

EL DERECHO A NO SER TORTURADO: *STATUS QUAESTIONIS**

THE RIGHT TO NOT BE SUBJECTED TO TORTURE: STATUS QUAESTIONIS

Jesús García Cívico**

RESUMEN: Este trabajo analiza la actualidad del derecho a no sufrir torturas. Se parte de la idea, reflejada en los más altos instrumentos jurídicos, de que el derecho a no sufrir tortura tiene carácter absoluto y no admite excepción. El derecho a no ser torturado no es sólo uno más en el catálogo de derechos humanos sino un elemento fundamental en el origen, finalidad y en la razón de ser de los mismos. El examen de los últimos casos, percepciones colectivas, debates políticos y académicos permite tanto echar luz sobre el estado actual de los tradicionales problemas relacionados con su eficacia como obtener una idea general sobre la situación, más bien preocupante, de la evolución de este derecho. La conclusión es que deben reforzarse los mecanismos tradicionales de eficacia desde una triple perspectiva: moral, jurídica, pero sobre todo socio-política.

ABSTRACT: This work analyzed the current situation of the right not to be tortured. It starts with the idea, reflected in the highest legal instruments, that this is absolute and admits no exception. The right not to be tortured is not just one more in the catalog of human rights but a fundamental element in the origin, purpose and rationality of them. An examination of recent cases, collective social perceptions, political and academic debates allows both shed light on the current state of the traditional problems related to their effectiveness as getting a general idea about the situation of the (worrying) evolution of this right. The conclusion is that traditional mechanisms of effectiveness must be strengthened from three wide perspectives: moral, legal, and, mainly, socio-political.

PALABRAS CLAVE: tortura, tratos inhumanos, crueles o degradantes, Derechos Humanos, efectividad de Derechos Humanos.

KEYWORDS: torture, degrading treatment or punishment, Human Rights, Human Rights effectiveness.

Fecha de recepción: 17/10/2016

Fecha de aceptación: 06/12/2016

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2017.3542>

* Este trabajo se enmarca en primeras fases o investigaciones iniciales de dos proyectos: «Aportaciones metodológicas para el análisis de las violaciones sistemáticas de derechos humanos a través de indicadores: la integridad física y la tortura» Código15I345.01/1 Entidad financiadora: Universitat Jaume I. Investigador principal: Jesús García Cívico; y las actividades investigadoras post CONSOLIDER Proyecto HURI-AGE "El tiempo de los derechos". También se ha beneficiado de una estancia en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto a cuya dirección y personal deseo agradecer su amabilidad.

** Profesor Ayudante Doctor. Área de Filosofía del Derecho. Departamento de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas. Universitat Jaume I. E-mail: civico@uji.es

«No me angustia ni el ser ni la nada ni dios ni la ausencia de dios, solo la sociedad: pues ella, y solo ella, me ha infligido el desequilibrio existencial al que intento oponer un porte erguido»

Jean Amery

1.- LA TORTURA ES PEOR QUE LA MUERTE: A MODO DE INTRODUCCIÓN¹

Hay una forma sencilla de hacerse una idea orientativa del grave significado y del extremo sufrimiento que conlleva la tortura: el primer cuidado que tienen los torturadores es no dejar jamás a mano del torturado ningún objeto con el que éste pueda arrancarse de golpe la vida. Suicidarse es a menudo la única esperanza de quien se ve abocado pronto al tormento o de quien sufre la tortura en sus fases más severas. Este rasgo terrible de la tortura es atemporal: la tortura aleja al que la sufre de la vida, *con el primer golpe se pierde la confianza en el mundo*²; cuando su cuerpo y su mente no aguantan más, el atormentado hace cualquier cosa que le aproxime al alivio: confiesa crímenes que posiblemente no haya cometido, delata a sus compañeros, a sus seres queridos. La muerte es la salida que buscaban los prisioneros de la Gestapo, pero también la que hay detrás de los múltiples intentos de suicidio de los detenidos en Guantánamo, en Abu Ghraib, en Muthanna y otros centros secretos de cautiverio de EEUU tan oscuros como atroces. En este punto, el relato estremecedor del niño afgano estampándose una y otra vez contra la pared de su celda buscando la muerte para escapar de allí³, no es ni el más sobrecogedor ni el único de una época que en lo que toca a la tortura se caracteriza tanto por su extensión como por la sofisticación de un debate impropio y enmarañado que trata de banalizarla, de legalizarla o de hacer ambas cosas a la vez.

La tortura es un concepto extenso en su significado jurídico, moral, político, e incluso meramente semántico y entre nosotros ha sido posiblemente el profesor Tomás y Valiente⁴ quien mejor ha contribuido a su comprensión histórica y al mismo tiempo a su

1 Este trabajo se enmarca en primeras fases o investigaciones iniciales de dos proyectos: «Aportaciones metodológicas para el análisis de las violaciones sistemáticas de derechos humanos a través de indicadores: la integridad física y la tortura» Código15I345.01/1 Entidad financiadora: Universitat Jaume I. Investigador principal: Jesús García Cívico; y las actividades investigadoras post CONSOLIDER Proyecto HURI-AGE "El tiempo de los derechos". También se ha beneficiado de una estancia en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto a cuya dirección y personal deseo agradecer su amabilidad.

2 AMERY, J., *Más allá de la culpa y la expiación. Tentativas de superación de una víctima de la violencia*, Valencia, Pre-Textos, 2013, p. 83.

3 <http://www.elperiodico.com/es/noticias/internacional/una-juez-libera-afgano-detenido-con-anos-presos-guantanamo-durante-siete-99564>. Consulta del 4 de octubre de 2016.

4 TOMÁS y VALIENTE, F., *La tortura judicial en España*, Crítica, Barcelona, 2000.

denuncia desde esos parámetros. La tortura es un hecho extenso en su recorrido histórico: se tortura en la mayoría de culturas de la antigüedad, en las relaciones que mantenían los amos con los esclavos, en el trato con los enemigos pero también en sede de derecho penal y procesal habitualmente contra los que tenían cuerpo pero no honor; se ha torturado para doblegar una insurrección, para la obtención de confesiones o para la depuración de la herejía. Antes de la filosofía penal racionalista, de la que el libro de Beccaria *De los delitos y las penas* es un texto fundacional⁵, se torturaba con cierta naturalidad en todas partes. Como en lo que sigue nos vamos a centrar, sobre todo, en lo referido a las cuestiones más actuales de tipo socio-jurídico, remitimos tanto a los estudios, ya clásicos, de Tomás y Valiente sobre la «cultura» de la tortura, como a las obras de referencia de Mellor, Fiorelli, Langbein y Peters, entre otros⁶, en todo lo que afecta a las cuestiones históricas y jurídico-procesales.

La tortura es un hecho terrible, una experiencia «en los límites de la humanidad» y aunque se ha avanzado mucho (casi exhaustivamente) en el cuadro normativo que atañe a su prohibición, lo cierto es que en el siglo XXI continúa habiendo tortura en el mundo, mucha de ella con un grado de severidad y afectación que recuerda las épocas más oscuras de los tormentos medievales y la Inquisición. El informe 2015-2016 de Amnistía Internacional calcula que son 122 los países del mundo en los que hoy en día se tortura. De acuerdo con las denuncias de esta organización no gubernamental en los últimos cinco años se ha torturado en 141 países, casi tres de cada cuatro países del mundo⁷. El informe de *Human Rights Watch*, «No more excuses: A Roadmap to Justice for CIA Torture» pone al descubierto, no sólo la brutalidad e ilegalidad del programa de la agencia norteamericana de inteligencia, sino la falta de interés de la justicia norteamericana (ni de ningún otro país) en pedir la más elemental de las rendiciones de cuentas⁸. Se trata de una crisis global. Otra de las notas epocales es que en la actualidad hay gobiernos y agencias de inteligencia que pretenden no sólo legitimar

5 BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, Alianza, Madrid, 1998.

6 MELLOR, A., *La torture. Son historie, son abolition sa réapparition au XXe siècle*, Maison Mame, París, 1961; *La Tortura*, Estela, Barcelona 1964. LANGBEIN, J. H., *Tortura and the Law of Proof*, University of Chicago Press, Chicago, 1976. PETERS, E. *La Tortura*, Alianza, Madrid 1985. SAVATER, F.; MARTÍNEZ FRESNADA, G., *Teoría y presencia de la tortura en España*, Anagrama, Barcelona 1982. FORNER, P., *Discurso sobre la tortura*, Crítica, Barcelona 1990. Para un estudio más reciente en términos sociológicos, vid., EINOLF C.J., "Fall and Rise of Torture: a Comparative and Historical Analysis", *Sociological Theory*, vol.25, nº2, 2007.

7 AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe Amnistía Internacional 2015/2016. La situación de los derechos humanos en el mundo*. Disponible en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/informe-anual/> Consulta del 7 de septiembre de 2016.

8 HUMAN RIGHTS WATCH, «No more excuses: A Roadmap to Justice for CIA Torture», 2015. Disponible en: <https://www.hrw.org/report/2015/12/01/no-more-excuses/roadmap-justice-cia-torture>. Consulta del 7 de septiembre de 2016.

la tortura a través de un emotivo discurso (político) sobre su presunta racionalidad instrumental sino legalizarla en el marco de las estrategias debidas de «seguridad nacional» sobre todo en la llamada «guerra contra el terror»⁹.

La reaparición histórica de la tortura en el siglo XX ya no supone sólo una amenaza geográfica y socialmente localizada (así en dictaduras y frente a opositores frontales, insurgentes o tradicionales sujetos excluidos, heterodoxos o de las clases bajas) sino que en la actualidad podemos decir que nos encontramos ante una idea de tortura funcional a una idea de seguridad nacional muy transfronteriza, enarbolada por agencias de inteligencia opacas en países muy poderosos que señalan un enemigo tan difuso que, pudiendo estar en cualquier parte, hace que prácticamente cualquier parte del mundo sea también susceptible de ser el escenario de las prácticas más crueles. Se trata, como ha sido rotundamente señalado por Massimo La Torre, de una auténtica «pesadilla de todo el orden jurídico»¹⁰. Ya pronto se observó que la escisión de Occidente a la que se refería Jünger Habermas tras el 11 de septiembre se debía más a la política del gobierno de Estados Unidos que ignoraba el derecho internacional y marginaba a Naciones Unidas que al propio peligro del terrorismo internacional¹¹. Pero, por lo demás, en el terreno del sufrimiento individual casi nada ha cambiado, su carácter de situación humana límite, de perversión contraria a los valores que han de ver con la dignidad¹², y aberración para el derecho, la sensibilidad y la razón, sigue mostrándose en toda su evidencia y su crudeza. Así, por ejemplo, una de las situaciones más terribles en términos de tormento en la actualidad la sufren los miles de detenidos en centros de detención de Siria, pero también los denominados «ghost detainees», personas conducidas por las fuerzas militares de Estados Unidos de forma secreta por su «alto valor informativo» y que permanecen años en centros secretos (*black sites*) algunos de ellos señalados, en una suerte de regocijo macabro, con nombres del tipo «Hotel California». El carácter terrible de este espeluznante diseño de la tortura unida a la naturalidad con la que se habla de ella parece remitir a las controvertidas tesis de Hannah Arendt sobre la banalidad del mal en un estado de cosas ya muy complejo en términos políticos en el que los gobiernos más poderosos (básicamente Estados Unidos, Reino Unido y sus países aliados, pero no sólo ellos) no dudan en acudir a oscuras agencias privadas,

9 Como señaló La Torre, el concepto de “seguridad colectiva” en términos internacionalistas desaparece y se le reemplaza por la primacía del interés nacional. LA TORRE, M., «La teoría del derecho de la tortura» *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 17, 2007, pp. 71-87.

¹⁰ Ibid., p. 75.

¹¹ HABERMAS, J., *El occidente escindido*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 15 y ss.

¹² Vid., JOAS, H., *Guerra y modernidad. Estudios sobre la historia de la violencia en el siglo XX*, Barcelona, Paidós, 2005.

auténticos profesionales de la guerra y, por tanto, del tormento¹³ con un difícilísimo encaje en las pautas convencionales y normas elementales de los conflictos armados¹⁴.

Uno de nuestros puntos de partida radica, pues, en que la tortura no es una cuestión trivial ni política, ni moral, ni jurídicamente, que su banalización y la falta de contrapesos permiten su extensión y que debemos extremar las precauciones y la firmeza frente a cualquier intento de frivolarizar con ella. Como señalaba Slavoj Žižek, «los que si bien no se muestran abiertamente favorables a la tortura, la convierten en legítimo tema de debate, son incluso más peligrosos que los apoyos explícitos»¹⁵. El riesgo de la pendiente es evidente, lo recordaba no hace mucho García Amado: «hoy se tortura para rescatar a un secuestrado, mañana para anticiparse a un atentado, pasado para prevenir una conspiración... y así hasta que un día, pronto, se tortura porque es usual torturar y porque se ha descubierto que la gente es más dócil y controlable cuando se la aterroriza que cuando se le respetan los derechos»¹⁶.

Escribir sobre la tortura es hacerlo sobre una cuestión radical. Recientemente Massimo La Torre y Lalatta Costerbosa se preocupaban precisamente desde las páginas iniciales de su estudio, de comunicar al lector que el hecho mismo de discutir sobre este tema trae consigo un elemento de culpa: «ensucia de alguna manera el alma y la dignidad de quien se encuentra en esta discusión»¹⁷. Recurrir al uso de eufemismos¹⁸ o referir la situación de la prohibición de la tortura en términos de debate resulta en sí mismo macabro. Igual que la esclavitud no puede someterse a discusión (por muchos argumentos de utilidad económica que pudieran esgrimirse a su favor) la tortura es una afrenta directa al fundamento de los derechos

13 Daremos más adelante detallada bibliografía sobre este punto, ahora y en relación con estos lugares, vid., HARDEN T., «Welcome to the CIA's Hotel California», *Daily Telegraph*, 4 de marzo, BASSIOUNI, M. C., *The Institutionalization of Torture by the Bush Administration*.

14 IGNATIEFF, M., *The Lesser Evil: Political Ethics in the Age of Terror*, Princeton University Press, 2004.

15 ŽIŽEK, S., «Sobre terrorismo y tortura», en *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, n.º. 17, 2005, pp. 21-27 p. 23.

16 GARCÍA AMADO, J.A., «1984: Todo totalitarismo tortura, toda tortura es totalitaria», en GARCÍA AMADO, J. A., PAREDES CASTAÑÓN, J. M., (Coords.) *Torturas en el cine*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005, p. 39.

17 LA TORRE, M.; LALATTA COSTERBOSA, M., *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013.

18 Aunque veremos esto con más detalle en un epígrafe posterior, cabe recordar que el Comité Contra la Tortura, junto con el Comité de Derechos Humanos han expresado que las técnicas intensivas de interrogatorio, autorizadas en 2002 por los Estados Unidos como la humillación sexual, el «submarino» y la utilización de perros para aterrorizar a los detenidos, constituyen tortura o trato cruel, inhumano y degradante. Véase el informe periódico entregado al Comité de Derechos Humanos: CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, en particular el párrafo 13 sobre las técnicas intensivas de interrogatorio.

humanos (enseguida recordaremos esta cuestión hoy un tanto olvidada).

La tortura es el hecho más terrible que puede padecer un ser humano, incluso las prácticas de tortura admitidas en un supuesto marco legal: las «agujas clavadas bajo las uñas» que proponía Dershowitz¹⁹ (una aberración académica, por otro lado), éstas deben resultar a cualquier jurista, pero también a cualquier ciudadano de bien, absolutamente escandalosas. Por citar los ejemplos mejor conocidos, los *Memorandos* sobre técnicas de interrogatorio de Estados Unidos regulan desde el retorcimiento del cuerpo en posturas insoportables o la exposición continua a temperaturas y ruidos extremos a la introducción de insectos en la caja donde se deposita al detenido para quebrar los nervios del detenido, ¿cómo cabe calificar 18 meses de aislamiento total? O mejor, ¿cómo puede sobrellevar una persona todo lo que implica el hecho irreversible de que se le haya privado de dignidad a través del desprecio absoluto de su cuerpo y de sus sentimientos al ser rebajado a la categoría de objeto sufriente en condiciones de total indefensión, instrumentalizado como una «fuente de información» de la que otros seres humanos pueden aprovecharse a su antojo?

La tortura es una experiencia *límite*, una mascarada del terror que ha acompañado la particular historia de la infamia y los episodios más oscuros de la historia del hombre. La tortura es una afrenta directa a esos logros de los que la humanidad podría sentirse orgullosa y que de normal tienen que ver con la sensibilidad, la literatura, el arte, la cultura y la razón. Recientemente, el jurista italiano Luigi Ferrajoli se refería a la lucha contra la tortura, precisamente como «una batalla de la razón»²⁰.

En efecto, de acuerdo con Ferrajoli, la tortura representa un lado oculto, el costado más terrible, odioso y obsceno de las instituciones públicas. Para Tomás y Valiente, en la tortura el sufrimiento se administra con odio para que el cuerpo aguante y no

19 DERSHOWITZ, A. D., «Is there a torture road to freedom? », *Los Angeles Times*, 8/11/2001.

20 «La batalla contra la tortura, quizás la más infame de entre las violencias institucionales desreguladas, no es sólo una batalla en defensa de la democracia y de los derechos humanos. Es también una batalla de la razón en defensa de las garantías mismas de la seguridad, las cuales dependen, hoy más que nunca, de la credibilidad moral antes que jurídica de los llamados valores de Occidente. Y es, antes que nada, una gran batalla cultural, dirigida a denunciar y a poner fin al horror de la tortura, que tiene su terreno de cultivo en la ignorancia, la indiferencia y el desinterés de la opinión pública, De la presentación de la investigación *Privación de la libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional en el Estado español*, coordinada por Iñaki Rivera y Francisca Cano, del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona. FERRAJOLI, L., «La batalla contra la tortura: la batalla de la razón Privación de libertad y Derechos Humanos: la tortura y otras formas de violencia institucional en el Estado español», *Sin permiso*, 2008.

muerta aún del todo²¹. Por limitarnos sólo al siglo XX, conocemos la experiencia espeluznante de los *Lager*, el ensañamiento físico y mental de los totalitarismos, el fascismo, la durísima represión franquista, el estalinismo, los Jemeres Rojos en Camboya, las dictaduras centroamericanas, el comportamiento de los agentes franceses durante la guerra de Argelia (tan determinante para la evolución de estas prácticas en Occidente), los casos de tortura de Reino Unido en Irlanda en el marco de la lucha contra el IRA, los de Saddam Hussein en Irak, los de Israel en Palestina, la formación de la Escuela de las Américas. Lo conocemos por las memorias de Vasili Grossman, por el *Archipiélago Gulag* de Aleksandr Solzhenitsyn, por la memoria directa de las víctimas de la represión franquista, por los informes infames sobre la represión chilena o argentina²² entre los que destaca «Nunca más», el informe final de la Comisión presidida por Ernesto Sabato respecto a las desapariciones y torturas en el autodenominado Proceso de Reorganización Nacional (1976-1983)²³.

Sí, la muerte fue la esperanza de muchos de los seres humanos torturados hasta el fin de sus días, durante el siglo XX, uno de los más terribles de la historia. En sus memorias sobre la experiencia con la Gestapo. Jean Amery, quizás la voz de referencia sobre la experiencia en primera persona de esta lacra (un «cáncer que crece» decía hace algunos años con su habitual lucidez Javier de Lucas²⁴), recuerda cómo tuvo que tranquilizar al guardián que se tensaba cuando él, ya próximo a su propia tortura, se acercaba casualmente a la ventana. Más tarde: « [...] frágil ante la violencia, gritando por el dolor, sin esperanza de ayuda e incapaz de resistencia, la persona

21 TOMÁS Y VALIENTE, F., "Sobre la tortura y otros males menores", *El País*, 3 de abril de 1995.

22 La tortura se ha integrado como pieza básica de las maquinarias de terror que asolaron el sur y el centro de América en los años 70 y 80. En las fechas en las que terminé la redacción de este trabajo, los papeles desclasificados por la administración del presidente de los Estados Unidos, Barak Obama, en relación con los servicios de inteligencia norteamericanos en la «política de terror» en Argentina, echan luz sobre la realidad de este derecho. El Departamento de Estado de los Estados Unidos ha divulgado más de 4.000 documentos relativos a este oscuro período de la historia con transcripciones de una conversación en la cual el Secretario de Estado Henry Kissinger dice: "Si hay cosas que deben hacerse, entonces deberían hacerlas rápidamente". Los informes desclasificados hablan del entrenamiento de soldados argentinos en la Escuela de las Américas (hoy Instituto del Hemisferio Occidental para la Cooperación en Seguridad), en Fort Benning y sobre el Plan Cóndor, un programa conjunto de los gobiernos de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay para reprimir el disenso a través de torturas y asesinatos.

23 Las prácticas de militares y policía en las dictaduras chilenas y argentina se encuentran entre las más sádicas y metódicas del siglo XX, Sabato se refirió a estas torturas infligidas por la dictadura argentina como «suplicios infernales. *Fragmento del discurso de Ernesto Sabato durante la entrega del informe*, 1984 http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/articulo/nuncamas/nmas2_01.htm (Consulta 14/5/2016).

24 DE LUCAS, J., "Un cáncer que crece: tortura y democracia", *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, n.º. 17, 2005, pp. 41-46.

torturada es solo un cuerpo, y nada más»; «la tortura es el acontecimiento más atroz que un ser humano puede conservar en su interior»²⁵.

En *El hombre en busca de sentido*, Viktor Frank describe el estado del hombre frente al horror: *vida desnuda*. Pero, a diferencia de Frankl, empeñado en dotar de un sentido al campo de tortura, la mayoría de los estudiosos de este tema ligan la tortura a la deshumanización y a la total desesperanza con el hombre y con la vida. Para Giorgio Agamben, la tortura constituye toda una fenomenología existencial de lo terrible y oscuro. El desligamiento de la vida, la imposibilidad de regresar a ella²⁶.

El *Lager*, supuso, la forma más perfecta y sistemática del horror, pero en lo que toca a la crueldad física y mental que supone la tortura, el grado de dolor aún sería perfectible.

En efecto, en términos de sadismo, las dictaduras en Sudamérica alcanzaron cotas de un horror inimaginable. También lo hizo el trato reservado para las prisioneras en los nuevos campos de dolor en el conflicto de los Balcanes. Justamente en los días en que termino este trabajo, se ha publicado «*Romper al ser humano. Tortura, enfermedad y muerte en las prisiones de Siria*», el durísimo informe de Amnistía Internacional sobre el infierno de sangre, sudor y muerte en el que se han convertido los calabozos de los servicios de seguridad y las prisiones del Gobierno del presidente Bachar el Asad. De acuerdo con esta organización, más de 300 personas mueren al mes como consecuencia de la prolongación y severidad de la tortura. Por eso no es ocioso empezar como lo hemos hecho. No se trata sólo del extremo sufrimiento, creo que Ariel Dorfman lo definió muy bien: la tortura es una inversión del universo, es ese estado «donde un ser humano tiene todo el poder del mundo y el otro no tiene otro mundo que el dolor»²⁷.

Cuando George Steiner observa con amargura la correlación entre la creación del Estado de Israel y la pérdida de la inocencia histórica, en ese punto, del pueblo judío, dice que la tortura es la trascendencia del mal absoluto: «¡Hay que intentar tener el valor de matarse antes de torturar, sean las circunstancias las que sean!».²⁸ La tortura –hemos querido comenzar este trabajo con una introducción extensa y gráfica– es un juego horroroso donde se manipula al ser

25 AMERY, J., *Más allá de la culpa y la expiación. Tentativas de superación de una víctima de la violencia*, cit. p. 83.

26 En relación, claro, con el «homo sacer, categoría central en la obra de Agamben, la cual, en amplio sentido, es la existencia despojada de todo valor político: «[...] vida a quien cualquiera puede dar muerte. Una oscura figura del derecho romano arcaico, en que la vida humana se incluye en el orden jurídico únicamente bajo la forma de exclusión (es decir la posibilidad absoluta de que cualquiera le mate) ...». AGAMBEN, G., *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. I, Pre-Textos, Valencia, 2003, pp. 9-23.

27 DORFMAN, A., «Tortura», *El País*, 29 de septiembre de 2006.

28 STEINER, G., SPIRE, A., *La barbarie de la ignorancia*, del taller de Mario Muchnik, Madrid, 2000, pp. 43-44.

humano a través del sufrimiento; un microcosmos, una inversión del mundo en el que un ser peor que el torturado se convierte en demiurgo de un universo invertido.

2.- EL AMPLIO CONCEPTO DE LA TORTURA

En efecto, la tortura es una realidad actual tan terrible como extendida. Es una cuestión grave en la que no cabe ni la banalidad ni la trivialización. La tortura sigue siendo, además, un concepto amplio, no exento de vaguedad y quizás de cierta ambigüedad, con problemas tanto extensionales como intensionales (relativos a sus connotaciones). Es posible que los problemas actuales relativos a la falta de un consenso social sobre su condena se deban a la banalización, pero, unido a ésta, al siempre impenetrable tema de los referentes mentales, sin embargo, ninguno de esos problemas típicos de la filosofía del lenguaje debe afectar a las convicciones jurídicas y morales *últimas* relativas a su significado frontal a la idea de derecho y, por ende, al tono absoluto de su proscripción.

De acuerdo con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, (artículo 1), se entiende por 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 éstas²⁹. A partir de esta definición, en los últimos años se ha insistido mucho en el alcance e implicaciones de su tipología, en el afán (para nosotros hoy *tendencialmente* superfluo) de individualizarla estrictamente en función de las señas específicas de los autores (cuerpos públicos de seguridad, funcionarios de la policía, responsables de correccionales, psiquiátricos, escuelas,³⁰ etc.); del contexto (períodos de aislamiento-reclusión, detención); de las motivaciones (búsqueda de confesiones, castigo); o, sobre todo, de la gravedad de la misma. Es cierto que la

29 SANZ-DÍEZ, M., "El concepto de Tortura en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984", en GARCÍA VALDÉS, C., VALLE, M et al. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* / Vol. 2, 2008, pp. 2265-2284.

30 En relación con esto recordemos que quedó prohibida toda norma que permita el castigo físico en las escuelas (STEDH Campbell c. Reino Unido de 25 de marzo de 1993).

distinción entre tortura y tratos inhumanos y degradantes es operativa en términos de calificación penal de los hechos, en términos procesales (de ahí también la cantidad de literatura jurídica en torno a la distinción conceptual de la tortura frente a los tratos inhumanos o degradantes). La gravedad es el pivote sobre el que descansa la tipología y el esfuerzo de distinción normativa. Por ejemplo, el artículo 3 del Tratado Europeo de Derechos Humanos (TEDH) prohíbe tres tipos de tratos: tortura, tratos inhumanos y tratos degradantes. Los tres tipos de actos (todos ilícitos) parecen escalonarse según la intensidad del sufrimiento. Un trato degradante consistiría, según la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH), en un comportamiento que «humilla gravemente al individuo delante de otros o que lo hace actuar en contra de su voluntad o de su conciencia» o «degrada a la persona sujeto de él en los ojos de otros o en sus propios ojos». Penas o tratos inhumanos constituyen el nivel de intensidad superior. Provocan «voluntariamente graves sufrimientos físicos o mentales». El TEDH, en sentencias como la de Irlanda vs. Reino Unido (1978) han distinguido los actos crueles, inhumanos y degradantes (en este caso los sufridos por presuntos terroristas del IRA) de la tortura por la menor gravedad e intensidad de los primeros. Su jurisprudencia lleva años diferenciando entre tortura, y trato inhumano o degradante y esta diferencia sí viene habitualmente determinada por la especial ignominia del maltrato, pero, por ejemplo, no por la cuestión del carácter irreversible o no del daño, así, algunos hechos relativos a «colgadas» palestinas, (sentencia Aksoy c. Turquía, 1996), o violación de una mujer durante su detención por un agente de las fuerzas de seguridad estatales, (Aydin c. Turquía, 1997), tan cercanos a muchos casos muy actuales a los que pronto haremos referencia, son claros ejemplos de torturas. Igual calificación mereció el asunto Selmouni c. Francia, 1999, donde en un interrogatorio de la policía de Seine-Saint-Denis, el demandante de origen magrebí fue golpeado durante horas, amenazado con fuego de un soplete y jeringuillas, además de ser ridiculizado, befado y sometido a humillaciones como ser orinado por uno de los agentes: todo ello mereció el calificativo de tortura. Esto es, resulta posible, que la cuestión de la severidad, de la *gravedad* del daño concreto, médicamente peritado como tortura tenga relevancia jurídica, pero esto apuntaría, en su caso, únicamente a una graduación de la responsabilidad penal del torturador/es y a las calificaciones e itinerarios procesales en cada caso concreto, pero no al fondo (filosófico-jurídico si se quiere) de la cuestión de la tortura. Por referirnos a nuestro país, el Tribunal Constitucional (TC) interpretó pronto las «torturas y tratos inhumano o degradantes» como conceptos relacionados en su núcleo esencial (STC 120/1999 FJ9º) y como sostiene el profesor Pérez Royo no se trata de compartimentos estancos sino de conductas que atacan con el mismo fin el núcleo de la dignidad humana en busca de una degradación que

convierta al ser humano en un mero instrumento de una voluntad ajena.³¹

En lo que más nos interesa aquí, creemos que una novedad de nuestra época (como expresión de una inquietante dejación de la cuestión de fondo) es que la distinción entre grados de sufrimiento (lesiones importantes como consecuencia de «presión física», resultados reversibles, o no, de los daños físicos y psicológicos infligidos) se hace no con el propósito de diferenciar teóricamente la tortura de actos hipotéticamente ajenos (desde el contenido legal de la pena al ensañamiento criminal) o de figuras penales teóricamente análogas como los tratos inhumanos y/o degradantes, etc., sino de sacar paulatinamente ciertas prácticas fuera del campo de la tortura para evitar de esta forma la condena moral y la sanción penal, política y social. Contamos con ver este punto un poco más adelante.

Creemos que sofisticar la tipología de la tortura y figuras afines no es la mejor vía para la comprensión cabal de su significado pues abre la puerta (así en lo que toca a las disquisiciones relativas a la trascendencia de la gravedad) a una cierta trivialización cuando no a argumentos directamente favorables a determinados supuestos y modalidades de tortura (a una tortura que caería, en un macabro juego de eufemismos, fuera del alcance semántico de la misma). Los recientes casos de torturas realizadas (*externalizadas*) por agencias privadas, por ejemplo, en el asunto de la lucha contra la insurgencia en Irak, desaconsejan igualmente la insistencia en la naturaleza (pública o privada) de la autoría directa. Tampoco parecen las sendas nominalistas buenas vías para acercarse a la tortura desde la perspectiva de la filosofía del derecho, desde la óptica de los derechos humanos o desde una dogmática penalista mínimamente comprometida con los derechos fundamentales, las libertades públicas y el resto de los valores consagrados en declaraciones de derechos y textos constitucionales, ya que ni la tortura, ni los tratos inhumanos y/o degradantes –y el recuerdo de esta convicción mueve este trabajo– están jamás justificados, ni jurídica, ni política, ni moralmente. La «vía nominalista» sólo conduce a laberintos léxicos de tono voluntarista (muy interesados en términos de pragmatismo político –en una acepción degradada de la expresión–) poco valiosos desde la perspectiva del conocimiento del campo de los derechos humanos. Prueba del tono laberíntico de esos derroteros es el hecho de que en nuestra época el terror que se inflige con la tortura tiene que ver, paradójicamente, con la llamada «lucha contra el terror»

31 PÉREZ ROYO, J., *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000. Para un planteamiento afín en lo que respecta a la protección frente a los tratos inhumanos o degradantes como uno de los ejes fundamentales del Estado de Derecho, vid., ZÚÑIGA LÓPEZ, L., «Instrumentos jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes» en ARARTEKO, *La prevención y erradicación de la tortura y los malos tratos en los sistemas democráticos*, Colección «Jornadas sobre derechos humanos» nº 7, 2004, pp. 117-168.

que conlleva el terrorismo³² y ya no sólo con la razón de Estado. En uno de los casos recientes de torturas sistemáticas mejor conocidos, los de las cárceles de Abu Ghraib, se torturaba, recordémoslo, no sólo a sospechosos sino también a personas claramente inocentes, y se hacía, de acuerdo con la feliz expresión de un general, para «explotarles con el objeto de obtener información procesable». ³³ También se intentaba a través de esos actos de degradación del ser humano transmitir un *mensaje*³⁴ que tiene que ver con las imágenes del poder. La cuestión simbólica es muy interesante y la apuntaremos en un punto posterior. Podemos admitir que, en un gran número de ocasiones, torturar es infligir en el contexto de una relación de poder, de forma fría, calculada, deliberada, dolor intenso y sufrimiento a una persona a veces con el objetivo instrumental de obtener una confesión (incluso una falsa confesión) o lograr información que la persona torturada no desea (o no puede) dar o, más en general torcer su voluntad a través del tormento, etc. Pero, es innegable el hecho de que también se tortura a un ser humano (un hijo, otro hombre, una mujer) con el afán de torcer la voluntad de otros (un padre, una madre, un compañero sentimental, etc.), como señal de fuerza entre grupos, a modo de «mensaje» de terror, humillación y desprecio (como las macabras atrocidades de los carteles de la droga mejicanos y colombianos) o por puro placer. La tortura es susceptible de estudiarse desde muchas perspectivas. Con todo el horror que conlleva, con toda su tipología jurídica, con toda su fenomenología carcelaria, y, con toda su necesidad de permanecer oculta, oscura y en secreto, no es posible evitar ver que la tortura, lo hemos insinuado ya, tiene siempre un aire de *teatro* y, por tanto, tiene un fuerte componente cultural, de ahí las variaciones psicológicas de la tortura, pero también las muy distintas reacciones sociales ante la brutalidad. En todo caso, la definición de la tortura a partir de sus fines no parece hoy una vía jurídicamente interesante.

A la vista del desarrollo de modalidades cada vez más sofisticadas de tortura en lo que atañe a la integración en ella de aspectos que tienen que ver con el daño moral, el desprecio cultural, etc. deberíamos admitir para ir finalizando este epígrafe que el carácter grave del daño (habitualmente medido por la reversibilidad del mismo) no parece tampoco hoy un camino fructífero. En la actualidad, la lesión ostensible no es el elemento calificador ni el más importante. Por ejemplo, la descripción de las prácticas hoy más extendidas del trato al que nos referimos (humillaciones sexuales,

32 VILLÁN DURÁN, C., «La práctica de la tortura y los malos tratos en el mundo. Tendencias actuales», en ARARTEKO, *La prevención y erradicación de la tortura y los malos tratos en los sistemas democráticos*, cit., p. 33- 116.

33 DANNER, M., «Tortura y verdad», *Pasajes de pensamiento contemporáneo*, N.º 17, 2005.

34 Sobre los múltiples significados de la tortura: catárquica, instrumental, hedonista, etc. y la cuestión de los imaginarios (a los que, las más de las veces) va destinado este mensaje, vid., PETERS, E., *La tortura*, cit., p. 250 y ss.

violaciones colectivas, zoofilia forzada, ingesta de excrementos, vejaciones crecientes, pérdida de la conciencia, insultos constantes, etc.)³⁵ remite a un tipo de agresión moral que parece tener como objeto una claudicación en un sentido muy profundo de la vida del torturado. Se apunta así, más que a un daño observable a simple vista, a un daño *interior*, hondo y subjetivo destinado a no quedar limitado a los días del tormento sino a constituirse en una situación traumática de gravitación muy íntima y constante en la vida del sujeto torturado.

3.- LA TORTURA: LO INSOPORTABLE FÍSICO Y PSICOLÓGICO; LEGAL Y POLÍTICO

Entonces, ¿qué es lo que, en el fondo, importa de la tortura? Creemos que es posible contestar que la prohibición absoluta de la tortura tiene que ver con un grado de la civilización en el que no cabe retrocesos. La tortura ya es, en el fondo, un fenómeno afín a la idea de lo *insoportable* (y no sólo al tormento insoportable en un plano físico, psicológico –o también emocional–) sino también en términos de humanidad, razón, progreso o civilización.

Es una cuestión que, desde muchos puntos de vista, y no sólo en lo relativo a la severidad del tormento, remite a lo *insoportable* y en ese punto apunta a una cuestión *límite*. Cuestión límite que debe entenderse como demarcación que separa en el subsistema jurídico, lo legal de lo ilegal (lo permitido de lo prohibido). Cuestión límite que, en lo que significa de instrumentalización, debe entenderse de acuerdo la célebre segunda formulación del imperativo categórico kantiano: tratar a la humanidad como un fin en sí misma, y que, por tanto, separa lo moral de lo inmoral. Cuestión límite que apunta a los límites del poder.

Cuestión límite que, entendiendo que ni el derecho ni la política, ni la moral *soporta* la tortura, se explica también en la reflexión fecunda sobre otra naturaleza de los límites. De ahí la extensa relación de enfoques e innovaciones semánticas, alguna muy actuales, que van desde las retóricas de la excepción, a quienes nos permitieron entender el vínculo entre el poder y la «voluntad de saber», esto es, de nuevo, paradigmáticamente, Foucault y la idea del derecho que se formula como «de vida o muerte» que es en

35 El 12 de julio de 2005, los miembros de un panel militar dijeron al comité que propusieron aplicar medidas disciplinarias al comandante de la prisión mayor general Geoffrey D. Miller, en relación con el interrogatorio de Mohammed al Qahtani, que se vio obligado a llevar un sostén femenino, bailar con otro hombre y fue amenazado con perros. La propuesta fue rechazada por el general Bantz J. Craddock, comandante de Comando Sur de EE.UU., que remitió el asunto al inspector general del ejército. «Investigators recommended disciplining Gitmo commander». CNN.com. 13 de julio de 2005. Consultado el 19 de marzo de 2006.

realidad «el derecho de hacer morir o de dejar vivir»³⁶, las reflexiones sobre el «homo sacer» y la «nuda vida» de Agamben, el miedo que enturbia la moral o la distancia anímica con los torturados, de acuerdo con los textos ya clásicos de Hannah Arendt³⁷, o la recurrente retórica, nosotros-ellos³⁸, amigo-enemigo, y otras reflexiones, creemos que colindantes, en las que bien podrían incluirse desde las denuncias sobre nuevas formas de superfluidad social y la cuestión del distanciamiento entre la moral y hechos, los encubrimientos entre mandatos y efectos de Zygmunt Bauman³⁹ a la retórica del desprecio de Axel Honneth. Es por ello que, acudiendo a Robert Alexy, La Torre reiteraba no hace mucho que la tortura está en ese espacio en el que reside lo «discursivamente imposible»⁴⁰.

Sin embargo, por referirnos ahora sólo a nuestro país, es posible constatar una cierta carencia de voluntad política, incluso jurídica, en las fechas en las que termino este trabajo, y por citar los ejemplos más llamativos, aún es reciente el doble indulto por el poder ejecutivo a los cuatro *mossos d'Esquadra* tras haber sido condenados por delitos contra la integridad moral, torturas y lesiones contra Lucian Paduraru, un hombre inocente detenido por error; además, el TEDH ha vuelto a condenar a España por no investigar suficientemente las denuncias de torturas interpuestas por Xabier Beortegui Martínez, detenido por la Guardia Civil en 2011 (la sexta condena a España de este tipo desde 2010 y la octava desde que firmó el CEDH). Sin embargo, lejos de asumir la gravedad de esta cuestión *límite* a la que nos referíamos atrás, la respuesta sistemática de los sucesivos gobiernos desde la llegada de la democracia es que en España no se tortura, según denuncian las organizaciones de derechos humanos, así la Coordinadora para la Prevención de la Tortura.

Retomaremos esta cuestión más adelante al referirnos a los problemas de ineficacia, basta ahora apuntar que es, precisamente, el clima de impunidad lo que desdibuja toda la teoría de los límites, la extrema gravedad y el carácter absoluto de la prohibición de la tortura a la que nos estamos refiriendo. Aquí la voluntad política sería esencial, sin embargo, tanto el comité de la ONU como el europeo encargados de la prevención de la tortura en los Estados miembro ha recomendado a España –la última vez en 2015– la implementación de medidas como la instalación de cámaras de vigilancia o la abolición del régimen de incomunicación, que podrían haberse incluido en

36 FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*, Tomo I, México, Siglo XXI. 2002, p. 164; *Historia de la sexualidad*, Siglo XXI, Madrid, vol. 1 (1992); vol. 2 (1993); vol. 3 (1995).

37 ARENDT, H., Sobre la violencia, Vid. también, SONTAG, S., Ante el dolor de los demás. Madrid, Alfaguara, 2003, pp. 88 y ss.

38 HUSTER, S., p. 24 y ss.

39 BAUMAN, Z., "El eterno retorno de la violencia", pp. 24 y ss.

40 LA TORRE, M., LALATTA COSTERBOSA, M., *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, cit., p. 2 y ss.

reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como una señal del compromiso firme contra la tortura desde los poderes legislativo y ejecutivo.

Por todo ello, creemos que, en cierta forma, el derecho aún tiene una «deuda» con la tortura, dediquémosle un epígrafe a esta cuestión.

4.- LA DEUDA DEL DERECHO CON LA TORTURA: PENSAR LA TORTURA PENSAR EL DERECHO

Hay muchos tipos, muchos móviles y formatos de tortura. Por ejemplo, en relación con sus autores, además de los cuerpos de policía y militares, hay tortura por parte de organizaciones criminales, la mafia, los cárteles de México. Existe tortura en los ajustes de cuentas entre particulares, entre grupos armados. En relación con los fines que se persiguen a través del tormento del cuerpo, hay tortura con fines económicos como las brutales redes beduinas de tráfico de personas que martirizan los últimos años diariamente a los refugiados que huyen de la dictadura de Eritrea a cambio de la petición de rescate a sus familias⁴¹. Hay tortura de muchos tipos, incluso hay tortura privada con fines hedonistas. Hay muchos tipos de tortura en relación con sus formatos, así la tortura psicológica o la violencia sexual contra las mujeres, sobre todo, pero no sólo en tiempos de guerra. La trata de blancas es una forma de tortura. Pero hemos apuntado ya que no nos interesa reflexionar sobre el estado de la tortura a partir de una particular tipología, ni detenernos en la historia de la positivación de su prescripción (salvo para dar a conocer los últimos pasos y recordar su especial ubicación en el terreno de los derechos humanos). Aunque quepa una definición más amplia que la jurídica de la tortura en relación con sus agentes, nos interesa aquí, sobre todo, la reflexión política y socio-jurídica relativa al estado actual de la tortura que tiene que ver con las instituciones públicas. Entendemos que debe manejarse un concepto amplio de tortura que, aunque más restrictivo que los tratos inhumanos y degradantes apunte a esas instituciones (gobiernos, Estados, ejércitos, agencias de inteligencia o seguridad, etc.) no sólo cuando haya una agencia directa (militares, policías, fuerzas públicas de seguridad), también en el caso de contratos (del tipo de los contratistas privados utilizados por EEUU en «zonas de conflicto») y en todos los supuestos en los que haya un beneficio, un interés de esos gobiernos o instituciones en los resultados de la práctica de la tortura.

41 Desde el endurecimiento de la dictadura de Eritrea en 2008, unos 50.000 jóvenes han huido del país rumbo a Europa o a Israel. Alrededor de 10.000 han desaparecido por el camino. Una brutal red de tráfico de personas rapta a los refugiados en la península del Sinaí, donde son encerrados y torturados. Grupos beduinos exigen rescates astronómicos a las familias. «Eritreos, crónica de una diáspora salvaje», *El País*, 5 de marzo de 2015.

En todo caso, y ligado a esto, mantenemos una segunda convicción: creemos que, dada la naturaleza del fondo de la tortura, todo investigador del derecho, y no sólo de los derechos humanos, debería detenerse alguna vez a reflexionar sobre ella. Pensar sobre la tortura siempre es pensar sobre el derecho. Lo es todavía hoy, aunque solo sea porque la tortura y la forma de relacionarnos con ella está en la base de la comprensión misma del significado del derecho, con la concepción moderna del Estado de derecho, y no sólo en lo que toca a los derechos humanos. En lo que respecta a la propia formación del jurista en relación con este tema siempre vigente, uno recuerda bien el prólogo a la obra clásica de Beccaria, aquellas líneas cuando el profesor Tomás y Valiente señalaba a los Estados civilizados como lugares donde también se torturaba, aunque la opinión pública no lo reconociera así⁴². La tortura se abolió oficialmente en España en 1812, eso significa que durante siglos la tortura dentro del derecho o tortura judicial fue una pieza clave de la intimidación de los ciudadanos. Una herramienta destinada al terror inquisitivo más que a la búsqueda de una verdad procesal pues pronto resultó sabido el tipo de confesiones que se lograban con el tormento del cuerpo. Luego regreso con fiereza en el siglo XX y volvió a contar con la colaboración de políticos, pero también de juristas.⁴³

En España, la tortura y los tratos inhumanos y degradantes en lo que afecta a cuestiones tan distintas como los llamados vuelos de la CIA, las denuncias sobre la ausencia de investigaciones efectivas conforme al art. 3 del Convenio Europeo⁴⁴, o el trato reservado a los inmigrantes y refugiados en puestos fronterizos o en los Centros de Internamiento de Extranjeros apelan a la reflexión de todo jurista.

Preguntarse por el *status quaestionis* de la tortura supone reflexionar también sobre el significado de la política y, en particular, del Estado de derecho. De un lado, la prohibición de la tortura, la interdicción de los tratos inhumanos y degradantes está imbricada profundamente en la lógica interna de la concepción moderna del Estado pues el Estado de derecho que surge en la modernidad tiene su forma de ser en el establecimiento precisamente de una serie de límites al poder en relación con los individuos. Ha sido, entre nosotros, Elías Díaz uno de los filósofos del derecho que ha insistido

42 TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura en España*, cit., p. 254 y ss.

43 MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, Valencia, Tirant lo Blanch, citado por ZÚÑIGA LÓPEZ, L., «Instrumentos jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes», cit., p. 165.

44 Ver, entre otros, el Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura, Theo Van Boven sobre la visita a España del 5 al 10 de octubre de 2003; en el 60º período de sesiones. (E/CN.4/2004/56/Add.2). En nuestro país, los casos que mejor ilustran esta cuestión son las denuncias por falta de investigación, pero tampoco ha escapado de los escándalos en Irak. En febrero de 2016, los tribunales dictaron el sobreseimiento en el caso de las torturas y palizas brutales por parte de soldados españoles en Irak. También el Informe de la Coordinadora para la Prevención y Denuncia de la Tortura, "La Tortura en el Estado Español" Informe de 2012. Barcelona, mayo de 2013 p. 14.

pronto en esas cuestiones⁴⁵. Los derechos fundamentales son un criterio de legitimidad, pero también un criterio de eficacia del poder político. En el Estado de derecho la seguridad ha de ser constitucional. Y, sin embargo, la tortura no sólo ha sido un formato episódico de la sanción penal; la tortura, es preciso recordarlo, ha estado *integrada* durante buena parte de la historia del derecho en el proceso judicial. La tortura procesal, que es la que se ejerce durante el caso para determinar la sinceridad del testigo, la culpabilidad del acusado, etc., se ha utilizado de forma más extensa, como es conocido, para calcular la propia veracidad de los testigos, como una prueba habitual del mismo (ordalías)⁴⁶ o como una forma protocolaria de comenzar a transcurrir el proceso.⁴⁷ Massimo La Torre se ha referido a la tortura como “instituto jurídico” de antigua tradición, con el expresivo rótulo de *Las amistades peligrosas*, precisamente para señalar con poderosos argumentos, que el recurso al terror legal no es compatible con la autocompresión de los juristas como actores de un ordenamiento constitucional y liberal⁴⁸.

Como recuerda Javier de Lucas, un planteamiento inicial de la reflexión con la tortura, contempla dos hechos de apariencia antitética, el primero es que la tortura –más incluso que la pena de muerte– supone la reducción de los seres humanos a la condición de objetos, su *deshumanización*. El segundo es que no ha habido cultura que no conociese y practicase la tortura y de ello no faltan testimonios⁴⁹. Aunque sólo sea porque el derecho se ha servido tanto tiempo de la tortura (le ha dado carta de legitimidad, por así decir), el derecho le debe, pues, a la humanidad una respuesta. Una respuesta larga, firme, constante y contundente. La prohibición de la tortura no es sólo un punto fijo del universo moral, en la bella expresión de Dworkin⁵⁰, sino que aparece como una de las razones de ser de los propios catálogos de derechos humanos.

5.- La prohibición de la tortura como derecho humano: su carácter absoluto

Creemos que cuando se habla de tortura la primera obligación del jurista, pero también del político es recordar el carácter absoluto de la prohibición de la tortura. El derecho a no ser torturado está reflejado en el artículo 5 de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 y en el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles,

45 DÍAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1985.

46 Recomiendo en este punto,

47 TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura judicial en España*, Barcelona: Crítica, 2000.

48 LA TORRE, M., *Amistades peligrosas. Tortura y derecho*, Derechos y Libertades, nº 28, Época II, enero 2013, pp. 25-38.

49 DE LUCAS, J. «Un cáncer que crece: tortura y democracia», cit., p. 41.

50 Debo a una conversación con Roberto Gargarella el conocimiento de esta expresión del profesor norteamericano.

inhumanos o degradantes». La prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens*⁵¹ y cuando se recoge en declaraciones de derechos humanos, éstas destacan siempre su carácter absoluto. Estas normas no se pueden derogar o modificar por la voluntad de las partes dado que hacen parte de un conjunto de normas inderogable: la prohibición de la tortura integra este núcleo de principios que reflejan valores superiores con las que la humanidad entera se vincula. Como se ha encargado tantas veces de recordar Amnistía Internacional, existe una prohibición mundial de la tortura y todas las formas de crueldad desde 1948 y ya son 156 los países que han firmado la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas pero la prohibición va aún más allá y es vinculante incluso para los Estados que no se han unido a los tratados de derechos humanos pertinentes. Ningún Estado puede torturar ni permitir ninguna forma de tortura o malos tratos en ningún caso, ni bajo justificación alguna⁵². El artículo 2 de la Convención contra la tortura, establece que «en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura». Los Convenios de Ginebra de 1949 aceptados universalmente prohíben la tortura también en caso de conflictos armados y es una de las claves del derecho internacionales de los derechos humanos.⁵³

Esto es, el carácter absoluto del derecho a no ser torturado está previsto, precisamente, para evitar la recurrente retórica de la excepción.

La prohibición de la tortura, la cosificación del ser humano, el hecho de que en el siglo XX se produjeran episodios de crueldad

51 Las normas de *ius cogens* de derechos humanos generan obligaciones *erga omnes* que conciernen a todos los Estados miembros de la comunidad internacional, entre ellas, la obligación de perseguir a toda persona acusada de haber cometido actos de tortura: Reparar a la víctima y prevenir la repetición de otros casos. PIÑOL I RULL, J, «Artículo 5», en PONS RAFOLS, X., (Coord.), *La Declaración Universal de Derechos Humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 249-254.

52 AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe Amnistía Internacional 2015/2016. La situación de los derechos humanos en el mundo*, cit., p. 11 y ss.

53 En todos los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos se señala que no hay excepción para la prohibición contra la tortura, así en el artículo 7 de los Pactos de derechos civiles y políticos de 1966 y, muy pronto, en 1975, en una Declaración específica que dará paso a la Convención de 1984 y con ella a la institucionalización en el seno de la Organización de un Comité propio contra la tortura. Remitimos a algunos trabajos sobre este respecto: Por último, los tratados internacionales que rigen los conflictos armados establecen un derecho internacional humanitario o las leyes de la guerra, éste derecho incluye también la prohibición de la tortura, Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, ratificados por la gran mayoría de los estados del mundo, no reservan ninguna excepción: la tortura está prohibida en todos los casos Una exhaustiva relación de los instrumentos jurídicos que redundan en el carácter absoluto de la tortura con jurisprudencia reciente, en ZÚÑIGA LÓPEZ, L., «Instrumentos jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes», cit., p. 162 y ss.

despiadada y sistemática que incluyeron la experimentación con seres humanos explica aún hoy la necesidad no sólo de la positivación jurídica del derecho a no ser torturado sino la misma creación de las instituciones e instrumentos jurídicos que la recogen. Como recuerda De Lucas, la experiencia de esa capacidad destructora que puede alcanzar la política de la tortura instrumental «gravita hasta tal punto sobre la *malheur de conscience* del siglo xx, que el nacimiento mismo de la ONU viene presidido entre otros objetivos prioritarios, por el propósito de erradicarla»⁵⁴. Ante la conciencia del horror de los actos que los hombres pueden hacerles a otros hombres, la tortura es tenida desde el principio de la historia de este invento excepcional de la humanidad como una violación *seria* de los derechos humanos, estrictamente condenada por el derecho internacional. La gravedad de la tortura es tal que también afecta a un derecho que podemos situar en la médula de los catálogos de derechos humanos: el derecho de asilo. Ninguna persona debe ser enviada de regreso a un sitio donde podría sufrir torturas. El derecho de asilo tiene que ver muchas veces con la pretensión legítima de poder escapar de la tortura y la relación entre la crisis del derecho de asilo y la prohibición de la tortura, tiene que ver con las novedades epocales que nos interesa retener.

La tortura es también hoy el atentado más claro y directo contra el fundamento en el que descansan todos los derechos humanos: la dignidad humana. La tortura, se insiste en todos los preámbulos y discusiones sobre la forma de positivizar su prohibición, es una violación *seria* de los derechos humanos que atenta contra los principios básicos de los mismos⁵⁵. Hoy el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes es un órgano del Consejo de Europa (CE), cuyo objetivo es la prevención de los casos de tortura y otros tratos inhumanos o degradantes en el territorio de los signatarios de la Convención europea. Más recientemente, el artículo 7 del estatuto del Tribunal penal internacional creado en Roma en 1998 califica a la tortura como crimen de lesa humanidad, al que alcanza la jurisdicción universal. En nuestro país el artículo 15 de la Constitución de 1978 recoge el formato universal y absoluto de la prohibición de la tortura: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes [...]».

54 DE LUCAS, J. «Un cáncer que crece: tortura y democracia», cit., p. 42.

55 De acuerdo con el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». A partir de este mandato se dio paso a la Convención europea para la prevención de la tortura (1987) que estableció un Comité Europeo para la prevención de la tortura. Vid., GINÉS SANTIDRIÁN, E., «La prevención de la tortura en Europa: el Comité Europeo para la prevención de la tortura» en FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, P. A, (Coord.) *La obra jurídica del Consejo de Europa: (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, 2010, pp. 649-664.

Recapitulando, la prohibición de la tortura es un principio básico no solo de los catálogos de derechos humanos sino de todo el derecho internacional. Además, la mayoría de los países desarrollados integran la prohibición de torturar en sus jurisdicciones internas a través, las más de las veces, del código penal. Tanto la tortura como el trato cruel, inhumano o degradante son prácticas prohibidas en todo momento y lugar, incluso en épocas de guerra. En un plano ético, la convicción de que un ser humano no puede ser torturado por otro u otros seres humanos fue, en un momento de nuestra historia intelectual, tan poderosa, que se positivó en los más importantes textos jurídicos y se dotó, por ello, de la más seria de las fuerzas vinculantes. Tras analizar los recientes argumentos que reivindican la licitud de la tortura, La Torre ha desarrollado la tesis de que existe una conexión conceptual entre tortura e ilegalidad, una contradicción fenomenológica entre derecho y tortura.⁵⁶

Posiblemente tenga razón García Amado y con la tortura muera lo humano de los dos, del torturado y del torturador. También cuando dice, tras recordar que O'Brien el personaje de 1984 sabe que no busca una confesión sino *acabar con el sentimiento de sentirse hombre*, que la tortura siempre se aplica como un castigo que tiene que ver con la venganza y no como recurso procesal, pues como tal se sabe de su ineficacia y nula fiabilidad⁵⁷. Puede que para algunas personas la tortura propicie una sensación de mayor seguridad frente a la eventualidad de los actos terroristas, pero, en realidad, ni es eficaz, "ni puede soportarse atendiendo a la conciencia abierta a la inalienable dignidad humana"⁵⁸. La tortura es un crimen y, además es forma ineficaz de luchar contra el terrorismo (sus efectos son perversos pues, en el peor de los casos, da argumentos a los terroristas). Pero veamos la eficacia que nos interesa aquí, la que tiene que ver con la reducción de los casos de tortura.

6.- EL PROBLEMA DE LA EFICACIA DEL DERECHO A NO SER TORTURADO

La fase actual del desarrollo histórico de los derechos humanos debería caracterizarse, es posible convenirlo así, por el trabajo relativo al desarrollo de medios, instrumentos y garantías que redunden en la *efectividad* (o eficacia real, uno de los formatos de la eficacia de un derecho: que éste se cumpla o se respete) de los

56 LA TORRE, M., «La teoría del derecho de la tortura» *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, cit., p. 72 y ss.

57 GARCÍA AMADO, J.A., «1984: Todo totalitarismo tortura, toda tortura es totalitaria», cit., p. 43.

58 SÁNCHEZ DE LA YNCERA, I., RODRÍGUEZ FOUZ, M., "El (in) justificable recurso a tortura. Seguridad y adiaforización en sus ominosas institucionalizaciones", CAMPIONE, R., RUSCHI, F., *Guerra, derecho y seguridad en las relaciones internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, cit., p. 287.

derechos humanos⁵⁹. Esto debería ser así también para la tortura. ¿Cómo se ha previsto esa eficacia real y cuál es el estado de cosas actual?

Asegurar la eficacia siempre ha sido un desafío de los instrumentos jurídicos que recogen el derecho a no sufrir tortura. Una primera forma de hacerlo, lo señalamos atrás, fue darle a este derecho un carácter absoluto, en el sentido de que no admite excepciones. Pero sabemos que esto no ha sido suficiente, a la amortización política del estado de conmoción, a la extensión del clima de urgencia y excepcionalidad y a la ampliación del «campo de batalla» (coincidente con los lindes del mundo, al decir de Donald Rumsfeld) se suman hoy otros rasgos ya conocidos: el desalineamiento de la primera fuerza militar sobre el derecho internacional (que ella misma propulsó en las décadas centrales del siglo XX) , el ocultamiento cada vez más sofisticado, las cada vez más virulentamente esgrimidas «razones de Estado», la multitud de pequeñas zonas de conflicto, etc. Otro hecho (un hecho doble) tiene que ver con los «nuevos agentes». De un lado, el agente activo actual suele estar vinculado a sub-agencias dentro de las agencias de inteligencia y su carácter doblemente secreto impide los controles más elementales de transparencia y publicidad; de otro, los torturados suelen ser personas de países en conflicto sin protección diplomática efectiva, en situación de persecución, o sobre los que recaen sospechas de culpabilidad (individual pero también, a menudo, genérica) en actos de terrorismo y que padecen, por así decir, el *reverso oscuro* de la globalidad.

Junto a la insistencia en el carácter absoluto de la prohibición de la tortura, un segundo paso para obtener un marco de eficacia apuntó pronto a la creación de organismos de control y supervisión. Tradicionalmente se ha diferenciado entre mecanismos establecidos en virtud de lo dispuesto por el Consejo de Derechos Humanos que se aplican a todos los Estados (órganos creados en virtud de la Carta) y los mecanismos establecidos en virtud de un tratado concreto (órganos creados en virtud de un tratado), que se aplican únicamente a Estados que han ratificado el tratado en cuestión⁶⁰.

En relación con los primeros, los principales mecanismos de derechos humanos adoptados en sede de Naciones Unidas –el Consejo de Derechos Humanos, Examen Periódico Universal, la Comisión de Derechos Humanos (sustituido luego por el Consejo de Derechos Humanos) y los Procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos– tienen como fin elaborar normas concretas de prevención/investigación de violaciones de derechos humanos y

59 GARCÍA CÍVICO, J. «¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza?», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 15, Nº 24, 2011, p. 179.

60 ZÚÑIGA LÓPEZ, L., «Instrumentos jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes», cit., p. 117 y ss.

éstas incluyen la tortura, pero además se cuenta con órganos específicos creados a través de tratados, así en lo que nos interesa aquí el Comité de Derechos Humanos (en lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966), el Comité contra la Tortura (para la supervisión de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Inhumanos y Degradantes de 1984) y el Subcomité para la Prevención de la Tortura (por el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 2002⁶¹). En tercer lugar, por lo que toca al control de la tortura, en el ámbito de Naciones Unidas, tenemos, dentro de los procedimientos especiales, al Relator Especial sobre la tortura.

Sobre el Protocolo de Estambul, éste tiene como objeto que los Estados utilicen uno de los medios fundamentales para la protección de los individuos contra la tortura: una documentación eficaz capaz de sacar a la luz las pruebas de torturas y malos tratos de manera que se pueda exigir a los torturadores que den cuenta de sus actos y permitir que se haga justicia.

Al mismo tiempo, al ser la tortura un crimen, podemos acudir a los mecanismos típicos de la prevención del delito. De acuerdo con las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención del delito, resolución 2002/13 del Consejo Económico y Social, párr.3., ésta «engloba las estrategias y medidas encaminadas a reducir el riesgo de que se produzcan delitos y sus posibles efectos perjudiciales para las personas y la sociedad, incluido el temor a la delincuencia, y a intervenir para influir en sus múltiples causas». Sobre esa base y entre otros muchos documentos (seleccionamos éste por su claridad en este punto), la *Guía operacional para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*⁶², subraya que el desarrollo de una estrategia

61 Sobre el Protocolo como instrumento de cambios estructurales enfocados a prevención en casos concretos (España, México), vid. SARRE, M., "El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura: un instrumento generador de cambios estructurales necesarios para prevenir la tortura" en MARIÑO, M. F., CEBADA ROMERO, A., *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 99-118.

62 Recordamos que las instituciones nacionales de derechos humanos (INDH) son órganos estatales con un mandato constitucional o legislativo de proteger y promover los derechos humanos. Forman parte del aparato del Estado, no solo son elementos esenciales de un sistema nacional de derechos humanos sólido: actúan como puente entre los gobiernos y la sociedad civil, vinculan las responsabilidades del Estado con los derechos de los ciudadanos y conectan las leyes nacionales con los sistemas de derechos humanos de ámbito regional e internacional. KJÆRUM, M., «What is a national human rights institution? », en <http://www.humanrights.dk/about+us/what+is+a+nhri>. Consulta del 15/4/ 2014. En nuestro país, la práctica ha sido establecer una única institución en la que se combinan la vigilancia de los derechos humanos y las funciones tradicionales del Defensor del Pueblo; JIMÉNEZ CORTÉS, C., PI LLORENS, M., "¿Qué Mecanismo Nacional de Prevención sería el apropiado en España?, en MARIÑO, M. F., CEBADA ROMERO, A., *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, cit., 119-152. Sobre el papel de esta figura como INDH puede verse, REIF, L. C., *The*

de prevención de la tortura exige un enfoque compuesto por tres elementos interrelacionados: a) Un marco jurídico que prohíba la tortura; b) La aplicación efectiva de dicho marco jurídico; c) Mecanismos de monitoreo del marco jurídico y su aplicación. A su vez se distingue dos tipos de prevención: la prevención directa y la indirecta. La primera tiene como objetivo prevenir la tortura reduciendo factores de riesgo y eliminando causas. Esta intervención se produce antes de los casos de tortura y su finalidad es abordar las «raíces» que pueden dar lugar a tortura y tratos crueles; se caracteriza por la educación y monitoreo periódico de lugares de detención. El objetivo de la prevención directa es crear un entorno en el que sea improbable que ocurra la tortura. La prevención indirecta (disuasión) tiene lugar después de que hayan ocurrido los casos y se centra en evitar la repetición. Para ello, el objetivo de la prevención indirecta es convencer a los torturadores potenciales, mediante la investigación y documentación de los casos ocurridos, la denuncia, el enjuiciamiento, la comparecencia en juicio y el castigo de los autores, así como la reparación a las víctimas, de que la tortura se paga a un «precio mayor» que los posibles «beneficios» que pueda reportar. En muchos lugares del mundo sucede al revés, la tortura produce beneficios en los cuerpos policiales o en la percepción pública del gobierno. El balance del reciente informe de Amnistía Internacional no puede ser más preocupante: 2015 ha sido el primer año en el que la tortura se ha extendido tanto como en la Segunda Guerra Mundial⁶³. Inmediatamente ligado a la extensión del crimen de torturas, está la cuestión de la impunidad. Dos son, de acuerdo con esta organización, los grandes factores que redundan en la ineficacia de este derecho: falta de voluntad política, especialmente cuando el propio gobierno es quien está detrás de las torturas; confianza en que no habrá investigaciones eficaces, independientes e imparciales.

Precisamente, otra de las notas con las que es posible hacerse una idea cabal del estado de la tortura en la actualidad apunta a una extensión-sofisticación de la impunidad. Ésta queda afectada por la emisión de reservas y provisiones en los convenios, pero también con la rebaja (en la práctica) de los estándares de protección de la persona a través del uso de conceptos difusos que aparecen para blindar jurídicamente la comisión del crimen. Así, en el marco de la llamada «guerra contra el terror», el de «combatientes enemigos ilegales» que a la vez es una apelación a la eficacia de la tortura que permite desdibujar su crudeza salvaje⁶⁴. Es también reseñable el

Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System, Leiden, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

63 AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe Amnistía Internacional 2015/2016. La situación de los derechos humanos en el mundo*, cit., p. 7 y ss.

64 SÁNCHEZ DE LA YNCERA, I., RODRÍGUEZ FOUZ, M., "El (in) justificable recurso a tortura. Seguridad y adiaforización en sus ominosas institucionalizaciones", cit., p. 266.

declive de los mecanismos de jurisdicción internacionales como, por ejemplo, aquel con el que contó nuestro país⁶⁵.

Sobre las circunstancias que permiten la tortura (la prevención directa), el mayor problema respecto a las violaciones por parte de España del artículo 3 se debe a sus reticencias a seguir las recomendaciones y modificar su legislación antiterrorista. Esta legislación, en su previsión en los artículos 520 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reúne las condiciones más oportunas para que se vulneren derechos humanos a través del régimen de la incomunicación. Los periodos de incomunicación, por su opacidad, crean las condiciones adecuadas para que se dé la violación del art. 3 del CEDH y ello, junto a la falta de tutela efectiva por parte de los tribunales, lleva a la permisibilidad oficial de prácticas repulsivas⁶⁶.

En lo que a nuestro país se refiere, España sigue mostrando carencias en sus medidas contra malos tratos, penas crueles y torturas⁶⁷. Sobre su estado actual, la Coordinadora para la Prevención de la Tortura, una plataforma integrada por organizaciones de lucha contra la tortura y la defensa de los derechos humanos agrupadas con el objetivo de velar por la aplicación y el seguimiento de los mecanismos internacionales de prevención de la tortura en el Estado español, de manera especial el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, ha recogido entre 2004 y 2014 7.500 casos de personas que han denunciado ser objeto de torturas, trato inhumano o degradante por parte de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

65 Por referirnos a un caso relacionados con hechos apuntados atrás, cuando los EEUU que tenían la competencia para perseguir hechos de tortura no llevaron a cabo ninguna investigación efectiva sobre denuncias por torturas en Irak, la reforma de la LOPJ sobre la jurisdicción universal terminó con la posibilidad de que los tribunales españoles se ocuparan del enjuiciamiento de los torturadores, cadenas de mando e incluso de los autores de los memorandos que avalaron torturas y rendiciones extraordinarias, esto es, entrega de detenidos a países donde era probable que fueran duramente torturados. La entrega extraordinaria o devolución forzada es la práctica común de la CIA de mandar secretamente a sus rehenes a países donde sí pueden ser torturados sin las limitaciones de la ley estadounidense. El programa empezó bajo la Administración Clinton para personas que participaron en ataques contra EEUU. WEISSBRODT D., BERGQUIST A., «Extraordinary Rendition: A Human Rights Analysis», *Harvard Human Rights Journal*, vol.19, 2006, p. 124. Y trabajo Carlos III, p. 62.

66 MIRALLES RUIZ-HUIDOBRO, R. (Autora) / SAURA ESTAPÁ, J., (Coord.), «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos relativa a España por torturas. Del terrorismo a la criminalización de la disidencia» Informe "El tiempo de los derechos" nº 31, 2013, p. 43.

67 Sobre la evolución de conductas y procedimientos relacionados con la persecución de los delitos de torturas y malos tratos puede verse, también AMNISTÍA INTERNACIONAL, *España. Crisis de identidad: Torturas y malos tratos de índole racista a manos de agentes del Estado*, Madrid, 2002.

suscribimos que la tortura en España «no es una práctica generalizada pero sí está lejos de ser una práctica erradicada»⁶⁸. Esto es, tal y como indican los informes del Comité de Prevención de la Tortura (CPT) hay problemas de eficacia. La Comisión de Derechos Humanos en 2004 insistía en que el problema de la tortura en España se encontraba no en el hecho de que fueran prácticas sistemáticas, sino en que el sistema acababa permitiendo que se dieran estas situaciones. Entre las principales críticas, el Comité ha señalado falta de regulación, detenciones incomunicadas de 13 días, uso excesivo de la fuerza por parte de Policía y Guardia Civil en manifestaciones, controles fronterizos, repatriaciones indiscriminadas (sin conocer sus posibles consecuencias) y nula investigación de los crímenes del pasado. Creemos que otro ejemplo de la ineficacia de la protección en la intersección entre los derechos de asilo y el de no sufrir tratos inhumanos o degradantes, es la «devolución en caliente», la expulsión y extradición de personas sin saber si existe peligro de que sufran daños en sus países de origen.

Ya fuera de nuestro país, otra forma de hacernos con una imagen actual de los problemas de eficacia del derecho a no ser torturado es el análisis de la reciente jurisprudencia del TEDH, ésta presenta situaciones muy distintas de supuestos donde se vulnera del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: desde los malos tratos infringidos por la policía a detenidos, pasando por la indigna situación de las cárceles en algunos países, hasta casos de deportación o extradición cuando la pena a ejecutar es la capital.⁶⁹ En lo que afecta más directamente a la eficacia, en estos supuestos se ha puesto de relieve la dificultad que entraña apreciar si los daños corporales han ocurrido durante la detención. En ese punto hay que insistir en que las autoridades tienen obligación de velar por la integridad de las personas detenidas. Si hay daño debe explicarse, de lo contrario, la tortura o trato inhumano puede presumirse. Aquí resulta interesante el caso *Sunal c. Turquía*, en el que se condenaba a Turquía por la falta de explicación razonable de las lesiones de un detenido con quemaduras por electrocución. Sobre la carga de la

68 MIRALLES RUIZ-HUIDOBRO, R. (Autora) / SAURA ESTAPÁ, J., (Coord.), «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos relativa a España por torturas. Del terrorismo a la criminalización de la disidencia» cit., p. 43-44.

69 Sobre el derecho a no sufrir tortura hay existe una amplia jurisprudencia que ha permite avanzar en la consolidación de principios que podrían redundar en una mayor eficacia del derecho, en la pasada década: *Jalloh contra Alemania*, de 11 de julio de 2006; *Alver contra Estonia*, de 8 de noviembre de 2005 (Demanda n.º 64812/2001); *Argenti contra Italia*, de 10 de noviembre de 2005 (Demanda n.º 56317/2000); *Bekos y Koutropoulos contra Grecia*, de 13 de diciembre de 2005 (Demanda n.º 15250/02); *Devrim Turan contra Turquía*, de 2 de marzo de 2006 (Demanda n.º 879/02); *Gongadze contra Ucrania*, de 8 de noviembre de 2005 (Demanda n.º 34056/02) y *Mikheyev contra Rusia*, de 26 de enero de 2006 (Demanda n.º 77617/01) y *Léger contra Francia* de 13 de abril de 2006 (Demanda n.º 19324/02).

prueba, otro factor de eficacia que se deriva de la última jurisprudencia del TEDH, es que, aunque incumbe en principio a la víctima acreditar la realidad de la vulneración material alegada, dada la indefensión en que se encuentra (soledad, aislamiento) en determinadas situaciones se invierte esta carga probatoria, debiendo el Estado facilitar suficientes y convincentes explicaciones en torno al hecho ocurrido. El TEDH ha insistido en la ausencia de excepciones (un punto visto atrás), señalando que el artículo 3 recoge uno de los valores más importantes de la sociedad democrática y que incluso aun tratándose de presuntos terroristas o miembros de organizaciones criminales está absolutamente prohibido utilizar por los agentes de la policía la fuerza física. En las últimas décadas, el TEDH, ha introducido en su jurisprudencia la que ha denominado «violación procedimental del art. 3 CEDH». Ésta se produce cuando, realizada por el particular la denuncia de malos tratos, las autoridades nacionales no han procedido a una investigación detallada y efectiva de la misma.⁷⁰

El centro de Guantánamo o las prácticas de rendición extraordinaria por parte de la CIA, (una forma de «subcontratación de la tortura»)⁷¹, son cuestiones actuales en el «debe» de la eficacia de este derecho que se ven afectadas por el inacabado desarrollo de las instituciones señaladas atrás, pero junto a éstas, el marco jurídico de cada país también brinda el fundamento de cualquier estrategia eficaz de prevención de la tortura.

Por no terminar sin citar otras medidas, de forma muy esquemática aún se trataría de: a) La promoción de la ratificación de tratados internacionales relacionados con la tortura y en particular la Convención contra la Tortura (incluidos los artículos 21 y 22) y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo y los tratados regionales; b) La promoción de reformas jurídicas internas, tales como la tipificación de la tortura como delito en el código penal (de conformidad con el artículo 1 de la Convención) o el establecimiento en la legislación

70 En la actualidad, otro problema que tiene que ver con la eficacia son las extradiciones de personas condenadas a pena de muerte (Caso Bader y otros contra Suecia). El TEDH entiende que la pena capital no es contraria *a priori* ni al art. 2 ni al 3 del CEDH. El art. 2.1 CEDH solo puede exigir que en los casos de pena de muerte ésta se efectúe por "ejecución de la sentencia de un tribunal", y que, en el procedimiento se observen los criterios de equidad. *A contrario*, imponer "la pena de muerte a una persona, tras un juicio poco equitativo, generaría, en aquellas circunstancias en las que exista una posibilidad real de que la sentencia sea ejecutada, un grado de angustia y miedo, que provocaría una situación susceptible de ser contemplada dentro de la violación del artículo 2 y 3.

71 KALECK W., «Justice and accountability in Europe: discussing strategies», en CIA - "Extraordinary Rendition" flights, torture and accountability - a European Approach, European Center for Constitutional and Human Rights, Second Edition, Marzo 2008, p. 15. RAMÓN CHORNET, C., «Las prerrogativas de la CIA en la eliminación de presuntos terroristas y en la práctica de la tortura», en Revista Española de Derecho Internacional, vol. LVI/2004, pp. 542-545.

penal de la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas mediante tortura; c) En este mismo ámbito interno, hay medidas que favorecerían la efectividad del derecho a no sufrir tortura que tienen que ver con recomendaciones generales del Comité contra la Tortura en lo que toca a garantías básicas como la asistencia médica y letrada independientes, la comparecencia ante un juez o el derecho contactar con familiares así como de comunicar el lugar donde está detenido.⁷² Muchas de las situaciones descritas (denuncias de humillaciones sexuales, golpes, y climas de terror) podrían ser solventadas si se siguieran medidas relativamente fáciles de adoptar como la instalación de cámaras, una garantía tanto para los detenidos como para los agentes ante denuncias falsas.

7. UNA DESCRIPCIÓN TENTATIVA DE ACTUALIDAD

Cualquier descripción actual del estado del derecho a no sufrir tortura invita a la preocupación. De acuerdo con un informe reciente de Amnistía Internacional, 2015 fue el peor año en lo que toca a la extensión de la tortura desde la segunda guerra mundial. Se trata, además, de una tortura que pretende ampararse en la inquietante idea de «seguridad nacional» con lo que de nuevo aparece la impunidad por hechos cuya responsabilidad se pierde en un determinado nivel de la cadena de mando.

Aunque las tentativas de justificación de la tortura no son estrictamente novedosas⁷³, una de las hipótesis principales con la que comenzamos este trabajo es que hay una triple debilidad en el estado actual de la prohibición de la tortura (moral, política y jurídica) y que ésta se debe al hecho de la misma aceptación del debate. No hubo, ni la hay hoy, una respuesta contundente, ni a las exhibiciones de fuerza, ni a las arremetidas retóricas que desde comienzos del siglo XXI han tratado de justificar el uso de la tortura o de reconducir el asunto, bien fuera del campo semántico de la tortura, bien a los supuestos de excepción. A su vez, esto parece haber provocado un efecto en la opinión pública que, en un clima de terror, asume el núcleo más intuitivo del argumento utilitarista y, al menos, el carácter debatible de la prohibición de la tortura⁷⁴. La tortura, se ha

72 Observación General N°20 del Comité de Derechos Humanos relativa a la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 7).

73 RODLEY, N., «Justifiability?», *The Treatment of Prisoners under International Law*, 1999, pp. 78-84, AMINISTÍA INTERNACIONAL, *Report on Torture*, 1975, pp. 23-27; *Tortura.*, Fundamentos, Madrid 1984, pp. 6-7) y «Rechazo moral general» y «Eficacia» en *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Tortura (Estocolmo, 4-6 de octubre)*, 1996, p. 39.

74 Según el estudio de la red de centros de investigación *World Public Opinion, WPO - Program on International Policy Attitudes (PIPA) - World Public Opinion on Torture*, de junio de 2008, la opinión pública mundial se opone, en general, a la tortura, aunque un tercio de los 19.000 encuestados en 19 países la justifican en casos concretos como el terrorismo. A la cabeza de estos últimos países estarían

venido insistiendo así, podría ser un medio, un instrumento para terminar con el terror (con el terror que provoca el terrorismo). Una vez sustraídas las prácticas de «interrogatorio severo» del oscuro campo semántico de la tortura, tales «tratos», se dice, no deberían, ni siquiera, permanecer ocultos⁷⁵. Esto es, en las defensas más extremas del recurso a los tratos «en la línea de la tortura» se llega a defender la idea de que esta práctica no es sólo una prerrogativa legal sino una obligación del Estado: si el gobierno no recurre a ella no estaría cumpliendo la función de protección de los ciudadanos. «No estoy a favor de la tortura, pero, sí la hay, debe tener autorización judicial», es la compleja, pero sintomática, expresión del profesor de derecho en Harvard Alan Dershowitz, quien tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 sugirió que ciertas formas de tortura en situaciones «apremiantes» no conculcaría estrictamente los derechos del prisionero. Argumentaba Dershowitz, que ya que de hecho se recurre a la tortura es mejor que esté legalizada para limitarla y evitar abusos en su práctica. El aluvión de críticas no consiguió desmontar esta línea argumental, sino que se abrió un debate, así que la primera década del siglo XXI en lo que a la lucha contra la tortura se refiere quedó marcada por el signo de la impotencia. Tal como señaló con lucidez Žižek, la premisa subyacente en esa mezcla de apología de la tortura instrumental y un utilitarismo «de legítima defensa» es todavía más perturbadora, puesto que implicaba que podemos admitir que se torture a alguien, ya no como parte de un castigo merecido, sino, simplemente, porque *alguien sabe algo*.⁷⁶

7.1.- La presión sobre el Estado de derecho

Dada la insistencia de una confusa amalgama de argumentos de tono utilitarista sobre el carácter urgente y excepcional (e incluso benigno) de la tortura, el derecho a no ser torturado pasó de ser una convicción inamovible a resultar un tema debatido. Se estaba creando ese estado de cosas del que alertaba ya Peters por el que la tortura se asoma como paso lógico y previsible⁷⁷. Ese estado de cosas se debió, podemos decirlo hoy con la perspectiva del tiempo, a

India (59%), Nigeria (54%) y Turquía (51%). En el extremo opuesto, España (cuyo sondeo correspondió al Real Instituto Elcano) donde un 82% de los encuestados (el índice más alto, junto al de Reino Unido y Francia, de los países analizados) se opone al uso de la tortura en cualquier circunstancia.

http://www.worldpublicopinion.org/pipa/pdf/jun08/WPO_Torture_Jun08_packet.pdf
Consulta 12/09/2016.

75 LA TORRE, M., «La teoría del derecho de la tortura» *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 17, 2007, pp. 71-87.

76 DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, 2002; POSNER R.A., «The Best Offense», *The New Republic*, 2 de septiembre 2002. ŽIŽEK, S., «Sobre terrorismo y tortura», cit., p. 23-24.

77 PETERS, E., *La tortura*, cit., p. 255 y ss.

la falta de una oposición firme al ímpetu y a la vehemencia con la que los servicios de inteligencia y el ejército de EEUU bajo la administración del presidente George Bush reclamaron total libertad para combatir (y vengar) los actos terroristas producidos en suelo norteamericano⁷⁸. No debían ponerse ni límites, ni obstáculos para un fin que llegó a plantearse en términos bíblicos e incluso apocalípticos. En ese clima, una interpretación subyacente venía a ver a la tortura como el medio apropiado para que las naciones civilizadas combatieran el terror de un enemigo bárbaro y difuso. Como observó Hans Joas, "en los intentos de algunos juristas estadounidenses de eludir la prohibición de la tortura (no se ven decisiones producidas ante un dilema trágico (...) se aprovecha la situación emocional producida por un sentimiento colectivo de amenaza"⁷⁹. Entre la necesidad de saber y la necesidad de castigar, la tortura aparecía inquietantemente justificable. Desoyendo todo lo relativo a las precauciones básicas sobre los «cantos de sirena», por decirlo con Jon Elster, o a los peligros de la «legislación en caliente», por acudir a expresiones más convencionales, el mensaje que siguió inmediatamente a los ataques de las Torres Gemelas fue la de que el mundo se hallaba ante una situación de excepcionalidad. Y en esa excepcionalidad se podría recurrir a la tortura. A partir de la «USA Patriot Act», se creó no sólo un procedimiento sin restricciones de búsqueda de «terroristas» (de nuevo en un sentido vago y sin que acabara de consensuarse el alcance de la noción), sino una remodelación de las instituciones típicas de reclusión de la que el centro de detención e interrogatorios de Guantánamo en Cuba supuso el mejor epítome⁸⁰. En él se negaban los derechos elementales relativos al *habeas corpus* y a la asistencia de abogados; en 2002, la Administración Bush continuó con el diseño militar de una suerte de red de torturas global para que los servicios de inteligencia tuvieran toda la información que desearan. Yoo llegó a decir que el derecho internacional no vincula al Presidente y que el poder ejecutivo no está limitado por el derecho estatal y los derechos constitucionales.⁸¹

Desde entonces y como fue tempranamente señalado desde los mismos documentos de coordinación del proyecto «HURI-AGE El tiempo de los derechos», el acoso del terrorismo, percibido como amenaza global, sometió a las construcciones del estado del derecho a una fortísima presión. Se trató, por seguir con las líneas de este

78 HABERMAS, J., *El occidente escindido*, cit., pp. 17 y ss.

79 JOAS, H., *La sacralidad de la persona*, cit. p. 80.

80 AMNISTÍA INTERNACIONAL, "Nuevos testimonios de torturas en Guantánamo", Informe, nº. 77, 2006, pág. 20. Vid, entre muchos otros, DE LUCAS, J., "Contra la impunidad y la tortura en las cárceles de Guantánamo e Iraq", *Temas para el debate*, nº. 116 (jul), 2004 (Ejemplar dedicado a: Políticas públicas de lucha contra la exclusión social), pp. 10-12.

81 YOO, J., *The Powers of War and Peace*, University of Chicago Press, Chicago, 2005.

proyecto de investigación en el que participamos, de una presión que se pretendía justificar por la necesidad de acomodar el estado de derecho a las nuevas circunstancias: «Según este punto de vista, el constitucionalismo de los derechos y de las garantías es un costoso lujo, propio de tiempos pasados, por lo que, mientras dure esta (rigurosamente inédita) sazón de guerra contra el terrorismo, habría que sustituir la rigidez de las previsiones legales y de los mecanismos garantistas, por la capacidad para enfrentarse al riesgo con la eficacia y de manera expeditiva»⁸².

Aunque podríamos distinguir y analizar por separado la extraordinaria debilidad de las diferentes estrategias argumentativas y justificativas de la tortura (las que apelan a una moral de tipo utilitarista y las centradas en argumentos jurídicos) perderíamos de vista la nota definitoria del derecho a no ser torturado que hace imposible su debate: su carácter absoluto. El carácter absoluto del derecho de una persona a no ser torturada fue en su configuración jurídica y por eso todavía es, precisamente, una forma de anticiparse a los argumentos de excepcionalidad. La existencia de una urgencia, de unas circunstancias excepcionales, de una amenaza oscura y letal no es estrictamente una novedad. De hecho, es esa precisamente la cobertura ideológica habitual con la que el poder ha pretendido (y tantas veces logrado) recurrir a la tortura.

Además, ya resulta evidente que la decisión de integrar a la tortura en la política exterior de los EEUU (pero no sólo de ellos) no fue, en realidad, resultado de ningún debate sino una decisión gubernamental previa a todo debate (una decisión que se iba a llevar a cabo fuera cual fuera la naturaleza última de los mismos). Hemos asistido, como ha señalado La Torre, a un retorno de la centralidad de la fuerza y de la violencia como elementos fundamentales, esenciales, del derecho⁸³. Esto es, la cobertura argumentativa que le dio formato jurídico fue *posterior* a la decisión real de recurrir a la tortura.

7.2.- La bomba de relojería

A pesar de que mantengamos la convicción de que debatir en términos morales sobre la tortura es afín a hacerlo sobre la violación de la esclavitud o la «servidumbre natural» de la mujer; a pesar de que, ya en otro terreno, discutir, sobre si la tortura es eficaz o no en la lucha contra el terrorismo es al derecho (y no sólo a la moral) lo mismo que debatir sobre el heliocentrismo en astronomía, parece obligado referirnos brevemente a otro de los argumentos más

82 RIBOTTA, S., "Sobre el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y su regulación en el derecho español. Mejor prevenir que castigar", *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 85, 2012, pp. 153-180.

83 LA TORRE, M, «La teoría del derecho a la tortura», cit., pp. 72.

exitosos de la cobertura ideológica a actos que caen en el campo de la tortura. Hemos mencionado que gran parte de la opinión pública se mostró pronto, si no favorable, sí al menos condescendiente, con las sospechas de que sus gobiernos estaban llevando a cabo una suerte de *institucionalización* de la tortura⁸⁴. Gran parte de esa ambivalencia parece deberse al éxito de la imagen de la bomba de relojería (*ticking-bomb*). El caso *ticking-bomb* es una situación imaginaria en la cual una bomba se halla en situación de cuenta atrás y un detenido tiene información sobre su localización. En esa ficción, el detenido, o bien se niega a contestar, o bien contesta que no sabe nada al respecto. ¿Hasta qué punto se puede forzar su voluntad para que las fuerzas de seguridad obtengan una respuesta o queden seguras de que sus respuestas son sinceras? ¿Cabe el recurso a la tortura? A menudo, el planteamiento de este enrevesado dilema de laboratorio incluye expresiones tendenciosas del tipo «un terrorista» es detenido, a menudo también la situación hipotética suele reforzarse con efectos emocionales (la bomba está colocada en una escuela) o expresiones redundantes («víctimas inocentes»)⁸⁵.

La imagen de la bomba es poderosa, pero ¿no resulta ya evidente el cinismo que rodea esta argumentación? ¿En cuántas ocasiones ha ocurrido un hecho así? ¿Se puede asimilar la situación de la bomba con la posibilidad de averiguar los planes de una organización terrorista? La hipotética situación de riesgo eminente es sólo eso, una hipótesis, una ficción, no es real. Lo real es que esa posible situación de laboratorio o excepcional ha servido de excusa para la generalización (esta sí real) de la tortura como forma sistemática de conseguir información. El dolor es real, la hipótesis apenas una imagen vaga. Además, tal como recuerda la *Guía operacional para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*, el escenario de la "bomba de relojería" contiene hipótesis ocultas que habría que dismantelar una y otra vez: a) el motivo del torturador es conseguir la información necesaria, con la intención legítima de salvar vidas. Aun así, en caso de que el torturador realmente comenzara a actuar con el motivo legítimo de obtener información, la tortura corrompe a su perpetrador. El supuesto de que la tortura tiene puramente como objetivo recoger información es demasiado simplista. En las situaciones de la vida real pueden dominar otras motivaciones o emociones, como la ira, el castigo y el ejercicio de poder»; además, b) Se trata de una situación aislada, que no se

84 Un reciente trabajo académico sobre la llamada (en nuestra opinión, tendenciosamente) "tortura de rescate", incluye aparato estadístico sobre estas cuestiones, CANO PAÑOS, M. A., *En los límites de la exclusión de la responsabilidad penal: el caso de "Jakob Von Metzler" y el empleo de la tortura en el Estado de Derecho*. Tesis doctoral dirigida por Jesús Barquín Sanz, Universidad de Murcia, 2015.

85 ESPINOSA, A-J., "The apparent and almost succeeded defet of the struggle in favour of human rights becaus of the "Ticking time bomb scenario", *Àpoca: butlletí català d'informació notarial*, Época 2, nº 10, 2015, pp. 17-23.

repite normalmente. Sin embargo, «es parte de la naturaleza de la tortura que cualquier autorización de actos parecidos conduce a una pendiente resbaladiza que generaliza el uso de la tortura en el seno de la institución».⁸⁶

En los últimos años se ha torturado no sólo a sospechosos de terrorismo sino a las fuentes de información: conocidos, taxistas, familiares, allegados, esto es, se tortura a personas inocentes y todo ello sin bombas de relojería a punto de estallar y sin ninguna certidumbre de que existan riesgos de atentado⁸⁷. Se trata de extrapolaciones (reales) de un caso excepcional (hipotético). Esto es, por muy grave que sea la situación, el mundo no está sembrado de bombas de relojería a punto de estallar: el terrorismo real no funciona así.⁸⁸ Los recientes atentados revelan la complejidad, inestabilidad de los móviles, la heterogeneidad de los autores, la aleatoriedad de las víctimas y el carácter impredecible de la mayoría de ellos.

Dicho esto, y con esas cautelas aún es posible detenerse en otros argumentos (a menudos solapados con la retórica de la urgencia). En general, estos pretenden bien, sacar las prácticas de lucha contra el terrorismo que de suyo caen del lado de la tortura como modalidades de no-tortura, y/o que la tortura se asuma como una excepción necesaria y/o, que la tortura aparezca como una práctica justificada moralmente y legalmente bien, de nuevo en el marco de una argumentación utilitarista, bien bajo redimensiones de la legítima defensa. Los tres argumentos y escenarios se encuentran, a menudo, solapados y se expresan a partir de un «nuevo lenguaje».

7.3.- El nuevo lenguaje de la tortura: la tortura no es tortura

El nuevo lenguaje de la tortura no es sólo una redefinición del tipo penal, confluyen aquí el éxito de las tesis sobre el «derecho penal del enemigo» en Alemania, de acuerdo con las conocidas tesis de Albert y de Jakobs, sostenidas en EEUU, con mayor o menor vehemencia, por juristas como Dershowitz o Jon Yoo, pero también un marco, por decirlo con la expresión de Lakoff en el que no es cuestión menor el juego de las «identidades» y las «pertenencias», o incluso visiones religiosas, psicóticas y escatológicas del mundo (la guerra como «cruzada»⁸⁹). Todo ello produjo una pronta redefinición

86 ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, *Defusing the Ticking Bomb Scenario: Why we must say NO to torture, always, 2007; Guía operacional para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*, p. 14.

87 AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe Amnistía Internacional 2015/2016. La situación de los derechos humanos en el mundo*, cit., p. 7 y ss.

88 WOLFANDE, J., "Training Torturers: A Critique of the "Ticking Bomb" Argument", *Social theory and practice: An International and Interdisciplinary Journal of Social Philosophy*, nº. 2, 2006, pp. 269-287.

89 La relación entre el linaje de los Prince de Michigan, dueños de Blackwater, los poderosos movimientos de la ultra ortodoxia católica y evangelista de la "América

del marco legal aplicable, de los detenidos relacionados con Al Qaeda y las fuerzas talibanes (ahora como «combatientes enemigos ilegales»), de la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra y de la misma tortura que iba a caer del lado de las «técnicas de interrogatorio mejoradas».

Efectivamente, otro de los primeros argumentos esgrimidos venía a decir que las técnicas «intensas» de interrogatorio y, en general el trato severo a los detenidos, no caían dentro del concepto de tortura. La administración Bush intentó legitimar las prácticas de tortura desde los primeros meses que siguieron a los atentados, así en 2002 con el memorándum *Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. 2340-2340a*, de cuya autoría era responsable Jay S. Bybee, ex juez de la Corte de Apelación y responsable de la Oficina de Asesoría Jurídica del Departamento de Justicia dirigido a Albert R. Gonzáles, asesor del Presidente Bush. Bybee propuso que una serie de actos de violencia física y psicológica por parte de las fuerzas de seguridad caerían fuera de la definición convencional de la tortura en función del control que se tendría sobre la intensidad de los dolores causados. El entonces Fiscal General Adjunto Suplente de la Oficina de Asesoría Jurídica del Departamento de Justicia, John Yoo, redactó a su vez un documento por el que el Presidente (al frente de las Fuerzas Armadas) se desvinculaba del derecho internacional consuetudinario; esto es, ni el derecho a no ser torturado ni las exigencias mínimas derivadas del reconocimiento de la dignidad universal de los seres humanos se había tomado en serio. De esa forma, determinadas formas de provocar sufrimiento, dolor o angustia en un detenido se separarían de la definición de los Convenios de Ginebra y de la misma Convención contra la Tortura⁹⁰. Entraban aquí expresiones de semántica difusa como la de «interrogatorio severo» o «mejorado», debates sobre el significado mismo de la «severidad», pero también sobre el alcance del «daño mental prolongado». Tanto Yoo como Jay Bybee proponen en *Assistant Attorney General*, innovaciones terminológicas y redefinición *ad hoc*, por ejemplo, aducen que la tortura se produce propiamente cuando se está en presencia de una amenaza inminente

Profunda” y el conservadurismo reaccionario de las filas del partido Republicano forman un marco en el cual la palabra “cruzada”, utilizada por Bush luego del 11-S, cobra toda su dimensión y verdadero significado. “Estamos inmersos en una guerra de cien años (...) y es hora de que los cristianos comprendamos nuestra historia (...). La América laica no lo entiende”. *Le Monde Diplomatique*, octubre 2008 – año X, N° 112; SCAHILL, J., *Blackwater*, cit. Sobre la teologización y desteologización de las guerras y sus corolarios, vid., CAMPIONE, R., *El nomos de la guerra. Genealogía de la guerra justa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

90 Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the White House, from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General and John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, *Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C, Section 2340-2340A*, 2002; Memorandum for John A. Rizzo, Acting General Counsel, CIA, from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, *Interrogation of al Qaeda Operative*, 2002.

de muerte, de lesiones irreversibles y/o de un daño psíquico prolongado, además como subraya La Torre, Yoo introduce la doctrina del doble efecto, «de manera que sólo habría tortura allí donde infligir un grave sufrimiento es el fin inmediato y directo de la conducta. Si el sufrimiento se presenta como daño colateral no estaríamos en presencia del supuesto de hecho de tortura. Por consiguiente, aplicando rigurosamente la doctrina del doble efecto, todas las torturas dirigidas a obtener informaciones del torturado no podrían calificarse como tales, es decir como torturas»⁹¹.

Entramos así en otro de los rasgos que, en nuestra opinión, son novedades significativas del actual estado de la tortura. La tortura en el marco de la lucha contra el terror que comenzó con la persecución de colaboradores dirigentes de Al Qaeda se caracteriza por sumar a la violencia física más o menos brutal, una importantísima carga psicológica que va desde el recurso a la humillación moral, racista, xenófoba y sexual hasta el desprecio simbólico de la dignidad ajena a partir de la ofensa a las señas culturales. Bajo el cobijo de la menor severidad, los daños mentales y psicológicos han cobrado un gran protagonismo. Muchas de las denuncias de torturas infligidas a iraquíes detenidos por parte de los soldados norteamericanos señalaban el trato humillante y actos de desprecio cultural que parecían dirigidos más a provocar un intenso dolor moral y vergüenza que daños físicos. Se trata de una suerte de reverso perverso del compromiso con los valores, por decirlo en términos parecidos a los de Hans Joas⁹². Esa vergüenza, humillación y asunción de la inferioridad es uno de los objetivos del eufemismo «métodos de coerción física y psicológica» con el que las fuerzas de EEUU eluden referirse a la «tortura». Por coerción física y psicológica se entienden toda una serie de técnicas habituales incluyen cubrir la cabeza de los sospechosos con capuchas negras durante horas, forzarlos a estar de pie o arrodillados en posturas incómodas, en condiciones extremas de frío o calor.⁹³

Otra estrategia paralela fue señalar al pueblo (a la fuente de legitimidad del poder político) como beneficiario directo de la estrategia seguida en la lucha contra el terrorismo islamista. El asesor jurídico de George Bush, Alberto Gonzales, llegó a afirmar que los convenios de Ginebra y otros tratados internacionales relativos al caso, eran una suerte de instrumentos ya obsoletos que imponían

91 LA TORRE, M., «La teoría del derecho de la tortura», cit., p. 75 y ss.

92 JOAS, H., *Guerra y modernidad. Estudios sobre la historia de la violencia en el siglo XX*, cit., p. 36.

93 Los mandos militares admiten que buscaron de forma sistemática la desorientación temporal y espacial a través de ruidos, iluminación y restricciones visuales, cuidados médicos y alimentación aleatorios. ¿Cómo se consigue privar de sueño? De acuerdo con testigos de Cruz Roja, las técnicas eran muy variadas y los relatos de campesinos detenidos hablan de estruendos caprichosos. Para privar del sueño se encadenan a los presos a los techos, o se les conforma en posiciones raras mantenidas con grilletes.

restricciones que debían ceder ante una demanda más poderosa: «la defensa de la patria». El concepto de «defensa de la patria» debe clarificarse también, pues en la práctica parece incluir cualquier tipo de objetivo militar, económico, estratégico, etc., esto es, las personas sometidas a técnicas de interrogatorio que incluyen exposición a temperaturas extremas, «estímulos» auditivos, pernoctas en jaulas con insectos, olores desagradables, privaciones prolongadas de sueño, etc. se podrían estar realizando no para prevenir que esa persona en concreto lleve a cabo un acto de terrorismo concreto sino para que suministre información útil relativa a intereses geopolíticos, militares, etc., sean estos los que sean siempre que redunden en la «defensa de la patria»⁹⁴.

Creemos que es justamente la permanente sensación de urgencia en el contexto de excepcionalidad lo que permite una redefinición tan cínica como improbable del concepto de tortura, porque, ¿tendría éxito una tortura cuyos límites de severidad fueran conocidos de antemano por el torturado? Y, al revés, ¿de verdad podemos confiar en la contención de una persona que ha sido autorizada, pongamos, a colocar alfileres bajo las uñas de un detenido?⁹⁵ Por otro lado, ¿no son los daños físicos, psicológicos y morales definidos como legales en los memorandos lo suficientemente salvajes como para caer del lado tanto de los tratos inhumanos y humillantes con bajo el campo mismo de la tortura?⁹⁶

94 Los conceptos son tan nebulosos y la revisión semántica tan caprichosa que todo esto posibilita lecturas como la que hace Žižek. De acuerdo con el esloveno, no hay lugar para una mediación humanitaria porque las fuerzas militares de Estados Unidos no se consideran una de las partes en conflicto, «sino [precisamente] un agente mediador del orden global y de la paz mundial, aplastando la rebelión y, simultáneamente, proveyendo ayuda humanitaria a la «población local». ŽIŽEK, S., «Sobre terrorismo y tortura», cit. pp. 25 y ss.

95 Sobre la pendiente resbaladiza como «caja de Pandora», vid., LUKES, S., «Liberal Democratic Torture», *British Journal of Political Science*, vol. 36, 2005, p. 15. Sobre el ejemplo de las uñas, vid, LA TORRE, M., «La teoría del derecho de la tortura», cit., 74 y ss.

96 Es cierto, que, como quedó señalado atrás, para que un acto se considere tortura en virtud de la Convención contra la Tortura, deben concurrir tres elementos: a) el haber infligido intencionalmente dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales; b) por un funcionario público, implicado de forma directa o indirecta; c) con una intención deliberada. Esta definición podría plantear la cuestión de cómo clasificar los actos que no llegan a cumplir los tres criterios y cómo responder a ellos. Por ejemplo, ¿qué pasaría con un acto que infligiera dolores o sufrimientos que no se consideraran «graves»? En estas situaciones, y como recuerdan entre otros, el documento de Naciones Unidas Prevención de la tortura: Guía operacional para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, podría ser de aplicación la prohibición de otras formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Al igual que la tortura, esta prohibición también es absoluta y no admite excepciones ya que conforme a lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Convención contra la Tortura «todo Estado Parte se comprometerá a prohibir (...) otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de

¿Cesarían si el detenido da alguna información «útil» o previsiblemente haría que éste fuera trasladado a otro centro para terminar el ignominioso proceso?

Todo ello rodeado de una macabra tendencia a la creación de espacios de rebuscada nomenclatura como una suerte de broma macabra, como un espacio siniestro y ultrasecreto espacio de tortura denominado «Hotel California», como informaba el *Daily Telegraph*,⁹⁷ o los denominados detenidos fantasma (*ghost detainees*). Asimismo, en el marco de esa «guerra contra el terrorismo» el programa de «rendiciones excepcionales» no son sino entregas de prisioneros a estados conocidos precisamente por el uso extendido, cuando no sistemático, de la tortura. El diario *The New York Times* ha denunciado insistentemente la existencia de una red global de torturas: una orden presidencial clandestina permite a la CIA trasladar grupos de presos a otros países sin pedir aprobación caso por caso. Las fuerzas militares o policiales pueden capturar individuos en cualquier país (incluso Estados Unidos) sin acusarlos ni presentar pruebas, y entregarlos a otros gobiernos para interrogarlos (*rendering*), sin audiencia, ni vigilancia. Hoy, la CIA puede trasladarlos a otros países nada más para detenerlos e interrogarlos. Por ese procedimiento, se ha trasladado presos a Egipto, Siria, Arabia Saudita, Jordania y Pakistán. En este sentido, una de las claves para entender la extensión de la tortura tiene que ver, en nuestra opinión, con el aumento de los que algunos instrumentos de Naciones Unidas dedicados al estudio de la prevención, llaman “víctimas potenciales”. A menudo sucede que las víctimas de la tortura son a su vez, víctimas de otras situaciones, conflictos y violaciones de derechos⁹⁸. La normativa legal que, en países como EEUU, Reino Unido y también la UE, deja en situación de vulnerabilidad a las personas que adquieren la condición de imputados por terrorismo o que son extranjeros en situación irregular.⁹⁹

funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona”. Por consiguiente, cualquier acto que no llegue a considerarse tortura con arreglo a su definición debido a que no cumpla alguno de los criterios seguirá estando abarcado por la prohibición señalada en el artículo 16 de la Convención contra la Tortura.

97HARDEN, T., «Welcome to the CIA’s Hotel California. », *Daily Telegraph*, 4 de marzo de 2003.

98 Creo que ha sido el canadiense Dennis Villeneuve el director de cine que mejor ha retratado la naturaleza del horror de la tortura. Basada en la obra de teatro del dramaturgo de origen libanés Wajdi Mouawad, *Incendies* (Villeneuve, 2011) describe la esencia abyecta de la tortura (en la terrorífica confusión del hijo que, sin saberlo, viola y tortura durante años a la madre) describe a su vez el destino de la tortura: la supervivencia desolada, el refugio en el fanatismo, seres alucinados destruidos social, física y mentalmente. El torturado y el torturador están íntimamente vinculados.

99 ZÚÑIGA LÓPEZ, L., «Instrumentos jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes», cit., p. 135.

En lo que toca a la excepcionalidad, el argumento más contundente que se debería esgrimir en su contra es que el cuadro normativo que prohíbe la tortura ya lo había anticipado, así, en lo que afecta a los detenidos como «combatientes enemigos ilegales»¹⁰⁰, el artículo 3 común que se encuentra en los cuatro Convenios de Ginebra¹⁰¹.

7.4.- Formato neoliberal: mercenarios y agencias privadas de seguridad

El caso de la tortura es un extraordinario ejemplo de ese hecho más general, por el que la promoción y la defensa de los derechos humanos es cada vez más una responsabilidad compartida entre organizaciones públicas y privadas. Los derechos humanos han ido atravesando etapas que han afectado al modo en que se los concebía y, paralelamente, al tipo de expectativas que garantizaban, a los órganos responsables de su garantía y a los sujetos que los disfrutaban. En lo que afecta a los actores privados uno de los últimos cambios en esta evolución señala el creciente papel de las organizaciones no estatales en la efectividad de los derechos humanos (Amnistía Internacional, *Human Rights Watch*, o en lo que más nos interesa aquí *World Organisation Against Torture*) y, al otro lado, corporaciones multinacionales y empresas privadas capaces de producir graves violaciones de derechos¹⁰².

100 El "estado de excepción" de la "guerra contra el terror" (donde la fuerza prevalece sobre el derecho) produce sujetos "excepcionales" –los así llamados "combatientes ilegales"– para los cuales igualmente vale más la fuerza que el derecho. LA TORRE, M., «La teoría del derecho de la tortura», cit., 74.

101 El artículo 3 común se aplica a los conflictos armados que no sean de índole internacional, sin que se definan con mayor precisión. Se considera que define las obligaciones fundamentales que deben respetarse en todos los conflictos armados, no sólo en las guerras internacionales entre distintos países. En general se infiere que sea cual fuere la naturaleza de una guerra o conflicto existen ciertas normas básicas que no pueden soslayarse. La prohibición de la tortura es una de ellas y representa un elemento común al derecho internacional humanitario y a la normativa internacional de los derechos humanos.

102 La tesis que sostiene Aymerich es que la formulación de los derechos que afloró históricamente en la época de las revoluciones francesa y estadounidense es la confluencia de dos procesos: de un lado la evolución social, económica y política que se desarrolló a lo largo de las monarquías absolutas y que acabaría con ellas en los procesos revolucionarios; de otro, el panorama ideológico en que vieron la luz las primeras formulaciones de derechos: las teorías del contrato social propias del iusnaturalismo racionalista. Al final surge una división entre sociedad civil y estado que atribuye a este último la responsabilidad exclusiva en la garantía de los derechos. Es en esta concepción ideológica en la que, en opinión de Aymerich, comienzan ahora a aparecer fisuras con la creciente percepción del papel principal de las organizaciones no estatales en la efectividad de los derechos desde la faceta de quién es responsable de su garantía. AYMERICH, I., «Orígenes ideológicos de la distribución de responsabilidades públicas y privadas en la garantía de los derechos humanos», en ZAMORA, F. J., GARCÍA CÍVICO, J., SALES PALLARÉS, S., (eds.), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*,

Una de las novedades en el estado actual de la tortura en el mundo tiene que ver con ese cambio en los agentes de las violaciones de derechos humanos y un campo donde se revela claramente es en la creciente privatización de las acciones militares y los abusos que conlleva, entre ellos, el recurso a la tortura. Siguiendo a Aymerich, el recurso a mercenarios o agencias privadas es un modo de evitar el peligro de que los miembros de las fuerzas armadas puedan llegar a ser acusados de torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones y otras violaciones de los derechos humanos. De acuerdo con Roseman, el recurso a organizaciones militares privadas comenzó a generalizarse en la guerra de la antigua Yugoslavia y ha sido muy amplio en la ocupación de Iraq¹⁰³. Otro caso particular lo cifra Aymerich en Guinea Ecuatorial, un país con un historial bien conocido de violaciones de derechos humanos bajo el régimen de Teodoro Obiang. Concretamente, con el fin de mejorar la formación de sus fuerzas de seguridad, Guinea Ecuatorial ha firmado en 2011 un contrato con MPRI (*Military Professional Resources Inc.*), empresa de seguridad dirigida por uno de los colaboradores directos de Donald Rumsfeld, quien fue secretario de defensa de Estados Unidos en la época de los "extraordinary rendition", más conocidos en nuestro país como *vuelos de la CIA*. El contrato, de 250 millones de dólares, incluye también tareas de seguridad. La propia Secretaría de Estado de Estados Unidos había vetado el trabajo de MPRI en Guinea hasta que en 2005 el presidente Bush levantó esta restricción.¹⁰⁴

El nebuloso concepto de «combatiente enemigo ilegal» bajo el que caían numerosos civiles detenidos por cometer «actos hostiles en conflictos internacionales fuera de los casos previstos en las leyes de la guerra» planteó numerosas críticas, todas muy robustas, algunas de las cuales señalaban la peligrosa confusión de actores: públicos y privados, civiles y militares.¹⁰⁵ Justamente, además de la cuestión del lenguaje, otra característica relativamente novedosa en el estado de la tortura en el mundo tiene que ver con el incremento cuantitativo y cualitativo de la contratación de mercenarios (civiles) y

Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá, Madrid, 2013, pp. 21-40.

103 ROSEMAN, N., «The Privatization of Human Rights Violations – Business' Impunity or Corporate Responsibility? The Case of Human Rights Abuses and Torture in Iraq», *Non-State actors and international law*, 5, 2005, pp. 77-100.

104 AYMERICH, I., «Orígenes ideológicos de la distribución de responsabilidades públicas y privadas en la garantía de los derechos humanos», cit., p. 24.

105 Esto significa que las comisiones militares tienen competencia para juzgar delitos que ni siquiera están previstos en las leyes de la guerra y, por consiguiente, cuando se asigna el estatuto de "combatiente enemigo ilegal", se enjuicia a civiles ante un tribunal militar. Prueba de la afrenta a los principios jurídicos más elementales, es la proliferación de trabajos académicos, vid., GARRIGUE J., "La cuestión de la tortura por parte de los Estados Unidos en el contexto de la guerra contra el terrorismo El debate jurídico en torno a la fuerza normativa de las palabras", Trabajo de Fin de Máster, dirigido por los profesores Félix Vacas Fernández y José Manuel Rodríguez Uribe, Universidad Carlos III, 2014.

agencias privadas de seguridad¹⁰⁶. Como señala Jeremy Scahill, el gran despegue se inserta en el proceso de privatización de las Fuerzas Armadas, algo que venía desarrollándose desde décadas (la famosa advertencia del presidente Eisenhower de 1961 sobre el "complejo militar-industrial"), con Dick Cheney como secretario de Defensa entre 1989 y 1993 cobró una masividad y aceleración sin precedentes. El gran catalizador final de todo este proceso fue el 11-S y el consecuente gran negocio de las invasiones a Afganistán e Irak. Es entonces cuando Blackwater se posiciona en la cresta de una ola aparentemente imparable¹⁰⁷.

7.5.- Asilo y tortura: El nexos asilo y tortura: unos apuntes

Sobre el nexos entre asilo y tortura apenas hay espacio aquí para recoger una reflexión y algunos datos de actualidad. Sobre lo primero, creemos que el rasgo que mejor ilustra el estado actual de esa relación asilo-tortura es que en la primera década del siglo XXI y debido precisamente a un contexto de naturaleza contraria al que dio lugar al extraordinario consenso sobre la positivación en sede de derechos humanos de ambos derechos, el destino de ambos derechos es de nuevo (ahora, *desgraciadamente*) similar.

La gravedad de los crímenes contra la población siria, la extensión de la tortura en Eritrea, Irak, Afganistán, Pakistán, Sudán, Sudán del Sur, República Democrática del Congo, República Centroafricana y otros países origen de refugiados sigue explicando la llegada de potenciales solicitantes de asilo a la UE, sin embargo, eso no ha significado un reforzamiento de los mecanismos de asilo y refugio sino una reacción de signo bien contrario en la mayoría de países europeos. La «crisis de los refugiados» es –y aquí acudimos a la expresión de Javier de Lucas– un *vaciamiento* político de la UE¹⁰⁸. No es el único caso, la «Solución Pacífico» en Australia, así como cierto trasfondo del referéndum sobre la salida de la UE por parte de Reino Unido, las vallas contra los inmigrantes del presidente húngaro Viktor Orbán y el siniestro referéndum para rechazar las cuotas de refugiados que impone la Unión Europea, o el auge de los partidos de extrema derecha al albur de las preocupaciones de los ciudadanos europeos (de Austria a Finlandia) por la llegada de refugiados, dejan bien a las claras, el nuevo clima moral, si se permite la expresión y el

106 JUNG, C., "Lawless and unpunished private defense contractors spiraling out of control", *Harvard International Review*, Vol. 37, nº. 3, 2016, pp. 7-10. CROOK, J. R., "Blackwater Guards Indicted for 2007 Baghdad Civilian Killings", *American Journal of International Law*, Vol. 103, Nº 2, 2009, pp. 360-362.

107 SCAHILL, J., *Blackwater: el auge del ejército mercenario más poderoso del mundo*, Paidós, Madrid, 2008, p. 27 y ss.

108 DE LUCAS, J., «Sobre el proceso de vaciamiento del derecho de asilo por parte de los Estados de la UE», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, junio 2016, pp. 21-27. Vid. también, DE LUCAS, J., *Mediterráneo, el naufragio de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

creciente rédito político que a corto plazo tiene la dejación de las obligaciones jurídicas elementales del derecho de asilo. El acuerdo entre la UE y Turquía que entró en vigor el pasado 20 de marzo de 2016 por el que se autoriza la devolución de solicitantes de asilo a Turquía bajo el supuesto de que es un país seguro es otro preocupante hecho sobre la seriedad en que se toman ambos derechos: el de asilo y el de no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes.

Según ACNUR, más de 60 millones de personas han salido de su país o se han convertido en desplazados y, aunque las razones por las que las personas migran siguen siendo diversas, son miles los que escapan de abusos y crímenes como la tortura¹⁰⁹. Sólo en Siria, y de acuerdo con informes de Naciones Unidas, Amnistía Internacional, *Human Rights Watch* y el Observatorio Sirio de Derechos Humanos, entre 2011 y 2015 se produjeron miles de muertes bajo custodia debido a tortura. En general, los refugiados que están llegando a Europa en estos momentos vienen de territorios con un alto nivel violencia, además de los sirios, hay un número significativo de afganos e iraquís. El infierno de la tortura es particularmente aberrante y escandaloso en otro país de donde vienen los refugiados, Eritrea, donde, además, los jóvenes se ven abocados a un servicio militar rayano en la esclavitud, allí y desde el endurecimiento de la dictadura en 2008, unos 50.000 han huido del país rumbo a Europa o a Israel. La Organización Internacional para las Migraciones calcula que unos 3.771 refugiados y migrantes murieron el año pasado al intentar cruzar el mar Mediterráneo rumbo a Europa¹¹⁰, al mismo tiempo, asistimos a un repliegue de tono nacional en la defensa de las fronteras.

En nuestro país, y de acuerdo con la Coordinadora para la Prevención de la Tortura, los colectivos más vulnerables al crimen de tortura o tratos inhumanos y degradantes, no lo suelen poner en conocimiento de nadie. Es el caso de las personas sin hogar o las personas migrantes que tienen un acceso más difícil a la justicia¹¹¹, así esta organización registró en 2013 veinte denuncias de tortura a internos en los CIES de Valencia, Madrid o Barcelona. De acuerdo con

109 ACNUR, "Informe 2014: El dramático aumento del desplazamiento masivo", *Página abierta*, nº. 240 (septiembre-octubre), 2015 (Ejemplar dedicado a: Refugiados de nosotros mismos), pp. 38-42.

110 Según la ONU, unas 3.000 personas están tratando de huir cada mes. Para fines de 2014, la organización había registrado 48.400 solicitudes de asilo de eritreos en 44 países industrializados. En la última década unos 305.000 eritreos (un 5% de la población) han huido. Los eritreos forman el segundo grupo, tras los sirios, que cruzan desde el norte de África hacia Europa en barco, y en los últimos meses cientos de ellos han muerto en el intento. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Fatal Journeys Volume 2: Identification and tracing of dead and missing migrants*, Geneva, 2016.

¹¹¹ Entre otros, AÑÓN ROIG, M. J., «Fight Against Discrimination and Access to Justice. A Path to Integration», *Revista Migraciones Internacionales*, vol. 8, nº 3, enero-junio 2016, pp. 221-254.

la ONG SOS Racismo, en los últimos años nos encontramos con muchas denuncias de abusos en el momento de ser deportados, afirman fuentes del colectivo¹¹².

8.- CÓMO LA TORTURA SE ABRE CAMINO: A MODO DE CONCLUSIÓN

Hemos tratado de trazar un cuadro del estado actual de la tortura. El punto de partida ha sido recordar la extrema e insoslayable gravedad del crimen, así como la nota que mejor debería garantizarlo: el carácter absoluto y sin fisuras del derecho a no sufrir torturas. La tortura provoca tanto la deshumanización del torturado como del torturador, la tortura es peor que la muerte pues en el horror abismal del tormento se prefiere la muerte al sufrimiento; la tortura no solo tuerce la voluntad, tuerce los afectos, las lealtades y hasta el amor de los seres queridos, además conlleva la imposibilidad de volver a la vida «normal», por todo ello no hay mayor ataque a la dignidad humana que la tortura. No hay resquicio para la tortura en el sistema de derechos humanos.

Hemos hecho hincapié en que el carácter absoluto del derecho a no ser torturado está previsto, precisamente, para evitar la recurrente retórica de la excepción. El filósofo del derecho Ronald Dworkin se refirió a ella como «a fixed point in our moral universe». Sin embargo, uno de los rasgos novedosos, quizás el que mejor define su estado actual, es el hecho de que ésta se ha desplazado del centro, de la *columna vertebral*, de las declaraciones de derechos humanos y las convicciones morales, jurídicas y políticas a ser un objeto de debate. La tortura es en el fondo, y, sobre todo, un fenómeno afín a lo *insoportable* (no sólo al tormento insoportable en un plano físico, psicológico –o también emocional–). Es una cuestión que, desde muchos puntos de vista y no sólo en lo relativo a la severidad del tormento, remite a lo insoportable y en ese punto apunta a una cuestión *límite*. Cuestión límite que debe entenderse como demarcación que separa en el ámbito jurídico, lo legal de lo legal (lo permitido de lo prohibido). Cuestión límite que apunta los límites del poder. Cuestión límite que, entendiendo que ni el derecho ni la moral *soporta* la tortura, se explica también en la reflexión sobre otra naturaleza de los límites, de ahí, la extensa relación de enfoques e innovaciones semánticas, alguna muy actuales, que van desde las retóricas de la excepción a quienes nos permitieron entender el vínculo entre el poder y la voluntad de saber, esto es, paradigmáticamente, Foucault, a la retórica amigo-enemigo o la retórica del desprecio de Axel Honneth.

Se han analizado los argumentos relativos a una presunta singularidad del estado de cosas actual, y para ello hemos recogido

¹¹² http://www.eldiario.es/sociedad/Gobierno-silencia-torturas-policiales-Espana_0_522847894.html Consulta de 27 de octubre de 2016.

argumentos de autores tan distintos como Hans Joas o Massimo La Torre; creemos que tiene razón Javier de Lucas cuando señala que desde el punto de vista histórico la pretensión de justificar la tortura no constituye una novedad. Sí lo es, en cambio, el cinismo de la argumentación que trata de salvar la objeción que sostiene la radical incompatibilidad entre el recurso a la tortura y el respeto de las reglas elementales del Estado de Derecho. En efecto, lo relativamente novedoso según hemos visto, es la forma en que se argumenta la pretensión de que resulta lícito, e incluso una obligación de los poderes públicos, establecer otras reglas, otro derecho, cuando nos enfrentamos a amenazas como el terrorismo internacional.

Se ha descrito la situación en términos numéricos a partir de los informes más recientes de organizaciones como Amnistía Internacional. Nos hemos apoyado en los autores que como Ferrajoli han insistido en el peligro de minuscondenar la tortura, pero también en el tratamiento de algunos medios de comunicación. Hemos visto problemas actuales relativos a la eficacia del derecho a no ser torturado: la mayoría tienen que ver con el marco (difuso y discutible) de excepcionalidad, pero otros apuntan a cuestiones de índole cultural, social y política. Se trata de una excepcionalidad generalizada (si se nos permite el oxímoron) que debilita la condena de la opinión pública, y, por tanto, la presión que debería sentir los gobiernos que la promueven. La impunidad y la falta de documentación están muy relacionadas con ello. El recurso a expresiones del tipo «presión física moderada» ya era conocido por los usos de los agentes israelíes en Palestina, pero donde mejor se ha podido estudiar es en el contexto de la llamada lucha de EEUU «contra el terror».

Por su parte, la situación hipotética de la imagen de la *ticking bomb* no es sino una suposición llevada al extremo que permite, de hecho, todo tipo de abusos y extrapolaciones. El cálculo utilitario es un argumento simplista, falaz y cargado de trampas discursivas.

Hemos querido terminar con algunos apuntes sobre novedades relativas a la presencia de agentes privados («contratistas» y «subcontratistas») en la autoría de crímenes de torturas, así como en la crisis de derechos humanos que tienen que ver con la intersección del derecho a no sufrir tortura. Tratos inhumanos o degradantes y el debilitamiento de los derechos de refugio y asilo, todo ello como una evidencia más del preocupante cuadro que resulta del estado actual del derecho, de carácter absoluto, a no ser torturado.