Constitución ha de ser interpretada con la finalidad de salvaguardarla (poderes implícitos) («La Constitución no es un pacto suicida»)</i> (E. y R. POSNER) (para salvaguardar nuestra sociedad libre, debemos de hacer concesiones de la libertad).</p>

### 3.2.2. *Ejemplo II: el Estado material de derecho (libertades) vs. seguridad - el tabú de la tortura*

Casi la práctica totalidad de los derechos fundamentales pueden resultar afectados: especialmente el derecho de habeas corpus<sup>50</sup>, el derecho a un juicio justo (*due process of law*), la protección de la intimidad, la libertad religiosa, la igualdad (ciudadanos musulmanes bajo estrecha observación)<sup>51</sup>, la libertad de circulación, el derecho a la vida o la dignidad humana<sup>52</sup>. A falta de tiempo y espacio, esta investigación se limitar  a un concreto aspecto: la cuestión de la tortura (como una violación de los derechos humanos).

El trabajo no pretende centrarse en el *case law* de la tortura en los distintos tribunales, sino en mostrar algunos dilemas teóricos que pueden surgir en un orden jurídico en el que la tortura se halla radicalmente prohibida. Bien porque (a/1) la dignidad humana no puede ser limitada y en el que (a/2) la tortura se percibe como una violación de la dignidad humana (tales órdenes son, por ejemplo, Alemania o Hungría) o como una infracción de los derechos a la intimidad y a un juicio justo (Estados Unidos).

En los debates, tres son las cuestiones que usualmente aparecen planteadas: 1) si la tortura resulta eficaz; 2) si la tortura puede llegar a ser moralmente justificable en ciertas circunstancias, y 3) si la tortura puede resultar legal en determinados casos. Este manuscrito se centrar  en el análisis de esta última cuestión, empleando sólo las dos primeras en la medida que incidan sobre la cuestión jurídica (han de ser vistas, pues, como argumentos potenciales para la explicación del dilema jurídico).

Salvo que se indique de otro modo, la seguridad será entendida aquí en su sentido más estricto (es decir, como un derecho fundamental —derivado—), ya que éste mostrar  el dilema en su forma más compleja. Por tortura se entiende: 1. la producción de un dolor severo o la amenaza del mismo<sup>53</sup>; 2. por parte de un poder público, y 3. destinado a obtener información, confesión o utilizado como pena, o para intimidar a otras personas<sup>54</sup>. Para agudizar todavía más el dilema, se recurrir  al escenario

<sup>50</sup> J. STEYN, «Guantanamo Bay: The Legal Black Hole», *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, 1-15.

<sup>51</sup> O sobre las políticas discriminatorias de la inmigración, *vid.* D. MOECKLI, *Human Rights and Non-Discrimination in the «War on Terror»*, Oxford, 2008.

<sup>52</sup> Para una perspectiva comparada, *vid.* Ch. WALTER y otros (eds.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Berlin y otros, 2004, 49-785; A. OEHMICHEN, *Terrorism and Anti-Terror Legislation: The Terrorised Legislator? A Comparison of Counter-Terrorism Legislation and Its Implications on Human Rights in the Legal Systems of the United Kingdom, Spain, Germany and France*, Antwerp e.a., 2009. Específicamente sobre la situación alemana, *vid.* SCHWETZEL (nota 28), 131-229.

<sup>53</sup> De acuerdo con GROSS, la diferencia entre «tortura» de un lado, y los «tratos crueles, inhumanos y degradantes» de otro, es simplemente una magia definitoria. *Vid.* O. GROSS, «The Prohibition on Torture and the Limits of Law», en S. LEVINSON (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, 232. Normalmente, los comunicados de los gobiernos tienen éxito si son condenados por el cuerpo de (cuasi) justicia internacional «solo» para el trato inhumano, incluso si se encuentra prohibido de la misma forma que la tortura. Un morboso intento de restringir el concepto de tortura solo a aquellos casos en el que el dolor extremo se asocia con la muerte o con un fallo organico, *vid.* el *Bybee Memorandum* citado por J. WALDRON, «Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House», *Columbia Law Review*, 2005, 1685.

<sup>54</sup> Art. 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, *UN Convention Against Torture and Other Cruel*, 1465 UNTS 85, 10 de diciembre de 1984. A

de la «bomba de relojería», en el que un criminal (terrorista) que oculta una bomba (devastadora, incluso nuclear) en un lugar desconocido no está dispuesto a aportar información sobre la ubicación de la bomba<sup>55</sup>. No se considerará, pues, el empleo de la tortura durante el procedimiento penal (este problema ya estaría cubierto por la doctrina del fruto del árbol envenenado)<sup>56</sup>, sino únicamente la denominada tortura de rescate (*Rettungsfolter*).

Existen, sin embargo, dos tradicionales objeciones en contra del ejemplo de la bomba de relojería: 1. Representa un supuesto irreal, y 2. no es posible conocer lo que el terrorista realmente sabe<sup>57</sup>. Una convincente contraobjeción a lo primero es que los escenarios de la bomba de relojería son capaces de probar nuestra convicción si la tortura es o pudiera ser *siempre* prohibida<sup>58</sup>. El problema no es tanto hablar sobre escenarios de la vida real, sino cuestionar una afirmación absoluta con un caso hipotético inverosímil como ese<sup>59</sup>. Por otra parte, si el terrorista realmente conoce de algo sobre la bomba, es ya parte del dilema, algo sobre lo que se volverá más adelante.

Con carácter general, el argumento tradicionalmente utilizado en favor de la tortura sería el de su supuesta efectividad para poder obtener información útil destinada a salvar vidas humanas<sup>60</sup>. Por su parte, los argumentos esgrimidos en su contra son<sup>61</sup>: 1. que convierte a la policía en perezosa y arrogante; además la brutaliza; 2. genera falsa información<sup>62</sup>; 3. puede llegar a ser utilizada contra los enemigos políticos o los marginados sociales (perjuicios constatados); 4. convierte al Estado en intimidador y

---

favor de la absoluta prohibición (excluyendo la situación de necesidad), *vid.* D. LUBAN, «Liberalism, Torture and the Ticking Bomb», en K. J. GREENBERG (ed.), *The Torture Debate in America*, Cambridge, 2006, 66.

<sup>55</sup> Un ejemplo (desde la más frecuente perspectiva moral y filosófica que la jurídica) *vid.* en M. LEVIN, «The Case for Torture», *Newsweek*, 7 de junio de 1982, quien muestra las consecuencias de esta manera: «Torturar al terrorista ¿es inconstitucional? Probablemente. Pero millones de vidas seguramente tienen mayor peso que la constitucionalidad. ¿Es la tortura un acto bárbarico? El asesinato de masas lo es mucho más. Además, permitir que millones de inocentes mueran en defensa de uno, que alardea de su culpa es una cobardía moral, una falta de voluntad de la mano de alguien tan sucio. ¿Si atrapas al terrorista, podrías dormir por las noches sabiendo que millones de muertes tendrán lugar porque no has sido capaz de aplicar tú mismo los electrodos?».

<sup>56</sup> V. MURSCHETZ, *Verwertungsverbote bei Zwangsmaßnahmen gegen den Beschuldigten im amerikanischen und österreichischen Strafprozess*, Innsbruck, 1998, 36.

<sup>57</sup> E. GROSS, «Democracy in the War Against Terrorism. The Israeli Experience», *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2002, 1170-1171; B. SCHLINK, «Darf der Staat foltern?», *Podiumsdiskussion Humboldt Universität Berlin am 28.6.2001*, accessible en <http://www.humboldt-forum-recht.de/english/4-2002/index.html>.

<sup>58</sup> W. BRUGGER, «May Government Ever Use Torture? Two Responses From German Law», *American Journal of Comparative Law*, 2000, 671.

<sup>59</sup> Sin embargo, para un ejemplo de la vida real de la bomba de relojería (caso *Daschner*), *vid.* P. FINN, «Police Torture Threat Sparks Painful Debate in Germany», *The Washington Post*, 8 de marzo de 2003, A19; J. HOOPER, «Germans wrestle with rights and wrongs of torture», *The Guardian*, 27 de febrero de 2003, 18. El jefe de policía fue condenado por la Corte Local de Frankfurt por amenazar con torturar a un criminal (Magnus Gäfgen) con la finalidad de salvar la vida de un niño secuestrado de 11 años [Daschner case, LG Frankfurt 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04)]. La amenaza tuvo éxito para poder localizar a la persona secuestrada, pero su vida no pudo salvarse. Opuestamente, en un caso americano muy similar, el tribunal encontró aceptable la conducta policial, *vid.* *Leon vs. Wainwright*, 734 F.2d 770 11<sup>th</sup> Circuit 1984. Sin embargo, este es el único caso en la historia jurídica de los Estados Unidos.

<sup>60</sup> Si ello es efectivo o no, queda fuera del objeto de este trabajo. En el caso de que no lo fuera, no existiría dilema alguno. De manera que en adelante (por el bien del dilema) presupondremos que es efectivo. Para un argumento opuesto, *vid.* J. H. LANGBEIN, «The Legal History of Torture», en LEVINSON (nota 53), 93-103.

<sup>61</sup> Más sobre el listado, *vid.* POSNER (núm. 3), 105.

<sup>62</sup> J. BELL, «Behind this Mortal Bone: The (In)Effectiveness of Torture», *Indiana Law Journal*, 2007, 1-23.

atenúa la voz de la sociedad; 5. incita al desorden; 6. una vez producida la tortura, los errores no pueden ser subsanados<sup>63</sup>; 7. imposible encontrar unas garantías procesales adecuadas<sup>64</sup>; 8. es un terrero resbaladizo (por ejemplo, los miembros de la familia del terrorista ¿pueden ser también torturados?)<sup>65</sup>, y 9. es un tabú. Esto último conduce a que la cuestión de la tortura no pueda ser ni debatida ni puesta en duda, está radicalmente prohibido su empleo en la medida en que corresponde a nuestra identidad<sup>66</sup>. Además, tal prohibición es absoluta (de manera que no existen excepciones y no está basada, por tanto, en la racionalidad instrumental en el sentido weberiano)<sup>67</sup>. En este concreto sentido, la tortura representa claramente un tabú en Alemania, Austria y Hungría, como también en la mayor parte de los Estados europeos, aunque sensiblemente menor en Estados Unidos (aunque igualmente es inaceptable allí al amparo de la Constitución). Este tabú, no obstante, está quebrándose en la actualidad con relación al terrorismo (los que rompen el tabú son usualmente estigmatizados, como sucede con todos los que quiebran tabúes).

Cuatro diversas cuestiones han de ser diferenciadas en el análisis del debate sobre la tortura: A. si está permitida constitucionalmente (en el orden jurídico nacional respectivo), B. si está permitida a nivel legal (en cada sistema jurídico), C. si *podiera* permitirse por la ley y D. si está legitimada moralmente (en circunstancias excepcionales). Analizando a los participantes en el debate desde estas cuatro cuestiones<sup>68</sup>, se identifican cinco clásicas posiciones:

I. *Proscripción total en cualquier caso*. Esta posición es la tradicional (y probablemente todavía la mayoritaria)<sup>69</sup>. La misma responde con un radical «no» a todos los interrogantes. Así, de acuerdo con esta posición, la tortura se encuentra absolutamente prohibida tanto por la Constitución como por la ley, debiendo permanecer además de ese modo, siendo rechazable moralmente la tortura en cualquier circunstancia<sup>70</sup>. Esta

<sup>63</sup> M.-L. FRICK, *Das Folterverbot im Rechtsstaat. Ethische Grundlagen und aktuelle Diskussion*, Saarbrücken, 2007, 64.

<sup>64</sup> Cfr. FRICK (nota 63), 64.

<sup>65</sup> FRICK (nota 63), 65.

<sup>66</sup> Mientras que otros elementos identitarios, como la religión (secularización) o la nación (globalización, integración supranacional) pierden terreno, los valores constitucionales ganan relevancia, en la medida en que la autodeterminación de las comunidades tiende a incluir aquellos precisamente.

<sup>67</sup> R. POSCHER, «Menschenwürde als Tabu. Die verdeckte Rationalität eines absoluten Rechtsverbots der Folter», en BEESTERMÖLLER y BRUNKHORST (nota 30), 80-81.

<sup>68</sup> No es fácil siempre categorizar a los autores en tanto algunos de ellos no responden explícitamente a todas las cuatro cuestiones, de manera que han de deducirse implícitamente de sus respectivos razonamientos.

<sup>69</sup> Por ejemplo, WALDRON (nota 53); IGNATIEFF (nota 37), 137; *Aufruf zur Verteidigung des Folterverbotes*, 23 de mayo de 2005; E. WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Die Würde des Menschen war unantastbar*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3 de septiembre de 2003, 33; F. LAMPRECHT, *Darf der Staat foltern um Leben zu retten?*, Paderborn, 2009; M. HONG, «Das grundgesetzliche Folterverbot und der Menschenwürdegehalt der Grundrechte - eine verfassungsjuristische Betrachtung», en BEESTERMÖLLER y BRUNKHORST (nota 30), 24-35; K. GÜNTHER, «Darf der Staat foltern, um Menschenleben zu retten?», *ibid.*, 101-108; H. BIELEFELDT, «Die Absolutheit des Folterverbots. Über die Unabwägbarkeit der Menschenwürde», *ibid.*, 109-114; G. BEESTMÖLLER, «Folter - Daumenschrauben an der Würde des Menschen. Zur Ausnahmelosigkeit eines Absoluten Verbotes», *ibid.*, 115-129; F. HANSCHMANN, «Kalkulation des Unverfügbaren. Das Folterverbot in der Neu-Kommentierung von Art. 1 Abs. 1 GG im Maunz-Dürig», *ibid.*, 130-141; L. L. FLETCHER y E. STOVER, *Guantánamo and its Aftermath. U. S. Detention and Interrogation Practices and Their Impact on Former Detainees*, Berkeley, 2008.

<sup>70</sup> J. Ph. REEMTSMA, *Folter im Rechtsstaat?*, Hamburg, 2005, 125: «La tortura contraviene el Estado de derecho, en la medida en que ataca [...] la personalidad legal de un ciudadano o, en casos extremos, incluso lo destruye en su autonomía individual».



prohibición absoluta es considerada como un logro de la civilización, que pertenece a la identidad de las naciones occidentales (civilizadas)<sup>71</sup>. Tenemos que «luchar con una mano atada a la espalda» porque «solo entonces nuestra sociedad demuestra verdaderamente que mantenemos la mano más alta en la lucha contra el terrorismo»<sup>72</sup>. O en palabras ciertamente más emotivas «toda política que apruebe la tortura incorpora en su ADN una mutación totalitaria»<sup>73</sup>. Incluso los terroristas (como seres humanos) merecen la protección de su dignidad<sup>74</sup>. Cualquier intento de romper el tabú sería estigmatizado, y al final de la pendiente resbaladiza se encuentra la amenaza de la pérdida de las democracias liberales.

Más allá de la identidad o de la cuestión de valor, algunos autores dudan también de la utilidad de la tortura a largo plazo. En tanto exista una pequeña duda de si en el caso concreto la tortura puede proporcionar (aunque, en verdad, nunca de una manera completamente fiable) información adecuada sobre futuros ataques terroristas, su uso aliena a la población local y deriva en una todavía mayor pérdida de cooperación civil (es decir, mayor dificultad para obtener información de los residentes)<sup>75</sup>. También en el contexto del escenario de la bomba de relojería (especialmente en la última situación en la que se identifica con certeza a la persona o personas que conocen dónde se halla la bomba) es frecuentemente acusado de representar un supuesto cuasi-imposible, en el que no cabe desarrollar reglas. Incluso durante la inquisición hubo estrictas reglas relativas a la proporcionalidad y también condicionantes de carácter procedimental y todos conocen cómo terminaron<sup>76</sup>.

II. *Elección trágica*. Esta posición básicamente deja de resolver el problema. Incluso aun reconociendo que la tortura se encuentra prohibida por la Constitución y las leyes, la cuestión acerca de si pudiéramos llegar a introducirla legalmente y si la *tortura de rescate* podría ser aceptable no encuentra respuesta. El más conocido representante de esta posición es N. LUHMANN<sup>77</sup>.

III. *Se necesitan héroes*. Esta posición mantiene que la tortura se encuentra prohibida tanto por la Constitución como por la ley, no pudiendo ser alterado su régimen jurídico (por la arriba mencionada cuestión sobre la identidad). Tal postura acepta, no obstante, que en ciertas situaciones (particularmente cuando ello resulta necesario para poder salvar vidas inocentes) es moralmente aceptable, o incluso exigible<sup>78</sup>.

<sup>71</sup> H. BRENNEISEN y G. FOLTER en H. OSTERDORF (ed.), *Folter. Praxis, Verbot, Verantwortlichkeit*, Münster, 2005, 79-80.

<sup>72</sup> Por A. BARAK, HCJ 5100/94, Comité Público contra la tortura en Israel contra el Gobierno de Israel., Tak-El 458 (3) 99, par. 39. En un pasaje anterior (par. 38) de la sentencia, la Corte permitió, sin embargo, de una crítica manera (y a la luz de un razonamiento más bien sorprendente) la necesidad defensiva —probablemente para evitar cualquier acusación para el futuro que la causa del ataque terrorista podría haber sido la prohibición de la tortura por parte de la Corte—.

<sup>73</sup> A. SULLIVAN, «The Abolition of Torture», en LEVINSON (nota 53), 320.

<sup>74</sup> *Chabal vs. United Kingdom* (Application núm. 22414/93), Sentencia de 15 de noviembre de 1996; (1997) 23 EHRR 413, par. 80. Para una lógica similar, *vid.* F. NI AOLÁIN, «Truth Telling, Accountability and the Right to Life», *European Human Rights Law Review*, 2002, 572-590.

<sup>75</sup> SULLIVAN (nota 73), 325-326; D. REJALI, *Torture and Democracy*, Oxford, Princeton, 2007, 459-460.

<sup>76</sup> LANGBEIN (nota 60), 93-103.

<sup>77</sup> N. LUHMANN, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg, 1993, 2.

<sup>78</sup> POSCHER (nota 67), 75-87; H. BRUNKHORST, «Folter, Würde und repressive Liberalismus», en BEE-STERMÖLLER y BRUNKHORST (nota 30), 88-100; J. MCCAIN, «Torture's Terrible Toll», *Newsweek*, de 21 de noviembre de 2005; S. ŽIŽEK, «Der Körper des Feindes», *Die Zeit*, 6 de diciembre de 2001; S. H. KADISH,

Lo expuesto presupone que ha de haber alguien que —mediante un acto heroico de autosacrificio— acepte (el riesgo de) la pena impuesta por la ley con el fin de salvar (obteniendo información mediante la tortura) las vidas de personas inocentes. Estos héroes o han de aceptar la pena (con un gesto socrático, para defender el orden jurídico) o simplemente esperar el ejercicio del derecho de gracia por el Jefe del Estado respectivo.

IV. *Podríamos/deberíamos introducirla*. Esta posición presupone una situación jurídica de interdicción de la tortura, pero difiere de la anterior en dos puntos: la prohibición se encuentra prevista únicamente a nivel legislativo (con lo que no existe una restricción constitucional)<sup>79</sup>, y también propone, o al menos permite, introducir excepcionalmente la posibilidad de una tortura de rescate (con concretas garantías procedimentales)<sup>80</sup>. Un posible argumento adicional a favor de esta posición es que esto sucede de todos modos en la práctica, de manera que, al menos, con arreglo a esta perspectiva podría recubrirse de controles legales (transparentes), por ejemplo, mediante una «tortura garantista» controlada por los jueces<sup>81</sup>.

V. *Ya se encuentra permitida (o incluso es obligatoria)*<sup>82</sup>. Esta posición es la que verdaderamente quiebra el tabú: mantiene que la tortura de rescate ya está permitida (en la medida en que la protección de la vida es más valiosa que la tutela de la dignidad, porque aquélla es el presupuesto lógico de la última)<sup>83</sup>. En ocasiones, los escenarios de la bomba de relojería aparecen modificados incluyendo una bomba que causa una dolorosa muerte por tortura, de manera que cabría torturar únicamente a un terrorista para salvar quizás a millones de personas de la muerte por tortura. Los penalistas conceptualizan de ordinario el problema como una «defensa de terceros»<sup>84</sup>, mientras que los constitucionalistas argumentan a partir de la concurrencia de derechos fundamentales (o bien del derecho a la vida, o en el modificado escenario de la bomba de relojería, con el derecho a la dignidad humana de los amenazados por la muerte por

«Torture, the State, and the Individual», *Israel Law Review*, 1989, 345-356; GROSS (nota 53), 229-253, particularmente 231; E. SCARRY, «Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz», en LEVINSON (nota 53), 281-290, particularmente 283; R. A. POSNER, «Torture, Terrorism, and Interrogation», *ibid.*, 291-298, en concreto, 298.

<sup>79</sup> La dignidad es intangible, pero puede ser limitada por otros principios constitucionales (como la tutela de la dignidad de otros), *vid.* M. HERDEGEN, «Art. 1 Abs. 1», en Th. MAUNZ y G. DÜRIG (eds.), *Grundgesetz. Kommentar* (München, edición de hojas intercambiables desde 1958, situación a agosto de 2005), maginales 43, 45, 90.

<sup>80</sup> FRICK (nota 63), 113-114; A. M. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven, London, 2002; Ch. KRAUTHAMMER, «The Truth about Torture», en LEVINSON (nota 53), 313.

<sup>81</sup> A. M. «Dershowitz, Tortured Reasoning», en LEVINSON (nota 53), 266.

<sup>82</sup> La radical posición de la obligación de la tortura es representada por W. BRUGGER, «Darf der Staat foltern?», *Podiumsdiskussion* (nota 55). Sobre la posición estadounidense (incluyendo documentos oficiales de la administración Bush) atenuando la prohibición de la tortura, *vid.* GREENBERG (nota 54).

<sup>83</sup> Ch. STARCK, «Art. 1 Abs. 1», en H. VON MANGOLDT, F. KLEIN y Ch. STARCK (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, München, 5.<sup>a</sup> ed., 2005, 60-61.

<sup>84</sup> V. ERB, «Folterverbot und Notwehrrecht», en P. NIETSCHKE (ed.), *Rettingsfolter im modernen Rechtsstaat*, Bochum, 2005, 149-167, refiriéndose a «Guerra de excepción» o «ayuda de excepción»; W. SCHILD, «Folter einst und jetzt», *ibid.*, 69-93, sobre «estado de excepción justificable». El usual contraargumento es que la «tutela de terceros» o la «necesidad» pueden ser aplicados sólo si es «un esfuerzo ad hoc, como respuesta a un evento» o una «improvisación ante el carácter también imprevisible de los acontecimientos», lo que no es el caso de los escenarios de la bomba de relojería, *vid.* HCJ 5100/94, Comité Público contra la tortura en Israel contra el Gobierno de Israel, Tak-El 458 (3) 99, para 36.

tortura)<sup>85</sup>. Si existe una prohibición general explícita o implícita de la tortura en un concreto orden jurídico, entonces su alcance debiera de ser interpretado de una forma restrictiva (*reducción teleológica*), permitiendo así una limitada excepción de la tortura de rescate<sup>86</sup>. La tortura es considerada por estos autores como un mal necesario para evitar otro mayor. De acuerdo con ZIPPELIUS y WÜRTEMBERGER, la tortura no puede ser nunca una obligación para cualquier policía, pero si éste desea salvar a un inocente, entonces torturar al criminal puede encontrarse justificado. Si el policía actúa de tal modo, se ha de dejar a su propia conciencia<sup>87</sup>.

Antes de entrar en las consecuencias del debate recientemente descrito, puede ser útil mostrar las diferentes posiciones en el gráfico de la página siguiente.

No es posible utilizar la primera plantilla contenida en el punto 3.3.1 para trazar el mapa argumental, en la medida en que 1. algunos de los autores en el debate sobre la tortura no dejan suficientemente claro si la base de su razonamiento es un deber metajurídico del Estado para salvar la vida o un mandato constitucional implícito, y 2. las diferencias actualmente interesantes (que van más allá de un simple «sí» o «no» a la tortura) no se ubican en las fronteras existentes entre las categorías expresadas por las letras griegas señaladas arriba (aunque *dentro* del área completa de  $\gamma$ ,  $\delta 1$  y  $\delta 2$ , las líneas fronterizas no se encuentran sólo dentro de cada una de ellas, sino en parte a lo largo de las mismas). Cabe todavía señalar el hecho de que a las posiciones I, II y III usualmente se adhieren simpatizantes del enfoque  $\delta 1$ , mientras que las IV y V son preferidas por quienes se aproximan al enfoque  $\gamma$  o  $\delta 1$ . Una correlación más intensa entre las posiciones respectivas de las dos plantillas no es posible de determinar.

Los dos extremos en la plantilla son I, con cuatro noes (la más tradicional), y V, con cuatro síes (la más radical). Existirían multitud de combinaciones (concretamente  $2^4 - 2 = 14$ ) intermedias, pero únicamente III y IV se muestran en la actualidad como combinaciones reales (II deja de resolver el dilema, por lo que no puede ser considerada en el cómputo). Por tanto, la cuestión interesante en este punto es ¿por qué las posiciones intermedias desaparecen del panorama, por qué no existen (en Estados donde la posición tradicionalmente mayoritaria en la ley es la total prohibición)? Las posiciones ignoradas son las siguientes:

1. *Constitucionalmente prohibida (A no), pero permitida al nivel de la ley (B sí)*. Es ignorada porque *a*) si se pretende atenuar la prohibición de la tortura, entonces lógicamente el primer paso sería erradicar las limitaciones constitucionales (primero ha de procederse con esto, la otra vía no opera jurídicamente), *b*) además es más fácil afirmar que la constitucionalidad se encuentra permitida (en la medida en que es más abstracta y existe una mayor posibilidad para el razonamiento creativo). De esta manera, la posición con «A no, pero B sí» sería lógicamente problemática.

<sup>85</sup> Sobre la dignidad frente al problema de la dignidad, *vid.* F. WITTECK, «Menschenwürde und Folterverbot», *Die öffentliche Verwaltung*, 2003, 873-882, con ulteriores referencias.

<sup>86</sup> W. BRUGGER, «Darf der Staat ausnahmweise foltern?», *Der Staat*, 1996, 67-97, en concreto 84; W. BRUGGER, «Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?», *JuristenZeitung*, 2000, 165-173, particularmente 169. De acuerdo con BRUGGER (nota 58), 671, 673, esta interpretación restrictiva puede ser de aplicación también a las prohibiciones internacionales sobre la tortura.

<sup>87</sup> R. ZIPPELIUS y Th. WÜRTEMBERGER, *Deutsches Staatsrecht*, München, 31.ª ed., 2005, 209. No queda convenientemente aclarado qué debería de suceder de acuerdo con ello, si tras la tortura el policía se percató de su error y la persona torturada no tiene nada que ver con la persona que pretendía ser salvada.

<p>�Est� permitida la tortura de rescate (<i>Rettungsfolter</i>)?</p> <p>Nombre de la posición y Representantes</p>	<p>A. �Est� permitida a nivel constitucional (en el respectivo orden legal nacional?) (<i>de constitutio-ne lata</i>).</p>	<p>B. �Se permite a nivel legal? (en el orden nacional respectivo) (<i>de lege lata</i>).</p>	<p>C. �Deber�amos modificar las leyes? (<i>de lege ferenda</i>).</p>	<p>D. �Es justificable moralmente en circunstancias excepcionales?</p>
<p>1. Radicalmente prohibida en todo caso (llamada a la defensa de la prohibición de la tortura, 23 de mayo de 2005, F. LAMPRECHT, M. IGNATIEFF, J. WALDRON).</p>	<p>NO. La Constitución la prohíbe (o incluso mediante una cláusula de intangibilidad).</p>	<p>NO. Las leyes también la prohíben (bien explícitamente o de manera implícita al no conferir un apoderamiento para la tortura).</p>	<p>NO. Debemos mantenerla ilegal, es un logro de nuestra civilización.</p>	<p>NO. No est� jams� moralmente permitida.</p>
<p>2. Elección trágica (concentrada en C y D) (Niklas Luhmann).</p>	<p>NO.</p>	<p>NO.</p>	<p>? (no es posible ofrecer una respuesta).</p>	<p>? (no es posible ofrecer una respuesta).</p>
<p>3. Se requieren h�eros (R. POSCHER, H. BRUNKHORST, J. MCCAIN, S. �I�EK, S. H. KADISH, O. GROSS, R. A. POSNER, E. SCARRY).</p>	<p>NO. Sería inconstitucional.</p>	<p>NO. Se encuentra también prohibida por las leyes.</p>	<p>NO. Debemos mantenerla como ilegal (en la medida en que modificarlo supondría romper un tabú, pero permítanos esperar que alguien se arriesgue a infringir la ley si ello fuera realmente necesario (y 1. entonces sufra la pena, sacrificándose a sí mismo, 2. o concedamos el perdón tras el evento).</p>	<p>Sí. En circunstancias excepcionales se encuentra moralmente permitida.</p>
<p>4. Podríamos introducirlo (M. L. FRICK, A. DERSHOWITZ, Ch. KRAUTHAMMER).</p>	<p>Sí. Constitucionalmente est� permitido (en ciertos supuestos).</p>	<p>NO. Prohibiciones legales.</p>	<p>Sí. La prohibición legal habría de suprimirse e introducir un procedimiento detallado.</p>	<p>Sí. En circunstancias excepcionales est� moralmente permitida.</p>
<p>5. Est� permitido ya justamente ahora (o incluso es obligatorio) (W. BRUGGER, V. ERB, W. SCHILD, Ch. STARCK).</p>	<p>Sí. La Constitución la permite (variaciones: vida vs. dignidad; dignidad vs. dignidad).</p>	<p>Sí. No existe una prohibición legal clara (legitima defensa frente a terceros, o reducción teleológica—<i>teleologische Reduktion</i>—).</p>	<p>Sí. Un procedimiento legal más detallado podría ser útil y haría las cosas más claras.</p>	<p>Sí. En circunstancias excepcionales se encuentra moralmente permitida.</p>

2. *Constitucionalmente prohibida (A no), pero podríamos llegar a introducirla (C sí)*. Las posiciones de *lege ferenda* (C) no pueden deslindarse completamente de A: un «sí» en la cuestión de *lege ferenda* (según ha sido formulado, como una reforma de la ley —en realidad, en los debates aparece formulado de esta manera—) sólo es posible cuando la tortura está permitida constitucionalmente. Siendo ello así, responder con un «sí» a C, pero con un no a A, sería lógicamente problemático. La cuestión de *lege ferenda* se encuentra presente en los debates sólo como una modificación de la ley, ya que la reforma de Constitución (sobre todo si existen *cláusulas de intangibilidad*) es prácticamente imposible, y porque en vez de un cambio formal de la misma, una reinterpretación de su texto puede tener el mismo efecto.

3. *Permitida a nivel legal (B sí), y además deberíamos introducirla (C sí)*. Esta posición no tendría demasiado sentido: si ya se encuentra permitida en la ley, entonces ya no tendría que incorporarse a ella.

4. *Constitucionalmente está permitida (A sí), prohibición legal (B no), pero podríamos introducirla (C sí)*. Esta posición es desconocida ya que ¿de qué serviría argumentar en favor de una (discutible) posibilidad constitucional si no se desea hacer uso de ella en el razonamiento? Si alguien lo hiciera, podría ser sólo cuestionado por el grupo núm. I (ellos criticarían particularmente los núms. IV y V). De todos modos, ello no aporta actualmente ninguna contribución útil a la discusión. Una posición tal sería, en consecuencia, lógicamente posible, pero prácticamente carente de sentido.

5. *Es moralmente inaceptable (D no), pero existe una variación en A-B-C (al menos una de ellas es un sí)*. Esta posición es ignorada porque la cuestión se encuentra tan lastrada emocional e ideológicamente (identidad, tabúes), que un claro «no» en D nos haría afirmar que A-B-C son también claros «noes», incluso si no lo son. Un «sí» en D no implica automáticamente un «sí» en el resto de los parámetros ya que algunos «síes» son más radicales que otros. Un «sí» en D muestra sólo la posibilidad de un cambio del tradicional cuarto «no», pero no la posición exacta.

6. *Se encuentra permitida tanto a nivel constitucional como legal (A y B sí), y además no existe la necesidad de una nueva legislación (c no)*. Esta posición es inexistente porque incluso las posiciones favorables a la tortura de rescate se muestran de acuerdo en que ante el peligro de abuso han de introducirse detalladas prescripciones legales.

La preferencia personal del autor es por la posición III («Se requieren héroes»), por las razones anteriormente mencionadas: los elementos identitarios de la prohibición de la tortura y los peligros de abuso son tan importantes que una autorización legal parecía inaceptable. Sin embargo, en determinadas situaciones, los ciudadanos necesitan que alguien esté dispuesto a sacrificarse (aceptando la pena) en favor de los valores (y tabúes) de una sociedad liberal. Usualmente se asume que la ley y la moralidad difieren en una dictadura, pero no se está dispuesto a aceptar lo mismo en el caso de las democracias liberales. Y estamos de acuerdo en hacerlo así... en la mayor parte de los casos. En una dictadura la separación (o incluso la contradicción) entre la ley y moralidad es un rasgo estructural, mientras que en una democracia liberal es una excepción condenable. Tales excepciones deberían ser minimizadas, pero en esta tan concreta situación de la tortura de rescate no podemos eliminar la contradicción sin pagar incluso un elevado precio por ello.

#### 4. VIEJOS DESAFÍOS VS. NUEVOS DESAFÍOS

Como se ha visto hasta aquí, las preguntas que se suscitan en el contexto de la lucha contra el terror no pueden responderse con un simplista «sí» o «no». Los argumentos y contraargumentos posibles, cualquiera que sea la solución propuesta, requieren una mayor estructuración y precisión. Se ha tratado de explicar, además, por qué el desafío terrorista no debe de justificar una nueva concepción del Estado de derecho, debiendo más bien anclarse a sus tradicionales principios jurídicos. El terrorismo no debe considerarse un motivo suficiente para, con carácter general, suprimir las restricciones constitucionales, debiendo de mantenerse la prohibición legal absoluta de la tortura.

Las razones para ello son de doble naturaleza. Por una parte, el peligro ante el abuso y, por otro (especialmente en lo que relativo a la tortura), el carácter identitario de su prohibición en las modernas sociedades occidentales<sup>88</sup>. De cualquier forma, entre ellas goza de un mayor peso la primera de las cuestiones señaladas. La propuesta del autor ha sido fundamentalmente pragmática (o utilitarista), si bien las consecuencias jurídicas presentadas son rayanas a una perspectiva deontológica (o absolutista)<sup>89</sup>. La diferencia reside en que mientras, por una parte, se ha postulado el mantenimiento del clásico paradigma *jurídico* del Estado de derecho (como principio constitucional consustancial a nuestra sociedad), su quiebra puede ser justificable en situaciones excepcionales por razones *morales*, sin que ello implique la legalidad de la infracción. Las posiciones más utilitaristas podrían no estar de acuerdo con lo primero y los no deontologistas disentir de lo último. No reivindica el autor haber encontrado una solución de compromiso. Más bien todo lo contrario, en la medida en que ambas posiciones resultan equívocas al simplificar la resolución de los problemas con un monolítico «sí» o «no».

El terrorismo es, por su propia naturaleza, un fenómeno excepcional opuesto al ejercicio de toda autoridad estatal en la vida cotidiana. Y ello aunque en ocasiones pueda ser considerado un fenómeno ciertamente devastador. Si se debilitase seriamente el concepto de Estado de derecho para luchar contra este nuevo reto (el terrorismo), existiría el peligro de errar en la respuesta a lo que ha constituido tradicionalmente su mayor desafío (la limitación o la lucha contra el uso arbitrario del poder). No cabe pensar que si llegara el momento de pasar a la acción, nadie estaría dispuesto a emplear su sentido común para vulnerar la ley con el fin de salvar vidas humanas o la Constitución. De todos modos, si ello sucediera, existe siempre el riesgo de considerarlo o no adecuado, podría alabarse su acto ilegal (más allá de su posible reconocimiento moral)

<sup>88</sup> El argumento sobre el elemento identitario de la prohibición de la tortura debería ser más contundente si existen datos sociológicos empíricos sobre la identidad de la población de los Estados occidentales que rechaza la legalización formal de la tortura. La investigación empírica más reciente sobre el caso es de T. M. JONES y P. SHEETS, «Torture in the Eye of the Beholder: Social Identity, News Coverage, and Abu Ghraib», *Political Communication*, 2009. 278-295, quien muestra que los periodistas de los diarios líderes en Austria, Reino Unido, Canadá, Italia, España, Alemania y Estados Unidos describen lo que sucedió en Abu Ghraib dependiendo de en qué medida queda afectada su respectiva nación. Los periodistas americanos (y los aliados anglosajones) mayoritariamente evitaron el término «tortura», en la medida en que su identidad no podía tolerar calificar a su propia comunidad o nación como torturadora.

<sup>89</sup> Sobre las teorías utilitaristas y deontológicas de la tortura, *vid.* W. TWINING, «Torture and Philosophy», *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes* (52), 1978, 144-168.

solo por cortesía. Desde luego, no por convertirlo en legal. Como se ha visto con anterioridad, cualquier otra solución sería incluso dogmática y suicida, o peligrosa por abusiva y, consecuentemente, también suicida.

Sin embargo, independientemente de cómo se argumente en concreto, debería evitarse la argucia jurídica (con frecuencia empleada también en este discurso) que trata de calificar el problema desde un punto de vista conceptual<sup>90</sup>. A lo largo del devenir histórico, los clásicos conceptos jurídicos han sido siempre redefinidos de acuerdo con la concepción del mundo y por la necesidad de responder a los desafíos sociales (en vez de introducir nuevos conceptos). Si se opera de ese modo, no se hará descansar la responsabilidad en los conceptos, con lo gravoso que ello es.

(Traducción de Leonardo Álvarez)

---

<sup>90</sup> Expresar (o disimular) los conflictos ideológicos surgidos en los dilemas legal-constitucionales posee una útil función moderadora entre las sociedades modernas con la finalidad de disminuir el efecto desintegrador de los conflictos intrasocietarios, si el discurso se reorienta hacia una dirección menos lastrada emocionalmente. Así, si entre la sociedad la cuestión que se plantea es «qué nos divide», entonces aquella debería reformularse de forma técnicamente más jurídica. Sin embargo, en el caso de «la lucha contra el terrorismo», el conflicto actual (y primario) no surge entre la sociedad, sino entre la sociedad y los terroristas, de manera que la cuestión ha de ser más bien «qué nos mantiene unidos (contra el terrorismo)». En el último supuesto, ocultar los componentes ideológico-emocionales podría hacer resurgir la identidad de la sociedad, que podría ser autodestructivo dejar pasar. En consecuencia, en la «lucha contra el terrorismo» se ha de estar abierto al ámbito no-jurídico de nuestro razonamiento constitucional.