

ANÁLISIS ÉTICO-JURÍDICO DE LA DENOMINADA «TORTURA DE RESCATE» ¿QUEBRANTAMIENTO DE UN TABÚ?

Por M. A. CANO PAÑOS

Profesor Titular de Derecho Penal (Universidad de Granada)

SUMARIO: 1. Introducción. El caso «Jakob von Metzler». 2. Valoración ético-jurídica de la denominada «tortura de rescate» (Rettungsfolter). 2.1. Moral y Derecho. 2.2. Argumentos éticos a favor de la «tortura de rescate». 2.3. Argumentos éticos en contra de la «tortura de rescate». 2.4. Aspecto central: la dignidad humana. 2.5. Excepciones. 2.6. ¿Dignidad contra dignidad?. 2.7. Obligación de respeto vs. obligación de protección. 2.8. Posicionamiento de la doctrina científica germana en torno a la «tortura de rescate». 3. Conclusiones.

1. Introducción. El caso «Jakob von Metzler»

El 27 de septiembre del año 2002, Magnus Gäfgen, un joven de 28 años estudiante de Derecho, decidió secuestrar a Jakob von Metzler, un menor de 11 años, hijo de una acaudalada familia de banqueros residentes en la ciudad de Frankfurt. Con dicho secuestro, el joven estudiante de clase media pretendía hacer frente a los ingentes gastos que traía consigo su relación con un grupo de jóvenes pertenecientes a la alta sociedad de la ciudad de Frankfurt. Para ello, su plan consistía en secuestrar al menor y exigir a los padres de la víctima el pago de un millón de euros en efectivo.

Informada la familia von Metzler del secuestro del pequeño Jakob, esta accedió sin titubeos a cumplir con las exigencias del secuestrador, el cual les había indicado el día (la noche del 29 al 30 de septiembre) y el lugar (una zona boscosa situada en las cercanías de Frankfurt), donde se debía realizar la entrega del dinero. Cumplien-

do con el plan previsto, fue el propio Gäfgen quien se encargó de recoger las bolsas que contenían la cantidad pactada, siendo en todo momento observado por la policía de Frankfurt, la cual por razones obvias no procedió a detenerlo.

En la tarde del 30 de septiembre, y en el momento en que Magnus Gäfgen señaló durante una conversación telefónica intervenida por la policía que estaba a punto de abandonar el país con destino a la isla de Fuerteventura, los agentes decidieron no esperar más e intervenir, deteniéndolo junto a su novia —la cual desconocía por completo el plan urdido por su pareja— en el parking del aeropuerto de Frankfurt, y siendo Gäfgen conducido a la Jefatura Central de Policía de la misma ciudad.

Una vez en dependencias policiales, y aunque lógicamente existían indicios más que evidentes que le implicaban en el caso¹, el detenido se negó a indicar el lugar donde mantenía retenido al menor, si bien declaró que el niño estaba vivo y era objeto de vigilancia. Con todo, en sucesivas versiones de los hechos, Gäfgen se dedicó a dar pistas faltas a los agentes, llegando incluso a inculpar del secuestro a personas inocentes. Las continuas apelaciones de los funcionarios de policía a la conciencia del detenido, así como las advertencias de las graves consecuencias que su conducta podría tener de cara a una sentencia condenatoria, no lograron resultado positivo alguno.

Al día siguiente, en la mañana del día 1 de octubre, se recibió en la Jefatura de Policía de Frankfurt la noticia de que en una de las zonas indicadas por Gäfgen en su declaración realizada en la madrugada se había encontrado un saco de dormir perteneciente a un niño, así como algunos restos de sangre. Ante el cariz que estaban tomando los acontecimientos, el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt, Wolfgang 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, debiéndose encargar el inspector Ortwin Ennigkeit de cumplir directamente con la orden emitida por su superior.

¹ Sin ir más lejos, en la mañana del día 30 de septiembre, y una vez Gäfgen había abandonado su domicilio para recoger a su novia, la policía irrumpió en el apartamento con la esperanza de poder encontrar allí al pequeño Jakob. Sin embargo, todo lo que halló fue parte del dinero pagado por el rescate, la máquina de escribir con la que se había redactado la carta de extorsión a la familia del menor, así como cinta adhesiva y cuerdas que parecían haberse utilizado para maniatar a una persona.

En concreto, el propio Daschner redactó una diligencia sobre dicha medida, la cual, incorporada al acta del interrogatorio, hizo llegar posteriormente al Ministerio Fiscal. En dicho documento se podía leer entre otras cosas lo siguiente:

«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».

A continuación, el agente encargado del interrogatorio, Ortwin Ennigkeit, ilustró al detenido acerca de lo serio de la situación en la que se encontraba, advirtiéndole que un helicóptero estaba trasladando a dependencias policiales a un experto dispuesto a infligirle daños que a buen seguro en su vida habría experimentado. Además, al parecer le insinuó la posibilidad de ser encerrado en una celda en la cual se encontraban dos individuos homosexuales de raza negra, los cuales estarían dispuestos a agredirle sexualmente. Como consecuencia de la amenaza, y sin que por tanto se llegara efectivamente a ejecutarse la misma, el joven estudiante indicó el lugar donde se encontraba el cadáver del pequeño, ya que este último había sido asesinado mediante asfixia por el propio Gäfgen el mismo día en que se produjo el secuestro.

Daschner era consciente de que su mandato daría lugar a una investigación judicial. Sin embargo, al mismo tiempo estaba convencido de que en ese caso concreto se debía llevar a cabo una ponderación de bienes entre el derecho a la vida del niño de once años y el derecho del sujeto detenido a su integridad física². En su opinión, la finalidad de dicha coerción física no era esclarecer un hecho delictivo, sino «única y exclusivamente» salvar la vida del pequeño Jakob. Teniendo en cuenta la premura de tiempo con el que contaba la policía —el pequeño Jakob había sido secuestrado el 27 de septiembre, encontrándose desatendido por lo menos desde el día 30 del mismo mes— se decidió acudir a la vía de la amenaza o incluso el uso de la fuerza como única alternativa posible que quedaba para conseguir extraerle al detenido la información que se pedía.

² VOIGT, Wilfried (2003): «Es gibt Dinge, die sehr wehtun», Entrevista realizada a Wolfgang Daschner por el semanario *Der Spiegel*, núm. 9, 24 de febrero de 2003, p. 24.

Como cabía esperar, el caso «Jakob von Metzler» desencadenó un profundo y emocional debate sobre la eventual admisibilidad de la práctica de la tortura o su amenaza por parte del Estado en situaciones excepcionales; debate el cual se mantiene intacto en el país germano hasta el día de hoy y que sin duda no tiene parangón en la historia reciente de Alemania.

Resulta indudable que el caso «Jakob von Metzler» supone desde luego el quebrantamiento de un tabú. Nunca antes en la historia de Alemania se había debatido de forma tan abierta y con la amplia participación tanto de la ciencia jurídica, la política y la opinión pública sobre la eventual admisibilidad de la tortura³. Es evidente que, también en Alemania, en ocasiones puntuales se superan los límites de lo legalmente permitido en el transcurso de un interrogatorio policial. Pero hasta octubre del año 2002, ningún funcionario policial germano había hecho constar por escrito la posible relevancia penal de su controvertido método de interrogatorio para que el mismo pudiese ser valorado por un Tribunal, como tampoco nunca hasta entonces se había justificado de manera tan vehemente la amenaza con utilizar la violencia física contra una persona detenida. «En esta situación», señaló Daschner en una entrevista, «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». Ahora bien, el propio Daschner quería al mismo tiempo dejar claro 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»⁴. Los sucesos de Frankfurt dieron lugar a que en Alemania se adoptase el concepto de «tortura de rescate» (*Rettungsfolter*) para hacer referencia a aquellas

³ Algo parecido sucedió también en los Estados Unidos de América tras los sucesos del 11 de septiembre de 2001. Así, por ejemplo, el 8 de noviembre de ese mismo año, el profesor de la prestigiosa Universidad de Harvard, Alan M. DERSHOWITZ, se pronunció en un artículo publicado en *Los Angeles Times* a favor de admitir la tortura en los casos denominados «*ticking-time-bomb*». Véase al respecto: DERSHOWITZ, Alan M. (2001): «Is There a Torturous Road to Justice?», *Los Angeles Times*, edición de 8 de noviembre.

⁴ Véase al respecto, en detalle: VOIGT, cit., p. 24. Véase también: WELDING, Steen Olaf (2003): «Die Folter als Maßnahme in Notfällen. Zur Rechtfertigung einer exekutiven Abwägungskultur», *Recht und Politik*, vol. 39, p. 222.

constelaciones de casos en los que se amenaza con o se aplica directamente la violencia contra un sujeto detenido para con ello salvar la vida o bienes personalísimos de personas que se encuentran en un grave peligro. Peligro que ha sido causado por el destinatario de la amenaza o la violencia estatal⁵.

Mientras que algunos defendían —y siguen defendiendo— una limitada aplicación de la tortura para con ello salvar la vida de una o varias personas, otros por el contrario rechazan de plano dicha posibilidad, ya que consideran que la dignidad del ser humano resulta intangible, tal y como al respecto señala el artículo 1 apartado 1 de la Ley Fundamental alemana, no pudiendo dicho bien jurídico ser ponderado con cualquier otro, aunque sea la vida o la dignidad de víctimas inocentes.

Lógicamente, a nadie escapa que el estudio de la temática relativa a la «tortura de rescate» asociada al caso «Jakob von Metzler» se presenta como un reto de carácter multidisciplinar, no reservado por tanto a un exclusivo análisis de naturaleza jurídica o criminológica. Más bien al contrario, dicha problemática ha sido abordada indistintamente por historiadores, sociólogos, politólogos e incluso en las últimas fechas también por la Filosofía y la Ética. En este sentido, el propio Vicepresidente de la Policía de Frankfurt habló en su momento de la existencia de una «situación trágica» (*«tragic choice»*) en la que debía decidirse entre, bien lesionar los derechos de la persona detenida, bien dar por perdida la vida de la víctima. En realidad, este caso es susceptible de ser analizado dentro unas categorías en las que existe una discrepancia entre el Derecho y la Moral: un Derecho, en el cual según el tenor literal de sus distintas disposiciones está terminantemente prohibido incluso la amenaza de la tortura. Y una Moral, la cual viene fundamentada en la obligación de salvar la vida de un niño indefenso, aunque ello conduzca a menoscabar los intereses del agresor. Al análisis ético-jurídico de la denominada «tortura de rescate» se dedican los siguientes epígrafes.

⁵ Efectivamente, el concepto de la «tortura de rescate» (*Rescuefolter*, en la terminología alemana) procede de la discusión desatada en los medios de comunicación germanos fundamentalmente como consecuencia del caso «Jakob von Metzler», habiéndose con el tiempo trasladado dicha acepción al discurso científico para utilizarla como sinónimo de los viejos conceptos de «tortura para la prevención de peligros» (*Gefahrenabwehrfolter*) o «tortura preventiva» (*Präventivfolter*). La expresión «tortura de rescate» (*Rescuefolter*) se utilizó por vez primera en Alemania por parte de Miloš VEC en un artículo publicado en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, edición de 4 de marzo de 2003, p. 38 («Schmerz gegen Wahrheit? Oder: Auch Not kennt ein Gebot»).

2. Valoración ético-jurídica de la denominada «tortura de rescate» (*Rettungsfolter*)

2.1 *Moral y Derecho*

Moral y Derecho no son desde luego dos conceptos confluentes. La diferenciación entre ambos se encuentra ya en Santo Tomás de Aquino y Christian Thomasius, siendo quizá Emmanuel Kant quien la desarrolló de forma más exhaustiva. A pesar de esa principal separación entre Moral y Derecho en el moderno Estado constitucional, ambas categorías se encuentran sin embargo entrelazadas. Así, las leyes son en la mayoría de los casos la expresión de un determinado consenso de naturaleza moral. Dónde transcurre exactamente la separación entre Moral y Derecho es algo difícil de determinar, siendo quizá un observador fuera del propio sistema el único capaz de lograrlo.

Está fuera de toda duda que una actuación «moral» va más allá de la mera obediencia de las leyes, pudiendo en determinados casos incluso consistir en la decisión de no cumplir con lo establecido, con lo ordenado, por una determinada ley. Por tanto, y desde una perspectiva *moral*, en supuestos extremos como los expuestos en su día por autores como Luhmann⁶, y más concretamente en el caso «Jakob von Metzler», podría no solo defenderse la prohibición absoluta de la (amenaza de) tortura, sino que, al mismo tiempo, cabría adoptar la postura contraria, es decir, de que aquí no debería castigarse la tortura aplicada contra el causante de esa situación de peligro.

Una justificación moral, la cual para un sujeto puede incluso suponer una obligación moral, no da lugar sin embargo de forma automática a una justificación desde una vertiente jurídica. Esto es algo que también puede predicarse con respecto a la problemática asociada a la tortura para la prevención de peligros (tortura de rescate). Tal y como al respecto señala Weilert, una eventual unificación de ambas vertientes sería contraria al principio de separación entre

⁶ LUHMANN, Niklas (1993): *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, p. 1: «Imaginense que son ustedes un alto oficial de policía. En su país —y esto es algo que podría ocurrir en Alemania en un futuro no muy lejano— existen gran cantidad de terroristas, de extrema izquierda y de extrema derecha; cada día ocurren asesinatos, incendios, muertes y numerosos daños para personas ajenas a la contienda. Ustedes han conseguido detener a uno de los líderes de estos grupos. Si le torturaran posiblemente podrían con ello salvar la vida de muchas personas —diez, cien, mil... Lo harían ustedes?».

la Moral y el Derecho⁷. Mientras que una obligación jurídica puede no derivarse únicamente de una obligación de carácter moral, resulta más difícil de considerar hasta qué punto puede alguien tener un *derecho* a cumplir con una conducta moralmente ordenada. Se trata por tanto de dilucidar si una persona que cumple con una obligación moral actúa de forma típica, siendo no obstante su conducta susceptible de estar justificada. En este sentido, el Derecho penal alemán contiene una solución diferenciada y del todo punto razonable: Una justificación *moral* o bien una obligación de carácter *moral* en nada cambia que una determinada conducta pueda sin embargo resultar *penalmente* contraria a Derecho (siempre y cuando, eso sí, exista al respecto una norma penal que la prohíba). Por consiguiente, la ilicitud jurídica de una conducta —en este caso la amenaza con o la aplicación de torturas— no puede quedar justificada desde posicionamientos de naturaleza moral⁸.

Después de lo explicado en los párrafos anteriores, resulta evidente que el caso «Jakob von Metzler» se puede también interpretar en el sentido de un conflicto entre *Moral* y *Derecho*. Mientras que, a partir de la solución que defiende un amplio sector doctrinal en Alemania, el ordenamiento jurídico prohíbe la tortura sin excepción alguna, no pocos autores consideran sin embargo que el ejercicio de la violencia (física o psíquica) por parte del Estado puede estar moralmente justificado en casos extremos y en determinadas circunstancias. De este modo puede nuevamente observarse cómo el Derecho y la Moral no son realidades idénticas. Mientras que en un determinado Estado únicamente rige un ordenamiento jurídico, puede suceder que en ese mismo Estado convivan morales distintas, las cuales incluso pueden contraponerse entre sí a partir de sus requisitos.

Pero, ¿no puede llegado el caso la tortura —aplicada de forma controlada, con moderación y en supuestos excepcionales— salvar vidas humanas y devolver a delincuentes a la senda del Derecho? Como se verá en los epígrafes siguientes, llama poderosamente la atención cómo los argumentos de los detractores de la tortura normalmente

⁷ WEILERT, Anja Katarina (2009): *Grundlagen und Grenzen des Folterverbotes in verschiedenen Rechtskreisen*, Berlin, Heidelberg, New York: Springer, p. 219.

⁸ En sentido contrario: WELDING, cit., p. 226. En su opinión, la tortura debe utilizarse cuando la misma está moralmente justificada, aunque no lo esté en cambio desde una perspectiva jurídica: «En el caso de que existiendo una colisión de normas no haya una regulación jurídica que permita su solución, entonces resulta ineludible que los juristas, en casos extremos, no pueden oponerse a la solución de esa colisión de normas adoptando para ello una abstinencia política. Por el contrario, desde un punto de vista moral debe exigírseles la posibilidad de considerar una ponderación entre las distintas consecuencias de adoptar distintas conductas».

no hacen referencia alguna a la llamada «tortura de rescate», mientras que los partidarios de la tortura, por lo menos en los Estados occidentales, únicamente pretenden admitirla para situaciones extremas y como último recurso para salvar la vida de seres inocentes.

A partir de lo expuesto en los párrafos anteriores, y antes de proceder a analizar desde una vertiente ético-jurídica la eventual admisión de la tortura de rescate o su amenaza, se van a intentar poner de relieve los argumentos de naturaleza ética más importantes que se ponen sobre la mesa para afirmar o negar la utilización de la tortura o su amenaza en un Estado de Derecho.

2.2 Argumentos éticos a favor de la «tortura de rescate»

Son varios los argumentos de naturaleza ética que han sido expuestos por una serie de autores en Alemania para justificar la aplicación de la tortura o su amenaza en situaciones excepcionales. De entre todos ellos cabe destacar el argumento relativo a la salvación de vidas humanas y aquel conocido como el «argumento de la analogía».

El argumento principal para admitir la utilización de la tortura de rescate o su amenaza en el contexto de los interrogatorios policiales insiste en que mediante dicho mecanismo se pueden salvar vidas humanas (por ejemplo, en casos de secuestro o de colocación de una bomba) o bien preservar otros bienes jurídicos relevantes de la víctima, como es el derecho a la integridad física o la libertad. Un ejemplo paradigmático de lo dicho sería el caso de un niño que ha sido secuestrado y encerrado por un sujeto, encontrándose aquel en grave peligro de muerte ya que el —presunto, aunque altamente sospechoso— autor de los hechos, una vez detenido por la policía, se niega a revelar el lugar donde mantiene retenido al pequeño (caso «Jakob von Metzler»).

En estos casos ubicables dentro de la categoría de la «tortura de rescate» podría decirse que una ponderación sin reservas de los bienes jurídicos afectados debería conducir a afirmar la utilización de la tortura o su amenaza, teniendo en cuenta que la integridad física y/o moral del secuestrador pesa menos que la vida y la dignidad humana de la víctima del secuestro⁹. Por consiguiente, la tortura podría ser un me-

⁹ De esta opinión, entre otros: BRUGGER, Winfried (2000): «Vom unbedingten Verbot der Folter zur bedingten Recht auf Folter?», *Juristenzeitung*, núm. 4, p. 169; LENZEN, Wolfgang (2006): «(„)Folter(«), Menschenwürde und das Recht auf Leben — Nachbetrachtungen zum Fall Daschner», en: El Mismo (ed.), *Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte*, Paderborn: Mentis, pp. 204 y ss.

dio efectivo para salvar vidas humanas o preservar bienes jurídicos de eminente valor. Y es que, para este sector doctrinal, aquí salta a la vista que el secuestrador ha sido quien voluntariamente se ha trasladado a una situación ilícita; la tortura se utiliza contra un sujeto *culpable*, y el objetivo de su utilización es salvar a un *inocente*¹⁰. En estos casos, el secuestrador tiene en su propia mano la evitación de la violencia física en su contra señalando el lugar donde mantiene escondido al niño.

Los argumentos que se acaban de exponer resultan incluso más evidentes cuando no solo la vida de un sujeto, sino la de centenares o incluso miles de personas son amenazadas por la actuación de un terrorista, el cual ha colocado y activado una bomba en el centro de una gran ciudad y, detenido por la policía, se niega a indicar el lugar donde aquella se ubica. En la época actual constituye una triste y alarmante realidad que determinadas organizaciones terroristas pueden tener acceso a armas de destrucción masiva. En este sentido se podría argumentar que esta cambiante situación con respecto a la amenaza terrorista desde un punto de vista tanto cuantitativo como cualitativo debe ser tenida en cuenta articulando un nuevo instrumental de defensa estatal, el cual, en casos extremos, debería incluir también la tortura o su amenaza¹¹.

Como se verá en el epígrafe siguiente, buena parte de la doctrina alemana niega el argumento relativo a la salvación de vidas humanas como justificación moral de la tortura. Para este sector doctrinal, en estos casos no se trata de ponderar la vida y la dignidad de las víctimas de la bomba o el secuestro con la integridad física y/o moral del destinatario de la violencia estatal, debiendo prevalecer en todo caso los derechos fundamentales de las víctimas de la acción delictiva (eventualmente) cometida por el individuo destinatario de torturas. Más bien al contrario, el empleo de la tortura o su amenaza conducirían a menoscabar la dignidad del ser humano, de cualquier ser humano; dignidad que se encuentra protegida con carácter absoluto por parte del artículo 1 de la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*, GG), siendo este un derecho fundamental inherente a la persona humana, el cual no es susceptible de ponderación.

El segundo argumento que se pone sobre la mesa en Alemania para admitir la utilización de la «tortura de rescate» desde un punto de vista ético es el denominado «argumento de la analogía» (*Analogieargument*).

¹⁰ BRUGGER, Winfried (2005), «Das andere Auge. Folter als zweitschlechteste Lösung», en: NITSCHKE, Peter (Ed.), *Rettungsfolter in modernem Rechtsstaat? Eine Verurteilung*, Bochum: Kamp, pp. 111 y ss.

¹¹ HILGENDORF, Eric (2004): «Folter im Rechtsstaat?», *Juristenzeitung*, núm. 7, p. 335.

Quien presenta el argumento de la analogía en el actual debate en torno a la tortura se encuentra a la búsqueda de (trágicas) situaciones de conflicto cuyas características parecen comparables de forma relevante con el dilema asociado a la «tortura de rescate». Estas especiales características hacen que una acción en principio prohibida se considere sin embargo jurídica y moralmente permitida en la concreta situación de conflicto. Como escenarios comparables se mencionan entre otros el derribo de un avión repleto de pasajeros que ha sido secuestrado y que va a ser utilizado para la comisión de un atentado terrorista suicida¹², o bien la muerte de un sujeto en un contexto de legítima defensa y auxilio necesario. En este último caso, la analogía más conocida y a la que en mayor medida se acude en el debate en torno a la tortura, y que por tanto se utiliza para fundamentar ética y jurídicamente la aplicación de la tortura en situaciones excepcionales, es la analogía con el denominado «disparo mortal final», a saber, la causación de la muerte de un sujeto por parte de la policía en el marco de una medida de legítima defensa o auxilio necesario, en aquellas situaciones en las que el destinatario de dicho «disparo mortal final» amenaza de forma actual y grave la vida de uno o varios sujetos inocentes.

En analogía con el denominado «disparo de rescate final» o también definido como «disparo mortal final» (*finaler Rettungsschuss*, en la terminología alemana), fue Winfried Brugger el primero que en el año 1996 intentó reducir teleológicamente la vigencia absoluta de la prohibición de la tortura en el caso de situaciones excepcionales, si bien su argumentación se orientaba de forma exclusiva a una

¹² A pesar de la resolución adoptada el 15 de febrero de 2006 por parte del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG), a través de la cual se declaró que el § 14 apartado 3 de la Ley de Seguridad Aérea (*Luftsicherheitsgesetz*, LuftSiG del año 2005), resultaba en su totalidad contrario a la Constitución porque lesionaba los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana, hasta la fecha sigue constituyendo motivo de debate tanto político como ético la cuestión relativa a si un avión repleto de pasajeros, el cual —siguiendo el fatídico ejemplo del 11 de septiembre de 2001— ha sido secuestrado con fines terroristas, puede ser derribado por el Estado para con ello salvar la vida de los (potenciales) destinatarios de la acción terrorista suicida, tal y como preveía el controvertido párrafo § 14, apartado 3, LuftSiG, cuyo tenor literal rezaba de la siguiente manera: «La intervención directa mediante la fuerza armada solo es admisible cuando las circunstancias permiten concluir que la aeronave va a ser utilizada para atentar contra la vida de seres humanos y esa intervención militar constituye el único medio para hacer frente a ese peligro actual». Para un análisis en profundidad de esta problemática, véase: CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2011): «Caso de la Luftsicherheitsgesetz», en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Madrid: La Ley, pp. 919 y ss.

valoración jurídico-dogmática de la «tortura de rescate»¹³. La tesis fundamental de Brugger rezaba de la siguiente manera: Si el Estado tiene la posibilidad prevista en las Leyes de policía de los distintos *Länder*¹⁴ de matar de un disparo certero a un delincuente que amenaza la vida de otras personas, en ese caso debe estar permitido aplicar una violencia física directa contra el potencial autor de un delito, o por lo menos amenazarle con esa acción, cuando la medida resulta necesaria para salvar la vida de terceras personas¹⁵.

Una prueba que evidencia que el argumento de la analogía con el disparo mortal final no se limita únicamente al discurso *jurídico*, sino que también se encuentra en la reflexión *ética* en torno a la cuestión relativa a si el Estado puede torturar para salvar una vida, se extrae por ejemplo de la siguiente argumentación de Lenzen: «El ocasionar la muerte a un criminal sin escrúpulos en el marco de una medida de legítima defensa o de auxilio necesario, utilizando para ello el mecanismo del “disparo mortal final”, no puede considerarse en y por sí misma una medida moralmente aceptable. Sin embargo, en las mencionadas circunstancias se permite *legal y moralmente* una acción que acarrea la muerte de un ser humano. En este sentido existen por tanto muertes “buenas” —por permitidas— y muertes «malas», que no están permitidas. Esta diferenciación se transmite naturalmente a un caso mucho más inofensivo, donde se debate, no la muerte de un sujeto, sino la causación de dolores para conseguir una determinada información»¹⁶.

Partiendo así de la autorización moral (y legal) del disparo mortal final en el sentido de una muerte «buena», Lenzen vislumbra también en el caso de la aplicación policial de la coerción física para conseguir una información la necesidad de diferenciar entre causaciones de dolor «buenas» y «malas», de tal forma que las primeras —de forma análoga al disparo mortal final— no las valora como moralmente prohibidas.

¹³ BRUGGER, Winfried (1996): «Darf der Staat ausnahmsweise foltern?», *Der Staat*, núm. 35, pp. 67 y ss.

¹⁴ Así, por ejemplo, tanto el artículo 66 apartado 2 de la Ley de Policía del *Land* de Baviera (BayPAG) como el § 54 apartado 2 de la Ley de Policía del *Land* de Baden-Württemberg (BWPolG) permiten causar la muerte de un secuestrador mediante un disparo efectuado por la policía, «cuando este constituye el único medio para reprimir un peligro actual para la vida o bien un peligro actual de una lesión grave de la integridad corporal». Piénsese por ejemplo en el caso en el cual un atracador, estando rodeado por la policía, sale al exterior de una sucursal bancaria acompañado por un rehén, al cual amenaza con una pistola que apunta directamente a la sien.

¹⁵ BRUGGER (1996), cit., pp. 75-76.

¹⁶ LENZEN, cit., p. 201 (cursivas añadidas).

Pues bien, frente a los intentos de reducir teleológicamente¹⁷ la prohibición absoluta de la tortura sobre la base de una analogía con el instrumento jurídico del «disparo mortal final», es decir, legitimar moralmente la causación de dolor para obtener información relevante en el sentido de una «tortura buena», la mayoría de la doctrina germana se posiciona en contra de la posibilidad de establecer esta analogía. En este sentido se hace referencia a una gran cantidad de diferencias relevantes entre ambas situaciones.

Un grupo de los argumentos coloca en un primer plano de sus críticas el distinto contexto en el que se desarrollan ambas constelaciones. Así, se señala que en el caso de la tortura no se trata ciertamente de una inmediata y directa defensa frente a peligros, sino más bien de una situación de amenaza y consiguiente rescate «ficticia, hipotética y con ello de ninguna manera decisiva»¹⁸. La distinta presencia actual de la situación de peligro desde un punto de vista espacial y temporal constituye para esta argumentación el criterio de diferenciación decisivo entre la aplicación de torturas para salvar una vida y la ejecución de un disparo mortal final. Los argumentos aportados al debate subrayan que en el caso del disparo mortal final se puede partir de un «atacante plenamente identificado», mientras que la amenaza con torturar o la propia aplicación de la tortura se dirige contra «meros sospechosos». El agente de policía que mata a un secuestrador para con ello salvar la vida de los rehenes diferencia de forma manifiesta entre autor y víctima, si bien el primero no se encuentra bajo custodia policial. Por el contrario, el policía que tortura al sospechoso de la comisión de un delito para con ello conseguir la información necesaria que le permita salvar una vida, confía únicamente en estimaciones y pronósticos de carácter incierto. Además, ese mismo agente debe velar por los derechos del imputado que se encuentra en dependencias policiales.¹⁹ Por otra parte, el disparo mortal final se lleva a cabo en un contexto público, lo cual no solo conduce a que el autor del mismo se auto-limite en su actuación, sino que también permite un esclarecimiento de las circunstancias y, llegado el caso, una investigación penal. En el polo opuesto, la tortu-

¹⁷ Dicha acepción (*teleologische Reduktion*) es adoptada por BRUGGER (2000), cit., p. 169.

¹⁸ BOGNER, Daniel (2003): *Stellungnahme des Forum Menschenrechte zur Diskussion über die Aufweichung des Folterverbots in Deutschland*, Forum Menschenrechte, p. 3.

¹⁹ KREUZER (2005), ARTHUR (2005): «Zur Not ein bißchen Folter? Diskussion um Ausnahmen vom absoluten Folterverbot anlässlich polizeilicher «Rettungsfolter»», en: NITSCHKE, Peter (Ed.), *Rettungsfolter in modernem Rechtsstaat? Eine Verortung*, Bochum: Kamp, p. 44.

ra se lleva a cabo de forma oculta, subrepticia, sin testigos y a través de una actuación que no permite ser investigada posteriormente y de una manera definitiva²⁰.

Por si fuera poco, la mayoría de los autores considera que, también en este caso, la lesión de la dignidad humana constituye «la diferencia cualitativa central»²¹ entre la tortura y el disparo mortal final. En este sentido, Pawlik resume la mencionada diferencia en los siguientes términos: «El agente de policía que ejecuta un disparo mortal final en una situación límite de carácter existencial se limita únicamente a neutralizar la amenaza proveniente de la víctima del disparo. Con su actuación, el policía no expresa adicionalmente menosprecio alguno del derecho al reconocimiento personal de la víctima. Algo distinto sucede sin embargo en el caso de la tortura. El policía que con su aplicación busca hacer frente a una situación de peligro pretende servirse del saber y, con ello, de la sustancia personal de su víctima. Por consiguiente, la víctima de la tortura es vista por el torturador únicamente como una herramienta que utilizar, es decir (...) un puro medio, debiendo quebrantarse su resistencia personal»²².

2.3 Argumentos éticos en contra de la «tortura de rescate»

En contra de la tortura de rescate se vienen poniendo sobre la mesa por la doctrina mayoritaria una serie de argumentos los cuales van a ser desarrollados en los párrafos siguientes. Por regla general, con dichos argumentos se pretende señalar que la utilización de la tortura o su amenaza es algo incompatible con los principios inherentes a un Estado de Derecho. En este sentido se considera que existen determinados medios a los que el Estado no puede acudir incluso en situaciones de necesidad, si con ello no quiere poner en juego su legitimidad moral. La admisión de la tortura en un Estado de Derecho significaría ni más ni menos que para su aplicación de-

²⁰ HUSMANN, Juliane/SCHMITTMANN, Jens M. (2004): «Kann Folter erlaubt sein?», *Verwaltungsrundschau*, núm. 4, p. 112.

²¹ SALIGER, Frank (2004): «Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 116, p. 47. De la misma opinión: ELLBOGEN, Klaus (2005): «Zur Unzulässigkeit von Folter (auch) im präventiven Bereich — Zugleich Besprechung des Urteils des Landegerichts Frankfurt am Main vom 20.12.2004», *Jura*, núm. 5, p. 342.

²² PAWLIK, Michael (2003): «Deutschland, ein Schurkenstaat? Es gibt gute Gründe, Folter anzudrohen, und doch ist das Verbot absolut», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, edición núm. 51, 1 de marzo, p. 35.

berían establecerse *ex lege* una serie de reglas de actuación. Incluso los funcionarios encargados de aplicarla deberían recibir un curso de formación adicional en técnicas de tortura.

Bajo el trasfondo de la gran cantidad de argumentos de naturaleza ética que han sido presentados para rechazar la denominada «tortura de rescate», a continuación se van a presentar los que se consideran más importantes y que han sido reiteradamente expuestos por la doctrina, a saber: (1) el argumento relativo a la dignidad humana (*Menschenwürdeargument*); (2) el concerniente a la eventual «rotura del dique» (*Dammbruchargument*); (3) el argumento referido al «objetivo equivocado» (*Zweckverfehlungsargument*).

En opinión de gran parte de la doctrina alemana, el argumento de mayor calado en contra de la tortura o su amenaza reside en la dignidad humana, la cual nunca le puede ser denegada ni al más sanginario de los criminales²³. Lo espantoso de la tortura reside según este punto de vista en que la misma significa algo más que la mera lesión de la integridad física de un sujeto, la cual, llegado el caso, puede ser incluso mortal. Mediante la aplicación de la tortura, la víctima es reducida a una simple sustancia corpórea, a una existencia vegetativa. Por consiguiente, la tortura sistemática causante de un grave dolor de carácter físico o incluso psíquico supone el ataque más grave a la dignidad humana que uno se puede imaginar. El objetivo final de la tortura es por tanto radicalmente distinto al de conductas tales como un delito de lesiones o incluso un homicidio; acción esta última mediante la cual se le priva a una persona de la vida, sin que no obstante sea necesario afectar a su dignidad como ser humano²⁴.

El hecho de que este concreto argumento constituye en el debate actual en torno a la tortura algo más que una mera «afirmación dogmática», es algo que se va a ilustrar de manera clara a través de las siguientes figuras de fundamentación de naturaleza ética:

(1) *La prohibición de la instrumentalización del ser humano*. Recurriendo a la muy citada prohibición de la completa instrumentaliza-

²³ Véase, por todos: GUCKELBERGER, Annette (2004): «Zulässigkeit von Polizeifolter?», *Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg*, pp. 126-127: «También los delincuentes tienen derecho a que se respete su dignidad, aun en los casos en los que estos hayan infringido el orden de valores constitucional de forma grave e intolerable. Por consiguiente, el Estado tiene prohibido colocarse al nivel de los malhechores y comportarse frente a estos sin respetar su dignidad humana. Incluso un “asesino en serie” no es una mera criatura, sino una persona cuya dignidad debe ser respetada por el Estado».

²⁴ De esta opinión, entre otros: HILGENDORF, cit., p. 336.

ción del individuo establecida en su día por Kant, la amplia mayoría de los autores establece la dignidad de la persona torturada como el punto de partida de su argumentación: Los seres humanos nunca pueden ser utilizados como meros medios para las finalidades perseguidas por otros, por muy sagradas que estas sean²⁵. La existencia de una lesión de la dignidad se afirma en bastantes opiniones haciéndose sobre todo referencia al quebrantamiento sistemático de la voluntad de la persona detenida. Mediante el quebrantamiento inmanente de su voluntad, la persona afectada, concebida como un mero «portador de saber», se instrumentaliza en un objeto de disposición ilimitada en aras a los intereses de esclarecimiento estatales. El hecho de que la persona detenida se degrade con la amenaza o la utilización de la violencia a un objeto de información dirigido a través del dolor, lo fundamentan muchos autores sobre la base de que, especialmente con la tortura, esa persona es privada de su derecho a autodeterminación en el sentido de la libertad individual. Acudiendo así a la descripción del mal ocasionado, casi todos los argumentos expuestos relativos a la prohibición de la instrumentalización llegan a la conclusión de que un ser humano en ningún caso puede ser lesionado en su dignidad, incluso en aquellos supuestos en los que ese ataque a su dignidad puede proteger la vida o la dignidad de una, varias o numerosas víctimas²⁶.

(2) *La imponderabilidad de la dignidad humana.* Partiendo del convencimiento de que cualquier forma de tortura, independientemente de su finalidad, se presenta como una lesión directa de la dignidad del ser humano, el carácter absoluto de la prohibición de la tortura y, con ello, la improcedencia de su aplicación policial para salvar la vida de una o muchas personas, se fundamenta a través de una segunda variante del argumento relativo a la dignidad humana: la imponderabilidad de esa misma dignidad: «Quien pretende contrapesar la dignidad de un presunto delincuente con la dignidad y la vida de las víctimas, realiza con ello un cálculo inadmisibles. Ni la Constitución alemana ni el Derecho internacional permiten en ningún caso una relativización de la dignidad humana. La dignidad humana es un bien indisponible. Por ello no resulta posible ponderarla con otros bienes jurídicos de importancia, ni siquiera con el derecho a la vida ni tampoco con la dignidad de una persona amenazada»²⁷.

²⁵ Véase al respecto: TRAPP, Rainer (2006a): «Wirklich «Folter» oder nicht vielmehr selbstverschuldete Rettungsbefragung?», en: LENZEN, Wolfgang (ed.), *Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte*, Paderborn: Mentis, pp. 103-104.

²⁶ Véase en este sentido, por todos: WEILERT, cit., pp. 152-153, con bibliografía complementaria.

²⁷ AMNISTÍA INTERNACIONAL (2005): *Nein zur Folter. Ja zum Rechtsstaat. Für den Schutz des absoluten Folterverbotes*, p. 4. Disponible en Internet: <http://archiv.amnes->

En consecuencia, la dignidad humana se sustrae a una ponderación con valores concurrentes como la vida o incluso la dignidad de terceras personas. Con la referencia a la imponderabilidad de la dignidad humana, los defensores de una prohibición absoluta de la tortura ponen de manifiesto que la dignidad de la persona no puede ser lesionada por el Estado en los casos de «tortura de rescate», priorizando la dignidad o la vida de terceras personas.

Pues bien, un grupo de autores critica vehementemente el argumento relativo a la prohibición de instrumentalización del ser humano en el contexto de la «tortura de rescate», señalando que en estos supuestos no existe ciertamente un sujeto sometido de forma involuntaria a los designios de las fuerzas policiales, sino que más bien este mismo sujeto, como autor de la situación ilícita creada, tiene por decirlo así, «la sartén por el mango», pudiendo por tanto sustraerse a cualquier tipo de amenaza o violencia física o psíquica revelando a la policía la información que esta desea saber²⁸. Además, este mismo grupo de autores pone en cuestión el dogma de la intangibilidad de la dignidad humana, ya que estos deciden ponderar la dignidad del autor de un delito con la vida de la/s víctima/s, valorando en mayor medida este último bien jurídico. Así, por ejemplo, Lenzen señala que la lesión de la dignidad de un delincuente llevada a cabo por la policía «de ningún modo resulta moralmente peor» que la lesión de su derecho a la vida, por lo que la salvación de la vida de la víctima debe ser valorada en mayor medida que la eventual lesión de la dignidad del autor ocasionada por la amenaza o la utilización de la tortura²⁹.

Además, la imponderabilidad absoluta de la dignidad humana se pone en tela de juicio haciendo en este caso referencia a la lesionada dignidad humana de la víctima, la cual se considera que queda fácilmente desplazada a un segundo plano cuando se produce una fija-

ty.de/internet/deall.nsf/docs/2005-DEU07-018-de/\$FILE/ai-AntiFolterMemorandum.pdf. Véase también, en detalle: LAMPRECHT, Florian (2009): *Darf der Staat foltern, um Leben zu retten? Folter im Rechtsstaat zwischen Recht und Moral*, Paderborn: Mentis, pp. 185-186.

²⁸ Así, por ejemplo: BIRNBACHER, Dieter (2006): «Ethisch ja, rechtlich nein — ein fauler Kompromiss? Ein Kommentar zu R. Trapp», en: LENZEN, Wolfgang (Ed.), *Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte*, Paderborn: Mentis, p. 141: «El sujeto sometido a un interrogatorio doloroso no es convertido —en el sentido de la «fórmula de objeto» jurídica— en una mera cosa o en un juguete de arbitrariedad, malicia y crueldad. Más bien ese sujeto conserva la libertad de sustraerse a esa situación mediante la revelación de la información requerida para salvar la vida de la víctima —y ello no solo en un ámbito previo, sino también durante el procedimiento—.».

²⁹ LENZEN, cit., p. 211.

ción unilateral en la dignidad del autor. A través de la consideración especial de la dignidad humana de la víctima, autores como Birnbacher intentan justificar desde un punto de vista *ético* la amenaza o la utilización de la tortura, realizando para ello una ponderación de bienes entre la dignidad del autor y la dignidad de la víctima: «Una prohibición absoluta de la utilización de la coerción física no me parece realmente plausible en aquellos casos en los que se cumple con una serie de requisitos. Y ello especialmente cuando el obligar con violencia al autor para que coopere con la policía no solo conduce a librar de la muerte a la víctima, sino también a sufrir tormentos tales como el morir de hambre en un oscuro agujero. Por tanto, es posible pensar en constelaciones de casos en los cuales la única forma de proteger la dignidad humana de A es lesionando la dignidad humana de B, es decir, del presunto causante de la situación en la que se encuentra A»³⁰. Según Birnbacher, en determinadas situaciones excepcionales, el Estado únicamente puede cumplir con su obligación de protección en relación a la dignidad de la víctima lesionando para ello la dignidad del delincuente.

En segundo lugar, junto con el argumento relativo a la dignidad humana, aquel referente a la «rotura del dique» juega un papel de extraordinaria importancia en la actual discusión en torno a la eventual admisión de la tortura de rescate dirigida a salvar vidas humanas. Básicamente, los defensores de este argumento afirman que aun en los casos en los que la tortura quedara reducida a unos cuantos supuestos excepcionales, no podría nunca excluirse un abuso en su empleo o una generalización de las excepciones³¹. Además, toda reducción de la

³⁰ BIRNBACHER, cit., p. 142.

³¹ Véase, entre otros: BIELEFELDT, Heiner (2006a): «Die Absolutheit des Folterverbots. Über die Unabwägbarkeit der Menschenwürde», en: BEESTERMÖLLER, Gerhard/BRUNKHORST, Hauke (eds.), *Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielficht?*, München: C. H. Beck, pp. 111-112; FAHL, Christian (2004): «Angewandte Rechtsphilosophie — “Darf der Staat foltern?”», *Juristische Rundschau*, núm. 5, p. 189: «En síntesis, el “argumento de la rotura del dique” señala que la admisión de la tortura, aunque fuera únicamente en un caso, conduciría a romper los diques erigidos durante siglos contra la tortura, de modo que, una vez abierta la posibilidad de una ponderación moral, no habría ya posibilidad alguna de detener esa involución, de modo que Alemania se convertiría en poco tiempo “en uno de los países donde más se tortura del mundo”, con una cifra de quizá diez, veinte, treinta o cuarenta casos de torturas aplicadas anualmente por instancias estatales»; GEBAUER, Peer: (2004): «Zur Grundlage des absoluten Folterverbots», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, p. 1409, nota núm. 37, con bibliografía complementaria, haciendo referencia al «peligro de abuso»; ROXIN, Claus (2006): «Rettungsfolter?», en: GRIESBAUM, Rainer, et al. (eds.), *Strafrecht und Justizgewährung. Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, pp. 215-216: «En segundo lugar hay que tomar muy en serio el peligro de una rotura del dique, es decir, la posibilidad de que

prohibición absoluta de la tortura conduce al quebrantamiento de un tabú, el cual al mismo tiempo derrumba las barreras que la propia sociedad ha ido erigiendo a lo largo de los años para evitar que la tortura se extendiese como una enfermedad cancerígena.

En este sentido, en el memorándum para la protección de la prohibición absoluta de la tortura publicado en el año 2005 por la Sección alemana de Amnistía Internacional, dicha organización delimita el núcleo fundamental de este argumento en los siguientes términos: «La historia muestra que la tortura nunca permanece dentro de unos límites. Desde el momento en que la tortura se permite una sola vez, pronto se superan los límites de su presunta regulación. Al caso aislado en el cual aquella se permite le sigue a continuación otro caso aislado, de forma que la utilización de la tortura se convierte en una práctica y finalmente en una institución. (...) En el momento en que un Estado constitucional admite la tortura en casos excepcionales perfectamente delimitados, se abre el camino hacia un sistema en el cual se aplica la tortura de forma institucionalizada. La idea de que la tortura es susceptible de ser “domesticada” desde un punto de vista jurídico-estatal resulta en sí misma contradictoria, no siendo tampoco demostrable desde una perspectiva histórica. El Estado que permite la tortura abre a las fuerzas de seguridad un margen de discrecionalidad que da lugar a una zona gris en la cual se permite la tortura para la prevención de peligros. De este modo es de prever una rotura del dique»³².

En definitiva, con la metáfora relativa a la rotura del dique —también conocida como «pendiente resbaladiza»—, los críticos de la «tortura de rescate» intentan poner de manifiesto que la legalización de la tortura en situaciones excepcionales conduciría a que los límites de su regulación se sobrepasarían de forma rápida y de manera irrefrenable.

Un primer grupo de argumentos relativos a la mencionada «rotura del dique» se remite a una más que segura expansión irrefrenable de los métodos. En este sentido, los defensores de esta posición plantean

se produzca una intolerable ampliación de la tortura una vez que ha comenzado a utilizarse. Y es que los terroristas, los insurgentes, así como otras variadas formas de la criminalidad organizada ponen frecuentemente en peligro la vida de seres humanos, por lo que la aplicación de la tortura contra aquellos que caen en manos de la policía podría considerarse como un medio eficaz para salvar la vida de personas inocentes. La rapidez con la que se puede producir esa peligrosa evolución ha sido puesta de manifiesto a través de la lucha antiterrorista llevada a cabo por los EE. UU. en los últimos años».

³² AMNISTÍA INTERNACIONAL, cit., p. 6. De modo semejante: BIELEFELDT (2006a), cit., p. 111.

una concreta pregunta, a saber, qué debe suceder en aquellos casos en los que el primer nivel de la tortura no resulta suficiente, es decir, cuando la persona torturada se niega a hablar tras los primeros golpes y electroshocks³³. Un segundo grupo de argumentos se remite a la expansión de las condiciones, especialmente en lo que hace referencia a la respectiva finalidad de la aplicación de los medios coercitivos. Con respecto a esta cuestión, el peligro de que se produzca una rotura del dique es delimitado por Anders de la siguiente manera: «Si uno quisiera admitir excepcionalmente la aplicación de la tortura teniendo como telón de fondo posibles ataques terroristas, debería aceptar que “a vuelta de correo” se exigirían otras excepciones, de modo que la prohibición de la tortura se reblandecería cada vez más»³⁴. Un tercer grupo de argumentos se refiere por su parte a la expansión personal en la aplicación de la tortura. Así, algunos autores albergan dudas en torno a si la aplicación de torturas policiales sobre el (presunto) autor de un delito podría eventualmente extenderse a otros sujetos que, siendo no obstante inocentes, dispondrían sin embargo de la información necesaria, de forma que podrían contribuir a la prevención del peligro³⁵. Finalmente, un cuarto grupo de argumentos relativos a la teoría de la rotura del dique señala que la legalización de la tortura en un Estado de Derecho para situaciones excepcionales repercutiría de forma negativa en la lucha mundial contra la tortura. Con ello, los defensores de esta cuarta versión del argumento de la rotura del dique quieren poner en claro que un Estado de Derecho, el cual aplica por sí mismo la tortura en situaciones excepcionales, no sería digno de crédito por parte de los países decididos a luchar contra ese fenómeno. Además, aquellos regímenes autoritarios cuyas prácticas de tortura son conocidas públicamente y denunciadas por organizaciones de defensa de derechos humanos podrían justificarlas señalando que también en los países democráticos se aplica la tortura³⁶.

Criticando esa aparente amenaza de la «rotura del dique», los partidarios de aplicar la tortura preventivo-policial en situaciones excepcionales ponen encima de la mesa una objeción, la cual es llevada al debate teórico comparándola con el argumento de la analo-

³³ Véase al respecto: LAMPRECHT, cit., p. 192; REEMTSMA, Jan Philipp (2005): *Folter im Rechtsstaat?*, Hamburg: Hamburger Edition, pp. 120-121.

³⁴ ANDERS, Dieter (2007): «Aktuelles Forum — Die Diskussion zur rechtlichen Zulässigkeit staatlicher Folter in Ausnahmesituationen», en: GOERLICH, Helmut (ed.), *Staatliche Folter. Heiligt der Zweck die Mittel?*, Paderborn: Mentis, p. 40.

³⁵ AMNISTÍA INTERNACIONAL, cit., p. 7. KLINGST, Martin (2004): «Ein bisschen Folter gibt es nicht. Wenn das Verbot nicht mehr absolut gilt, ist es abgeschafft», *Die Zeit*, núm. 49, 25 de noviembre, p. 6.

³⁶ Véase al respecto: LAMPRECHT, cit., p. 195, con bibliografía complementaria.

gía, examinado anteriormente. Así, haciendo referencia expresa a la admisión de acciones en legítima defensa que ocasionan la muerte de una persona («disparo mortal final»), los críticos con la teoría de la rotura del dique contradicen la tesis según la cual la legalización de la utilización de la violencia por parte de la policía para conseguir una determinada información en situaciones excepcionales perfectamente delimitadas conduciría a que la ampliación de los supuestos fuera ya algo irrefrenable. En este sentido, Erb señala lo siguiente: «Desde luego, la admisión de actuaciones en legítima defensa con resultado de muerte, a través de las cuales se rompe con el otro “tabú” central de nuestra civilización (es decir, la prohibición de matar), no dan lugar a una “rotura del dique”»³⁷.

En tercer y último lugar existe un argumento de naturaleza consecuencialista dirigido a rebatir la posibilidad de aplicar los llamados interrogatorios de rescate en los cuales, llegado el caso, se utilice la tortura. Se trata del argumento relativo al objetivo equivocado (*Zweckverfehlungsargument*). Este niega el sentido y la utilidad de los interrogatorios de rescate argumentando para ello que los mismos resultan en principio inadecuados para conseguir su objetivo, a saber, la información precisa para lograr eliminar la situación de peligro. Según este argumento, la persona torturada, temiendo la violencia por parte de las instancias estatales, está dispuesta a decir todo lo que la otra parte desea oír, sea ello verdadero o falso. Además, la utilización aleatoria de la tortura o bien su uso contra personas eventualmente inocentes resulta algo incompatible con los principios inherentes a un Estado de Derecho³⁸.

Pues bien, con respecto a este último argumento en contra de la amenaza o aplicación de la tortura, un sector doctrinal considera que el mismo resultaría acertado en relación a la mayoría de los métodos de tortura clásicos. Sin embargo, aquel no podría en cambio aplicarse en el contexto de los interrogatorios de rescate. Precisamente porque casi siempre resulta cierto que aquel sujeto sometido a una intensa coacción está dispuesto a decir todo lo que el interrogador espera que diga, también dirá la verdad sobre el escondite de un rehén o el lugar donde se encuentra una determinada fuente de peligro cuando alguien quiera oír esa información, sobre todo en aquellos casos en los que existen indicios más que evidentes que vinculan al destinatario de las coacciones con la fuente de peli-

³⁷ ERB, Volker (2005): «Folterverbot und Notwehrrecht», en: NITSCHKE, Peter (ed.): *Rettungsfolter in modernem Rechtsstaat? Eine Verortung*, Bochum: Kamp, p. 166. En el mismo sentido: TRAPP (2006a), cit., p. 132.

³⁸ Véase, si bien en un sentido crítico: TRAPP (2006a), cit., pp. 130-131.

gro que se quiere evitar. El sujeto interrogado sabría que la falsedad de la información facilitada tendría como consecuencia inmediata la continuación del interrogatorio con métodos más expeditivos, por lo que a buen seguro tendría buenas razones para decir la verdad antes de que se llegase a la aplicación efectiva de la coerción física³⁹.

2.4 *Aspecto central: la dignidad humana*

La Ley Fundamental alemana entiende al Estado no solo como una organización destinada a proteger a sus ciudadanos. Tras la dolorosa experiencia vivida con la dictadura nacionalsocialista y su fundamental desprecio a la propia condición del ser humano, la Constitución germana decidió colocar a la persona en primer lugar de su articulado, disponiendo ni más ni menos en el artículo 1 que «[L]a dignidad del hombre es intangible». Con esta frase comienza precisamente el Título dedicado a los derechos fundamentales, el cual inicia de forma programática la obra constitucional. A través de un mecanismo bastante original desde una perspectiva histórico-constitucional, el cual ciertamente ha hecho escuela a nivel internacional —como así lo demuestra por ejemplo el artículo 1 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, donde se señala que «[L]a dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida»— la *Grundgesetz* va al fondo de su ya afirmada tradición de los derechos humanos y civiles. Si bien formulado como una mera locución declarativa, el artículo 1 apartado 1 frase 1 GG establece el axioma central de todo el texto constitucional: La dignidad única e irrenunciable que solo le corresponde al ser humano le distingue a este como un fin en sí mismo, como un sujeto capaz de ponerse objetivos por sí mismo y de considerarse a sí mismo como un objetivo. La dignidad es por tanto la encarnación que se encuentra en la disposición que tiene toda persona a ser capaz de autodeterminarse, cuya forma externa de naturaleza jurídica se muestra en su facultad para ser un sujeto de derecho, es decir, como portador de derechos y obligaciones, tanto en su relación con los otros individuos como con el Estado. «[P]or ello», como así establece el apartado 2 del artículo 1 GG, se reconocen a la persona por razones evidentes una serie de «derechos humanos». Y también por ello, la Ley Fundamental, en un pasaje posterior del mismo artículo 1 GG, decide atribuir al ser humano otros derechos de carácter fundamental (apartado 3), convirtiéndose estos derechos

³⁹ *Ibidem*, p. 129.

humanos de carácter ideal en una serie de garantías que vinculan a todo el ordenamiento jurídico⁴⁰.

A pesar de lo señalado en el párrafo anterior, el concepto de la dignidad humana no tiene ciertamente una naturaleza exclusivamente jurídica. Por ello, la cuestión relativa a la dignidad humana es discutida de la misma manera por juristas, teólogos, filósofos y científicos sociales. Por si fuera poco, el artículo 1 apartado, 1 frase 1, GG declara a la dignidad humana como un bien «intangibile» (*unan-tastbar*). Efectivamente, mientras que con respecto a otros derechos fundamentales garantizados de manera ilimitada se lleva a cabo en ocasiones un proceso de ponderación a través de la concordancia práctica, la dignidad humana se protege en cambio de forma *absoluta* al considerarse el principio constitutivo más importante. Para la comprensión actual de la dignidad humana resulta de especial interés la utilización del concepto «*dignitas*», el cual hace referencia a una cualidad inherente a la persona por razón de su propia condición humana, teniendo en cuenta su intelecto, su autocontrol y su primacía con respecto a las otras criaturas.

La dignidad humana constituye la inexcusable premisa no solo de la comunicación *jurídica*, sino también de cualquier comunicación y reflexión *moral*. Del mismo modo que la dignidad no puede considerarse como uno más dentro de los derechos fundamentales, tampoco puede decirse que aquella sea un valor moral junto a los otros valores. Considerada por lo menos como una premisa implícita de cualquier «valoración moral», autores como Bielefeldt afirman que la dignidad se encuentra más allá del resto de valores⁴¹.

Teniendo en cuenta que tradicionalmente la prohibición de la tortura se apoya en primer lugar en el pensamiento relativo a la protección de la dignidad humana, resulta evidente que, a la hora de buscar su fundamentación, deba acudir a la fórmula contenida en el imperativo categórico de Kant. En este sentido, el mencionado autor llega incluso a situar a la dignidad del ser humano al mismo nivel que el prin-

⁴⁰ Artículo 1 apartado 1 GG: «La dignidad del hombre es intangible y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección». Apartado 2: «El pueblo alemán reconoce, por ello, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo». Apartado 3: «Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable».

⁴¹ BIELEFELDT, Heiner (2007): *Menschenwürde und Folterverbot. Eine Auseinandersetzung mit den jüngsten Vorstößen gegen zur Aufweichung des Folterverbots*, Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte, p. 11.

cipio de la legislación moral: el imperativo categórico. De este modo, el imperativo categórico básico («Obra solo según una máxima, de tal manera que puedas querer al mismo tiempo que esta se constituya en ley Universal»)⁴² podría por ello formularse también como el principio de respeto absoluto de la dignidad humana: «Obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio»⁴³. Mientras que el resto de valores pueden ser ponderados entre ellos en caso de conflicto, ello no es posible cuando está en juego la dignidad de la persona. Esto, en palabras de Kant, podría formularse de la siguiente manera: «En el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por lo tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad»⁴⁴.

Aplicando por tanto la ética *kantiana* al objeto de estudio en el siguiente trabajo, resulta ciertamente difícil de rechazar que la tortura de un ser humano conduce a degradar a este a un mero objeto, pero nunca en cambio a una finalidad. Además, la utilización de la primera fórmula del imperativo categórico *kantiano* («Obra solo según una máxima, de tal manera que puedas querer al mismo tiempo que esta se constituya en ley Universal») conduce notoriamente a una prohibición de la tortura⁴⁵. Y es que la tortura puede considerarse como el caso extremo de una coacción, cuya máxima ya en el caso de una simple coacción no es susceptible de generalizarse: Quien se atribuye como máxima el quebrantar la voluntad de otro, no puede desde luego en ningún caso pretender al mismo tiempo que esa máxima se convierta en una ley universal, ya que entonces ese sujeto no podría imponer su voluntad a otro, porque de lo contrario su voluntad sería constantemente quebrantada.

Por todo ello, y tomando en consideración la filosofía jurídica de Kant expuesta en los párrafos anteriores, no existe otra posibilidad que no sea aceptar una prohibición *absoluta* de la tortura, del mismo modo que se acepta una prohibición absoluta de la mentira. Y una prohibición absoluta de la tortura así concebida debería constatarse

⁴² KANT, Immanuel (1785): *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Berlin: Akademie-Ausgabe, vol. IV, p. 421.

⁴³ *Ibidem*, p. 429.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 434.

⁴⁵ De esta opinión, entre otros: JOERDEN, Jan C. (2006): «Über ein vermeintes Recht (des Staates) aus Menschenliebe zu foltern», en: BYRD, B. Sharon/JOERDEN, Jan C. (eds.), *Philosophia Practica Universalis. Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker&Humblot, pp. 508-509.

con independencia de que la misma fuera llevada a cabo por un sujeto individual con el objetivo de salvar su vida, o por un representante del Estado para salvar la vida de un conciudadano. Quien utiliza la tortura, sea el motivo que sea, y aunque no pretenda con ella lesionar a la víctima, inflige a la «humanidad» un daño⁴⁶.

Junto a la referida posición formal de la dignidad humana en el conjunto de la estructura de la Norma Fundamental germana, resulta también desde una perspectiva material que la dignidad humana adopta un papel *superior* a la propia vida del individuo. La premisa para esta interpretación se encuentra precisamente en la controvertida tesis —defendida en Alemania por autores como Bielefeldt⁴⁷ o Weilert⁴⁸— según la cual la dignidad humana debe ser entendida como una magnitud metafísica que se sitúa incluso más allá de la vida física. De hecho, cabe recordar en este punto que la *Grundgesetz* contempla la protección de la vida humana en el artículo 2, es decir, sitúa dicha protección por detrás de la que corresponde a la dignidad humana. En virtud de esta interpretación, el ser humano no se hace acreedor de dignidad humana únicamente por el hecho de tratarse de un ser vivo, sino sobre todo por razón de su naturaleza anímica-espiritual. Y es que una reducción del ser humano a su mera existencia física se expone a la cuestión relativa a por qué los animales no disponen también de dignidad «humana»⁴⁹. En este sentido, Weilert considera ciertamente incomprensible la argumentación expuesta por Herdegen, según el cual el mayor valor que se asigna a la dignidad humana frente a la protección de la vida supone un «retroceso» a ideas ya superadas que consideraban el derecho al respeto y al honor más importante incluso que la vida⁵⁰. En esta interpretación, Herdegen pasa por alto que la *dignidad* y el *honor* son conceptos distintos. Más bien hay que considerar como retrógrado el reducir al ser humano a una mera existencia física⁵¹.

⁴⁶ KANT, cit., p. 426. Algo parecido señala el propio Kant en un ejemplo contenido en su artículo titulado: «Sobre un supuesto derecho a mentir por amor a la humanidad» (1797): «Aquel que miente, aunque lo haga para salvar la vida de un ser humano, causa una injusticia a la humanidad». De todo lo dicho se evidencia por tanto que, en principio, no resulta posible realizar diferenciaciones y reducciones de la prohibición absoluta de la tortura con respecto a un concreto caso, ya que de lo contrario no se trataría precisamente de una prohibición *absoluta*.

⁴⁷ BIELEFELDT (2007), cit., p. 10.

⁴⁸ WEILERT, cit., pp. 118-119.

⁴⁹ BIELEFELDT (2007), cit., p. 11; WEILERT, cit., p. 120.

⁵⁰ HERDEGEN, Matthias (2003): «artículo 1 Abs. 1», en: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günther, *Grundgesetz. Loseblatt Kommentar*, 42. Ergänzungslieferung, München: Verlag C. H. Beck, marginal núm. 22.

⁵¹ WEILERT, cit., p. 152.

Pues bien, tras haber sido expuesto, aunque sea de manera breve, lo que se entiende por «dignidad humana» en el sentido establecido por el artículo 1 apartado 1 GG, considerándose que se trata del valor jurídico más importante de la Norma Fundamental, a continuación se va a analizar hasta qué punto la tortura en general y la «tortura de rescate» en particular son acciones que un amplio sector doctrinal en Alemania considera que atentan precisamente contra la dignidad humana.

Son fundamentalmente los siguientes tres aspectos los que la mayoría de la doctrina alemana pone sobre la mesa para considerar que la tortura significa la completa y sistemática negación de la dignidad del ser humano.

Degradación a un objeto. De acuerdo con la fórmula desarrollada para circunscribir la dignidad humana, se suele poner de relieve que la utilización de la tortura degrada al ser humano a un mero objeto.⁵² Ciertamente, el ser humano se convierte en un «mero» objeto cuando su individualidad es completamente pasada por alto, algo que —contrariamente a lo que sucede con las medidas coercitivas de carácter procesal— ocurre en el caso de la tortura. La denominada «fórmula del objeto» (*Objektformel*), la cual procede de Dürig y que recuerda al principio *kantiano* de la finalidad en sí mismo que ostenta el ser humano, se presenta hasta el día de hoy —y a pesar del aumento de las críticas— como el intento más enérgico de interpretación a la hora de determinar aquellos menoscabos del ámbito de protección de la dignidad humana: «La dignidad humana resulta afectada cuando el sujeto en concreto se degrada a un objeto, a un simple medio, a una magnitud reemplazable»⁵³.

⁵² Véase al respecto: PAWLIK, cit., p. 35. Dicho autor parte acertadamente de la base de que la tortura da lugar a suprimir la personalidad de un sujeto debido al ataque físico-psíquico que se produce. De la misma opinión: SALIGER, cit., p. 47, el cual, apoyándose para ello precisamente en la terminología *kantiana*, considera que «[E]l sujeto torturado ya no constituye un fin en sí mismo, sino más bien un medio para otros y para la consecución de otro fin».

⁵³ DÜRIG, Günther (2003), «Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz», en: DÜRIG, Günther/MAUNZ, Theodor (eds.), *Grundgesetz. Sonderdruck*, München: Beck, marginal núm. 28. Hay que decir que el Tribunal Constitucional alemán [por ejemplo, BVerfGE 27: 1 (6)] y la jurisprudencia posterior han asumido esta fórmula para, entre otras cosas, determinar ataques al ámbito de protección del artículo 1, apartado 1, GG. Véase al respecto, haciendo precisamente referencia al caso «Jakob von Metzler»: BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, p. 657: «La utilización de la tortura transforma a la persona interrogada en un mero objeto de la lucha contra el crimen, lesionando su derecho social de respeto y valoración de su persona, protegidos constitucionalmente, y destrozando requisitos fundamentales de la existencia individual y social del ser humano».

Destrucción de la personalidad. A menudo, lo que se pretende con la tortura es quebrantar la conciencia de la víctima, destruyéndose por tanto su capacidad de autonomía. Tal y como al respecto señala Marx, «[a]l contrario de lo que sucede con la muerte de un sujeto, la tortura constituye un medio dirigido a lograr una disponibilidad continua de la psique del torturado; un medio que, yendo más allá de la inocuización del sujeto, pretende alcanzar de forma duradera su sumisión interna»⁵⁴. Este punto está estrechamente relacionado con la imagen del hombre contenida en la Constitución alemana, según la cual el ser humano es un ente ético-espiritual que por razón de su voluntad libre y su personalidad individual tiene la capacidad de conducir una vida determinada por sí mismo e integrarse en el entramado social según sus propias convicciones.

Quebrantamiento de la voluntad. Uno de los argumentos más habituales contra la tortura es aquel que señala que la misma atenta contra la dignidad humana al quebrantar la voluntad de la víctima. En relación al caso «Irlanda vs. Reino Unido»⁵⁵, la Comisión Europea de Derechos Humanos fundamentó la existencia de tortura al señalar que las cinco técnicas de interrogatorio empleadas por las fuerzas de seguridad británicas contra militantes del IRA, y dirigidas a desorientar, daban lugar a menoscabar la libre voluntad de las víctimas⁵⁶. Un quebrantamiento de la voluntad contrario a la dignidad humana se da cuando el objetivo es romper precisamente la voluntad interna del ser humano. Y algo así ocurre, por ejemplo, cuando a una persona se le infligen (o se le amenaza con infligirle) graves dolores de carácter físico o psíquico para que haga lo que se le exige. Por el contrario, una presión moderada (por ejemplo, imponiendo una multa coercitiva en el ámbito del Derecho administrativo) puede dar lugar a que un sujeto lleve a cabo una determinada conducta, pero con ello no tiene lugar un quebrantamiento de su voluntad interna e innata. La voluntad interna se quebranta por tanto en aquellos casos en los que el ser humano, al igual que una máquina, no puede actuar de una manera distinta, sino que debe ejecutar la acción que le ha sido ordenada, por ejemplo, la revelación de informaciones⁵⁷.

⁵⁴ MARX, Reinhard (2004): «Folter: eine zulässige polizeiliche Präventionsmaßnahme?», *Kritische Justiz*, vol. 37, p. 300.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 18 de enero de 1978.

⁵⁶ En concreto, las cinco técnicas de interrogatorio eran las siguientes: (1) el llamado «*wall-standing*» o colocación de pie contra una pared, (2) el «*hooding*» o el encapuchar al detenido; (3) la aplicación de un continuo sonido agudo; (4) la privación del sueño y (5) la reducción de comida y bebida. A través de estos métodos, las personas detenidas perdían la orientación y veían afectada su percepción sensorial.

⁵⁷ De esta opinión, entre otros: WEILERT, cit., p. 158.

Si por tanto hay que considerar que la tortura lesiona la dignidad humana de una manera fundamental, en ese caso hay que aclarar si existe la posibilidad de contemplar casos excepcionales, en los cuales la tortura no afectaría a la dignidad humana o, afectándola, su eventual aplicación conduciría a salvaguardar otros derechos fundamentales vinculados directamente a esa dignidad inherente al ser humano. En este punto entran en consideración situaciones excepcionales de prevención de peligros o de salvaguarda de derechos fundamentales que afectan a una, varias, o muchas personas; situaciones a las que ya se ha hecho referencia explícita al comienzo de este trabajo.

2.5 Excepciones

Si uno tiene presente las anteriormente mencionadas finalidades «clásicas» de la tortura y los métodos empleados para su consecución, de ello se desprende que los actos de tortura que históricamente podían encontrarse no perseguían ciertamente la salvación de personas que se hallaban en un peligro de muerte inminente, utilizando para ello medios moderados, como la propia amenaza de torturas. Tampoco se trataba de liberar de su fatal situación a las víctimas de un delito previo cometido por la persona destinataria de la violencia estatal. Según una valoración unánime de cualquier tipo de ética actualmente vigente, la tortura *clásica* perseguía más bien finalidades inaceptables, en parte incluso despiadadas, con medios en la mayoría de los casos igualmente despiadados que menoscababan de manera palmaria la dignidad del ser humano.

Ahora bien, una diferencia fundamental que afecta a casos como el que aquí se discute con respecto al clásico paradigma de la tortura es la existencia de una constelación triangular. Efectivamente, implicados en el caso «Jakob von Metzler» no solo están el Estado y la persona detenida, sino el propio Estado (representado por los agentes Daschner y Ennigkeit), la persona detenida (Magnus Gäfgen) y la víctima (el pequeño Jakob). El tener en cuenta y considerar esta relación de carácter triangular impide una imagen unidimensional dirigida exclusivamente a atender los derechos de la persona detenida, poniéndose y debiéndose colocar en cambio dichos derechos en relación con la necesaria protección de la víctima. De este modo, no solo se crea una base dogmática dirigida a considerar los derechos de la víctima de la acción cometida por el destinatario de la tortura estatal (o su amenaza), sino que al mismo tiempo se posibilita una diferenciación entre el caso «Jakob von Metzler» y, por ejemplo, la

forma de actuar de los EE. UU. contra sospechosos de terrorismo que se encuentran detenidos.⁵⁸

Pues bien, a partir de estas consideraciones, Trapp plantea la siguiente cuestión, la cual resulta sin duda relevante desde un punto de vista ético: «¿Puede el Estado ofrecer a un sujeto, el cual dolosamente y (por lo menos moralmente) de forma culpable y por motivos viles ha puesto a terceras personas en una situación de grave peligro para su vida, actuando solo o en coautoría con otras personas, la alternativa de, bien ayudar a eliminar esa situación de emergencia cumpliendo con su obligación de reparación con respecto a la/s víctima/s y de esta manera dando a la policía la información necesaria, bien obligarle a ello mediante la utilización de una coerción física que sin embargo no dañe su salud de forma duradera?»⁵⁹.

Formulada de esta manera, la cuestión que se acaba de plantear en el párrafo anterior contiene todos los factores *éticos* fundamentales, los cuales en su conjunto insinúan su inequívoca afirmación. Sin embargo, según la *situación jurídica* vigente actualmente en Alemania, esa misma cuestión debe ser contestada negativamente de forma tajante. En opinión de Trapp, esta solución jurídica planteada en último lugar, aplicada en los dos ejemplos característicos que sin duda concretarían la «situación de grave peligro» a la que se hace referencia en la pregunta formulada —a saber, el escenario del «*ticking-time-bomb*» y aquellos casos de secuestros con víctimas inocentes—, conduciría sin lugar a dudas a consecuencias éticamente escandalosas⁶⁰.

La situación legal vigente en la actualidad en el país germano obliga por decirlo así a que, llegado el caso, miles de víctimas deberían afrontar su muerte en el infierno de una explosión nuclear, o bien un niño o varios deberían sufrir una muerte por asfixia en el agujero donde se encuentran retenidos contra su voluntad, pero sin embargo no se le podría tocar ni un solo pelo al/los sujeto/s responsable/s de dichos actos que se niega/n a cooperar con la policía para eliminar esa situación de peligro. El origen de esta situación *legal* que para Trapp conduce a implicaciones en absoluto justificables desde un punto de vista *ético* reside en la prohibición legal absoluta de la tortura, unida a una definición extensiva del propio

⁵⁸ HERBST, Catarina Cristina (2011): *Die lebensrettende Aussageerzwingung*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, p. 32.

⁵⁹ TRAPP, Rainer (2006): *Folter oder selbstverschuldete Rettungsbefragung?*, Paderborn: Mentis Verlag, *passim*; EL MISMO (2006a), cit., p. 103.

⁶⁰ TRAPP (2006a), cit., p. 104.

concepto «tortura»⁶¹: Diversas normas contenidas en distintos Convenios internacionales, las cuales forman parte del Derecho interno alemán en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 GG, prohíben categóricamente cualquier acto de tortura o incluso su amenaza a través de funcionarios públicos; lo cual es también ratificado por normas del Derecho constitucional y policial.

En opinión de Trapp, lo que desde un punto de vista ético llama negativamente la atención es la siguiente «doble ceguera» que se desprende por ejemplo de la definición de tortura contenida en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984 (CAT, en lo sucesivo, por sus siglas en inglés)⁶²: (1) En primer lugar, la mencionada definición no realiza una distinción *ética* entre la utilización moderada de la violencia física, la cual no produce en el destinatario de la acción ningún tipo de secuelas corporales de carácter duradero, y aquellas formas de violencia excesiva de carácter cruel, las cuales conducen a graves y permanentes lesiones, mutilaciones, y en los casos más extremos incluso a la muerte del sujeto destinatario de las mismas. Por consiguiente, el artículo 1 CAT realiza una subsunción de innumerables métodos de coacción física en el mismo concepto de «tortura», lo que da lugar a que se equiparen *jurídicamente* conductas completamente distintas desde un punto de vista *ético*, algo que, según señala Trapp, contraviene los más elementales criterios de justicia; (2) En segundo lugar, el mencionado artículo 1 CAT denomina en su tenor literal no solo una forma de actuación («causación de dolores»), sino también, al mismo tiempo, su finalidad fundamental [«con el fin de obtener de ella [la persona torturada] 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 (...)]. Sin embargo, en la mencionada disposición no se aporta dato algu-

⁶¹ *Ibidem*, p. 105.

⁶² En este sentido, el artículo 1 apartado 1 CAT viene redactado en los siguientes términos: «A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas».

no sobre la finalidad última que se encuentra en el trasfondo de esa actuación, por ejemplo a quién puede ayudar la obtención de una información o una confesión; algo que desde un punto de vista *ético* resulta fundamental para valorarla⁶³.

Por tanto, la definición de tortura contenida en el artículo 1 CAT no diferencia entre aquella finalidad que puede consistir por ejemplo en coaccionar a una persona para que inculpe a un sujeto completamente inocente y este sea condenado a muerte, y aquella otra finalidad, completamente distinta, que puede tener como objetivo el liberar a una víctima inocente de una situación de grave peligro para su vida como consecuencia de una conducta anterior éticamente injustificable, y que ha sido cometida por un sujeto que se encuentra en dependencias policiales⁶⁴.

Precisamente esa falta de diferenciación en relación a los métodos de coerción física utilizados, así como con respecto a los objetivos de fondo que se persiguen al obligar a un sujeto a declarar, los cuales, como se ha visto, resultan relevantes desde un punto de vista ético, hacen que la definición de la tortura contenida en el mencionado artículo 1 CAT resulte para Trapp éticamente inaceptable⁶⁵.

No cabe duda de que la dignidad humana constituye un bien jurídico importantísimo desde una vertiente tanto jurídica como moral. Sin embargo, el colocar a la dignidad humana por encima de otro derecho fundamental, como por ejemplo la vida de una o varias personas imbuidas asimismo de dignidad, acarrea consecuencias absolutamente inaceptables desde un punto de vista ético. Franca-mente grotescas son las implicaciones de esa especie de «idolatría a la dignidad humana». La mera conducta consistente en colocar al (presunto aunque altamente sospechoso) autor de un delito frente a la alternativa de, bien facilitar la información que permita salvar la vida de la víctima de *su* delito, bien ser obligado a ello mediante

⁶³ *Ibidem*, pp.105-106.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 106.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 107. Para el mencionado autor, resultaría preferible extraer del concepto de tortura aquellos casos de obtención de una declaración mediante la fuerza cuando dicha actuación tiene como objetivo fundamental eliminar una grave situación de peligro para la vida de un sujeto (auxilio necesario), subsumiendo la misma en otro concepto distinto. En este sentido, la solución más sencilla según TRAPP pasaría por la introducción y definición objetiva de un término autónomo destinado a acoger aquellas conductas de obtención de una declaración mediante la fuerza cuando las mismas tienen como objetivo salvar la vida de personas inocentes, llegando incluso a proponer la siguiente acepción: «interrogatorio final de salvación originado por el propio sujeto» (*selbstverschuldete finale Rettungsbefragung*).

el uso de la fuerza, se considera desde una perspectiva jurídica una amenaza de tortura y con ello una lesión insoportable de la dignidad humana, algo que debe evitarse en todo caso, aun cuando ello conduzca a aceptar la muerte de miles de víctimas inocentes fruto de la acción del autor, o de un menor de once años encerrado en un minúsculo habitáculo. Por si esto fuera poco, también hay que resaltar la fijación unilateral en la dignidad del delincuente. No cabe duda de que el camino solitario hacia la muerte que debe emprender el sujeto que se encuentra retenido en un agujero contra su voluntad, o la muerte atroz de centenares de víctimas de un atentado terrorista, no pueden considerarse realmente formas dignas de acabar con la vida de seres humanos.

Cuando en la Ley Fundamental alemana se declara expresamente que la dignidad del ser humano es intangible y ello en relación a derechos fundamentales que son inalienables y de ningún modo pueden ser lesionados, entonces puede otorgarse a esas normas fundamentales un contenido de carácter deontológico, ya que a través de las mismas se prescribe la forma en la que cualquier persona debe comportarse incondicionalmente y sin excepción. Sin embargo, sería conceptualmente erróneo considerar que los derechos humanos garantizados constitucionalmente son inalienables e intangibles en el sentido de que cualquier persona dispone de esos derechos en todo caso y *en todas las situaciones* en las que se encuentra o pudiera llegar a encontrarse. En otras palabras: si bien los derechos humanos se establecen en el texto constitucional como absolutamente vinculantes, lo cierto es que las personas no pueden en modo alguno invocarlos en todas las circunstancias. Uno de esos casos es cuando esas mismas personas han infringido una norma y deben por decirlo así *soportar* las medidas o sanciones previstas por el ordenamiento.

Aplicados a las constelaciones de casos que se discuten en el presente trabajo, los argumentos expuestos en el párrafo anterior darían lugar a la siguiente aseveración: El terrorista extorsionador tiene por un lado jurídicamente reconocido su derecho a no declarar, pero por otro lado los habitantes de una ciudad que se encuentran amenazados por la eventual explosión de una bomba no solo tienen jurídicamente reconocido su derecho a la vida, sino también desde un punto de vista moral. Si se tiene en cuenta que ambas normas no pueden ser cumplidas al mismo tiempo, una ponderación moral de las consecuencias que trae consigo cada una de las acciones conduce a lesionar una de las normas para cumplir con la otra (*tragic choice*). De este modo, el derecho del autor del delito a no declarar podría lesionarse mediante la amenaza o incluso la utilización de la violencia en aquellos casos en los que aquel no está dispuesto a revelar el lugar

donde se encuentra escondida la bomba, posibilitando con dicha medida coactiva la salvación de las personas por él amenazadas⁶⁶.

2.6 ¿Dignidad contra dignidad?

Los defensores de la tortura de rescate asociada a constelaciones como el caso «Jakob von Metzler» plantean una cuestión de enorme calado desde un punto de vista ético. Efectivamente, partiendo de la posibilidad de *asignar* al (presunto pero altamente sospechoso) autor del secuestro un derecho a que se respete su dignidad como ser humano, ¿no puede defenderse al mismo tiempo la existencia de una dignidad con respecto a las víctimas que están sufriendo la acción delictiva de ese autor provisto de dignidad? ¿No cabría oponer o ponderar aquí la dignidad del autor frente a la dignidad de la/s víctima/s?

En realidad, no supone problema alguno construir constelaciones de casos en los cuales la dignidad humana del autor de un delito se contrapone a la dignidad de una, varias o un número considerable de víctimas inocentes. Para ello basta citar el caso expuesto en su día por Winfried Brugger, defensor acérrimo de la posibilidad de aplicar la tortura en determinados supuestos excepcionales⁶⁷: Un terrorista ha escondido en una ciudad una bomba química con una carga mortal, habiendo activado el detonador. La policía, una vez ha conseguido detener al terrorista, puede únicamente evitar la masacre «haciendo hablar» al eventual autor de la misma. ¿Por qué —se preguntan los partidarios de aplicar la tortura en este caso excepcional— debe prevalecer aquí la dignidad del terrorista por encima de la dignidad de un número indeterminado de víctimas inocentes? En opinión de Brugger, aquí se está delante de una contradicción valorativa (*Wertungswiderspruch*), la cual, desde una perspectiva ética, únicamente puede solucionarse en perjuicio del infractor (terrorista)⁶⁸.

Es evidente que a esta afirmación no se le pueden en principio oponer argumentos en contrario. Podría ciertamente decirse que, en realidad, la activación de la bomba contribuiría a amenazar la vida de las víctimas potenciales, no así su dignidad humana⁶⁹. Por tanto, en este caso no existiría un conflicto de bienes jurídicos de igual rango y

⁶⁶ En los mismos términos: WELDING, cit., pp. 225-226.

⁶⁷ BRUGGER (2000), cit., pp. 165-166.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 167-168.

⁶⁹ De esta opinión, entre otros: KRETSCHMER, Bernhard (2003): «Folter in Deutschland: Rückkehr einer Ungeheuerlichkeit?», *Recht und Politik*, p. 108; MERTEN, Jan O. (2003): «Folterverbot und Grundrechtsdogmatik — Zugleich ein Beitrag zur

de la misma naturaleza. Como se ha expuesto ya en párrafos anteriores, la dignidad humana —al contrario que sucede con la vida— constituye en Alemania un derecho fundamental de carácter intangible, por lo que estaría situado por encima de la vida del ser humano. Pero incluso cuando uno considera que la muerte cruel de cientos de personas a causa de una bomba química no supone que se menoscabe su dignidad como seres humanos, el supuesto que sirve de base para las siguientes reflexiones se podría según Roxin modificar de la siguiente manera: Piénsese por ejemplo que la persona detenida se niega a decir a la policía, no dónde se encuentra la bomba, sino el lugar donde un compinche está torturando a una víctima inocente para que esta le facilite la combinación de una caja fuerte. Para el maestro alemán, en este concreto caso la policía debería torturar al sujeto detenido para con ello preservar a la víctima de la tortura que está sufriendo. Aquí no puede por menos que afirmarse sin ambages la existencia de un menoscabo de la dignidad humana tanto del autor de la conducta motivo de las torturas como de la víctima que teóricamente posee la combinación de apertura de la caja fuerte⁷⁰. Es decir, se estaría claramente ante una constelación «dignidad contra dignidad».

Visto desde una perspectiva formal hay que decir por tanto que la obligación del Estado de no lesionar la dignidad humana de un delincuente puede entrar en colisión con la obligación, también estatal, de salvaguardar la dignidad de la/s víctima/s. En opinión de Roxin, esta particular constelación sugiere en principio la admisión excepcional de la utilización de la tortura: Si llegado el caso se debe atender contra la dignidad de un sujeto, por lo menos que sea la del secuestrador o del terrorista⁷¹. Sin embargo, el propio Roxin critica de forma vehemente este punto de vista. Efectivamente, el maestro alemán pone en claro que el ataque llevado a cabo por un determinado sujeto contra la dignidad humana de la víctima no legitima al Estado para, a su vez, atacar la dignidad humana del autor. El hecho de que el Estado no se ponga al mismo nivel que el delincuente muestra sin duda la superioridad jurídica y moral del primero⁷².

En parecidos términos, la Audiencia Provincial de Frankfurt a. M., encargada de enjuiciar la actuación de los agentes Daschner y

aktuellen Diskussion um die Menschenwürde», *Juristische Rundschau*, núm. 10, p. 407.

⁷⁰ ROXIN (2006), cit., pp. 208-209.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 208-209.

⁷² ROXIN, Claus (2005): «Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?», en: ARNOLD, Jörg, et al. (eds.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München: C. H. Beck, p. 466.

Ennigkeit⁷³, se ocupó también de manera exhaustiva en su sentencia sobre la cuestión relativa a si la renuncia a aplicar la tortura contra el autor del secuestro o incluso su amenaza no constituía al mismo tiempo una lesión de la dignidad humana de la víctima. Para ello, el Tribunal hizo referencia a casos límite como los representados por ataques de naturaleza terrorista, en los cuales la protección de la dignidad del autor se encontraría confrontada con la protección de la vida y de la dignidad de miles de personas expuestas a una muerte casi segura⁷⁴. Pues bien, también la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Frankfurt vio claro el vigente marco legal, el cual prohíbe de manera absoluta tanto la aplicación de la tortura como su amenaza, aunque eso sí, valoró de forma paralela los casos excepcionales objeto de discusión como teóricos supuestos límite, los cuales posiblemente chocan con las fronteras de la jurisprudencia en lo referente a su clasificación en una zona gris de carácter jurídico⁷⁵. Para los magistrados de la citada Sala, en aquellos casos donde la posibilidad de elección entre los distintos medios con los que cuenta el Estado para cumplir con su obligación de protección frente a los ciudadanos se constriñe a un único medio, solo puede elegirse aquel cuya aplicación se encuentre en armonía con la Constitución.

Ahora bien, ¿no podría llegar a afirmarse que la dignidad humana tiene limitaciones inherentes desde un punto de vista ético? Con respecto al caso que es objeto de análisis en el siguiente trabajo, la pregunta podría formularse de la siguiente manera: ¿cómo responde el Estado por la dignidad humana de la víctima del secuestro que, encerrada en un cuarto pequeño o en un zulo en medio del bosque, podría morir lenta y dolorosamente de sed e inanición? ¿Por qué el ordenamiento legal debe dar más valor a la dignidad del delincuente *culpable* que a la de la víctima *inocente*? ¿No es el secuestrador responsable del ataque y, por tanto, de sus consecuencias, incluso hasta el extremo de poder ser sometido a tortura? Después de todo, ¿no es él quien controla la situación y no es él quien podría evitar la

⁷³ Baste señalar aquí que en Sentencia dictada el 20 de diciembre de 2004, el *Landgericht* Frankfurt a. M. consideró al agente de policía Ortwin Ennigkeit responsable de un delito de coacciones, mientras que Wolfgang Daschner fue declarado culpable de la comisión de un delito de inducción a un subordinado a cometer un delito de coacciones. Ambos agentes fueron condenados penalmente a una sanción de amonestación con reserva de pena.

⁷⁴ LG Frankfurt a. M., *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, p. 694. Véase también: PRANTL, Heribert (2006): «Sicherheitsfolter — Die diabolische Potenz der Angst in der Politik — und ihre gefährlichen Folgen», *Süddeutsche Zeitung*, edición de 11/12 de marzo.

⁷⁵ LG Frankfurt a. M., *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, p. 695.

amenaza física simplemente proporcionando la información requerida, mientras que la víctima no tiene ninguna otra opción que la de esperar a ser rescatada?

A partir de estas consideraciones, un sector doctrinal considera de forma acertada que en realidad no existe ninguna razón convincente para excluir *a priori* la justificación de una lesión de lo establecido en el artículo 1 apartado 1 GG cuando se trata de proteger la dignidad humana de otro sujeto de derecho. Así, por ejemplo, en casos de secuestro puede pensarse en situaciones en las que las fuerzas de seguridad (o los allegados de la víctima) se encuentran ante la alternativa de, bien lesionar la dignidad del secuestrador, bien dejar perdurar una lesión de la dignidad humana de la víctima del secuestro imputable al autor del mismo, y que muy probablemente puede acarrear la muerte de aquélla. En opinión de Wittreck, aquí —y solo aquí— podrían *posiblemente* considerarse como legítimas aquellas injerencias en la integridad del autor en el sentido de una colisión de obligaciones justificada⁷⁶.

A modo de conclusión se puede entonces afirmar que el dogma relativo a la imponderabilidad de la dignidad humana resulta por lo menos insostenible desde una perspectiva ética, necesitando por tanto de una limitación cuando en el caso concreto se debe tener también en cuenta la dignidad humana de la víctima de la acción delictiva llevada a cabo por el destinatario de la violencia estatal⁷⁷.

2.7 *Obligación de respeto vs. obligación de protección*

Como ya se indicó en un epígrafe anterior, el artículo 1 GG declara solemnemente la intangibilidad de la dignidad del ser humano, señalando a continuación que «su respeto y su protección constituye un deber de todas las instituciones del Estado».

Poniendo en relación lo establecido en el artículo 1 GG con supuestos límite como el representado por el caso «Jakob von

⁷⁶ WITTRICK, Fabian (2003): «Menschenwürde und Folterverbot — Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbarkeit des artículo 1 Abs. 1 GG», *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 21, p. 882.

⁷⁷ De la misma opinión: GÖSSEL, Karl Heinz (2007): «Enthält das deutsche Recht ausnahmslos geltende, «absolute» Folterverbote?», en: DANNECKER, Gerhard, *et al.* (eds.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Berlin: Carl Heymanns Verlag, p. 60; WAGENLÄNDER, Georg (2006): *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter*, Berlin: Duncker&Humblot, pp. 199-200; WITTRICK, cit., p. 882.

Metzler», la cuestión a resolver es si el *respeto* de la dignidad del (presunto) secuestrador del pequeño Jakob debería gozar de prioridad con respecto a la *protección* de la dignidad de la víctima del secuestro, tal y como en principio parece deducirse del tenor literal del mencionado precepto constitucional. Y ello dando por sentado que con respecto al menor de 11 años, la acción cometida por su secuestrador daba lugar a menoscabar su dignidad como ser humano.

Quien de manera estrictamente formal afirma que el Estado debe únicamente proteger la dignidad humana siempre y cuando ello no de lugar a menoscabar la dignidad humana de otro sujeto, es evidente que no logrará convencer a los partidarios de permitir la tortura en casos excepcionales. Estos últimos afirmarán justamente lo contrario: La obligación estatal de respetar la dignidad humana únicamente alcanza a aquellos supuestos en los que al mismo tiempo no se omite la protección de la dignidad de otros⁷⁸.

Para un sector doctrinal, el respeto (*Achtung*) de la dignidad del ser humano, así como su protección (*Schutz*), tal y como le han sido impuestas al Estado en virtud del artículo 1 apartado 1 GG, son obligaciones que tienen el mismo rango constitucional y se encuentran reguladas con el mismo valor una al lado de la otra. Por tanto, según esta interpretación, la obligación de respeto no goza de prioridad alguna⁷⁹. Ambas obligaciones del Estado se encuentran contenidas en una norma de derechos fundamentales que no conoce de una reserva de ley. Pues bien, cuando el Estado no está en disposición de cumplir con una de las dos obligaciones sin al mismo tiempo evitar la lesión de la otra, se plantea la pregunta de cómo puede resolverse ese conflicto y de si se puede realmente solucionar. El considerar que el derecho del sujeto detenido a que se respete su dignidad humana tiene un carácter absoluto —tal y como defendió en su día la Audiencia Provincial de Frankfurt— supone contradecir la Norma Fundamental, la cual, en el repetido artículo 1 apartado 1, frase 2, GG, considera que las obligaciones de respeto y de protección de esa misma dignidad humana gozan del mismo rango.

Trasladando esta argumentación a los sucesos de Frankfurt del año 2002, podría en principio decirse que en el caso de la víctima (Jakob von Metzler) se está delante de una forma cualificada de le-

⁷⁸ Véase al respecto: ROXIN (2006), cit., pp. 208-209, con bibliografía complementaria.

⁷⁹ De esta opinión, haciendo referencia expresa al caso «Jakob von Metzler»: GÖRZ, Heinrich (2005): «Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 14, p. 956; WITTECK, cit., p. 880.

sión de su dignidad humana, ya que tanto su derecho a la vida como también las circunstancias *indignas* de su encierro deben ser tenidas en cuenta. Al mismo tiempo debe lógicamente también incluirse en la ponderación de bienes la amenaza de tortura al sospechoso del secuestro (Magnus Gäfgen) para con ello conseguir la información relativa al paradero del niño secuestrado. No obstante, la importancia de esta segunda lesión de un derecho fundamental queda relativizada si se tiene en cuenta que el (presunto) autor podía sustraerse a dicha coerción física si revelaba el lugar donde se encontraba retenido el pequeño Jakob, debiendo también considerarse que dicha declaración no le supondría perjuicio procesal alguno, ya que la misma no podría ser valorada posteriormente en juicio a partir de lo previsto en el § 136a, apartado 3, frase, 2 StPO. Por consiguiente, y al contrario que en el caso de la víctima del delito, Magnus Gäfgen podía por sí mismo y sin perjuicio alguno llevar a cabo aquellas acciones necesarias dirigidas a proteger su dignidad. A partir de estos argumentos, este primer sector doctrinal considera que en el concreto caso que se analiza, la dignidad humana de la víctima se encontraba considerablemente más afectada que la del autor, de modo que una coerción física inmediata contra el autor el delito con el objetivo de conseguir la información necesaria para salvar la vida de un ser humano no puede en modo alguno considerarse como una lesión de un derecho fundamental. El ámbito de respeto de la dignidad humana del autor *ex* artículo 1 GG quedaría por consiguiente restringido en una situación como la descrita⁸⁰.

Desde un punto de vista ético habría que considerar por tanto que el artículo 1 apartado 1 GG fundamenta para el Estado no solo la prohibición de tratar a una persona detenida de forma que se lesione su dignidad, sino que al mismo tiempo establece una obligación de protección frente a aquellos sujetos que ven lesionada su dignidad como consecuencia de la actuación de terceras personas.

⁸⁰ En sentido semejante: BRUGGER (2000), cit., p. 169; ERB, Volker (2005a): «Nothilfe durch Folter», *Jura*, núm. 1, pp. 26-27; HERDEGEN, cit., marginal núm. 45. Los primeros planteamientos en torno a esta problemática pueden ya encontrarse en una fase temporal anterior a la actual discusión en torno a la tortura. Así, fue VON WINTERFELD quien, en el año 1972, formuló la idea de que con respecto a determinadas tipologías de autor y concretas figuras delictivas, una actuación que normalmente supondría un ataque a la dignidad del ser humano no contravendría sin embargo lo previsto en el artículo 1 apartado 1 GG. En lo relativo a la problemática en torno a la admisión del disparo mortal final por parte de la policía, el mencionado autor escribía lo siguiente: «El portador de una dignidad intangible solo puede ser un individuo cuya existencia personal respeta los valores fundamentales del orden estatal». Véase: VON WINTERFELD, Achim (1972): «Der Todesschuß der Polizei», *Neue Juristische Wochenschrift* 1972, p. 1883.

Por consiguiente, en la situación descrita se enfrentan la dignidad de una persona imputada y la dignidad de la víctima de un delito, de forma que ambos bienes jurídicos pueden y deben ser ponderados entre ellos.

Esta solución basada en la ponderación de intereses (*Abwägungslösung*), parte de la consideración de que la tortura en realidad supone una lesión de la dignidad humana, pero que, al mismo tiempo, el Estado viene obligado en virtud del artículo 1 GG a proteger la dignidad de sus ciudadanos. Por lo tanto, la obligación de respetar la dignidad humana y la obligación de protegerla serían dos conductas equivalentes situadas al mismo nivel. Aplicado este postulado al caso del secuestro explicado anteriormente, únicamente podría cumplirse con el deber de respeto o con el de protección, es decir, debería inevitablemente llevarse a cabo una ponderación de derechos, eligiendo razonablemente el derecho preponderante en el caso concreto: La vida de la víctima de un secuestro, unida a su dignidad como ser humano, constituyen un valor superior a la integridad física y psíquica, así como la dignidad del secuestrador. Por lo tanto, la tortura de rescate sería en este caso una medida conforme a derecho, y ello a pesar de la prohibición general de la tortura⁸¹.

Para un segundo sector doctrinal resulta del todo punto equivocado el argumento según el cual el Estado se encuentra en una situación de conflicto al lesionar la dignidad del niño que se encuentra en peligro si no se decide a menoscabar mediante la tortura la dignidad del autor. La razón estriba en que del tenor literal del artículo 1 GG no puede en modo alguno deducirse que la protección de la dignidad de la víctima debe anteponerse, siempre y en todo caso, al respeto de la dignidad del autor; y ello aunque dicho autor se haya trasladado voluntariamente a una situación éticamente reprochable⁸². Por tanto, en caso de conflicto debe prevalecer siempre la obligación de respeto por encima de la obligación de protección. Ello se deduce en parte —cimentado desde un punto de vista histórico— del orden en que ambos conceptos aparecen enunciados en el artículo 1 apartado 1, frase 2, GG. Con todo, Classen considera que son más bien

⁸¹ GÖSSEL, cit., pp. 54-55; WAGENLÄNDER, cit., pp. 199-200. Este último autor fundamenta su punto de vista en el argumento según el cual el artículo 1 apartado 1 GG aplica el concepto «intangible» de manera funcional tanto a la obligación de respeto como a la de protección, de modo que la obtención de una declaración mediante la fuerza para con ello salvar la vida de la víctima estaría justificada por razón de la mayor gravedad de la amenaza contra la dignidad de esta última.

⁸² Véase en este sentido: CLASSEN, Claus Dieter (2009): «Die Menschenwürde ist —und bleibt— unantastbar», *Die Öffentliche Verwaltung*, pp. 694-695; KRETSCHMER, cit., p. 108.

razones objetivas las que hay que tener en cuenta. La obligación de *respeto* (*Achtung*) contiene en sí misma una orden de omisión: El Estado debe abstenerse de realizar cualquier acción que podría conducir a lesionar la dignidad de un ser humano. Aquí se está por tanto delante de menoscabos de la dignidad humana atribuibles de forma directa al Estado. En cambio, en la obligación de protección (*Schutz*) se está delante de un mandato consistente en una actuación positiva dirigida a garantizar que no se produzcan violaciones de la dignidad humana, las cuales en este caso no se atribuyen al (propio) Estado, sino más bien a otras personas (delincuentes) o a otros Estados (por ejemplo, en los casos de extradición). Esta distinta medida de la responsabilidad estatal —existiendo la misma en un caso de forma directa, mientras que en otro solo de forma indirecta— se opone ciertamente a la consideración de una eventual equivalencia entre ambas obligaciones; eso sí, siempre y cuando se trata de proteger la dignidad humana⁸³.

En opinión de Kretschmer, en el caso «Jakob von Metzler» (y en otros semejantes), no existe en realidad ningún tipo de conflicto con respecto a la dignidad humana, ya que, de manera equivocada, la vida se pone en pie de igualdad con la dignidad. Lo que hace el mencionado autor es considerar que los sufrimientos a los que eventualmente puede verse expuesta la víctima del secuestro para nada afectan a su dignidad como ser humano. Si el Estado se abstiene de aplicar una tortura que probablemente salvaría una vida, en ese caso no menosprecia la dignidad del niño. Justo lo contrario: No existe en modo alguno una obligación de protección por parte del Estado para conservar la vida de un ser humano que se encuentra amenazada, lesionando para ello la dignidad de un determinado sujeto⁸⁴.

⁸³ CLASSEN, cit., pp. 694-695.

⁸⁴ KRETSCHMER, cit., p. 108. Para el mencionado autor, si uno quisiera otorgar al Estado el quebrantamiento de ese tabú, en ese caso se resolvería de un plumazo el problema de la falta de transplantes, siendo por ejemplo posible no solo el consecuente acceso a todas las personas muertas portadoras de órganos aprovechables, sino que también podrían imponerse por la fuerza transfusiones, incluso llegado el caso la donación de un riñón por parte de una persona viva. Es indudable que esta última medida afecta a la dignidad del «donante». Pero por otro lado se encontraría la dignidad del sujeto enfermo, la cual debería ser protegida por el Estado. Y teniendo en cuenta que con respecto a este último se encuentra en juego su vida, con respecto al «donante» en cambio únicamente la integridad corporal, la solución de esta ponderación de bienes resultaría clara y diáfana. Lo que en este caso olvida KRETSCHMER es que, a diferencia del «donante», la persona contra la cual el Estado aplica la denominada «tortura de rescate» es responsable de una actuación que pone en peligro la vida de la víctima que se intenta proteger, siendo aquella la única capacitada para evitar esa situación de peligro actual.

En parecidos términos, Roxin considera que la obligación de respeto de la dignidad humana existe en realidad de forma ilimitada, mientras que la obligación de protección de esa misma dignidad existe únicamente dentro del marco legal permitido. Allí donde la protección de la dignidad humana solo puede llevarse a cabo a través de la lesión de esa misma dignidad, entonces esa obligación de protección no puede en ningún caso ser cumplida⁸⁵. Por consiguiente, Roxin considera que la obligación estatal de respeto de la dignidad humana (*Achtungspflicht*) está por encima de la obligación (estatal) de protección (*Schutzpflicht*). De realizarse una interpretación contraria, ello daría lugar a abrir de par en par las puertas a una reintroducción de la tortura estatal, la cual en general podría ser utilizada para reprimir actividades constitutivas de una amenaza para la vida. Por otro lado, Roxin rechaza también de plano la solución basada en la ponderación de intereses: Aun considerando la posibilidad de una eventual ponderación, ello no sería posible en ningún caso ya que las numerosas prohibiciones de la tortura no solo no admiten una excepción, sino que más bien excluyen de forma expresa cualquier tipo de excepción. Así, por ejemplo, cuando el artículo 2 apartado 2 CAT señala que «[E]n 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», entonces no puede en modo alguno afirmarse que en las circunstancias excepcionales existentes en el caso «Jakob von Metzler» debería admitirse la utilización de la tortura⁸⁶.

Es evidente que el Estado tiene la obligación de proteger a aquellos ciudadanos que eventualmente pueden ser víctimas de una acción delictiva. En muchos aspectos, esa obligación constituye incluso una de las *raisons d'être* del Estado. Pero al mismo tiempo también resulta un elemento constitutivo del Estado de Derecho el que el Estado solo puede cumplir con sus obligaciones —entre ellas la protección de sus ciudadanos— con los medios que le proporciona su ordenamiento jurídico-constitucional⁸⁷. Por tanto, resulta indudable que cuando en una concreta situación el Estado se decide a utilizar la tortura, en ese caso abandona siempre y en todo caso el ámbito del Derecho.

⁸⁵ ROXIN (2006), cit., p. 208.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 208-209.

⁸⁷ En parecidos términos: PRITZWITZ, Cornelius (2008): «Strafwürdigkeit und Strafbarkeit von Folter und Folterandrohung im Rechtsstaat», en: PUTZKE, Holm, et al. (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebenzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen: Mohr Siebeck, p. 537.

2.8 Posicionamiento de la doctrina científica germana en torno a la «tortura de rescate»

Hay que decir que fue Jeremy Bentham el primer autor que, hacia el año 1770, se posicionó a favor de admitir la tortura en casos excepcionales, proponiendo al respecto la observación de unas estrictas reglas —sobre todo de carácter material— respetadas las cuales podría llegar a admitirse la tortura por parte del sistema penal de manera excepcional, si bien limitando su aplicación a una serie de delitos de especial gravedad⁸⁸. Para el mencionado autor, los supuestos susceptibles de justificación debían quedar limitados a los casos en que o bien se exige a alguien que haga algo que el interés público requiere y que, con seguridad, está en su mano realizar, o bien se le obliga a algo que probablemente, aunque no con certeza, puede hacer, y que, por ser tan grande el interés público involucrado, de omitirlo estaría justificada la imposición de un sufrimiento, pues el peligro derivado de su inactividad sería mayor que el de que una persona inocente sufriera el grado mayor de sufrimiento que puede ser impuesto por una tortura de la clase y cantidad permitida⁸⁹.

Las interesantes y hasta sorprendentes apreciaciones de Bentham sobre la tortura podrían entrar en consideración a la hora de plantear la posible justificación excepcional de aquella (amenaza de) tortura dirigida a la obtención de una información como medio para procurar la salvación de importantes bienes jurídicos en peligro de lesión inminente, como en principio ocurría en el caso «Jakob von Metzler».

Tal y como indican William L. y P. E. Twining en su comentario a los escritos de Bentham, no cabe duda de que en el ejemplo extremo del detenido X que ha colocado una bomba explosiva que va a explotar de un momento a otro y que se niega a indicar a la policía dónde se encuentra aquella —ejemplo frecuentemente planteado en alguna de sus variantes para discutir el problema de la posible justificación excepcional de la tortura— su aplicación resultaría plenamente admisible desde la perspectiva *benthamiana*, si: (1) la prueba de que el sujeto dispone de la información relevante fuera de entidad

⁸⁸ BENTHAM, Jeremy (sin fecha): «Of torture», *Bentham Manuscripts*, University College London 46/63-70; BENTHAM, Jeremy (sin fecha): «Of Compulsion and herein of Torture», *Bentham Manuscripts*, University College London, 46/56-62. Ambos manuscritos se encuentran reeditados en: TWINING, William L./TWINING, P. E. (1993): «Bentham on Torture», *Jeremy Bentham: Critical Assessments*, (Ed. Bhikhu PAREKH), vol. II, London: Routledge, pp. 512-565.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 519.

bastante como para condenarle en juicio; (2) hubiera suficientes razones para creer que diría la verdad si se le amenazara con la tortura o, en su caso, si se le torturara; (3) concurrieran igualmente elementos suficientemente demostrativos de que: a) ningún otro medio lograría compelerle a decir la verdad; b) la rápida obtención de la información permitiría desactivar a tiempo el artefacto; c) el posible daño individual causado a las víctimas sería en cualquier caso muy superior al producido sobre el detenido con la tortura; d) de la aplicación de la tortura no habría que inferir (por ejemplo, por represalias de los compañeros de X) consecuencias peores que el daño potencialmente derivado de la explosión de la bomba⁹⁰.

Ciertamente raros son los supuestos en los que cabría considerar que concurren todos estos requisitos, si bien no hay duda de que, de reunirse (incluso solo algunos de ellos), no serían pocos los dispuestos a admitir la licitud de la aplicación puntual de la tortura, tal vez hasta la eventual posibilidad de su institucionalización.

Sin embargo, el hecho de que hasta en un caso extremo como el considerado resultaría prácticamente imposible el cumplimiento de los requisitos que, teóricamente, podrían justificar la tortura en cuanto supuesto mal menor, la dificultad de articulación de auténticos sistemas de control y respeto de las salvaguardias establecidas frente a este «cáncer» que se apodera progresivamente del cuerpo social llevándolo a su destrucción, el riesgo tan grande de abusos, dada la seguridad de que, abierta una pequeña puerta a la posibilidad de aplicación de la tortura, ningún Estado se retraería de su uso y difícilmente podría controlarse este con corrección, aconseja, sin embargo, una gran cautela en la decisión.

Si a esto se unen las objeciones que pueden suscitarse desde perspectivas ético-jurídicas a las que repugna el tratamiento de las personas como medios y no como fines en sí mismas, o centradas en el absoluto menosprecio que un empleo hasta incluso excepcional de la tortura supone de la integridad del sistema procesal y hasta del propio proceso democrático, cuyos valores fundamentales (derecho a no declarar contra sí mismo, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*...) lesiona y destruye, no cabe, en opinión de De la Cuesta Arzamendi, otra solución —para con ello evitar toda duda al respecto— que obrar por una normativa expresa de prohibición incondicional, que elimine toda posibilidad de justificación de la

⁹⁰ W. L. and P. E. TWINING (1993): «Bentham on Torture», *Jeremy Bentham: Critical Assessments*, (ed. Bhikhu Parekh), (II), London, Routledge, 1993, p. 514.

tortura, incluso excepcional y puntual⁹¹. Sin embargo, como se verá a continuación, dicha controversia dista mucho de estar solucionada de manera definitiva en el caso de Alemania.

En el país germano, el discurso ético-filosófico sobre la cuestión relativa a la prohibición o admisión de la tortura comenzó a mediados de la década de 1970. Así, el entonces Presidente del *Land* de Baja Sajonia, Ernst Albrecht, publicó en el año 1976 una monografía titulada «El Estado. Idea y realidad. Fundamentos de una filosofía estatal». En la misma, su autor defendía la opinión de que la tortura podría resultar *moralmente obligatoria* para prevenir una acción terrorista. Para ello, Albrecht se servía de un experimento de carácter ideal al cual se suele acudir a menudo, y mediante el que se podía crear un escenario susceptible de relativizar la prohibición absoluta de la tortura. Así, se trataba de plantear una situación de grave peligro —por ejemplo, la amenaza con utilizar armas de destrucción masiva— a partir de la cual debía considerarse que la aplicación de medidas encuadrables dentro de la tortura constituía el único y último medio para conjurar esa situación de peligro. En concreto, Albrecht presentaba en su trabajo el caso siguiente: «Si por ejemplo se confirmara que un determinado círculo de personas dispone de modernas armas de destrucción masiva y que está dispuesto a utilizarlas con finalidades delictivas en un plazo corto de tiempo, y teniendo en cuenta, además, que este propósito solo puede ser desbaratado si se consigue descubrir a tiempo el lugar donde se encuentran esas personas, en ese caso puede resultar necesario desde un punto de vista ético el obligar incluso con la tortura a que un miembro del mencionado círculo de personas facilite esa información, siempre y cuando ésa sea realmente la única posibilidad de impedir ese crimen indecible»⁹². Como puede fácilmente adivinarse, aquí se está delante de una constelación típica donde podría ubicarse la denominada «tortura de rescate».

En un contexto como el descrito, Albrecht considera que uno no podría sino hacer aquello que en principio se encuentra prohibido

⁹¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (1989): «¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional», en: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *et al.* (comp.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, pp. 703-704. Lo cual, para el mencionado autor, no excluye, sin embargo, que en los supuestos en que de la rigurosa aplicación de la ley resulte penado lo que a juicio del Tribunal no debiera serlo, puedan emplearse los mecanismos conocidos por toda la legislación penal (incluso hasta la proposición de medidas de gracia) para con ello evitar la sanción.

⁹² ALBRECHT, Ernst (1976): *Der Staat — Idee und Wirklichkeit. Grundzüge einer Staatsphilosophie*, Stuttgart-Degerloch: Seewald, p. 174.

y que a la vez constituye un tabú, a saber, aplicar la tortura. Se trataría así fundamentalmente de «una verdadera decisión de carácter ético, de una ponderación de valores con el objetivo de reconocer y cumplir con el valor posiblemente máximo, es decir, lo bueno»⁹³. Lo sorprendente del caso es que Albrecht no reclamaba dicha exigencia en la sección dedicada a analizar el «Estado real», sino más bien en aquella destinada a presentar el «Estado ideal». A partir de lo explicado, el mencionado autor afirma en su obra la posibilidad de contemplar la necesidad extralegal de torturar, más allá por tanto de los postulados del Derecho constitucional. En supuestos excepcionales como los descritos, esta necesidad u obligación aparecería como una forma de «moralidad» (*Sittlichkeit*) no susceptible en principio de ser legitimada, pero que con una evidencia incontestable probaría la conveniencia de relativizar la prohibición de torturar. En opinión de Albrecht, en estos casos no cabría por tanto otorgar a la dignidad del ser humano el peso que los textos legales le atribuyen⁹⁴. Hay que decir que, posteriormente, y en reacción a una campaña en su contra iniciada por parte de la sección alemana de Amnistía Internacional, Albrecht decidió retirar los pasajes comprometidos de su obra en una segunda edición de la misma.

Pues bien, veinticinco años más tarde, el profesor de Filosofía del Derecho y de Derecho Constitucional en la Universidad de Heidelberg, Winfried Brugger, defendió en un artículo publicado en la prestigiosa revista *Juristenzeitung* la tesis según la cual los ciudadanos amenazados por una acción terrorista tenían un *derecho subjetivo a utilizar la tortura* —bien directamente, bien a través de las fuerzas policiales— contra aquellos sospechosos detenidos por la policía a los que se les imputaba por lo menos una complicidad con los verdaderos autores de la acción terrorista, y ello en el caso de que mediante su declaración se pudiera realmente conjurar la amenaza⁹⁵.

En concreto, los casos que Brugger puso sobre la mesa para justificar la admisión de la «tortura de rescate» presentaban las siguientes características: «Existe un (1) claro, (2) inmediato, (3) y considerable peligro para (4) la vida y la integridad física de una persona inocente. (5) El peligro ha sido causado por un sujeto que ha sido identificado. (6) Ese sujeto es la única persona que puede eliminar el peligro si decide retornar a los límites del derecho (...) (7) algo a lo que ese sujeto se encuentra obligado. (8) La aplicación de la

⁹³ *Ibidem*, p. 174.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 174.

⁹⁵ BRUGGER (2000), cit., p. 171.

coacción física se presenta como el único medio que permite abrigar esperanzas de cara a conseguir la información»⁹⁶.

El propio Brugger niega rotundamente que su teoría conduzca a un debilitamiento general de la prohibición de la tortura, sino a justamente a lo contrario: «mediante la especificación y extracción de un grupo de casos, en los cuales la prohibición absoluta de la tortura conduciría a resultados absurdos e injustos, en definitiva, a un “escándalo ético”», lo que se conseguiría sería fortalecer la mencionada prohibición⁹⁷. En opinión de este autor, una prohibición absoluta de la tortura resulta «injusta» en casos por ejemplo de amenaza terrorista de grandes dimensiones. El mantener dicha prohibición conlleva a minar la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico concebido como un sistema de libertad y seguridad recíprocas. En determinadas constelaciones de casos se está delante de una «integridad corporal frente a otra integridad corporal y a una dignidad contrapuesta a otra dignidad». Y cuando un conflicto de estas características no se puede solucionar de otro modo, entonces el Estado, en caso de duda, y como último recurso, debería anteponer los intereses de la víctima por encima de los del autor⁹⁸. En este sentido, Brugger establece la existencia de lo que él denomina «vacío de valoración» (*Wertungslücke*) en la metodología jurídica⁹⁹. Para Brugger, un vacío valorativo puede vislumbrarse claramente en el ejemplo del «*ticking time bomb*», ya que mientras que el Derecho vigente permite al Estado acabar con la vida de un sujeto en determinadas situaciones que se van a analizar a continuación, en cambio en el escenario presentado por Brugger, ese mismo Estado «se coloca de parte del infractor»¹⁰⁰. En consecuencia, dicho autor pretende cerrar ese existente vacío valorativo abogando en favor de la «tortura de rescate», decidiéndose acudir para ello al principio de la efectiva prevención de peligros.

En opinión de Brugger, la a primera vista clara prohibición de la tortura se encuentra sin embargo en evidente contradicción

⁹⁶ *Ibidem*, p. 167.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 171-172.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 169.

⁹⁹ Bajo el concepto de «vacío de valoración» o «vacío de evaluación» (*Bewertungslücke*) se encuentra comprendida una constelación en la cual el ordenamiento jurídico pone a disposición una determinada norma, llevando a cabo por consiguiente una determinada valoración jurídica, la cual sin embargo contradice a otra norma del ordenamiento jurídico. Este «vacío valorativo» podría superarse jurídicamente a través de una «reducción teleológica» del ámbito de aplicación de la norma. Véase al respecto: BRUGGER (2000), cit., pp. 165 y 167.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 169.

con otras reglas pertenecientes a la normativa policial, las cuales en ocasiones permiten amplias e intensas injerencias en la esfera jurídica de los autores de conductas delictivas. En este sentido, la contradicción más grave sucede con la admisión en Alemania del denominado «disparo mortal final» o «disparo de rescate final» (*finaler Rettungsschuss*), al cual ya se hizo referencia al comienzo del presente trabajo: la muerte por ejemplo de un secuestrador para salvar la vida de los rehenes. En este sentido, el § 54, apartado 2, de la Ley de Policía del *Land* de Baden-Württemberg señala lo siguiente: «Un disparo que casi con toda seguridad producirá la muerte solo resulta admisible cuando aquel constituye el único medio para reprimir un peligro actual para la vida o bien un peligro actual de una lesión grave de la integridad corporal». Pues bien, en opinión de Brugger, en la situación descrita se ponen de manifiesto dos principios susceptibles de trasladarse a la problemática de la tortura: Por un lado, la policía tiene encomendada la tarea de repeler y eliminar peligros de forma efectiva, mientras que por otro lado tiene también la obligación de «proteger la ley y el derecho, así como de contener a aquellos sujetos que pretendan rebasar los límites de la ley y el derecho»¹⁰¹. En ese caso, ¿por qué se prohíbe la tortura aplicada con la finalidad de conseguir una determinada información, mientras que al mismo tiempo se permite la muerte del autor de un delito?

Para evitar la existencia de esas contradicciones valorativas (*Wertungswidersprüche*), Brugger propone reducir teleológicamente las normas nacionales e internacionales que establecen la prohibición de la tortura, pero únicamente con respecto a aquellos supuestos en los que concurren los ocho criterios expuestos anteriormente¹⁰².

En este sentido, Brugger defiende en un trabajo posterior la necesidad de llevar a cabo una reducción de la prohibición de la tortura contenida en la normativa internacional, realizando para ello una interpretación del artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH en lo sucesivo), en relación con lo establecido en el artículo 2 CEDH¹⁰³.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 168.

¹⁰² Con el concepto de «reducción teleológica» se designa a aquel método de interpretación jurídica, a través del cual la consecuencia jurídica prevista en una determinada norma no se aplica a pesar de que el sentido literal de la norma en cuestión abarcaría el concreto supuesto de hecho.

¹⁰³ BRUGGER (2005), cit., pp. 112-113. Para este autor, el artículo 3 CEDH supuso esencialmente una reacción contra los sistemas políticos autoritarios y totalitarios,

Así, el apartado 1 de esta última disposición prohíbe en principio al Estado la muerte de seres humanos. No obstante, el apartado 2 del repetido artículo 2 CEDH determina una limitación: «La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) para garantizar la defensa de una persona contra una agresión ilegítima». En una aplicación directa, el artículo 2 CEDH afecta únicamente a muertes como la ocasionada a través del disparo mortal final, no así al hecho de doblegar la voluntad de un sujeto mediante la tortura. La tortura concebida como un medio del poder estatal se excluye específica y categóricamente mediante el artículo 3 CEDH, cuyo tenor literal establece lo siguiente: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». Sin embargo, en opinión del propio Brugger, esta última disposición es demasiado abstracta e indeterminada: La norma es concebida de tal manera como si entre el aprendiz de torturador nazi y el policía, el cual únicamente puede salvar la vida de un secuestrado mediante la utilización de la coacción física, no existiese diferencia alguna desde un punto de vista jurídico y moral. Esto es algo que en absoluto puede convencer¹⁰⁴. El artículo 3 CEDH no incluye en la ponderación normativa el hecho de que el secuestrador ha sobrepasado voluntariamente los límites del Derecho, teniendo por tanto la obligación de eliminar el peligro y revelar el lugar donde se encuentra la víctima. El artículo 3 CEDH pasa por alto que la víctima no puede hacer otra cosa que no sea sufrir y soportar lesiones a su dignidad humana; que el secuestrador tiene la sartén por el mango. A partir de estas consideraciones, el mencionado jurista afirma que la solución más justa y, desde el punto de vista de la técnica jurídica, más acertada, radica en llevar a cabo una concordancia entre los Arts. 2 y 3 CEDH. En ese caso, la idea directriz del artículo 2 apartado 2 CEDH debe conducir a una reducción del ámbito de aplicación del artículo 3 CEDH cuando se dan casos de conflicto inevitables entre la vida y la dignidad de un sujeto con la vida y la dignidad de otro, teniendo en cuenta que esta última disposición resulta más específica con respecto al medio prohibido. De este modo, Brugger llega a proponer incluso una nueva redacción del mencionado artículo 3 CEDH, cuyo tenor literal quedaría configurado en los siguientes términos: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Una

los cuales tradicionalmente se servían del instrumento represivo de la tortura. Sin embargo, el legislador no estaba pensando en aquellas constelaciones de casos en las que un actor privado amenaza la vida y la dignidad de otro u otros sujetos.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 113.

tortura o un trato semejante a la tortura no se considerará como una lesión del presente artículo cuando la misma constituya el único medio para reprimir un peligro actual para la vida o bien un peligro actual de una lesión grave de la integridad corporal de un tercero y se dirija contra el causante de ese peligro»¹⁰⁵.

Trasladando los argumentos expuestos por Brugger al caso «Jakob von Metzler», la relativización de la prohibición de la tortura estaría fundamentada a partir de dos ponderaciones: (1) la ponderación de la vida del rehén (Jakob von Metzler) frente a la dignidad del sujeto sospechoso (Magnus Gäfgen); (2) la ponderación de la dignidad del rehén frente a la dignidad del sospechoso. En opinión de Brugger, la vida constituye el objeto de protección más importante de la Constitución, ya que la misma supone el requisito indispensable de la dignidad de una persona: Sin vida no puede haber dignidad. La tremenda importancia con la que el ordenamiento jurídico valora la protección de la vida se muestra con claridad en el instituto del «disparo mortal final» por parte de la policía: Cuando en el Derecho policial alemán se admite la muerte del secuestrador que amenaza de forma inmediata la vida del rehén para con ello salvar a este último, en ese caso señala Brugger que, en determinadas constelaciones de casos, debe poder admitirse la tortura de un sospechoso para con ello salvar la vida de la víctima, ya que dicha medida, al afectar únicamente a la dignidad de la persona, resulta desde luego menos drástica e invasiva que el ocasionar la muerte. Por consiguiente, la dignidad de un sujeto sospechoso debe pasar a un segundo término, priorizándose en su lugar la vida de la víctima¹⁰⁶. Por otra parte, según se establece en el artículo 1, apartado 1, frase 2, GG, el poder público tiene la obligación de respetar y proteger la dignidad del ser humano. Pues bien, si a la hora de considerar la admisión de la tortura de rescate se encuentran enfrentadas la dignidad del sospechoso autor del secuestro y la dignidad de la víctima, Brugger considera que aquí debe prevalecer en todo caso la obligación del Estado de proteger la dignidad de la víctima, ya que la dignidad de un ser inocente tiene más peso que la dignidad de un sospechoso potencialmente culpable de una acción delictiva. Es por ello que la prohibición de la tortura debe sufrir una especie de reducción teleológica en los casos de tortura de rescate¹⁰⁷.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 113.

¹⁰⁶ BRUGGER (2000), p. 169.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 168; EL MISMO (1996), cit., pp. 80-81; EL MISMO: «Das andere Auge: Folter als zweitschlechteste Lösung», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, edición de 10 de marzo, p. 8.

En el contexto descrito, el propio Brugger atisba otro argumento ético de peso contra el carácter absoluto de la prohibición de la tortura: La víctima del secuestro, cuya amenaza a su integridad corporal, su vida y su dignidad podría ser eliminada por la policía, pero que no lo hace como consecuencia de la prohibición absoluta de la tortura, actúa por decirlo así como una especie de «escudo humano» para una buena finalidad, a saber, el esperado —aunque inseguro— mantenimiento del respeto general de la prohibición de la tortura. Por consiguiente, la víctima se utiliza por el aparato estatal como un medio, no como un fin. En opinión de Brugger, ello conduce a una lesión de la dignidad humana con respecto a la víctima, al no hacer valer el Estado su obligación de protección que se contempla en el artículo 1 apartado 1 GG. No cabe duda de que la aplicación de la tortura daría lugar a lesionar la dignidad del secuestrador, pero en una situación como la descrita en la que se encuentran enfrentadas dignidad contra dignidad, el ordenamiento jurídico puede y debe ponerse de parte de la víctima, exigiendo al autor la revelación del escondite. Cuando las normas jurídicas excluyen una opción como la descrita, entonces hay que afirmar la existencia de un Derecho injusto o de un «no Derecho», de modo que el Estado de Derecho se encuentra en vías de disolverse¹⁰⁸.

Brugger era consciente de los riesgos que desde una perspectiva tanto ética como político-jurídica acarrearían sus postulados. Por ello pretendía reducir la aplicación de la tortura a casos excepcionales. Tal y como aseguraba, la tortura debía constituir una excepción. No obstante, la lógica de la argumentación con situaciones límite conduce necesariamente a que las competencias especiales con las que se dota a la policía para actuar en una situación extrema se vayan ampliando continuamente a nuevas situaciones que se consideran semejantes. Por consiguiente, de una situación excepcional se pasa finalmente a un amplio ámbito límite, en el cual la tortura aplicada para la prevención de un peligro debe resultar admisible. A partir de lo dicho, no es casualidad que el razonamiento llevado a cabo por Brugger desemboque en la propuesta dirigida a «especificar y extraer un grupo de casos, en los cuales la prohibición absoluta de la tortura conduciría a resultados absurdos e injustos»¹⁰⁹.

Las fronteras de esta zona virtual donde actúa ese régimen especial no pueden ser determinadas de manera precisa. No obstante,

¹⁰⁸ BRUGGER (2005), cit., pp. 115-116.

¹⁰⁹ BRUGGER (2000), cit., pp. 171-172.

existen razones suficientes para pensar —de forma un tanto sarcástica— que se trataría de una «zona en continua expansión», en la cual la línea divisoria entre lo permitido y lo prohibido se desplazaría continuamente aduciendo para ello el postulado de la defensa frente a peligros. Esto es algo que resulta válido no solo en relación a las posibles constelaciones de casos, sino también con respecto a la intensidad de las medidas encuadrables dentro de la tortura, ya incluso en lo relativo al abanico de sujetos potencialmente destinatarios de la violencia estatal.

Si bien las tesis presentadas en su día por Brugger no tuvieron en principio eco alguno en la doctrina científica, lo cierto es que las mismas han ido encontrando sus primeros adeptos en las últimas fechas.¹¹⁰ Entre los partidarios de los argumentos expuestos por Brugger hay que destacar la figura de Volker Erb, Profesor de Derecho penal y Procesal en la Universidad de Maguncia. En distintos trabajos aparecidos en relación al caso «Jakob von Metzler», tanto en revistas especializadas como en la prensa alemana escrita, el mencionado autor ha expuesto sobre todo estas dos razones, las cuales, según él, se opondrían a la vigente prohibición de la tortura sin restricciones posibles¹¹¹: (1) En primer lugar habría que tener en cuenta que la obligación de respetar la dignidad humana en las relaciones de los ciudadanos entre ellos no goza desde luego de la misma pretensión de vigencia absoluta que en el caso de la relación entre el Estado y los ciudadanos; (2) En segundo lugar, la negativa a utilizar la tortura o su amenaza contra el autor de la situación de peligro conduce a que el Estado lesione la dignidad humana de la víctima de esa situación, de forma que existe un conflicto entre la dignidad humana del autor y la perteneciente a la víctima; conflicto que únicamente puede resolverse dejando el Estado que las cosas sigan su curso. A partir de los argumentos expuestos, Erb no pretende institucionalizar la tortura de rescate desde un punto de vista jurídico-público, sino que más bien se muestra partidario de renunciar a una sanción frente al sujeto que aplica la tortura para

¹¹⁰ Tras los fatídicos atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 cometidos en EE. UU. ya no resulta descabellado hablar de un «caso extremo», es decir, de un ejemplo espantoso que nunca se ha dado en la realidad.

¹¹¹ Véase al respecto: ERB (2005), cit., pp. 149 y ss.; EL MISMO (2005a), pp. 24 y ss.; EL MISMO (2004): «Nicht Folter, sondern Nothilfe», *Die Zeit*, edición de 9 de diciembre, p. 15; EL MISMO (2005b): «Notwehr als Menschenrecht — Zugleich eine Kritik der Entscheidung des LG Frankfurt am Main im «Fall Daschner»», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, núm. 11, pp. 593 y ss.; EL MISMO (2006): «Folterverbot und Notwehrrecht», en: LENZEN Wolfgang (Ed.) (2006): *Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte*, Paderborn: Mentis, pp. 19 y ss.

con ello mantener la vida y la dignidad de la víctima del secuestro¹¹². Para el mencionado autor, tanto la CEDH como la CAT no serían de aplicación en una situación como la descrita, ya que aquí el agente de policía (Wolfgang Daschner) intervendría como una persona privada, por lo que en este caso no se vería afectada la relación entre el Estado y los ciudadanos. Además, partiendo del sentido y la finalidad de las disposiciones contenidas en ambos instrumentos legislativos, la «tortura de rescate» no estaría abarcada por el contenido típico de los mencionados preceptos¹¹³.

Para Erb, la concepción según la cual la prohibición de la tortura supone en sí misma un valor absoluto, el cual en cualquier circunstancia y sin tener en cuenta las terribles consecuencias que ello acarree debe imponerse en cada caso concreto de forma activa frente a cualquier otro interés legítimo, incluida la dignidad humana de la parte contraria, constituye una discutible posición valorativa situada fuera de categorías jurídicas. Además, la idea de que una imposición sin condiciones de la mencionada prohibición supone la mejor protección del mencionado principio ante potenciales erosiones, constituye una mera especulación¹¹⁴. A este nivel, uno podría replicar lo siguiente: La prohibición de la tortura está situada en el fundamento de la *humanidad*. El utilizar la amenaza con sanciones penales contra un sujeto (el agente de policía) que actúa en auxilio necesario para impedir la muerte cruel de la víctima de un secuestro o de un atentado terrorista, aunque ello solo sea posible mediante la utilización de la violencia física contra el autor de la amenaza, constituye para Erb algo sencillamente *inhumano*. Por ello, en este caso se le priva de su sentido material a la imposición de la prohibición de la tortura. ¿Puede uno dañar un principio de forma más duradera que obligando a su cumplimiento también en aquellos casos donde su finalidad originaria se convierte en justo lo contrario?¹¹⁵

Otro autor a destacar, el cual puso en jaque a la legalmente establecida prohibición absoluta de la tortura, es Matthias Herdegen. En este sentido, el proceso dirigido a desbaratar el carácter intangible de la dignidad humana plasmado en el artículo 1 apartado 1 GG vivió su punto más álgido en el año 2003 a través del nuevo comentario realizado a la mencionada disposición por parte de Matthias Herdegen,

¹¹² ERB (2005b), cit., p. 601.

¹¹³ *Ibidem*, p. 602. También de la misma opinión: JEROUSCHEK, Günter (2005): «Gefahrenabwehrungsfolter — Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimer Zwangseinsatz?», *Juristische Schulung*, núm. 4, p. 300.

¹¹⁴ ERB (2005a), cit., p. 30.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 30.

y que precisamente se encontraba recogido en la obra de referencia del Derecho constitucional alemán: el Comentario a la Norma Fundamental alemana editado por Maunz-Dürig¹¹⁶. Así, el análisis del artículo 1, apartado 1, GG, cuyo primer autor fue Günther Dürig y el cual había marcado durante más de 50 años tanto el discurso constitucional en Alemania sobre la garantía de la dignidad humana como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, fue sustituido y modificado por el nuevo comentario realizado por Matthias Herdegen, Profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Bonn.

Lo relevante es que este autor rompe drásticamente con la garantía absoluta de la dignidad humana, estableciendo en su lugar una vía abierta a la ponderación. En concreto, Herdegen se posiciona en contra de una interpretación de la dignidad humana como una «garantía intangible». De ello se deriva que en una concreta situación «la amenaza o la causación de un daño de carácter corporal, la superación de cualquier forma del control de la voluntad o bien la exploración de procesos de carácter instintivo no lesionan el derecho a la dignidad cuando ello se lleva a cabo con la finalidad de salvar una vida»¹¹⁷. Mediante la crítica que Herdegen realiza al carácter pre-positivo de la dignidad humana, se despoja a este principio constitucional de carácter fundamental de su contenido ético-espiritual, convirtiéndose en una norma de naturaleza jurídico-subjetiva que puede, por tanto, ser ponderada cuando entra en colisión con otros derechos fundamentales. Pues bien, lo que Herdegen desde luego no podía prever, lo había materializado Daschner en el año 2002.

Al contrario que la forma comparativamente tradicional de proceder por parte de Brugger, la cual lleva a una relativización de la intangibilidad de la dignidad humana a partir de la demostración de vacíos de valoración, Herdegen escoge sin embargo una estrategia argumentativa radicalmente distinta. Así, utilizando un modelo de protección de la dignidad escalonado o en fases, el mencionado autor distingue

¹¹⁶ HERDEGEN, Matthias (2003): «artículo 1 Abs. 1», en: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günther, *Grundgesetz. Loseblatt Kommentar*, 42. Ergänzungslieferung, München: Verlag C. H. Beck.

¹¹⁷ HERDEGEN, cit., marginal núm. 45. La modificación realizada del artículo 1, apartado 1, GG en el Comentario editado por MAUNZ/DÜRIG provocó que un constitucionalista de renombre se viera por decirlo así obligado a publicar un artículo de opinión en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, cuyo título describe sin duda alguna ciertas tendencias percibibles a la hora de abordar distintos problemas de la realidad actual, como son la bioética o los derechos de las personas penalmente imputadas: «La dignidad humana era intangible». Véase al respecto: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (2003): «Die Würde des Menschen war unantastbar», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, núm. 204, edición de 3 de septiembre, p. 33.

por un lado entre ataques al «núcleo de la dignidad» de carácter intangible, y ataques al «ámbito de protección suplementario» de la misma dignidad humana, concebida esta como de naturaleza tangible y, por lo tanto, abierta a una eventual ponderación, por otro. Únicamente cabría excluir de esa ponderación el estrecho ámbito perteneciente al «núcleo de la dignidad» (*Würdekern*), al cual se afectaría con la existencia de una acción la cual, según el modo y manera en la que la misma se ejecuta, atentaría contra la dignidad humana. Un ejemplo de esto último vendría constituido por hechos como el genocidio o la deportación masiva de seres humanos. También considera que existen medidas las cuales, solo por razón de la finalidad perseguida con las mismas, suponen un atentado contra la dignidad humana (por ejemplo, la discriminación racial). Sin embargo, Herdegen afirma que el ámbito de aquellos tratos que, bien desde la perspectiva de los medios utilizados, bien desde la finalidad perseguida, conllevan una intromisión en el «núcleo de la dignidad», es relativamente pequeño¹¹⁸. Con respecto al resto de medidas que, llegado el caso, pueden afectar a la dignidad humana, no puede decirse que constituyan de forma automática una lesión de la misma. Más bien en estos casos debería averiguarse y concretarse en el marco de una «apreciación de conjunto de tipo valorativo» el alcance que debería tener el derecho a la dignidad en la concreta situación. Es en el ámbito de ese denominado «recinto del concepto» (*Begriffshof*) donde, según Herdegen, la valoración de una eventual lesión de la dignidad de la persona depende de la relación existente entre los medios empleados y los fines perseguidos¹¹⁹.

Lo explicado en el párrafo anterior trae consigo que para Herdegen no todo ataque a la dignidad humana regulada en el artículo 1 GG supone obligatoriamente una lesión de la misma¹²⁰. En su opinión, conviene de nuevo reiterar que «en un caso particular puede resultar que la amenaza o la causación de un daño corporal (...) no supone una lesión del derecho a la dignidad cuando dicha acción tiene la finalidad de salvar una vida»¹²¹.

Con respecto a la cuestión relativa a la eventual admisión de la tortura, Herdegen niega que esta suponga siempre y en todo caso un ataque al ámbito de respeto y protección de la dignidad humana, tal y como se encuentra recogido en el artículo 1 GG: «En un principio se puede defender desde un punto de vista puramente modal una lesión de la dignidad humana a través de la tortura y otros maltratos

¹¹⁸ HERDEGEN, cit., marginal núm. 43.

¹¹⁹ *Ibidem*, marginal núm. 43.

¹²⁰ *Ibidem*, marginales núm. 43 y 45.

¹²¹ *Ibidem*, marginal núm. 45.

corporales de carácter grave, así como ulteriores formas de ataque corporal dirigidas a controlar la conducta (por ejemplo, mediante la administración de drogas), y ello sin tener en cuenta la finalidad perseguida con dichas acciones. Únicamente en algunos casos excepcionales convenientemente delimitados, la finalidad perseguida (protección de la vida y de la integridad de terceras personas) puede excluir una lesión de la dignidad»¹²².

A partir de los postulados expuestos en los párrafos anteriores, la pregunta que inmediatamente se plantea es a qué concreto ámbito atribuye Herdegen la tortura para evitar una situación de peligro. Al respecto hay que decir que, en relación a la denominada «tortura de rescate», Herdegen estrecha metodológicamente aún más el núcleo de la dignidad, señalando lo siguiente: «La problemática estas injerencias se soslaya en los casos en que cada ejecución de una medida dirigida a doblegar o controlar la voluntad se juzga de forma puramente modal, calificándola siempre como una lesión de la dignidad»¹²³. Manifiestamente incómodo con la posibilidad de que, a partir de la opinión por él defendida, se exponga finalmente el núcleo de la dignidad a una eventual ponderación, Herdegen se desvía en un segundo nivel de fundamentación abogando por la admisión de la tortura para evitar situaciones de peligro de naturaleza excepcional. Para el mencionado autor, este tipo de coerción física o psíquica constituye esencialmente una modalidad de tortura que diferenciaría según la «dignidad» del sujeto individual. En este sentido, Herdegen habla de una «concreción del derecho a la dignidad que se encuentra inmanente en la norma»¹²⁴. Dicha concreción no significa una ponderación con otros bienes de rango constitucional, sino que la medida del respeto debido en virtud de la (siempre invariable) dignidad humana se determina más bien según la conducta anterior de cada sujeto en cuestión. Trasladando esta argumentación al caso «Jakob von Metzler», habría que concluir afirmando que el debido respeto a la dignidad del secuestrador quedaría en un segundo plano, ya que la conducta anterior desplegada por el autor del secuestro (y posterior asesinato) del pequeño Jakob le haría *indigno* de reclamar el respeto de su *dignidad* como ser humano por parte del Estado que le mantiene detenido.

A nadie escapa que los argumentos presentados en los párrafos anteriores, y que fueron en su día introducidos en el debate teórico

¹²² *Ibidem*, marginal núm. 47.

¹²³ *Ibidem*, marginal núm. 45.

¹²⁴ *Ibidem*, marginal núm. 45.

para relativizar la vigencia total y absoluta de la tortura con respecto a la constelación relativa a la «tortura de rescate», han sido objeto de duras críticas en Alemania por parte de un sector doctrinal mayoritario.

Así, a pesar del profundo estudio de la problemática de la tortura realizado por Brugger a lo largo de sus contribuciones, un análisis pormenorizado de los distintos argumentos presentados en su día por el jurista alemán, en particular la existencia, según él, de un «vacío de valoración», así como la equiparación del instituto de la «tortura de rescate» con el «disparo mortal final», da lugar a que no pocos autores consideren que los mismos carecen absolutamente de fundamento.

En opinión de Saliger, las tesis presentadas por Brugger no logran en absoluto convencer¹²⁵. La Ley Fundamental alemana coloca a la garantía de la dignidad humana en la cúspide del texto normativo (artículo 1 GG), la cual, al contrario que sucede con el derecho fundamental a la vida (artículo 2 apartado 1 GG), no está sometida a reserva de ley alguna que eventualmente pudiera limitarla. En este sentido podría recordarse la admisión de muertes en tiempo de guerra o en legítima defensa, o bien la regulación legal de determinadas formas de eutanasia. El hecho de que la protección de la vida por parte del Estado no tenga un carácter absoluto lo demuestran también las prohibiciones de realizar de manera forzosa transfusiones de sangre o bien extracciones de órganos: Incluso cuando se trata de salvar la vida de un conciudadano, el Estado no puede obligar a nadie a donar sangre o a poner a disposición alguno de sus órganos¹²⁶. En parecidos términos se posiciona Schild. Para este último autor, Brugger mantiene una comprensión errónea del concepto de la dignidad humana, el cual el citado autor engrana de

¹²⁵ SALIGER, cit., pp. 46 y ss.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 46-47, con bibliografía complementaria. De la misma opinión: CLASSEN, cit., p. 693: «Difíciles problemas de delimitación aparecen sobre todo con respecto a la relación de la dignidad humana con el derecho a la vida. Por un lado, este último derecho se encuentra garantizado de forma autónoma en el artículo 2 apartado 2 GG, regulándose incluso bajo una reserva de ley; por otro lado, la vida se presenta como la base vital de la dignidad humana. De modo particular, toda posibilidad de autodeterminación del ser humano finaliza cuando se produce su muerte. Precisamente por ello, si uno no quiere poner en duda la diferenciación sistemática que la Norma Fundamental hace entre las dos garantías, en este caso debe inclinarse la balanza hacia el derecho a que se respete la dignidad humana. Si este derecho se menoscaba a causa de una muerte, entonces esa muerte lesiona no solo el derecho a la vida, sino también la dignidad. Sin embargo, no en toda causación de una muerte puede afirmarse la existencia de una lesión de la dignidad humana».

forma tan estrecha con el derecho a la vida recogido en el artículo 2, apartado 2, GG, de modo que la dignidad se convierte en un valor susceptible de ser ponderado con otros. Sin embargo, la dignidad humana no puede ser de esta manera transformada, aun cuando se pretenda mantener su más alto y absoluto rango dentro de la jerarquía de valores¹²⁷. Además, esa valoración máxima que se hace del derecho a la vida contraviene la expresa limitación que se establece en el propio apartado 2 del artículo 2 GG («Estos derechos solo podrán ser restringidos en virtud de una ley»), y ello sin contar con que lo contrario tendría consecuencias en relación a otros problemas de índole jurídico, los cuales no pueden ser tolerados: Así, por ejemplo, se podría obligar a alguien a donar sangre cuando ello diera lugar a salvar una vida, o bien se le podría extraer a una persona moribunda un órgano necesario para salvar la vida de otra¹²⁸. Por esta regla de tres, también podría ser torturado un testigo o un cómplice.

Siguiendo con los argumentos expuestos por Saliger, tampoco logra convencer la ponderación de la dignidad del secuestrador con la dignidad de la víctima. Brugger desconoce en este caso que la obligación del Estado de no lesionar de forma activa la dignidad humana resulta más poderosa que la obligación de proteger a esa dignidad frente a terceros. Y es que generalmente tiene un peso más considerable la lesión de una prohibición de actuar que el no cumplimiento de una obligación de actuar. Esto es algo que se corrobora si se tiene nuevamente en cuenta la prohibición de llevar a cabo transfusiones de sangre de manera forzosa o de realizar extracciones de órganos. A esto se añade un aspecto de carácter colectivo: No puede vislumbrarse el modo y manera en que el Estado puede cumplir conforme a Derecho su obligación de protección en los casos aquí discutidos¹²⁹.

¹²⁷ SCHILD, Wolfgang (2005): «Folter(androhung) als Straftat», en: GEHL, Günter (Ed.), *Folter — Zulässiges Instrument im Strafrecht? Ein internationaler Vergleich*, Weimar: Bertuch, pp. 70-71, con bibliografía complementaria.

¹²⁸ Como ya se indicó anteriormente, resulta indudable que todas estas medidas afectan a la dignidad del «donante». Ahora bien, a diferencia de este «donante», la persona contra la cual el Estado aplica la denominada «tortura de rescate» es responsable de una actuación que pone en peligro la vida de la víctima que se intenta proteger, siendo aquella la única capacitada para evitar esa situación de peligro actual.

¹²⁹ SALIGER, cit., pp. 47-48. En parecidos términos se posicionan PIEROTH y SCHLINK en su manual de derechos fundamentales. Para ello, exponen el siguiente ejemplo para a continuación negar un conflicto «dignidad contra dignidad»: «A y B secuestran al empresario I, el cual tiene problemas de corazón. Los secuestradores exigen a los allegados de I una gran cantidad de dinero. I se encuentra en un grave peligro de muerte ya que debido a su situación no puede tomar los medicamentos prescritos. Si bien las exigencias de los secuestradores han sido cumplidas, el proceso de entrega del rescate

Por otro lado, la idea de permitir la tortura y al mismo tiempo mantenerla dentro de unos límites jurídico-legales resulta en sí contradictoria para un amplio sector doctrinal. Así, según Bielefeldt, esta posibilidad se encuentra condenada al fracaso ya que la lógica de una defensa frente a peligros a cualquier precio, la cual hace que en determinados casos excepcionales se le puedan «apretar las clavijas» a un terrorista, da lugar a que si este se niega a facilitar la información que de él se espera, ello conduzca a aplicar métodos cada vez más expeditivos¹³⁰. Esto hace que, más allá de la prohibición de la tortura, no se dé ciertamente una línea fronteriza de carácter moral o jurídico, la cual pudiera resistir la presión de una exclusiva política de la prevención de peligros. Quien aunque sea una sola vez se ha decidido a ignorar los límites de la prohibición de la tortura en aras a la prevención de un peligro, habrá sobrepasado ya de manera implícita cualquier frontera de tipo normativo.

Según señala atinadamente Roxin, puede afirmarse con rotundidad que el secuestrador lesiona la dignidad humana de la víctima; como por lo demás hacen también la mayoría de los delincuentes. Pero esto no legitima al Estado para, por su parte, atacar la dignidad del autor. Ello es debido a que su superioridad moral frente al delincuente consiste precisamente en que el Estado no se sirve de los mismos métodos que este último. Si al Estado se le prohíbe cualquier tipo de infracción de la dignidad humana, y con ello también

y la consiguiente liberación de la víctima dura un tiempo considerable, de modo que la ayuda en forma de medicamentos es posible que llegue tarde. B, entre tanto detenido por la policía, sabe dónde A mantiene retenido a I, pero se niega a revelar ese dato a la policía. Para salvar la vida de I, la policía decide utilizar la violencia física para lograr que B hable ¿Infringe esa conducta el artículo 1 apartado 1 GG?». Para ambos autores, una justificación constitucional del modo de proceder de la policía no puede basarse ciertamente en la protección de I. Por tanto, en este caso resultaría equivocado admitir una colisión entre la dignidad de B y la dignidad de I, sacrificando la del primero de ellos. No cabe duda de que el Estado está obligado a proteger la vida a partir de lo establecido en el artículo 1 apartado 1 GG en relación con el artículo 2 apartado 2 frase 1 GG. Pero el modo y manera en que el Estado cumple con esa obligación no se encuentra señalado en la Constitución, sino que más bien «debe ser por él mismo decidido bajo su propia responsabilidad». Por el contrario, la prohibición de lesionar la dignidad humana es algo a lo que viene obligado el Estado de manera incondicional. Con respecto a la víctima I se encuentra amenazada únicamente la vida, no la dignidad: «La delincuencia, incluso aquella que atenta directamente contra la vida de las personas, es sin duda un azote para cualquier sociedad, pero no supone especialmente un ataque a la dignidad humana». Véase al respecto: PIERROT, Bodo/SCHLINK, Bernhard (2002): *Grundrechte. Staatsrecht II*, 18.^a ed., Heidelberg: C. F. Müller, previo al marginal núm. 394 y marginal núm. 366.

¹³⁰ BIELEFELDT (2006a), cit., pp. 111-112.

la utilización de la violencia física y/psíquica, entonces lógicamente no puede existir a su vez una lesión de la dignidad humana cuando se omiten medidas encuadrables dentro de la tortura. Es verdad que el Estado está obligado a proteger lo más ampliamente posible la vida y la dignidad de sus ciudadanos. Pero ello solo en la medida de lo posible: Esa protección puede únicamente ser facilitada dentro de aquellos límites que le han sido impuestos al Estado de Derecho en su actuación. Y, fuera de esos límites, la prohibición de la tortura se encuentra sin duda en el punto más alto¹³¹.

Ciertamente, en el caso de la tortura no se trata de limitar (por ejemplo, maniatando o esposando) o incluso en el caso extremo —como sucede con el disparo mortal final— impedir mediante medidas policiales la libertad de acción de un sujeto, concebida como manifestación física de su voluntad. Por el contrario, la dirección a la que apunta la tortura consiste precisamente en utilizar estratégicamente la vulnerabilidad física y psíquica de una persona para *quebrantar directa e inmediatamente su libertad volitiva interna*. Por todo ello hay que afirmar que la tortura implica la negación directa de la subjetividad del ser humano y, con ello, de su dignidad¹³².

Ahora bien, ¿por qué debería resultar conciliable con la dignidad humana el disparar a la pierna del secuestrador para que este suelte a la víctima (*vis absoluta*), pero que en cambio no se permita dispararle a este en la pierna para que revele el lugar donde se encuentra retenida la víctima (*vis compulsiva*)? En ambas constelaciones la injerencia corporal resulta idéntica. En ambos casos se quebranta la voluntad del autor. Generalmente no se puede afirmar que el doblegar la voluntad mediante violencia absoluta resulte menos dañino que a través de la violencia coercitiva. ¿Por qué entonces se convierte en «objeto de la actuación estatal» aquel autor al que se dispara en la pierna cuando se niega a revelar el lugar donde se encuentra la víctima, no ocurriendo así en cambio cuando mantiene a la víctima agarrada? Tanto en uno como en otro caso se «instrumentaliza» al sujeto a través de la violencia estatal; en ambos casos se pasa por encima o literalmente se ignora sin más la voluntad del autor enfrentada a la finalidad estatal.

Pues bien, en este sentido, gran parte de la doctrina alemana critica la equiparación que Brugger realiza entre la tortura de rescate aplicada para salvar una vida y el denominado «disparo mortal

¹³¹ ROXIN (2005), cit., p. 466.

¹³² En los mismos términos: BIELEFELDT (2007), cit., p. 12.

final»¹³³. Así, en contra de lo que hace Brugger, no resulta acertado el recurso al disparo mortal final, ya que las constelaciones no son ciertamente comparables. En el caso del disparo mortal final se está delante de una situación en la que el autor está plenamente identificado, existiendo un claro y evidente peligro para la/s víctima/s (por ejemplo, el atracador de un banco abandona el edificio con un rehén al que apunta con una pistola); por el contrario, con respecto a la tortura —e independientemente de las pruebas e indicios encontrados por la policía— se está delante de un mero sospechoso, por lo que no se puede saber a ciencia cierta si la persona detenida dispone realmente de la información que puede salvar a la/s víctima/s. Por otra parte, en el caso del disparo mortal final, la medida policial puede eliminar de inmediato el peligro proveniente del atacante, produciéndose por tanto un concreto resultado positivo *in situ*. Algo distinto sucede en cambio en el caso de la tortura. Aquí existe una plétora de inseguridades en torno a si la tortura puede realmente conducir a eliminar la amenaza de peligro. En este sentido, no solo es discutible que a la hora de aplicar la tortura se tenga la completa seguridad de tener delante a la persona causante de la situación de un «claro, inmediato y considerable peligro» en la terminología empleada por Brugger, sino también la certeza de que exista realmente el peligro para el bien jurídico que se intenta proteger¹³⁴. Además, mientras que la utilización del arma por parte de la policía a menudo se lleva a cabo en un lugar abierto al público —lo cual ayuda a contener el peligro de un abuso o de una motivación intensificada del agente que actúa— el interrogatorio tiene lugar casi siempre de puertas hacia adentro. El peligro por tanto de que en situaciones realmente tensas el agente encargado del interrogatorio tienda a afirmar de manera precipitada los requisitos de la tortura de rescate es, en estos casos, mucho mayor. Esta circunstancia se ve refrendada si se echa un vistazo a las consecuencias de la medida estatal en uno y otro caso. Efectivamente, ya *ex ante* sabe el agente de policía que se verá obligado *ex post* a responder por las heridas ocasionadas al sujeto pasivo, o incluso de su muerte, como consecuencia de haber

¹³³ Así, por ejemplo: GEBAUER, cit., pp. 1407-1408; KINZIG, Jörg (2003): «Not kennt kein Gebot? Die strafrechtlichen Konsequenzen von Folterhandlungen an Tatverdächtigen durch Polizeibeamte mit präventiver Zielsetzung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 115, pp. 805 y ss.; SALIGER, cit., pp. 45 y ss.; SCHILD, cit., pp. 70-71.

¹³⁴ En este sentido hay que tener en cuenta que en el caso «Jakob von Metzler» la víctima ya había muerto en el momento en el que se contempló la posibilidad de aplicar la tortura contra el sujeto detenido, si bien la policía desconocía absolutamente este extremo.

hecho uso de su arma reglamentaria. Por el contrario, los métodos de tortura se caracterizan en la mayoría de los casos por no dejar en el sujeto torturado ninguna huella visible. Si desde un punto de vista retrospectivo esos métodos no traen consigo la información que se pretendía, el autor de la tortura siempre tendrá mayores posibilidades de mantener en secreto —o incluso negar— su aplicación, al no existir huellas visibles en la víctima¹³⁵. Por último, y lo que es más importante, en el caso de la tortura se lesiona la dignidad del sujeto pasivo, algo que no ocurre en la situación del disparo mortal final¹³⁶. Y es precisamente en este punto donde se encuentra la diferencia cualitativa central: La tortura reduce a la persona afectada a un objeto de información determinado por el dolor corporal, suprimiéndose su personalidad a través del ataque físico-psíquico¹³⁷. Por el contrario, en la constelación del «disparo mortal final» no se produce la sumisión procedimental de un sujeto bajo una voluntad ajena. Expresado en la terminología *kantiana* podría afirmarse que el sujeto torturado ya no constituye un fin en sí mismo, sino más bien un medio para otros y para la consecución de otro fin¹³⁸.

En relación a los argumentos expuestos en su día por Herdegen con respecto a la limitación de la dignidad humana en determinadas constelaciones de casos, un sector doctrinal considera que en

¹³⁵ Aquí conviene recordar sin embargo que en el caso «Jakob von Metzler», el agente Daschner incorporó una diligencia al acta del interrogatorio en el que hacía constar la amenaza de torturas proferida contra el sujeto detenido. Y todo ello para que el Ministerio Fiscal considerase o no su relevancia penal.

¹³⁶ Cfr. al respecto: WELSCH, Harald (2003): «Die Wiederkehr der Folter als das letzte Verteidigungsmittel des Rechtsstaats?», *Bayerische Verwaltungsblätter*, núm. 16, p. 485. Solo por esta razón pueden existir países que, a pesar de reconocer la dignidad del ser humano, regulan en sus ordenamientos jurídicos la pena de muerte.

¹³⁷ Al mismo resultado llega el BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, p. 657: «La utilización de la tortura transforma a la persona interrogada en un mero objeto de la lucha contra el crimen, lesionando su derecho social de respeto y valoración de su persona, protegidos constitucionalmente, y destrozando requisitos fundamentales de la existencia individual y social del ser humano».

¹³⁸ Para un análisis de la relación entre el derecho a la dignidad y el derecho a la vida véase: FROWEIN, Jochen (1990): «Freiheit von Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe nach der Europäischen Menschenrechtskonvention», en: MATSCHER, Franz (Ed.), *Folterverbot sowie Religions- und Gewissensfreiheit im Rechtsvergleich*, Kehl am Rein: N. P. Engel, p. 69: «La muerte, incluso la muerte violenta, no le priva a una persona de su dignidad. En cambio, la tortura sí que le puede privar de la misma, ya que la tortura constituye en realidad el ataque más intenso a la dignidad humana. Por todo ello resulta consecuente que desde la Segunda Guerra Mundial, la totalidad de los textos que hacen referencia a los derechos humanos prohíban de forma absoluta y sin excepción la tortura y el trato inhumano. Por el contrario, la pena de muerte viene siendo prohibida solo en los últimos años a través de convenios adicionales».

un principio podría afirmarse que la diferenciación entre el núcleo de la dignidad y el recinto del concepto presenta sus ventajas: Con el núcleo de la dignidad permanece en todo caso un ámbito fundamental de la dignidad humana, el cual resulta intangible, pero al mismo tiempo se abre un espacio para una eventual ponderación con otros bienes igualmente legítimos. No obstante, lo problemático de esta interpretación es sin duda la determinación de qué es lo que pertenece a ese ámbito nuclear y qué es lo que se encuentra situado en su periferia. Precisamente la tortura debería constituir un clásico ejemplo de una lesión de ese ámbito nuclear de la dignidad humana (algo que sin duda no aclara el propio Herdegen). Si en este caso se abre la posibilidad de una ponderación, Weilert considera entonces que la subdivisión en «núcleo de la dignidad» y «recinto del concepto» resultaría del todo punto baldía.¹³⁹

3. Conclusiones

Tras las reflexiones realizadas a lo largo de los epígrafes anteriores parece claro que debe mantenerse a toda costa una prohibición absoluta de la tortura sin excepción posible, y ello tanto desde un punto de vista político como jurídico. Sin embargo, desde una perspectiva moral 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. La admisibilidad moral no existe por el hecho de que un delincuente tenga menos dignidad que una o varias víctimas, sino porque cualquier persona —y por tanto también el delincuente— posee la ilimitada obligación moral de, según las propias posibilidades, salvar la vida de personas que se encuentran en grave peligro. Y ello, con mayor motivo, cuando existen sólidos indicios que indican que ese determinado sujeto es el causante de esa situación de peligro que amenaza la vida de una, varias o cientos de personas.

En un principio no existe ninguna finalidad que pueda ser alcanzada de manera adecuada mediante el uso de la tortura. Pero, ¿no resulta problemático este resultado teniendo en cuenta el caso «Jakob von Metzler»? ¿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

¹³⁹ WEILERT, cit., pp. 162-163.

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? El hecho de que se planteen todas estas preguntas deja entrever que se está produciendo una especie de cambio de perspectiva. Es posible que muchos en Alemania asocien la tortura a regímenes dictatoriales como el Nacionalsocialismo, el cual con la ayuda de un órgano especial como fue la GESTAPO «hacía hablar» a los opositores políticos, para con ello asegurar y expandir su propio poder. Pero, ¿no se encuentra situado el supuesto que aquí se discute en un contexto radicalmente distinto? En este caso no existe un Estado o un partido político deseoso de mantener su poder persiguiendo a minorías u opositores al régimen, sino que lo que se pretende más bien es salvaguardar la vida de un menor, la cual está siendo puesta en grave peligro por parte de un sujeto. Como se ha señalado a lo largo del presente trabajo, en el contexto de la denominada «tortura de rescate» hay que partir de la existencia de una constelación triangular. Efectivamente, las voces que en la actualidad abogan por permitir la tortura o su amenaza señalan que en estas situaciones dramáticas no solo están implicados el Estado y la persona detenida —como así ocurría/ocurre en la tortura *tradicional*—, sino el propio Estado, la persona detenida y la/s víctima/s. El tener en cuenta y considerar esta relación de carácter triangular impide la asunción de una imagen unidimensional dirigida exclusivamente a atender los derechos de la persona eventualmente víctima de torturas, colocándose en cambio dichos derechos en relación con la necesaria protección de la/s víctima/s.

Pero, tal y como muestra la experiencia histórica, la tortura no está limitada únicamente al contexto político. Ni incluso en aras a lograr una finalidad loable se puede en principio torturar a un ser humano. Por lo menos eso es lo que establece tanto el ordenamiento jurídico germano como los textos internacionales que hacen referencia a la tortura, sin más. Ahora bien, como se acaba de señalar, la inadmisibilidad jurídica de esta conducta no tiene por qué excluir su justificación desde un punto de vista ético.

En la Alemania de la posguerra, nunca hasta la fecha se había considerado la opción de la tortura como un mecanismo a disposición del Estado de Derecho, y es por ello que sorprende que con motivo del caso «Jakob von Metzler» se iniciase una discusión, la cual 26 años atrás en un caso parecido e igual de espectacular no dio lugar a que alguien se atreviese a poner sobre la mesa la eventual regulación jurídica de la tortura estatal. Así, cuando el presidente de la patronal alemana, Hanns-Martin Schleyer, fue secuestrado en septiembre de 1977 por la Fracción del Ejército Rojo (*Rote Armee*

Fraktion, RAF), se podría haber intentado descubrir el lugar donde el comando terrorista mantenía retenido a Schleyer —y salvar así su vida— mediante la tortura de los terroristas que se encontraban cumpliendo condena en la prisión de Stammheim y que a todas luces tenían conocimiento de muchos de los detalles del secuestro del empresario alemán, incluso posiblemente el lugar donde se encontraba retenido. La posibilidad de acudir a la tortura (de rescate) como medida excepcional se tomó en consideración en el gabinete de crisis del Gobierno de Helmut Schmidt, si bien se desechó finalmente por razones estrictamente jurídicas. No cabe duda de que en el caso «Schleyer» se tomó sin duda la decisión correcta, a pesar de las justificaciones de naturaleza moral que sin duda se encontraban presentes. A partir de lo expuesto, ¿por qué no puede estar hoy en día vigente una postura que hace tres décadas se aceptó a pies juntillas pese a la amenaza terrorista? Para un amplio sector doctrinal en Alemania debe por tanto seguir manteniéndose de forma absoluta que la obligación de ayuda por parte del Estado termina cuando aquella únicamente puede ser cumplida de tal forma que el Estado renuncie a ser un Estado de Derecho.

La aplicación generalizada de la tortura en muchos países del mundo es algo que debe condenarse de forma enérgica y sin excepción, debiendo la comunidad de Estados hacer todo lo posible para impedir que un país aplique o bien tolere la tortura. Sin embargo, la admisión de medidas coercitivas contra determinados delincuentes en los casos excepcionales que han sido descritos anteriormente no supone desde luego el llevar a cabo actuaciones que conllevan 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.

