



# **UNIVERSIDAD DE MURCIA**

**ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO**

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

**D. Miguel Ángel Cano Paños**

2015



**EN LOS LÍMITES DE LA EXCLUSIÓN DE LA  
RESPONSABILIDAD PENAL**  
EL CASO «JAKOB VON METZLER» Y EL EMPLEO DE LA  
TORTURA EN EL ESTADO DE DERECHO



Miguel Ángel Cano Paños  
Universidad de Murcia  
2015

## **Preámbulo**

La temática que se analiza en el siguiente trabajo se gestó en el mes de febrero del año 2003 en un hotel de la ciudad alemana de Münster; días después de defender con éxito mi tesis doctoral en Derecho Penal que desarrollé en la Universidad de Potsdam. Leyendo la prensa durante el desayuno, observé cómo casi todos los diarios germanos se hacían eco del supuesto maltrato policial infligido a un joven detenido involucrado en el secuestro de un menor de 11 años en la ciudad de Frankfurt am Main. Como cabía esperar, dicha actuación policial generó un encendido y polémico debate tanto en la sociedad alemana en general como en el ámbito jurídico en particular. Debate que, hay que decir, se extiende hasta el día de hoy.

Desde ese momento, y vislumbrando lo interesante –en términos tanto jurídico-criminológicos como éticos– de la problemática en torno a la tortura policial en casos absolutamente excepcionales en los que la vida de una o varias personas pende de un hilo, decidí acometer su estudio en profundidad. Estudio el cual, debido entre otras cosas a mis tareas docentes e investigadoras en la Universidad de Granada, se ha prolongado durante más de una década.

Una vez que el trabajo ve finalmente la luz en forma de tesis doctoral, quisiera en primer lugar agradecer a mi director, el Prof. Jesús Barquín Sanz, su permanente apoyo y acertados comentarios críticos que a lo largo de los últimos años ha venido vertiendo a mi trabajo en el transcurso de largas conversaciones mantenidas tanto en el Instituto de Criminología de la Universidad de Granada como en contextos ajenos al mundo universitario. Evidentemente, uno no puede sino ser receptivo a dichos comentarios críticos, cuando los mismos provienen de un académico que en su dilatada labor científica tiene en su haber la autoría de, a buen seguro, la obra de referencia en toda la temática relativa a los delitos de tortura.

En segundo lugar, quisiera hacer extensivo mi agradecimiento a mi tutor, el Prof. David Lorenzo Morillas Fernández, el cual me ha guiado con la seriedad y dedicación que le caracteriza en el itinerario que abarca el Programa de Doctorado en Criminología en el cual se inscribe la tesis doctoral que aquí se presenta.

No puedo tampoco olvidar en tercer lugar a la Freie-Universität Berlin; y más concretamente al Departamento de Derecho Penal y a uno de sus miembros más

destacados, el Prof. Klaus Rogall. Tanto su invitación personal como su asesoramiento científico con el que fui obsequiado en sendas estancias de investigación realizadas en la capital alemana en los años 2009 y 2011 han sido un factor decisivo en la elaboración de esta tesis.

Finalmente, no puedo olvidar en cuarto lugar a mi familia más cercana, auténticos protagonistas y «víctimas directas» de mi decisión de acometer este arduo y largo trabajo. Ni la mayor de las satisfacciones a nivel profesional puede soslayar la falta de dedicación por mi parte de la que tanto mi esposa como mis dos hijos se han hecho acreedores desde que compartimos nuestra vida. Sirvan por tanto estas líneas para reiterarles mis disculpas y mostrarles mi inmenso cariño.

Es por ello que, como no podía ser de otra manera, este trabajo va dedicado tanto a mi mujer Rocío como a mis hijos Álvaro y Miguel.

En Granada, 15 de septiembre de 2015

# ÍNDICE

Abreviaturas .....	6
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN. LA RUPTURA DEL TABÚ .....	10
CAPÍTULO II. EL PARADIGMA DE LA «TORTURA DE RESCATE» DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO: EL ESCENARIO DEL «TICKING-TIME-BOMB» Y LA SITUACIÓN DEL «TRAGIC CHOICE» COMO PRECURSORES DEL DEBATE EN TORNO A LA TORTURA .....	22
CAPÍTULO III. EL PARADIGMA REAL: EL CASO «JAKOB VON METZLER» .....	34
CAPÍTULO IV. REACCIONES AL CASO «JAKOB VON METZLER» EN LA OPINIÓN PÚBLICA Y EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA .....	43
1. Introducción .....	43
2. La opinión pública y los medios de comunicación .....	45
3. La doctrina científica .....	54
4. Conclusiones .....	57
CAPÍTULO V. DEFINICIÓN DE LA «TORTURA» EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL .....	59
1. Introducción. Concepto histórico-jurídico de la tortura y su posterior evolución .....	59
2. La tortura en el ámbito del Derecho internacional .....	67
2.1. Introducción: Convenios .....	67
2.2. Análisis del Art. 1 CAT. Elementos de la definición .....	71
2.3. La distinción de la tortura con respecto a las penas o tratos inhumanos o degradantes. Especial referencia a la jurisprudencia del TEDH .....	77
3. El concepto de «tortura de rescate» y su amenaza .....	90
4. A modo de conclusión: ¿Puede hablarse de tortura <i>strictu sensu</i> en el caso «Jakob von Metzler»? .....	97



CAPÍTULO VI. VALORACIÓN ÉTICO-JURÍDICA DE LA DENOMINADA «TORTURA DE RESCATE» ( <i>RETTUNGSFOLTER</i> ) .....	104
1. Introducción. Moral y Derecho .....	104
2. Argumentos éticos a favor de la «tortura de rescate» .....	107
3. Argumentos éticos en contra de la «tortura de rescate» .....	112
4. Aspecto central: la dignidad humana .....	119
5. Excepciones .....	125
6. ¿Dignidad contra dignidad? .....	130
7. Obligación de respeto <i>vs.</i> obligación de protección .....	133
8. ¿Paralelismo de la «tortura de rescate» con el derribo de un avión de pasajeros secuestrado con fines terroristas? .....	139
9. Posicionamiento de la doctrina científica en torno a la «tortura de rescate» ..	144
10. Conclusiones .....	163
CAPÍTULO VII. ANÁLISIS DE LA «TORTURA DE RESCATE» DESDE EL DERECHO POLICIAL ALEMÁN .....	167
1. Introducción .....	167
2. Ámbito de actuación de la policía en Alemania .....	168
3. Derecho a guardar silencio <i>vs.</i> obligación de declarar .....	171
4. Análisis de la Ley de Policía del <i>Land</i> de Hessen .....	175
5. Conclusiones .....	177
CAPÍTULO VIII. VALORACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA «TORTURA DE RESCATE» EN ALEMANIA .....	180
1. Introducción .....	180
2. Preceptos constitucionales relacionados con la «tortura de rescate» .....	181
2.1. Art. 104 apartado 1 frase 2 GG .....	181
2.2. Art. 2 apartado 2 frase 1 GG .....	182
2.3. Art. 1 apartado 1 frase 1 GG .....	183
3. ¿Derechos fundamentales que colisionan? .....	187
4. Conclusiones .....	194





CAPÍTULO IX. SOLUCIÓN DEL CASO «JAKOB VON METZLER» DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL .....	197
1. Introducción. Preceptos del Código Penal alemán que entrarían en consideración .....	197
2. Causas de justificación .....	203
2.1.Introducción: ¿Aplicación de las causas de justificación a los funcionarios de policía? .....	203
2.2.Auxilio necesario (§ 32 StGB) .....	208
2.3.Estado de necesidad justificante (§ 34 StGB) .....	216
2.4.Excurso: El estado de necesidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo israelí .....	220
3. Causas de exclusión de la culpabilidad .....	224
3.1.Estado de necesidad exculpatorio (§ 35 StGB) .....	224
3.2.El denominado «estado de necesidad suprallegal» .....	226
3.3.Error (§ 17 StGB) .....	232
4. El proceso seguido contra Wolfgang Daschner y Ortwin Ennigkeit ante el <i>Landgericht</i> Frankfurt a.M. ....	234
5. Conclusiones .....	237
CAPÍTULO X. SOLUCIÓN DEL CASO «JAKOB VON METZLER» DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL-PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA VALORACIÓN DE LA CONFESIÓN .....	240
1. Introducción. El parágrafo § 136a StPO .....	240
2. El denominado «efecto ulterior» .....	244
3. El «efecto lejano» .....	246
4. El proceso seguido contra Magnus Gäfgen ante el <i>Landgericht</i> Frankfurt a.M. ....	250
5. El recurso ante el TEDH .....	253
6. Conclusiones .....	259
CAPÍTULO XI. SOLUCIÓN DEL CASO «JAKOB VON METZLER» DESDE EL DERECHO POLICIAL ESPAÑOL .....	262
1. Introducción: La Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado .....	262



2. Principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado .....	265
3. El ejercicio de la violencia por parte de las fuerzas policiales .....	269
4. Especial referencia a la Policía Judicial en el ámbito procesal-penal .....	278
5. Conclusiones .....	283
CAPÍTULO XII. ANÁLISIS DEL CASO «JAKOB VON METZLER» DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL .....	285
1. Introducción .....	285
2. Preceptos constitucionales relacionados con la «tortura de rescate» .....	286
2.1. Art. 15 CE .....	286
2.2. Art. 10 CE .....	291
3. Relación entre la integridad moral y la dignidad del ser humano desde una vertiente constitucional .....	297
4. Conclusiones .....	302
CAPÍTULO XIII. SOLUCIÓN DEL CASO «JAKOB VON METZLER» DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL APOYADA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL .....	305
1. Introducción: Preceptos del Código Penal aplicables al caso .....	305
2. La problemática del concepto «integridad moral» en el ámbito penal .....	312
3. Análisis del art. 174 CP .....	321
3.1. Introducción. Ubicación sistemática .....	321
3.2. El concepto de tortura que se desprende del art. 174 apartado 1 CP. Aspectos críticos .....	325
3.3. Bien jurídico protegido .....	331
3.4. La conducta típica. Elementos de la misma (objetivo, subjetivo y teleológico) .....	336
3.5. Causas de justificación .....	344
3.5.1. Introducción. Sobre la eventual justificación de la tortura .....	344
3.5.2. Excurso. ¿Pueden los agentes de la autoridad quedar amparados en sus actuaciones por las causas de justificación previstas en el Código Penal? .....	351
3.5.3. Ejercicio legítimo de un cargo (art. 20.7º CP) .....	359



3.5.4. Legítima defensa (art. 20.4º CP) .....	365
3.5.5. Estado de necesidad (art. 20.5º CP) .....	368
3.6. Causas de exclusión de la culpabilidad .....	373
3.6.1. Obediencia debida .....	373
3.6.2. Error de prohibición .....	376
3.6.3. La no exigibilidad de otra conducta .....	379
3.6.4. Estado de necesidad disculpante .....	382
3.7. Penalidad. La regla concursal del art. 177 CP .....	388
4. Posibilidad de aplicación del art. 175 CP al caso «Jakob von Metzler» .....	391
5. Conclusiones .....	399
CAPÍTULO XIV. SOLUCIÓN DEL CASO «JAKOB VON METZLER» DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL-PENAL APOYADA EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL .....	402
1. Introducción .....	402
2. Garantías procesales de la persona detenida (arts. 386 y ss. LECrim) .....	405
3. El art. 11.1 LOPJ y la denominada «regla de exclusión» .....	408
3.1. Origen y naturaleza .....	408
3.2. Fundamento .....	410
3.3. El nexo causal .....	413
3.4. Excepciones .....	416
4. Alcance de la ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida. La prueba refleja y su problemática .....	422
4.1. Introducción .....	422
4.2. Origen y fundamento .....	426
4.3. La relación de causalidad entre prueba directa y prueba refleja .....	429
4.4. La posibilidad de excepciones. La llamada «conexión de antijuricidad» ..	431
5. Conclusiones .....	448
CAPÍTULO XV. CONCLUSIONES FINALES .....	451
Bibliografía .....	469



## ABREVIATURAS

- Abs.: Absatz (párrafo/apartado)
- Art./art.: Artículo
- arts.: Artículos
- ATC: Auto del Tribunal Constitucional
- ATS: Auto del Tribunal Supremo
- BayPAG: Bayerisches Polizeiaufgabengesetz (Ley de Policía del Land de Baviera, de 14 de septiembre de 1990)
- BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
- BGBl.: Bundesgesetzblatt (Boletín Oficial del Gobierno Federal)
- BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán)
- BGHSt: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo alemán)
- BOE: Boletín Oficial del Estado
- BVerfG: Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional alemán)
- BVerfGE: Sentencia del Tribunal Constitucional alemán
- BvR: Verfassungsbeschwerde (recurso de amparo)
- BWPolG: Polizeigesetz Baden-Württemberg (Ley de Policía del Land de Baden-Württemberg, de 13 de enero de 1992)
- CAT: Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984
- CCAA: Comunidades Autónomas
- Cc: Código Civil español
- CE: Constitución Española
- CEDH: Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950



- CEPT: Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 26 de junio de 1987
- CIA: Central Intelligence Agency (Agencia Central de Inteligencia)
- CNP: Cuerpo Nacional de Policía
- comp.: Compiladores
- Coord.: Coordinador
- CP: Código Penal español
- CPF: Código Penal francés
- CPI: Código Penal italiano
- DFAE: Doctrina de los frutos del árbol envenenado
- Ed.: Editor/edición
- eds.: editores
- Dir.: Director
- dres.: Directores
- DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948
- ECPI: Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998
- EE.UU.: Estados Unidos
- EIT: Enhanced Interrogation Techniques (métodos de interrogatorio reforzado)
- EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
- Fasc.: Fascículo
- FFCCSS: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
- FJ: Fundamento Jurídico
- GC: Guardia Civil
- GdP: Gewerkschaft der Polizei (Sindicato de la Policía alemana)
- GESTAPO: Geheime Staatspolizei (Policía Secreta del Estado)
- GG: Grundgesetz (Ley Fundamental alemana)
- GSS: General Security Service (Servicio de Seguridad israelí)

- HSOG: Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, (Ley del Estado de Hessen sobre la Seguridad y el Orden Público), de 26 de junio de 1990
- IRA: Irish Republican Army (Ejército Republicano Irlandés)
- LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LG: Landgericht
- LO: Ley Orgánica
- LOFCS: Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
- LuftSiG: Luftsicherheitsgesetz (Ley de Seguridad Aérea, de 11 de enero de 2005)
- MF: Ministerio Fiscal
- núm.: número
- núms.: números
- p.: página
- pp.: páginas
- PIDCyP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966
- RAF: Rote Armee Fraktion (Fracción del Ejército Rojo)
- RDPJ: Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre Regulación de la Policía Judicial
- Red.: Redactor
- RJ: Repertorio de Jurisprudencia
- RUC: Royal Ulster Constabulary (Gendarmería Real del Ulster)
- ss.: siguientes
- SSTC: Sentencias del Tribunal Constitucional
- SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional español
- STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- StPO: Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal alemana)
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- Vol.: Volumen

- VStGB: Völkerstrafgesetzbuch (Código Penal Internacional)

## CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN. LA RUPTURA DEL TABÚ

*«Para mí resultaba algo inconcebible permitir la consumación del asesinato de un niño  
secuestrado ante los ojos del Estado»*

(Wolfgang Daschner)

Existen temas sobre los cuales uno tiene la sensación de que su discusión se encontraba ya superada desde hace tiempo en determinados sistemas políticos como es el caso de una sociedad democrática. Temas sobre los cuales no se tiende a hablar al considerarse que ya se ha dicho todo al respecto. Temas que se declaran indisponibles, intangibles, excluyéndose de cualquier atisbo de discusión pública y a los que, en no pocos casos, se les imbuye con la etiqueta de «tabú». Según la opinión generalizada, la tortura se ha venido considerando como un ejemplo paradigmático de ese «tabú». Efectivamente, la prohibición de la tortura, así como de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, hay que encuadrarla entre las pocas normas protectoras de los derechos humanos que reclaman para sí una vigencia jurídica absoluta, atemporal y sin excepción posible.

En el año 1978, Aldo Moro, antiguo Primer Ministro de Italia, fue secuestrado por un comando de la organización terrorista Brigadas Rojas, amenazando con matarlo si no se cumplían una serie de condiciones. Tras ser detenido uno de los presuntos autores, se planteó la posibilidad de torturarlo para con ello obtener información sobre el paradero del dirigente italiano. Como describe un sumario del caso, «un investigador de los servicios italianos de seguridad propuso al general Carlo della Chiesa [de la policía del Estado] que se torturara al preso que parecía tener información sobre el caso». Sin embargo, «el general rechazó la idea replicando: “Italia puede sobrevivir a la pérdida de Aldo Moro, pero no puede sobrevivir a la introducción de la tortura”». Finalmente, los terroristas asesinaron a Moro.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Episodio referido por DERSHOWITZ, Alan M. (2004): *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, (Traduc. de Gabriel Rosón), Madrid: Encuentro, p. 157.

Sin embargo, si se echa un vistazo a una serie de acontecimientos que han tenido una considerable repercusión mediática a nivel mundial en los últimos años, se observa cómo la temática en torno a la tortura ha jugado un papel de capital importancia en la política y en el Derecho tanto nacional como internacional. Las numerosas escenas de violencia física contra reclusos iraquíes en la prisión de Abu-Ghraib en el año 2004 por parte de soldados de EE.UU., los hasta el día de hoy sumamente controvertidos y criticados métodos de interrogatorio utilizados por las fuerzas armadas norteamericanas en la prisión de Guantánamo, y *last but not least* el debate desatado en el año 2005 sobre las prácticas de tortura a potenciales miembros de Al Qaeda por parte de la CIA, son sólo algunos ejemplos que confirman la actualidad de la tortura a nivel mundial en pleno siglo XXI.

En este sentido, un informe del Comité de Inteligencia del Senado norteamericano, publicado el pasado 9 de diciembre de 2014, ofrece un detallado retrato de uno de los episodios más oscuros de la historia reciente de los EE.UU.: El programa secreto de detención e interrogatorio de supuestos terroristas islamistas por parte de la CIA que la Administración de George W. Bush puso en marcha tras los atentados del 11 de septiembre de 2001.<sup>2</sup> De las más de 6.000 páginas del macabro informe sobre dicho programa, el Senado norteamericano pactó que únicamente 524 páginas fueran accesibles al público por razones de seguridad nacional. Según puede extraerse del mencionado informe, el temor a un nuevo atentado terrorista en suelo norteamericano llevó a la Administración Bush a permitir el uso de torturas para extraer información de presuntos terroristas islamistas. De hecho, el 1 de agosto del año 2002, los propios servicios jurídicos de la CIA enviaron un escrito a la Casa Blanca señalando que la situación excepcional que vivían los EE.UU. tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 hacían necesaria la utilización de métodos de interrogatorio que, en ocasiones, podrían ser contrarios a la prohibición penal de la tortura.

El informe en cuestión denuncia tanto la brutalidad como, sobre todo, la ineffectividad de las torturas por parte del servicio de espionaje exterior de EE.UU, cuestionando la legalidad de sus acciones y poniendo en duda la honestidad de los jefes de la CIA cuando afirmaban a sus superiores que las denominadas «técnicas de interrogatorio reforzado» (*enhanced interrogation techniques*, o EIT, en sus siglas en

---

<sup>2</sup> Véase al respecto, en detalle: diario *El País*, edición de 10 de diciembre de 2014, pp. 2-3; «Amerikas Abgrund», *Der Spiegel*, núm. 51 (2014), pp. 82 y ss.

inglés) –un eufemismo dirigido fundamentalmente a eludir la palabra tortura y que servía para describir acciones tales como el ahogamiento simulado (*waterboarding*)– sirvieron para desarticular tramas terroristas o para detener a importantes miembros de Al Qaeda

Unas 200 páginas del informe se dedican a la historia del programa, documentándose 119 casos de presos sospechosos de estar vinculados al terrorismo yihadista, de los que al menos 39 sufrieron los mencionados métodos de interrogatorio.

Empezando por el primer detenido de la CIA, Abu Zubaydah –hoy recluso en Guantánamo y en su día uno de los jefes de operaciones de la organización Al Qaeda– y siguiendo con otros muchos, la Agencia norteamericana aplicó técnicas durísimas durante días e incluso semanas. Entre los métodos empleados para *romper* a los sospechosos se encontraba el referido *waterboarding*, la privación de sueño, la violencia sexual, las amenazas de muerte o el denominado *walling* (golpear al detenido contra un muro), además de otros.

Cuando empezó a operar el macabro programa, más de seis meses después de recibir –el 17 de septiembre de 2001– una autorización del presidente George W. Bush, la CIA no estaba preparada para detener secretamente a meros sospechosos que supusieran un riesgo para EE.UU. o prepararan atentados terroristas.

El programa de detención e interrogatorios finalizó a finales del año 2006, debido en parte a la falta de cooperación de otros países. Al llegar a la Casa Blanca, el actual presidente Barack Obama declaró ilegal el programa secreto de detención e interrogatorios de la CIA; sin embargo, hasta la fecha ninguno de sus agentes ha sido llevado ante la justicia.

El fundamento de los orígenes del Estado de Derecho está sin duda en su capacidad para proteger a los ciudadanos (Estado protector) frente a las formas de violencia privada, pero también frente a los excesos de sus propios representantes. La prevención de los tratos inhumanos y degradantes, así como de su práctica más burda y cruel cual es la tortura, es un compromiso ineludible de los poderes públicos en los Estados democráticos de Derecho, toda vez que estos se construyen como sistemas sociales cuyo fundamento consiste en el respeto de la dignidad de la persona, de toda persona, de cualquier persona.

El hecho de que la tortura (o su amenaza) no puede ni debe ser parte integrante de las medidas contempladas jurídicamente en un Estado de Derecho es algo que

pertenece a las más profundas convicciones de un sistema democrático. Sin embargo, no constituye secreto alguno que en todo el mundo existen a día de hoy un número considerable de países,<sup>3</sup> entre los que se encuentran democracias más o menos consolidadas como EE.UU. o Israel, donde, en situaciones concretas, bajo determinadas premisas y con una mayor o menor intensidad, se utilizan prácticas de tortura legitimadas incluso por el propio Estado. Por regla general, estas prácticas se justifican invocando una situación especial de necesidad con un carácter más o menos extraordinario. En este sentido, existe la cínica expresión que dice que «sobre la tortura no se habla, sino que se practica».

La prohibición de la tortura fue considerada durante mucho tiempo como uno de los mayores logros de la civilización moderna. Después de una larga tradición que se remonta hasta la antigüedad, donde la aplicación de crueles métodos de tortura tenía lugar de forma excesiva, inhumana y absurda, la superación de estas prácticas se consideró como un hito en el camino hacia el Estado de Derecho. En este sentido, la prohibición absoluta de la tortura supuso un elemento fundamental en los tratados internacionales que a lo largo del siglo XX se aprobaron con la intención de dar la mayor cobertura posible a la protección de los derechos humanos. A partir de ahí, la posibilidad de poner en tela de juicio la vigencia sin restricción posible de la prohibición de la tortura se consideró durante mucho tiempo como algo impensable.

Concretamente, y haciendo en este caso referencia a la normativa española, se parte de la premisa de un sistema político y social en el que las actuaciones públicas están sometidas a la legitimidad que le otorga el respeto de los derechos fundamentales (art. 1.1 de la Constitución Española, CE). Más específicamente, sobre el tema de la tortura, se trata de la protección del derecho fundamental a la integridad moral, la cual se encuentra consagrada en el art. 15 CE en los siguientes términos: «Todos tienen

---

<sup>3</sup> Según señala Amnistía Internacional en varios informes, actualmente se aplica la tortura en casi cien países. Véase al respecto: KREUZER, Arthur (2004): «Zur Not ein bisschen Folter?», *Die Zeit*, núm. 21, 13 de mayo, p. 6. Véase también: «Amnistía Internacional denuncia casos de tortura y malos tratos en más de 98 países», Sección española de Amnistía Internacional, 26 de junio de 2011. Consultable en Internet: [www.es.amnesty.org](http://www.es.amnesty.org) (último acceso: 19 de marzo de 2014). La propia organización defensora de los derechos humanos hizo público el 27 de octubre de 2004 un informe («Negación de la dignidad humana: Tortura y malos tratos en el contexto de la guerra contra el terror»), en el que se documentan decenas de casos de torturas y malos tratos de detenidos en el transcurso de las guerras de Irak y Afganistán, lo cual vendría a demostrar que los casos de Abu Ghraib no son aislados, sino que se trata de una violación sistemática de los derechos de los detenidos en la denominada «guerra contra el terrorismo». Cfr. diario *El País*, edición de 28 de octubre de 2004.

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». Además, la principal fuente internacional que ilustra el contenido de este derecho es la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, en vigor en España desde el 20 de noviembre de 1987. Según estos compromisos nacionales e internacionales, los poderes públicos están obligados a erradicar las conductas que supongan malos tratos y torturas de sus ciudadanos y de todas las personas que estén en su territorio, realizadas por parte de particulares o por funcionarios públicos.

No obstante lo descrito en los párrafos anteriores, la situación parece ser que ha cambiado, tanto a nivel estrictamente europeo como internacional. Así, se observa cómo de forma creciente se pone en duda la prohibición de la tortura en lo relativo a su validez absoluta y a su intangibilidad.<sup>4</sup> La amenaza global proveniente del «nuevo» terrorismo,<sup>5</sup> cuyas mayores cotas de dramatismo se alcanzaron el 11 de septiembre de 2001 con los atentados cometidos por la organización Al Qaeda en los EE.UU., ha puesto en evidencia la vulnerabilidad de los Estados democráticos, dando lugar a que en no pocos países se haya priorizado la seguridad de las personas y sociedades, aunque ello traiga consigo un evidente menoscabo de la libertad individual, lo cual, a la larga, conduce a diluir progresivamente los últimos tabús que han venido jalonando la existencia misma del Estado liberal. En el concreto caso de Alemania, el impulso que dio lugar a un enconado, emocional y controvertido debate sobre la tortura, el cual se extiende ciertamente hasta el día de hoy, vino precedido de unos acontecimientos de carácter grave acaecidos en la ciudad de Frankfurt am Main en el año 2002, entre los que se encontraba la amenaza con aplicar torturas por parte de instancias policiales a una persona detenida, para con ello lograr extraerle la información necesaria que permitiese salvar la vida de un niño que había sido objeto de secuestro. Dichos acontecimientos constituyen la base del siguiente trabajo y a los mismos se hará referencia expresa en un capítulo posterior.

---

<sup>4</sup> En este caso cabe destacar sobre todo a DERSHOWITZ, Alan M. (2002): *Why Terrorism Works*, New Haven, CT: Yale University Press, pp. 140 y ss.

<sup>5</sup> Para un análisis exhaustivo de las diferencias apreciables entre el «viejo» y el «nuevo» terrorismo, véase: CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2009): «Reflexiones en torno al ‘viejo’ y al ‘nuevo’ terrorismo», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 7, pp. 1-30. Disponible en Internet: [www.criminologia.net](http://www.criminologia.net).



Hasta ese momento, nunca antes en la historia de Alemania se había debatido de forma tan abierta y con la amplia participación tanto de la política como de la opinión pública sobre la eventual admisibilidad de la tortura. Algo parecido sucedió también en los Estados Unidos de América tras los sucesos del 11 de septiembre de 2001. Efectivamente, semanas después de los terribles atentados se planteó la cuestión de si los ataques terroristas cometidos en suelo norteamericano se podrían haber evitado en el caso de que se hubiese detenido a alguno de los miembros del comando y, bajo la amenaza o incluso la práctica de la tortura, se le hubiese obligado a confesar el plan terrorista. En este sentido, el 8 de noviembre de ese mismo año, el profesor de la prestigiosa Universidad de Harvard, Alan M. DERSHOWITZ, se pronunció en un artículo publicado en *Los Angeles Times* a favor de admitir la tortura en los casos denominados «*ticking-time-bomb*», o «casos de la bomba de relojería».<sup>6</sup> Posteriormente, en otro trabajo abogó por la regulación de un procedimiento de autorización (judicial o gubernamental) para torturar, invocando para ello la emisión de una orden de tortura (*torture warrant*).<sup>7</sup> El mencionado autor consideraba que, dado que la tortura venía siendo usada por los EE.UU. –sobre todo durante la Administración Bush– así como por otros países aliados en el ámbito del terrorismo, y debería serlo en un caso de *ticking bomb* o ante un inminente ataque masivo, lo mejor era regularla con responsabilidad, detalladamente y estableciendo limitaciones.<sup>8</sup> A su juicio, una «orden de tortura» autorizada *ex ante* por parte del poder judicial (o del Gobierno) es más conveniente y justa que dejar en manos de los servicios de seguridad la decisión de si pueden torturar o no en un caso concreto, puesto que es notorio que no se les castiga penalmente. En su opinión, los jueces están en mejor posición de valorar las necesidades de seguridad contra los imperativos de la libertad. En cambio, los interrogadores de los servicios de seguridad no están entrenados para resolver este delicado equilibrio: su misión es la de prevenir el terrorismo.<sup>9</sup>

Actualmente, un «modelo de solución» de la prohibición legal de la tortura en el citado país norteamericano consiste en trasladar los interrogatorios de aquellos sujetos sospechosos de terrorismo a territorios sin sujeción jurídica alguna, como ocurre por

---

<sup>6</sup> DERSHOWITZ, Alan M. (2001): «Is There a Torturous Road to Justice?», *Los Angeles Times*, edición de 8 de noviembre.

<sup>7</sup> DERSHOWITZ (2004), cit., p. 166. Una interesante revisión de las tesis presentadas en su día por DERSHOWITZ puede encontrarse en: KRAMER, Matthew H. (2015): «Alan Dershowitz's Torture-Warrant Proposal: A Critique», *Legal Studies Research Paper Series*. University of Cambridge, núm. 2, pp. 1 y ss.

<sup>8</sup> DERSHOWITZ, Alan M. (2004a): «Tortured reasoning», en: LEVINSON, Sandord (Ed.), *Torture. A collection*, Oxford: Oxford University Press, pp. 266 y ss.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 267-268.

ejemplo en el caso de Guantánamo. Con ello se logra crear un abanico de posibilidades que liberan a las fuerzas norteamericanas de cualquier sujeción legal a la hora de llevar a cabo los interrogatorios.<sup>10</sup>

Si se echa a continuación un vistazo a la situación reinante en el contexto europeo, puede observarse cómo la Ciencia penal se encuentra cada vez más sometida a una intervención por parte de una política de seguridad que pretende abarcar un amplio y omnipresente control social, lo cual, en determinados casos y con respecto a determinadas fuentes de peligro, ha dado lugar a debilitar la otrora prohibición absoluta de la tortura. Así, las competencias de carácter procesal se han ido ampliando a estadios anteriores a la mera sospecha y al peligro de lesión de un bien jurídico. Al mismo tiempo, la determinación de los tipos penales desaparece de forma alarmante. En este sentido, y haciendo referencia explícita al caso de Alemania, hay que destacar la reforma penal llevada a cabo mediante la Ley para la Persecución de la Preparación de Delitos Violentos Graves contra la Seguridad del Estado, de 30 de julio de 2009, la cual introdujo en el Texto Punitivo germano los párrafos § 89a, § 89b y § 91, cuyo contenido típico ha dado lugar a revestir al Derecho penal de elementos claramente preventivos destinados a conjurar peligros mucho antes de la lesión efectiva de un bien jurídico.<sup>11</sup> En definitiva, el clima de política criminal en el cual se desarrolla el Derecho penal actual viene determinado sin duda alguna por el concepto de «sociedad de riesgo». Sólo en un clima jurídico como el descrito puede nacer la idea de que, para

---

<sup>10</sup> Ya un año antes de las vergonzantes imágenes de la prisión iraquí de Abu Ghraib, el prestigioso diario norteamericano *The Economist* –basándose para ello en investigaciones realizadas por el *Washington Post*– informó que los servicios secretos norteamericanos trasladaban a sospechosos de terrorismo a otros países para ser allí interrogados y torturados, llegando incluso la propia CIA a aplicar la tortura en su lucha contra la amenaza terrorista. Véase al respecto: «Is torture ever justified?», *The Economist*, edición de 11 de enero de 2003, p. 11. Como se ha señalado anteriormente, en diciembre de 2014, un informe elaborado por el Comité de Inteligencia del Senado norteamericano confirmó la existencia desde el año 2002 de un programa secreto de detención e interrogatorio de supuestos terroristas islamistas por parte de la CIA. Dentro de dicho programa se contemplaba la posibilidad de trasladar a meros sospechosos de terrorismo a prisiones secretas ubicadas en varios puntos del planeta.

<sup>11</sup> Véase al respecto: CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2010): «La contaminación preventivo-policial del Derecho Penal. A propósito de la Ley alemana para la Persecución de la Preparación de Delitos Violentos Graves contra la Seguridad del Estado, de 30 de julio de 2009», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 102, pp. 145-191. Dicha reforma dio lugar a un peligroso adelantamiento de las barreras de protección por parte del Derecho penal, lo cual trajo consigo la supresión definitiva de uno de los principios fundamentales que hasta entonces regían en la legislación penal alemana: la impunidad de los actos preparatorios en el caso de sujetos individuales. Este Derecho penal de naturaleza profiláctica y a todas luces simbólica también puede observarse con nitidez en la última reforma acometida en el Código Penal español mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, y muy especialmente por la LO 2/2015, de 30 de marzo, en materia de delitos de terrorismo (ambas con entrada en vigor el 1 de julio de 2015). Véase al respecto, en detalle: CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2015): «La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23, pp. 1-34.

proteger a la sociedad frente a un peligro, se debe obligar a un determinado individuo – empleando para ello incluso la violencia física– a revelar contra su voluntad una determinada información que se sospecha posee y que se considera relevante.

Como se verá a lo largo del siguiente trabajo, la problemática en torno a la prohibición de la tortura está estrechamente vinculada a la discusión sobre la dignidad del ser humano. Por ello, el debate iniciado en relación a la tortura afecta directamente no sólo a cuestiones de índole policial, penal, procesal-penal o criminológica, sino también a aspectos relativos a los derechos humanos y al Estado de Derecho, sin olvidar cuestiones de carácter ético o filosófico. En el contexto descrito, y a partir del escenario diseñado en su día por el mismísimo Niklas LUHMANN (*ticking-time-bomb-situations*)<sup>12</sup> se llega incluso a poner en tela de juicio la intangibilidad de la dignidad humana – reconocida explícitamente en el Art. 1 de la Constitución alemana– en aquellos supuestos en los que la propia dignidad del terrorista colisiona aparentemente con la dignidad de ciudadanos inocentes. Como consecuencia de esta ponderación –y teniendo a la vez en cuenta escenarios de riesgo apocalíptico– se llega a afirmar que la dignidad del ser humano ya no puede reputarse como inviolable cuando se trata de actuar a cualquier precio con el objetivo de evitar un peligro de carácter global. Aunque para ello el precio a pagar sea la utilización de la tortura por parte de instancias estatales. En consecuencia, la prohibición absoluta de la tortura, en sí humanitaria, se considera sin embargo que puede resultar *dolorosa* en situaciones de necesidad.

Los grupos de casos de las denominadas «bombas de relojería» ponen claramente de relieve la fuerza explosiva de la cuestión que se plantea. No muchos consiguen resistir a la tentación que aparece en estos supuestos de naturaleza excepcional: la de tolerar o permitir, por lo menos en estas situaciones excepcionales, la tortura o su amenaza. En este sentido, la respuesta afirmativa de REEMTSMA a la pregunta *luhmanniana* de «¿haría usted eso?», a pesar de su firme defensa de la prohibición absoluta, es representativa de la postura de muchos dentro de la literatura y

---

<sup>12</sup> LUHMANN, Niklas (1993): *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, p. 1: «Imaginense que son ustedes un alto oficial de policía. En su país –y esto es algo que podría ocurrir en Alemania en un futuro no muy lejano– existen gran cantidad de terroristas, de extrema izquierda y de extrema derecha; cada día ocurren asesinatos, incendios, muertes y numerosos daños para personas ajenas a la contienda. Ustedes han conseguido detener a uno de los líderes de estos grupos. Si le torturaran podrían con ello posiblemente salvar la vida de muchas personas –diez, cien, mil... Lo harían ustedes?».

la doctrina científica.<sup>13</sup> Así, incluso el propio ROXIN, quien no abriga duda alguna sobre la antijuricidad de cualquier tipo de acción de tortura, considera sin embargo «plausible» la apreciación de una exculpación supralegal en semejantes situaciones catastróficas.<sup>14</sup> Existe por tanto un grupo de autores los cuales, a pesar de autodefinirse a sí mismos como opositores de la tortura, defienden sin embargo una cierta legitimidad para el caso de la bomba de relojería.

Precisamente debido a que desde hace algún tiempo aumentan las opiniones y los intentos en torno a una eventual legalización o, por lo menos, justificación de la tortura para proteger la amenaza procedente de determinados peligros, puede hablarse sin miedo a equivocarse de una especie de «renacimiento» de dicha práctica, si bien su *retorno* se produce desde una perspectiva distinta: La utilización de la tortura –o su amenaza– se toma exclusivamente como (última) opción de cara a conseguir información útil de miembros o cómplices de organizaciones terroristas de nuevo cuño, o bien con la intención de lograr extraer una serie de datos importantes del –presunto, aunque altamente sospechoso– autor de un hecho grave (por ejemplo, el lugar donde mantiene retenida a la víctima o donde tiene colocada la bomba), para con ello evitar la muerte de seres inocentes. En definitiva, la tortura se ha convertido en un problema actual en pleno siglo XXI, el cual se enmarca en la búsqueda de métodos apropiados y eficaces para impedir la materialización de peligros a escala nacional e internacional.<sup>15</sup>

En la discusión actual en torno a la eventual admisión de la tortura en situaciones excepcionales hay que hacer referencia a una diferencia fundamental con respecto al clásico paradigma de la tortura: la existencia de una constelación triangular. Efectivamente, las voces que en la actualidad abogan por permitir la tortura o su amenaza señalan que en estas situaciones dramáticas no sólo están implicados el Estado y la persona detenida –como así ocurría/ocurre en la tortura *tradicional*–, sino el propio

---

<sup>13</sup> REEMTSMA, Jan Philipp (2005): *Folter im Rechtsstaat?*, Hamburg: Hamburger Edition, p. 122: «Mi respuesta es clara: Sí. Yo torturaría a esa persona hasta que nombrase el zulo donde mantiene retenido al rehén. (...) Todo lo que yo sería capaz de hacer lo haría sin tener en cuenta la cuestión relativa a la penalidad de mi conducta. En este caso hablo de mí como una persona privada. Pero si fuera yo un funcionario público muy posiblemente afirmaría lo mismo. Sin embargo, ni incluso en estos casos abogaría yo por una legalización de la tortura».

<sup>14</sup> ROXIN, Claus (2005): «Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?», en: ARNOLD, Jörg, *et al.* (eds.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck, p. 469.

<sup>15</sup> Véase en este sentido: LAMPRECHT, Florian (2009): *Darf der Staat foltern, um Leben zu retten? Folter im Rechtsstaat zwischen Recht und Moral*, Paderborn: Mentis, p. 15.

Estado, la persona detenida y la/s víctima/s. El tener en cuenta y considerar esta relación de carácter triangular impide la asunción de una imagen unidimensional dirigida exclusivamente a atender los derechos de la persona eventualmente víctima de torturas, colocándose en cambio dichos derechos en relación con la necesaria protección de la/s víctima/s. A partir de esta argumentación, y poniendo para ello sobre la mesa siempre los mismos casos (amenaza terrorista a una ciudad entera, secuestros de personas inocentes que se encuentran en una situación de peligro evidente para sus vidas), no pocas voces reclaman la introducción de la denominada «tortura de rescate» dentro del espectro de las medidas policiales que gozan de cobertura legal.<sup>16</sup> Al igual que en el caso de la «tortura tradicional», este tipo de tortura está asimismo dirigida a la obtención de información por parte de un sujeto detenido, pero la misma, al contrario de lo que sucede con el resto de modalidades de tortura «típicas», tiene como objetivo, no la confesión o el esclarecimiento de una conducta delictiva o la intimidación del destinatario del *tormento*, sino la salvación de vidas humanas, ya sea una, varias o miles. Ejemplos para ello no faltan desgraciadamente en la vida real, como sucede con el conocido caso «Jakob von Metzler» en Alemania.<sup>17</sup>

Pues bien, a la vista de la amenaza terrorista transnacional, y teniendo al mismo tiempo en cuenta una serie de secuestros espectaculares con gran atención mediática acaecidos en Alemania en las últimas fechas, los políticos, juristas, sociólogos e incluso filósofos germanos discuten sobre si una eventual utilización de la tortura por parte de funcionarios públicos –en la forma de la denominada «tortura de rescate» (*Rettungsfolter*)– podría estar justificada o exculpada jurídica y/o moralmente en determinados supuestos excepcionales. Mientras que algunos defienden su limitada o excepcional aplicación para salvar la vida de una, varias o muchas personas, otros por el contrario rechazan de plano dicha posibilidad, ya que consideran que la dignidad del ser humano –también la del más indeseable de los criminales– es intangible tal y como de

---

<sup>16</sup> Véase, por todos: HECKER, Wolfgang (2003): «Relativierung des Folterverbots in der BRD?», *Kritische Justiz*, p. 211, con bibliografía complementaria.

<sup>17</sup> Efectivamente, el concepto de la «tortura de rescate» (*Rettungsfolter*, en la terminología alemana) procede de la discusión desatada en los medios de comunicación germanos fundamentalmente como consecuencia del caso «Jakob von Metzler», habiéndose con el tiempo trasladado dicha acepción al discurso científico para utilizarla como sinónimo de los viejos conceptos de «tortura para la prevención de peligros» (*Gefahrenabwehrfolter*) o «tortura preventiva» (*Präventivfolter*). La expresión «tortura de rescate» (*Rettungsfolter*) se utilizó por vez primera en Alemania por parte de Miloš VEC en un artículo publicado en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, edición de 4 de marzo de 2003, p. 38 («Schmerz gegen Wahrheit? Oder: Auch Not kennt ein Gebot»).

forma lapidaria señala el Art. 1 de la Ley Fundamental alemana, no pudiendo por tanto dicho bien jurídico ser ponderado con ningún otro.

En este sentido, y tal y como se analizará a lo largo del siguiente trabajo, no se trata desde luego de una supresión general de la hasta el momento absoluta vigencia de la prohibición de la tortura, sino más bien de considerar su eventual *atenuación* en relación a una serie de casos aislados perfectamente delimitados. En un primer plano del hasta hoy persistente debate jurídico se encuentra el problema de si la dignidad del ser humano también hay que considerarla como intangible cuando a través de la amenaza o incluso la aplicación de la tortura contra un concreto sujeto se puede salvar la vida de uno, varios, ya incluso miles de seres humanos, dotados evidentemente también de dignidad. En opinión de SALIGER, en el trasfondo de esta cuestión se esconde realmente un clásico problema de teoría jurídica relativo a la fundamentación de las normas; problema que gira en torno a la cuestión de si podrían existir situaciones «en las cuales la obstinación en mantener la vigencia absoluta de una norma llevaría a consecuencias insoportables».<sup>18</sup>

Como cabía esperar, las organizaciones defensoras de los derechos humanos se muestran horrorizadas ante la discusión en torno a una eventual aplicación selectiva de este instrumento de coacción física. Así, en el año 2005, la Sección alemana de Amnistía Internacional publicó un documento titulado «No a la tortura – Sí al Estado de Derecho», mediante el cual pretendía impulsar un llamamiento para defender la absoluta prohibición de la tortura y, ligado a ello, la intangibilidad de la dignidad humana.<sup>19</sup>

La tortura ha sido objeto de análisis por la mayoría de las ciencias que se ocupan del estudio del hombre en sus diversas manifestaciones. Así, ha sido analizada desde perspectivas filosóficas, sociológicas, históricas, políticas, criminológicas y jurídicas; y desde estas últimas su estudio no se ha caracterizado precisamente por ser privativo de las ciencias penales, sino que también se han ocupado de su examen detallado el Derecho internacional y el Derecho constitucional. Se está por tanto en presencia de una conducta susceptible de un enfoque multidisciplinar y de la que pueden manejarse tantos conceptos como ciencias se han ocupado de su estudio.

---

<sup>18</sup> SALIGER, Frank (2004): «Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 116, p. 38.

<sup>19</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL (2005): *Nein zur Folter. Ja zum Rechtsstaat. Für den Schutz des absoluten Folterverbotes*, pp. 1-8. Disponible en Internet: [http://archiv.amnesty.de/internet/deall.nsf/docs/2005-DEU07-018-de/\\$FILE/ai-AntiFolterMemorandum.pdf](http://archiv.amnesty.de/internet/deall.nsf/docs/2005-DEU07-018-de/$FILE/ai-AntiFolterMemorandum.pdf).

El objetivo del siguiente trabajo es analizar de forma exhaustiva la denominada «tortura de rescate» tomando como base de la exposición un caso real acaecido en Alemania en el año 2002. A partir del mismo, el estudio de esta *modalidad* de tortura no sólo se va a llevar a cabo desde una perspectiva exclusivamente jurídico-penal y criminológica, sino ampliando el espectro teórico a otras disciplinas afines –como la Ética– donde dicho concepto puede sin duda ser objeto de estudio. Además, y si bien la base del trabajo viene marcado por el ordenamiento jurídico alemán, también se pretende abordar la cuestión enfocando el análisis desde la perspectiva del Derecho español, es decir, analizando cómo el ordenamiento jurídico patrio solucionaría un hecho como el acaecido en Frankfurt a.M. en el año 2002. Con respecto a ambos países, y teniendo en cuenta la normativa internacional que se ha ocupado profusamente de la prohibición de actos de tortura en cualquier situación, la cuestión central del trabajo va a girar en torno a la eventual admisión de la «tortura de rescate» en los ámbitos policial, constitucional, penal-sustantivo y procesal penal. Se trata en definitiva de intentar hallar un resquicio dentro de la prohibición absoluta de la tortura por el que, en situaciones excepcionales, podría llegar a justificarse moral y jurídicamente la violencia física o psíquica desplegada por un agente policial frente a un sujeto detenido. Y todo ello asumiendo que dicha posibilidad está expuesta a fervientes críticas por parte de un sector mayoritario de la doctrina, tanto germana como española.

## CAPÍTULO II. EL PARADIGMA DE LA «TORTURA DE RESCATE» DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO: EL ESCENARIO DEL «*TICKING-TIME-BOMB*» Y LA SITUACIÓN DEL «*TRAGIC CHOICE*» COMO PRECURSORES DEL DEBATE EN TORNO A LA TORTURA

La problemática en torno a la denominada «tortura de rescate» en situaciones de amenaza excepcionales no es desde luego nueva, por lo que a la literatura científica en general y a la dogmática penal germana en particular no les debería haber pillado por sorpresa ni tampoco desprevenidas. Y es que resulta evidente que escenarios de estas características, donde la vida de una o muchas personas se encuentra en serio peligro como consecuencia de la conducta de uno o varios sujetos, son puestos sobre la mesa de forma reiterada y desde los más variados ámbitos académicos, si bien su eventual aparición en la vida real había sido hasta la fecha infravalorada.

Desde una perspectiva histórica, la cuestión relativa a la eventual justificabilidad de la tortura en general la planteó ya hacia 1770 el propio Jeremy BENTHAM en unos textos manuscritos casi inéditos sobre la tortura titulados «Of Torture» y «Of Compulsion and herein of Torture».<sup>20</sup> Comenzó BENTHAM por afirmar su radical oposición inicial a la tortura y la sorpresa que para él mismo supuso el resultado de su investigación, que le llevó finalmente a entender, contra los argumentos expuestos por el mismísimo BECCARIA, que en algunos casos (muy pocos) su aplicación podía quedar justificada desde una perspectiva utilitarista, del mismo modo que llega a serlo el aislamiento compulsivo o incluso la privación a un sujeto de un bien tan fundamental y básico como la vida: allí donde constituya un mal menor.<sup>21</sup>

Partiendo de un concepto propio de tortura –imposición de dolor físico violento sobre una persona para obligarle a hacer o desistir de hacer algo, haciendo depender el

---

<sup>20</sup> BENTHAM, Jeremy (sin fecha): «Of Torture», *Bentham Manuscripts*, University College London 46/63-70; BENTHAM, Jeremy (sin fecha): «Of Compulsion and herein of Torture», *Bentham Manuscripts*, University College London, 46/56-62. Ambos manuscritos se encuentran reeditados en: TWINING, William L./TWINING, P.E. (1993): «Bentham on Torture», *Jeremy Bentham: Critical Assessments*, (Ed. Bhikhu PAREKH), Vol. II, London: Routledge, pp. 512-565.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 514-515.



cese del dolor de su realización o desistimiento— BENTHAM constató, además, su empleo acostumbrado en el ámbito doméstico, su posible menor lesividad que otros métodos comúnmente aplicados para fines similares, no objetados por nadie, y su ventaja respecto de la pena o el castigo, ya que la tortura cesa en el momento en que el sujeto se pliega a la exigencia. Ahora bien, considerando muy razonable el extendido temor frente a su utilización abusiva, derivada de lo indeterminado de su intensidad o duración, el pensador inglés se preocupó por delimitar los supuestos susceptibles de justificación. A su juicio, estos deberían quedar limitados a los casos en que, o bien se exige a alguien que haga algo que el interés público requiere y que, con seguridad, está en su mano realizar, o bien se le obliga a algo que probablemente, aunque no con certeza, puede hacer, y que, por ser tan grande el interés público involucrado, de omitirlo estaría justificada la imposición de un sufrimiento, pues el peligro derivado de su inactividad sería mayor que el de que una persona inocente sufriera el grado mayor de sufrimiento que puede ser impuesto por una tortura de la clase y cantidad permitida.<sup>22</sup>

En todo caso, y para evitar un empleo incorrecto o abusivo de la tortura, BENTHAM proponía observar unas estrictas reglas sobre todo materiales, respetadas las cuales el mencionado autor —si bien en cualquier caso prefería la abolición pura y simple de la tortura— se mostraba partidario de su admisión por el sistema penal de manera excepcional, y limitando eso sí su aplicación a los delitos contra las personas, y no contra el Estado, o por lo menos contra el Gobierno, incluso en tiempos de guerra o de emergencia extrema.<sup>23</sup>

Más recientemente, y en un ámbito internacional, la controvertida figura de la «tortura de rescate» fue abordada por primera vez en el año 1973 en un artículo publicado por el conocido filósofo norteamericano Michael WALZER.<sup>24</sup> En el mencionado trabajo, WALZER hace referencia explícita a la situación que suele ser denominada como «*ticking-time-bomb*»: En este caso, a un dirigente honrado de una nación que sufre la plaga del terrorismo se le pide que autorice la tortura de un líder rebelde capturado, que sabe o probablemente conoce la posición de varias bombas escondidas en edificios de viviendas situadas en distintos lugares de la ciudad, y que se

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 519.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 532-533.

<sup>24</sup> WALZER, Michael (1973): «Political Action: The Problem of Dirty Hands», *Philosophy&Public Affairs* 2/2, pp. 167 y ss.

encuentran preparadas para explotar dentro de las siguientes veinticuatro horas. El dirigente en cuestión ordena que el hombre sea torturado, convencido de que debe hacerlo así en aras a la salvación de unas personas que de otro modo pueden morir en las explosiones; y ello incluso estando a la vez convencido de que «la tortura es mala, evidentemente abominable, y no sólo algunas veces sino siempre».<sup>25</sup>

Pues bien, teniendo como trasfondo esta situación ficticia, y al tiempo que afirma la existencia de normas morales en alguna medida «absolutas», WALZER sostiene sin embargo que en determinadas circunstancias puede existir la necesidad de transgredirlas. De este modo, aun en el caso de que un oficial tuviera por ejemplo que autorizar la práctica de la tortura, éste podría sin embargo ser descrito (si su acción ha sido útil), como una buena persona e, incluso, como un ser honrado por haber tomado la decisión correcta en momentos en que era difícil hacerlo.<sup>26</sup> Para WALZER, el dilema deriva, precisamente, de mantener a la vez la exigencia de la acción desde una perspectiva utilitarista, así como su condena desde una vertiente deontológica.

Posteriormente, en el año 1982, el profesor de filosofía de la Universidad de Nueva York, Michael LEVIN, hizo referencia explícita a la tortura de rescate en un famoso artículo que bajo el título «The Case for Torture» fue publicado en el citado año en la revista *Newsweek*.<sup>27</sup> Partiendo también del conocido escenario relativo al «*ticking-time-bomb*», LEVIN expone en dicho artículo la situación ficticia en la cual un terrorista ha escondido una bomba atómica en la isla de Manhattan, la cual va a explotar al mediodía si no se cumplen las condiciones exigidas por éste. Detenido horas antes de que se produzca la detonación, el terrorista se niega a indicar el lugar donde tiene escondida la bomba. ¿Debe ser este sujeto torturado? Al respecto señala LEVIN lo siguiente: «If we follow due process –wait for his lawyer, arraign him– millions of people will die. If the only way to save those lives is to subject the terrorist to the most excruciating possible pain, what grounds can there be for not doing so? I suggest there are none».<sup>28</sup> En este sentido, la conclusión a la que llega el mencionado autor resulta

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>27</sup> LEVIN, Michael (1982): «The Case for Torture», *Newsweek*, edición de 7 de junio, p. 4.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 4.

contundente y a la vez controvertida: «There are situations in which torture is not merely permissible but morally mandatory».<sup>29</sup>

Con respecto al ámbito científico alemán, la prueba más temprana en el tiempo que acredita la existencia de una discusión filosófica y constitucional en torno a la problemática de la tortura se sitúa en 1976, año en el que fue publicada en Alemania una monografía cuyo autor era el por aquel entonces Primer Ministro del *Land* de Baja Sajonia, Ernst ALBRECHT.

En este trabajo de carácter filosófico, cuyo título rezaba «El Estado –idea y realidad. Elementos fundamentales de una filosofía estatal», ALBRECHT intentó poner a prueba la supuesta vigencia absoluta de algunos derechos fundamentales contenidos en la Norma Fundamental alemana.<sup>30</sup> Entre ellos se citaba de forma expresa la prohibición de la tortura o, tal y como el propio ALBRECHT señalaba en su trabajo, «el derecho a aplicar libremente la tortura por parte del Estado».<sup>31</sup> Para ello, el mencionado autor se servía también de un experimento de carácter ideal al cual ya habían acudido otros autores como los anteriormente citados WALZER y LEVIN, y mediante el que se podía crear un escenario susceptible de relativizar la prohibición absoluta de la tortura. Así, se trataba de plantear una situación de grave peligro –por ejemplo, la amenaza con utilizar armas de destrucción masiva– a partir de la cual debía considerarse que la aplicación de medidas encuadrables dentro de la tortura constituía el único y último medio para conjurar esa situación de peligro. En concreto, ALBRECHT presentaba en su trabajo el caso siguiente: «Si por ejemplo se confirmara que un determinado círculo de personas dispone de modernas armas de destrucción masiva y que está dispuesto a utilizarlas con finalidades delictivas en un plazo corto de tiempo, y teniendo en cuenta, además, que este propósito sólo puede ser desbaratado si se consigue descubrir a tiempo el lugar donde se encuentran esas personas, en ese caso puede resultar necesario desde un punto

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 4. En el citado artículo, el propio LEVIN ya vaticinaba que casos como los planteados podrían convertirse en realidad en un futuro no muy lejano: «These situations are moving from the realm of imagination to fact». Para un análisis de otros casos ficticios semejantes véase: DERSHOWITZ (2002), cit., pp. 140 y ss. Tras los fatídicos atentados del 11 de septiembre de 2001 en los EE.UU., precisamente este último autor se mostró favorable a la utilización de la tortura en casos excepcionales. Así, en un artículo publicado en noviembre de 2001 en *Los Angeles Times* señalaba lo siguiente: «The real debate is whether such torture should take place outside of our legal system or within it. The answer to this seems clear: If we are to have torture, it should be authorized by the law. Judges should have to issue a ‘torture warrant’ in each case». DERSHOWITZ, Alan M. (2001): «Is There a Torturous Road to Justice?», *Los Angeles Times*, edición de 8 de noviembre de 2001.

<sup>30</sup> ALBRECHT, Ernst (1976): *Der Staat – Idee und Wirklichkeit. Grundzüge einer Staatsphilosophie*, Stuttgart-Degerloch: Seewald, pp. 168 y ss.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 172.

de vista ético el obligar incluso con la tortura a que un miembro del mencionado círculo de personas facilite esa información, siempre y cuando ésta sea realmente la única posibilidad de impedir ese crimen indecible». <sup>32</sup>

Por consiguiente, en un contexto como el descrito, ALBRECHT consideraba que uno no podría sino hacer aquello que en principio se encuentra prohibido y que a la vez constituye un tabú, a saber, aplicar la tortura. Se trataría así fundamentalmente de «una verdadera decisión de carácter ético, de una ponderación de valores con el objetivo de reconocer y cumplir con el valor posiblemente máximo, es decir, lo bueno». <sup>33</sup> Lo sorprendente del caso es que ALBRECHT no reclamaba dicha exigencia en la sección de su trabajo dedicada a analizar el «Estado real», sino más bien en aquella destinada a presentar el «Estado ideal».

A partir de lo explicado, ALBRECHT afirma en su obra la posibilidad de contemplar la necesidad extralegal de torturar, más allá por tanto de los postulados del Derecho constitucional alemán que prohíben tajantemente la utilización de la violencia física o psíquica por parte del Estado. En supuestos excepcionales como el descrito, esta necesidad u obligación aparecería como una forma de «moralidad» (*Sittlichkeit*) no susceptible en principio de ser legitimada, pero que con una evidencia incontestable probaría la conveniencia de relativizar la prohibición de torturar. <sup>34</sup> En opinión de ALBRECHT, en estos casos no cabría por tanto otorgar a la dignidad del ser humano el peso que los textos legales le atribuyen. Hay que decir que posteriormente, y en reacción a una campaña en su contra iniciada por parte de la sección alemana de Amnistía Internacional, ALBRECHT se decidió a retirar los pasajes comprometidos de su obra en una segunda edición de la misma. A esta fundamentación ética de la «tortura de rescate» presentada en su día por el autor germano se hará especial referencia en el Capítulo VI del trabajo.

Años más tarde, un caso parecido al descrito en la obra de ALBRECHT le sirvió a Niklas LUHMANN como punto de partida de una trascendental conferencia que bajo el título «¿Existen todavía en nuestra sociedad normas irrenunciables?» («*Gibt es in*

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 174.

*unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?»*) pronunció en el año 1992 en la Universidad de Heidelberg.<sup>35</sup>

Uno de los objetivos de su intervención era sondear la dimensión que desde la Teoría del Derecho presenta el pensamiento utilitarista con respecto a la prohibición de la tortura. La cuestión planteada le interesaba a LUHMANN sobre todo desde la perspectiva de su teoría de los sistemas como caso límite de la diferenciación funcional de la sociedad. ¿Llega la autonomía de los sistemas parciales hasta tal punto que le permite a un sistema mantener en todo caso la vigencia de determinadas normas, con independencia de las irritaciones que puedan surgir en otros sistemas parciales? Como ejemplo de una norma que en la sociedad alemana de la época se consideraba como irrenunciable, LUHMANN hacía referencia a la garantía de la dignidad humana, recogida en el Art. 1 de la Ley Fundamental germana.

Pues bien, para *afinar* y, consiguientemente, refutar la referida irrenunciabilidad, el prestigioso sociólogo alemán expuso directamente a los asistentes a su conferencia un caso ficticio al comienzo de su alocución, el cual, años más tarde, fue acogido en numerosos trabajos jurídicos y sociológicos bajo la figura del escenario del «*ticking-time-bomb*». En concreto, su alocución comenzó con el siguiente planteamiento: «Imagínense que son ustedes un alto oficial de policía. En su país –y esto es algo que podría ocurrir en Alemania en un futuro no muy lejano– existen gran cantidad de terroristas, de extrema izquierda y de extrema derecha; cada día ocurren asesinatos, incendios, muertes y numerosos daños para personas ajenas a la contienda. Ustedes han conseguido detener a uno de los líderes de estos grupos. Si le torturaran podrían con ello posiblemente salvar la vida de muchas personas –diez, cien, mil... ¿Lo harían ustedes?».<sup>36</sup>

Con esa provocativa pregunta, LUHMANN no pretendía desde luego solucionar las dificultades de índole jurídica en las que cualquiera se vería involucrado si se decidiese a aplicar medidas encuadrables dentro de la tortura. Ahora bien, desde la perspectiva *distante* de un sociólogo, el cual ante todo se interesa por la «forma del problema»,<sup>37</sup> LUHMANN se abstuvo conscientemente a lo largo de su alocución de dar una respuesta valorativa a la cuestión planteada. Incluso las reflexiones que de forma especulativa realizó al final de su conferencia en torno a la «admisión de la tortura a

---

<sup>35</sup> LUHMANN, Niklas (1993): *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 2.

través de la inspección por parte de Tribunales de carácter internacional, la supervisión de la escena por televisión en Ginebra o Luxemburgo, así como su control telemático», no suponían en su opinión «una solución satisfactoria» a la problemática planteada.<sup>38</sup> Por el contrario, la única intención que perseguía con la provocativa pregunta era llamar la atención sobre una problemática general asociada a la afirmación de la existencia de principios jurídicos indisponibles para los que se reclama una validez universal tanto desde un punto de vista material como temporal. Para el mencionado autor, la admisión de la intangibilidad (sin excepción) de la dignidad de cualquier ser humano y la promesa que de ello se deriva de renunciar, en cualquier circunstancia, a la aplicación de la tortura, pueden considerarse como postulados demasiado precipitados si se tienen en cuenta unas determinadas situaciones peligrosas. Y ello, sobre todo, cuando claramente se tiene la sensación de que «el Derecho únicamente puede mantenerse mediante una injusticia».<sup>39</sup> Efectivamente, si en el caso ficticio expuesto por LUHMANN el policía se decide a torturar, con ello estarán menoscabando los derechos y la dignidad del sospechoso, contraviniendo normas vinculantes de Derecho internacional, policial, constitucional y penal sustantivo. Si no lo hace, debe observar con los brazos cruzados el sufrimiento y la eventual muerte de miles de personas –ya incluso la suya propia–. Es por ello que el oficial de policía debe escoger entre dos males o, lo que es lo mismo, sólo puede realizar una conducta en todo caso incorrecta: a esto se le denomina «*tragic choice*».

Resulta evidente que en el caso ficticio presentado en su día por LUHMANN –el cual, en otro contexto y situación completamente distintos, se materializó con los sucesos ocurridos en Frankfurt en el año 2002– se encuentran enfrentadas la prohibición absoluta de la tortura por un lado y la protección absoluta de la vida, por otro. En este caso, la teoría utilitarista propone la utilización del paradigma del «*tragic choice*». Una situación como la descrita se caracteriza por la confluencia de al menos dos bienes jurídicos los cuales colisionan entre sí, de tal manera que una coordinación entre ambos no resulta posible sin menoscabar el núcleo fundamental de, por lo menos, uno de los dos bienes.<sup>40</sup> Con un ejemplo como el descrito en los párrafos anteriores, LUHMANN

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 27. Y añadiendo: «Pero tampoco logra satisfacer el que nadie haga nada, sacrificando inocentes al fanatismo de los terroristas».

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 2 y 31-32.

<sup>40</sup> Véase al respecto: GUCKELBERGER, Annette (2004): «Zulässigkeit von Polizeifolter?», *Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg*, p. 121; JAHN, Matthias (2004): «Gute Folter – schlechte Folter? Straf-, verfassungs- und völkerrechtliche Anmerkungen zum Begriff “Folter” im Spannungsfeld

quería demostrar que aquellas normas del ordenamiento jurídico concebidas como «irrenunciables» no podían ser mantenidas en un sistema político confrontado con amenazas terroristas de gran alcance.

Entre el público asistente a la conferencia impartida por LUHMANN se encontraba Winfried BRUGGER, al cual el ejemplo planteado por el primero le impactó de tal manera que desde ese momento se ocupó de su análisis y, por ende, de la problemática de la «tortura de rescate», desde una perspectiva eminentemente jurídica. Así, en los últimos años, este profesor de Derecho Público y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Heidelberg, fallecido en el año 2010, analizó intensamente y a través de numerosas publicaciones las distintas posibilidades de solución de la cuestión planteada, discutiendo de forma preeminente los problemas que esta constelación de casos plantea desde la perspectiva del Derecho policial. En el transcurso de sus trabajos científicos, BRUGGER partió de una prudente concesión del derecho a aplicar la tortura en casos excepcionales,<sup>41</sup> para acabar defendiendo a ultranza la «obligación» del Estado a torturar en determinados casos; obligación que sería incluso «judicialmente exigible».<sup>42</sup> Si bien el planteamiento teórico de BRUGGER con respecto a la tortura de rescate será objeto de un análisis exhaustivo en el Capítulo VI del presente trabajo, conviene ahora siquiera esbozar desde la Teoría del Derecho la propuesta de este autor dirigida a permitir excepcionalmente la aplicación de la violencia estatal contra personas detenidas.

También en este caso, el razonamiento dogmático de BRUGGER expuesto en sus distintos trabajos parte de la exposición de una concreta situación ficticia que básicamente concuerda con la presentada en su día por Niklas LUHMANN, si bien la misma se agudiza de forma importante al incorporar nuevos datos adicionales. Así, en el ejemplo presentado por BRUGGER también aparece un terrorista, el cual amenaza un número importante de vidas humanas a través de una acción delictiva y que es objeto de detención por parte de la policía. También –al igual que hizo en su día LUHMANN– se

---

von Prävention und Repression», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, p. 31.

<sup>41</sup> BRUGGER, Winfried (1996): «Darf der Staat ausnahmsweise foltern?», *Der Staat*, núm. 35, pp. 67 y ss.

<sup>42</sup> BRUGGER, Winfried (2000): «Vom unbedingten Verbot der Folter zur bedingten Recht auf Folter?», *Juristenzeitung*, núm. 4, pp. 170-171. EL MISMO (2005): «Das andere Auge. Folter als zweitschlechteste Lösung», en: NITSCHKE, Peter (Ed.), *Rettungsfolter in modernem Rechtsstaat? Eine Verortung*, Bochum: Kamp, pp. 111-112.

parte en este caso de la certeza de que la amenaza puede ser realmente eliminada a través de la aplicación de la tortura por parte de las instancias policiales. En concreto, el mencionado caso expuesto por BRUGGER en el año 1996 describía la siguiente situación extrema: Una determinada persona, la cual únicamente tras el pago de una cantidad importante de dinero está dispuesta a evitar la explosión de una bomba que podría causar la muerte a un buen número de habitantes de una gran ciudad, es detenida por la policía en el momento de la entrega del dinero. Una vez en dependencias policiales, el sujeto en cuestión señala que la bomba explotará en un intervalo de tres horas ya que el detonador de la misma se encuentra activado. Tras intensas e infructuosas conversaciones de la policía con el sospechoso, los agentes llegan a la conclusión de que la única forma de intentar evitar la catástrofe es amenazar al (presunto) autor con utilizar la violencia física, ya incluso con la efectiva aplicación de torturas, para con ello conseguir arrancarle el lugar donde se encuentra depositada la bomba.<sup>43</sup>

Como teórico del Estado, y partiendo por tanto de los postulados mantenidos al respecto por la Constitución alemana, BRUGGER veía difícil de justificar la limitación de la garantía de la dignidad humana defendida en su día por LUHMANN. Con todo, y animado por la conferencia de su colega, BRUGGER desarrolló en una serie de contribuciones científicas su posición personal en torno a la justificación dogmática de la tortura a partir de los casos construidos en su día por LUHMANN. Para ello no escatimó esfuerzos a la hora de construir de forma muy meticulosa su metodología dirigida fundamentalmente a superar y rebatir el inequívoco tenor literal no sólo del Art. 1 apartado 1 de la Constitución alemana [*Grundgesetz*, GG (= «La dignidad del ser humano es intangible»)], sino al mismo tiempo de casi una docena de preceptos de leyes ordinarias, constitucionales, de Derecho europeo e internacional, para de esa manera justificar la aplicación de la tortura en una serie de contextos excepcionales. En último término, BRUGGER se sirvió incluso de la llamada «lógica de la ponderación» (*Abwägungslogik*), mecanismo utilizado en el Derecho constitucional alemán para equiparar garantías fundamentales –exceptuando claro está la garantía de la dignidad humana– cuando en una determinada situación se encuentran confrontadas posiciones antagónicas que afectan a determinados derechos fundamentales.

---

<sup>43</sup> BRUGGER (1996), cit., p. 69.



Efectivamente, BRUGGER considera que en aquellos supuestos en los que la tortura y, ligado a ello, el sufrimiento controlado y limitado de un terrorista, el cual *motu proprio* se ha trasladado a una situación ilícita, resulta apropiado y necesario para impedir la muerte y el sufrimiento de un número considerable de seres humanos, la dignidad humana del terrorista debe ser puesta en un segundo plano, prevaleciendo por tanto la vida y la dignidad de la/s potencial/es víctima/s. Tal y como se analizará en detalle en el Capítulo VI, resulta evidente que, en su planteamiento teórico, BRUGGER puede en principio remitirse al instituto jurídico conocido en Alemania como «disparo mortal final» (*finaler Todesschuss*), donde la anteriormente mencionada «lógica de la ponderación» tiene lugar en detrimento del delincuente/terrorista.<sup>44</sup>

El escenario descrito en los párrafos anteriores sirve al teórico del Estado BRUGGER como punto de partida para fundamentar de forma argumentativa la admisibilidad de torturas policiales de naturaleza preventiva en situaciones de necesidad. En su opinión, «al especificar y extraer un grupo de casos, en los cuales la prohibición absoluta de la tortura daría lugar a resultados absurdos e injustos, en definitiva, a un escándalo de carácter ético», no se produce ciertamente un debilitamiento de la prohibición general de la tortura, sino que la misma sale más bien fortalecida.<sup>45</sup>

Hay que decir que, en un principio, las tesis planteadas por BRUGGER no tuvieron prácticamente eco alguno en la doctrina alemana. A pesar de sus reiterados intentos de introducir sus propuestas en la discusión científica, sus argumentos en torno a la justificación excepcional de la tortura fueron literalmente ignorados. Ni tan siquiera lograron ser expresamente rechazados. El gremio de los teóricos del Estado no tenía por tanto intención alguna de entrar a discutir sobre una eventual «interpretación racional» de la dignidad humana propuesta por el mencionado autor. Efectivamente, mientras que la ciencia jurídica alemana se ha ocupado intensamente, y ha admitido, que la policía pueda en casos extremos como los representados por una toma de rehenes matar de un disparo al autor de los hechos, llegando incluso a debatir en profundidad la existencia de un estado de necesidad en relación a la actividad estatal, en cambio no se ha ocupado de

---

<sup>44</sup> BRUGGER, Winfried (1995): «Würde gegen Würde», *Verwaltungsblätter Baden-Württemberg*, núm. 16, p. 448; EL MISMO (1996), cit., pp. 75-76.; EL MISMO, (2000), cit., p. 168. Baste apuntar aquí que el mencionado «disparo mortal final» hace referencia a aquellos supuestos en los cuales la policía puede, por ejemplo, ocasionar la muerte de un atacante cuando éste amenaza de forma directa a uno o varios rehenes al apuntarles con una pistola.

<sup>45</sup> BRUGGER (2000), cit., pp. 171-172.

la problemática de la tortura. Motivos para haber abordado este tema tan delicado no han faltado. Así, Alemania se hizo eco en su día de la jurisprudencia emanada por el Tribunal Supremo israelí, el cual en una trascendental sentencia del año 1996 admitió la aplicación de la tortura contra presuntos terroristas detenidos, basándose para ello en la existencia de una legítima defensa que fundamentaría la violencia estatal para con ello evitar un acto terrorista contra la población israelí.<sup>46</sup> Algunas voces aisladas dentro de la doctrina alemana, como es el caso del propio BRUGGER, intentaron abrir el debate en el país germano. Sin embargo, dichas contribuciones científicas fueron prácticamente ignoradas por el grueso de la doctrina alemana. No se sabe a ciencia cierta la razón por la cual no se inició en Alemania una discusión doctrinal con respecto a la tortura. Es posible que la mayoría de juristas considerasen que dicha temática resultaba tan ajena al ordenamiento jurídico alemán, de tal modo que ni tan siquiera merecía la pena teorizar sobre la misma; o bien que, partiendo de un consenso de carácter tácito, la tortura se plantease simplemente como un tabú. En relación al país germano, un factor problemático asociado a un eventual debate en torno a la tortura se encuentra en el lastre histórico con el que Alemania se ve permanentemente confrontada desde la Segunda Guerra Mundial. Efectivamente, en este país no puede discutirse sobre la tortura sin al mismo tiempo evocar el terror desplegado en su momento por la GESTAPO durante el régimen Nacional-socialista. No cabe duda de que esa mirada retrospectiva es legítima e importante, ya que la misma muestra lo que la aplicación de la tortura puede suponer en un Estado totalitario. Con todo, uno no puede pasar por alto que con el debate actual en torno a esta problemática no se pretende en modo alguno regresar a una forma de Estado donde se practique impunemente la violencia física contra seres humanos; más bien se discute sobre si en determinados y estrictamente delimitados casos excepcionales podría resultar conforme a Derecho el amenazar con o el infligir directamente a un delincuente un daño físico en aras a obtener una determinada información dirigida a salvar la vida de una o varias personas inocentes.

Por todo lo dicho, en Alemania resultaba hasta fechas recientes prácticamente impensable el llegar incluso a debatir sobre la posibilidad de admitir legalmente la tortura policial para conseguir extraer información a un sujeto detenido.

---

<sup>46</sup> Sentencia del *Supreme Court* israelí de 14 de noviembre de 1996 (caso Muhammad Abd Al-Aziz vs. General Security Service). Dicha sentencia, y una posterior dictada por el propio Tribunal Supremo hebreo el 6 de septiembre de 1999, son objeto de un exhaustivo análisis en el Capítulo IX del trabajo.

Sin embargo, hoy puede afirmarse sin miedo a equivocarse que la ruptura del tabú, la cual hace años era objeto de discusión científica –y rechazo mayoritario– únicamente con respecto a casos ficticios como el expuesto en la década de 1970 por Ernst ALBRECHT en su controvertida monografía, ha pasado a tener una actualidad sin igual, alcanzando a la realidad jurídica, política y social a través de los acontecimientos vividos en Frankfurt en otoño del año 2002, los cuales dieron lugar a uno de los casos más polémicos y controvertidos de la historia jurídica y criminológica reciente de Alemania. Al análisis de los mencionados acontecimientos se dedica el Capítulo III.

### **CAPÍTULO III. EL PARADIGMA REAL: EL CASO «JAKOB VON METZLER»**

El 27 de septiembre del año 2002, Magnus Gäfgen, un joven de 28 años que se encontraba finalizando la carrera de Derecho, decidió secuestrar a Jakob von Metzler, un menor de 11 años, hijo de una acaudalada familia de banqueros residentes en la ciudad de Frankfurt am Main, al cual ya conocía desde hacía algún tiempo debido a la relación de amistad que Gäfgen había mantenido con su hermana mayor. Con dicho secuestro, el joven estudiante alemán de clase media pretendía hacer frente a los ingentes gastos que traía consigo su relación con un grupo de jóvenes pertenecientes a la alta sociedad de la ciudad de Frankfurt. Para ello, su plan consistía en secuestrar al menor y exigir a los padres de la víctima el pago de un millón de euros en efectivo.

Informada la familia von Metzler del secuestro del pequeño Jakob, ésta accedió sin titubeos a cumplir con las exigencias del secuestrador, el cual les había indicado el día (la noche del 29 al 30 de septiembre) y el lugar (una zona boscosa situada en las cercanías de Frankfurt), donde se debía realizar la entrega del dinero. Cumpliendo con el plan previsto, fue el propio Gäfgen quien se encargó de recoger las bolsas que contenían la cantidad pactada, siendo en todo momento observado por la policía de Frankfurt, la cual por razones obvias no procedió a detenerlo. A continuación, y tras ingresar parte del dinero en un cajero automático para con ello cerciorarse de su autenticidad, Gäfgen se retiró a su domicilio para descansar. A la mañana siguiente, tras abandonar su lugar de residencia, el joven jurista se dirigió a recoger a su novia de dieciséis años, marchándose ambos al centro de Frankfurt a realizar algunas compras, entre las que se encontraba un flamante Mercedes Benz en un concesionario oficial. Mientras tanto, la policía irrumpió en el domicilio de Gäfgen con la esperanza de poder encontrar allí al pequeño Jakob. Sin embargo, todo lo que halló fueron restos del dinero del rescate, así como un croquis que indicaba los pasos a seguir en el secuestro del menor.

Sobre las 16.30 de ese mismo día 30 de septiembre, y en el momento en que Magnus Gäfgen señaló durante una conversación telefónica intervenida por la policía que estaba a punto de abandonar el país con destino a la isla de Fuerteventura, los agentes decidieron no esperar más e intervenir, deteniéndolo junto a su novia –la cual

desconocía por completo el plan urdido por su pareja– en el parking del aeropuerto de Frankfurt, y siendo Gäfgen conducido a la Jefatura Central de Policía de la misma ciudad.

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

En concreto, los acontecimientos vividos en la Jefatura Superior de Policía de la ciudad de Frankfurt transcurrieron de la siguiente manera:

A las 20.00 del mismo día 30 de septiembre, el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt, Wolfgang Daschner (en aquel momento el agente de más alto rango dentro de la Jefatura, al encontrarse el Presidente de vacaciones), fue informado por el Jefe de la comisión especial encargada del caso de que el detenido no ofrecía colaboración alguna, intentando por el contrario ganar tiempo. Sin ni siquiera haber visto directamente a Magnus Gäfgen, el alto mando policial dio la orden de aplicar «coacción física inmediata» (*unmittelbarer Zwang*, en la terminología policial alemana), contra el detenido. Se trata de una medida prevista en el Derecho policial vigente en el *Land* de Hessen, territorio al cual se encuentran adscritos los funcionarios de policía de Frankfurt a.M.

Sobre las 21.00, algunos agentes encargados del caso debatieron en ausencia de Daschner sobre su propósito. Teniendo en cuenta que el psicólogo policial consideraba que el infligir violencia física no conduciría a que Gäfgen indicara el paradero del niño, los policías reunidos decidieron preparar un plan de acción dividido en fases. Este plan preveía entre otras cosas la confrontación del detenido con la hermana de Jakob von Metzler –a la cual conocía– para de este modo conseguir influir emocionalmente en el detenido. Informado Daschner al respecto sobre las 22.30, éste dio su visto bueno al plan. Paralelamente se decidió informar a la opinión pública sobre el secuestro del menor de once años, con la esperanza de obtener datos que permitiesen avanzar en las

investigaciones. Lógicamente, esto condujo a aumentar si cabe aún más la presión sobre la policía de Frankfurt encargada del caso.

Sobre la 01.00 de la madrugada del día 1 de octubre, y tras un breve encuentro con su madre propiciado a instancias policiales, Gäfgen cambió súbitamente su declaración, afirmando ahora que unos conocidos mantenían retenido a Jakob en una cabaña situada en el Langener Waldsee, una zona boscosa localizada en las cercanías de Frankfurt. Aunque el psicólogo policial no dio credibilidad alguna a dicha declaración, afirmando por el contrario que se trataba de una nueva mentira del detenido, la comisión encargada del caso decidió enviar a un centenar de policías al lugar indicado por Gäfgen para que limpiasen la zona de forma exhaustiva en busca del pequeño Jakob. Al mismo tiempo, otra decena de agentes irrumpió en los domicilios de los dos supuestos cómplices, los cuales resultaron ser personas conocidas por Gäfgen, pero que en modo alguno tenían algo que ver con los hechos. Tiempo más tarde se interrumpió el interrogatorio del detenido, decidiendo continuar con el mismo a la mañana siguiente.

Cuando en la mañana del 1 de octubre de 2002 Daschner regresó a su lugar de trabajo, se informó en primer lugar de los acontecimientos ocurridos a lo largo de la noche en torno al sospechoso detenido. También él consideraba que Gäfgen estaba mintiendo continuamente, por lo que Daschner indicó al Jefe de la comisión encargada del caso que el pequeño Jakob podría encontrarse en una situación de grave peligro para su vida. Por ello debía localizarse a un agente dispuesto a amenazar al detenido, ya incluso a aplicarle violencia física para de este modo conseguir arrancarle a Gäfgen el lugar donde se encontraba la víctima. Todo ello debía llevarse a cabo en presencia de un médico de la policía, debiendo también ser grabada la escena con una videocámara. Incluso llegó a considerarse la opción de conseguir de forma inmediata un suero de la verdad.

Acto seguido, sobre las 7.00 de la mañana, y de nuevo en ausencia de Daschner, los agentes encargados del caso se volvieron a reunir. En el transcurso de dicha conversación, en la cual todos ellos mostraron nuevamente sus reservas jurídicas y morales con respecto a la decisión adoptada por su superior, se decidió aplazar aún más en el tiempo la decisión de Daschner y esperar el resultado de la confrontación de Gäfgen con la hermana de Jakob.

Sobre las 8.00, Daschner ordenó a varios de los integrantes de la comisión que se personasen en su despacho y le explicasen el motivo por el cual todavía no se había

cumplido con su orden. A pesar de las reservas manifestadas por los agentes, Daschner se reafirmó en su propósito, convencido de que el joven detenido conocía el paradero del pequeño Jakob.

En torno a las 8.20 se recibió en la Jefatura la noticia de que en la zona indicada por Gäfgen en su declaración realizada en la madrugada se había encontrado un saco de dormir perteneciente a un niño, así como algunos restos de sangre. Acto seguido, Daschner, convencido de que el menor se encontraba todavía vivo, aunque temiendo que su vida corriese serio peligro al haber transcurrido varios días sin haber recibido alimento alguno, dio la orden de amenazar al presunto autor del secuestro con infligirle daños de carácter físico si éste no señalaba con certeza el paradero de la víctima, encargándose el inspector Ortwin Ennigkeit de cumplir directamente con la orden emitida por su superior.

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

«Con la finalidad de salvar la vida del niño secuestrado he ordenado que al detenido G: –tras la previa amenaza; –bajo supervisión médica; –mediante la causación de dolor (sin heridas)–, se le debía de nuevo preguntar. La determinación del lugar donde se encuentra secuestrado el niño no permite dilación alguna; por ello, y siempre dentro del marco de la proporcionalidad, existe para la policía la obligación de adoptar todas aquellas medidas necesarias para salvar la vida del niño».<sup>47</sup>

A continuación, el agente encargado del interrogatorio, Ortwin Ennigkeit, ilustró al detenido acerca de lo serio de la situación en la que se encontraba, advirtiéndole que

---

<sup>47</sup> Extracto del informe redactado por el propio Daschner el día 1 de octubre de 2002. Según señaló en su momento el propio Tribunal de Frankfurt encargado de enjuiciar la conducta de Wolfgang Daschner, el día de autos incluso «se adoptaron los preparativos para ejecutar las amenazas dirigidas contra el detenido». Véase al respecto: STÜBINGER, Stephan (2007): «Zur Diskussion um die Folter», en: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT A.M. (Ed.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Frankfurt a.M.: Peter Lang, p. 281. De hecho, ese mismo día se encontraba disponible un profesor de lucha instructor de la policía, en posesión de una licencia de entrenamiento concedida por la Federación alemana de Deportes, el cual, llegado el caso, hubiese ocasionado a Gäfgen dolores mediante el estiramiento pronunciado de la muñeca. Además se había pensado en provocar una presión en determinadas zonas del lóbulo de la oreja. Véase al respecto también: «Innerhalb sehr kurzer Zeit hätte er nicht mehr geschwiegen». Entrevista realizada a Wolfgang Daschner, *Frankfurter Rundschau*, edición de 22 de febrero de 2003, p. 2. Dicha diligencia se filtró a los medios de comunicación germanos en febrero del año 2003, provocando una encendida discusión en círculos políticos, jurídicos, ya incluso en la propia opinión pública en general.

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

Daschner era consciente de que su mandato daría lugar a una investigación judicial. Sin embargo, al mismo tiempo estaba convencido de que en ese caso concreto se debía llevar a cabo una ponderación de bienes entre el derecho a la vida del niño de once años y el derecho del sujeto detenido a su integridad física.<sup>48</sup> En su opinión, la finalidad de dicha coerción física no era esclarecer un hecho delictivo, sino «única y exclusivamente» salvar la vida del pequeño Jakob. Teniendo en cuenta la premura de tiempo con el que contaba la policía –el pequeño Jakob había sido secuestrado el 27 de septiembre, encontrándose desatendido por lo menos desde el día 30 del mismo mes– se decidió acudir a la vía de la amenaza o incluso el uso de la fuerza como única alternativa posible que quedaba para conseguir extraerle al detenido la información que se pedía.<sup>49</sup>

Como cabía esperar, la Fiscalía elevó acusación formal contra Wolfgang Daschner y Ortwin Ennigkeit. El día 20 de diciembre del año 2004, la Audiencia Provincial de Frankfurt consideró a Ennigkeit responsable de un delito de coacciones, mientras que Daschner fue declarado culpable de la comisión de un delito de inducción a subordinado a la comisión de un delito de coacciones. Ambos agentes fueron condenados a una sanción de amonestación con reserva de pena, que en el caso de Ennigkeit se estableció en una sanción de 60 días-multa a razón de 60 euros diarios, mientras que Daschner recibió una pena de 90 días-multa a razón de una cuota diaria de

---

<sup>48</sup> VOIGT, Wilfried (2003): «Es gibt Dinge, die sehr wehtun», Entrevista realizada a Wolfgang Daschner por el semanario *Der Spiegel*, núm. 9, 24 de febrero, p. 24.

<sup>49</sup> Tras la muerte en el año 1997 de Matthias Hinze, un joven de 20 años hijo de un hostelero del *Land* de Brandenburgo, el cual días antes había sido secuestrado y escondido en un zulo, donde murió deshidratado, o el asesinato de la niña de 11 años Ursula Hermann en la localidad bávara de Eching, la cual, tras ser también secuestrada, fue enterrada viva en una caja de madera, Wolfgang Daschner temía un escenario parecido en el caso «Jakob von Metzler», por lo que su propósito era salvar a toda costa la vida del niño, aun cuando el precio a pagar por ello fueran los principios del Estado de Derecho.



120 euros.<sup>50</sup> En este sentido, la Audiencia Provincial de Frankfurt consideró que los métodos de interrogatorio empleados en el caso «Jakob von Metzler» no podían estar amparados por un estado de necesidad justificante ni por ninguna otra causa de justificación o exculpación, ya que los mismos atentaban contra la dignidad humana prevista en el Art. 1 GG, así como contra la prohibición absoluta de la tortura contenida en el Art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Con todo, el Tribunal consideró como circunstancia atenuante los «honorables motivos» y el sentido de la responsabilidad mostrados por ambos acusados, ya que su actuación se había dirigido única y exclusivamente a salvar la vida del pequeño secuestrado. Los magistrados también tuvieron en cuenta en su sentencia la enorme presión bajo la que se encontraban los agentes Daschner y Ennigkeit en el momento de tomar la decisión, sobre todo si se considera que el detenido mintió en repetidas ocasiones a la policía, llegando incluso a dar pistas falsas sobre el paradero del pequeño.<sup>51</sup>

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

Resulta indudable que el caso «Jakob von Metzler» supone desde luego el quebrantamiento de un tabú. Nunca antes en la historia de Alemania se había debatido

---

<sup>50</sup> Un análisis pormenorizado del proceso seguido en el año 2004 contra los agentes Daschner y Ennigkeit ante el *Landgericht* Frankfurt a.M. se lleva a cabo en el Capítulo IX del presente trabajo. Por su parte, en sentencia dictada el 28 de julio del año 2003 por el *Landgericht* Frankfurt a.M., Magnus Gäfgen fue declarado culpable de un delito de asesinato en concurso ideal con un delito de secuestro con resultado de muerte, así como de un delito de denuncia falsa en concurso ideal con dos delitos de detención ilegal. Por todo ello se le impuso una pena de cadena perpetua, dictaminándose en el pronunciamiento judicial la «especial gravedad de la culpabilidad» (§ 57a apartado 1 núm. 2 StGB), lo que impide una eventual puesta en libertad tras 15 años de condena. Hay que decir que el propio Gäfgen recurrió dicha sentencia al considerar, entre otras cosas, que las pruebas halladas como consecuencia de su declaración obtenida mediante la amenaza de torturas no deberían haber sido valoradas en el correspondiente juicio. Sin embargo, tanto la justicia alemana como incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminaron que el juicio contra Magnus Gäfgen había sido del todo punto imparcial, no dando por tanto lugar a las pretensiones aducidas por el sujeto condenado. Todas estas cuestiones de índole procesal son examinadas de forma exhaustiva en el Capítulo X del presente trabajo.

<sup>51</sup> En un comunicado emitido por el Sindicato de la Policía alemana (*Gewerkschaft der Polizei*, GdP) tras la sentencia condenatoria a los agentes Daschner y Ennigkeit, se señaló que el proceso penal dirigido contra ambos funcionarios policiales había mostrado de forma clara a la opinión pública las complejas decisiones a las que en casos extremos se pueden llegar a ver confrontados los agentes de policía. En opinión del mencionado sindicato policial, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Frankfurt en el caso «Jakob von Metzler» había logrado crear seguridad jurídica, reafirmando que aquellas personas que se encuentran bajo custodia policial no pueden ser en ningún caso objeto de amenazas o de violencia física.

de forma tan abierta y con la amplia participación tanto de la ciencia jurídica, la política y la opinión pública sobre la eventual admisibilidad de la tortura.<sup>52</sup> Es evidente que, también en Alemania, en ocasiones puntuales se superan los límites de lo legalmente permitido en el transcurso de un interrogatorio policial. Pero hasta octubre del año 2002, ningún funcionario policial germano había hecho constar por escrito la posible relevancia penal de su controvertido método de interrogatorio para que el mismo pudiese ser valorado por un Tribunal, como tampoco nunca hasta entonces se había justificado de manera tan vehemente la amenaza con utilizar la violencia física contra una persona detenida. Efectivamente, tanto el Vicepresidente de la policía de Frankfurt como otros sujetos pertenecientes a los ámbitos político, jurídico y policial consideraban –y siguen considerando– que el en Alemania denominado Derecho de la defensa frente a peligros (*Recht der Gefahrenabwehr*) permite en casos excepcionales interrogar al presunto autor de un delito mediante el uso de la violencia, cuando esa medida resulta fundamental para, por ejemplo, salvar la vida de un rehén.

«En esta situación», señaló Daschner en una entrevista, «existen dos posibilidades: cruzar los brazos es una de ellas, con la consecuencia de que casi ante los ojos de la policía se produce la muerte de un niño o bien éste sufre graves daños en su salud. (...) Esta posibilidad yo la catalogaría como un delito de omisión del deber de socorro, ya incluso como un delito de homicidio por omisión. El Estado ostenta el monopolio de la violencia y, por tanto, tiene la obligación de repeler cualquier acto injusto contra sus ciudadanos». Ahora bien, el propio Daschner quería al mismo tiempo dejar claro que «una medida así sólo se puede adoptar en un caso absolutamente excepcional, es decir, cuando no existe ninguna otra posibilidad de salvar vidas humanas o impedir graves menoscabos de la salud», con lo que el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt estaba invocando un eventual estado de necesidad suprallegal.<sup>53</sup>

Ahora bien, la alegada violación de la dignidad de la víctima por parte del Estado por el hecho de no torturar al sospechoso se basa en la hipótesis de que el delito original cometido por un agente autónomo –en el caso que aquí se analiza se trata del

---

<sup>52</sup> Algo parecido sucedió también en los Estados Unidos de América tras los sucesos del 11 de septiembre de 2001. Así, por ejemplo, el 8 de noviembre de ese mismo año, el profesor de la prestigiosa Universidad de Harvard, Alan M. DERSHOWITZ, se pronunció en un artículo publicado en *Los Angeles Times* a favor de admitir la tortura en los casos denominados «*ticking-time-bomb*». Véase al respecto: DERSHOWITZ, Alan M. (2001): «Is There a Torturous Road to Justice?», *Los Angeles Times*, edición de 8 de noviembre.

<sup>53</sup> Véase al respecto, en detalle: VOIGT, cit., p. 24. Véase también: WELDING, Steen Olaf (2003): «Die Folter als Maßnahme in Notfällen. Zur Rechtfertigung einer exekutiven Abwägungskultur», *Recht und Politik*, Vol. 39, p. 222.

secuestro de un chico de once años por parte de un estudiante de Derecho— puede imputarse al Estado sólo porque éste se niega a autorizar que sus oficiales torturen al sospechoso para salvar a *su* víctima. Según AMBOS, esta línea argumentativa resulta ciertamente incompatible con una teoría normativa de imputación que pone los actos de un agente autónomo en su centro y sólo separa el eslabón de imputación entre estos actos y el agente si otros agentes autónomos intervienen activa y voluntariamente en el curso ordinario de los acontecimientos.<sup>54</sup> Si bien puede sostenerse —aunque ciertamente con un concepto algo naturalista y mecánico de causalidad— que el secuestrador es responsable de su propia tortura ya que él es quien en primer lugar secuestró a la víctima y ahora se niega a cooperar, esta descripción va sin embargo demasiado lejos, ya que hace al Estado cómplice de la muerte de la víctima por no torturar al secuestrador. El secuestrador y el investigador estatal son agentes autónomos en la cadena de acontecimientos; este último no puede ser hecho responsable del resultado de un acto del primero por no haber usado una técnica de investigación que se encuentra prohibida por la ley internacional y nacional.

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

Lógicamente, a nadie escapa que el estudio de la temática relativa a la «tortura de rescate» asociada al caso «Jakob von Metzler» se presenta como un reto de carácter multidisciplinar, no reservado por tanto a un exclusivo análisis de naturaleza jurídica o criminológica. Más bien al contrario, dicha problemática ha sido abordada indistintamente por historiadores, sociólogos, politólogos e incluso en las últimas fechas también por la Filosofía y la Ética. Con todo, y antes de entrar en un análisis estrictamente científico de la problemática asociada al empleo de la «tortura de rescate» en situaciones como las acaecidas en Frankfurt en el año 2002, conviene hacer

---

<sup>54</sup> AMBOS, Kai (2009): *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona: Atelier, p. 48.

referencia a las reacciones que el caso «Jakob von Metzler» suscitó en su momento tanto en la opinión pública germana como en la doctrina científica.

# CAPÍTULO IV. REACCIONES AL CASO «JAKOB VON METZLER» EN LA OPINIÓN PÚBLICA Y EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA

## 1. Introducción

Teniendo en cuenta los acontecimientos acaecidos en relación al caso «Jakob von Metzler», no puede desde luego sorprender la polémica, seria e incluso emocional discusión que se desató en los medios germanos, en la propia sociedad e incluso en círculos políticos y científicos con ocasión del proceso penal iniciado para enjuiciar la conducta llevada a cabo por Wolfgang Daschner y Ortwin Ennigkeit. Desde entonces, la tortura ha vuelto a ser un tema objeto de debate. Así, una forma de proceder por parte de la policía, la cual se venía considerando como proscrita de una vez para siempre tras la traumática experiencia vivida en Alemania con ocasión de la dictadura nacionalsocialista, surgió de repente como una conducta ligada a la actividad policial, apareciendo incluso voces que defendían su admisión. La ciencia jurídica, los medios de comunicación, los políticos de todos los partidos, incluso miembros del Gobierno y ministros, asociaciones profesionales y la población alemana en general dieron su opinión sobre la causa penal abierta contra el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt, sin que en algunos casos se conociesen los detalles de los hechos. Algunas voces llegaron incluso a reclamar la regulación legal de los requisitos que debían cumplirse para utilizar la tortura en casos excepcionales. Y si bien dicha discusión debería haber concluido con la firmeza de la sentencia dictada el 20 de diciembre del año 2004 contra Daschner y Ennigkeit, lo cierto es que el 26 de septiembre de 2005 fue publicada en Alemania una declaración de Amnistía Internacional a la que se adherían personalidades importantes de la vida alemana y que llevaba por título «No a la tortura – sí al Estado de Derecho».<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL (2005): *Nein zur Folter. Ja zum Rechtsstaat. Für den Schutz des absoluten Folterverbotes*. El citado memorándum fue firmado por más de 180 destacados científicos, políticos y artistas y está considerado como la toma de posición política central contra cualquier intento de relativizar la prohibición de la tortura. Véase al respecto la nota núm. 19.

Opiniones controvertidas procedentes de algunos sectores políticos, así como comentarios de muy distinta naturaleza por parte de periodistas y expertos en Derecho pusieron en gran medida de manifiesto la incertidumbre que existía a la hora de juzgar la conducta llevada a cabo por los agentes Daschner y Ennigkeit. Todo parece indicar que en algunos casos ni siquiera existía un rudimento de sólidos conocimientos sobre la cuestión. Así, las valoraciones de la conducta del Vicepresidente de la Policía de Frankfurt iban desde aquéllas que exigían la imposición al agente de una pena privativa de libertad hasta las propuestas que solicitaban condecorar a Daschner con la Cruz del Mérito Federal.<sup>56</sup> Y es que tan pronto como se hizo pública la actuación de Daschner y uno de sus subordinados en la noche del 30 de septiembre al 1 de octubre del año 2002, se inició en Alemania un debate vigente hasta el día de hoy sobre la cuestión relativa a si puede resultar admisible amenazar o incluso aplicar la tortura contra un sospechoso durante un interrogatorio policial para con ello proteger bienes jurídicos de gran valor, como sin duda era la vida de un niño de once años en el caso «Jakob von Metzler».<sup>57</sup>

Como se verá a continuación, lo primero que salta a la vista es la profunda separación existente entre la «opinión general» y la mayoría de la ciencia jurídica; separación que parece extenderse a posiciones irreconciliables cuando se debaten cuestiones tan emocionalmente intensas como es el tratamiento legal de la tortura, sobre todo en aquellas constelaciones de casos de carácter grave y excepcional donde está en juego la vida de una víctima menor de edad.

---

<sup>56</sup> KINZIG, Jörg (2003): «Not kennt kein Gebot? Die strafrechtlichen Konsequenzen von Folterhandlungen an Tatverdächtigen durch Polizeibeamte mit präventiver Zielsetzung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 115, p. 791.

<sup>57</sup> Hay que decir que el caso «Jakob von Metzler» causó sensación más allá incluso de las fronteras del país germano. Así, el entonces Enviado especial de las Naciones Unidas sobre el tema de la tortura, Theo van Boven, exigió a Alemania en una carta redactada el 20 de septiembre de 2004 que se pronunciara sobre el supuesto maltrato policial infligido al imputado Magnus Gäfgen. Para el Enviado especial resultaba de capital importancia saber si –y en caso afirmativo, de qué naturaleza– se habían decretado medidas de carácter penal o disciplinario contra los funcionarios de policía presuntamente responsables de dichos actos de maltrato; y en caso contrario por qué no se habían impuesto dichas medidas. Con respecto a la mencionada carta hay que decir sin embargo que el 11 de febrero de 2004 ya se había formulado acusación formal contra Daschner y Ennigkeit por parte de la Audiencia Provincial de Frankfurt. Véase al respecto: ANDERS, Dieter (2007): «Aktuelles Forum – Die Diskussion zur rechtlichen Zulässigkeit staatlicher Folter in Ausnahmesituationen», en: GOERLICH, Helmut (Ed.), *Staatliche Folter. Heiligt der Zweck die Mittel?*, Paderborn: Mentis, pp. 17-18.

## 2. La opinión pública y los medios de comunicación

El caso «Jakob von Metzler» causó una gran sensación en los medios de comunicación germanos.<sup>58</sup> El punto central del debate no estaba sin embargo en la falta de escrúpulos mostrada por el autor del secuestro y posterior muerte del pequeño Jakob y por su insolencia a la hora de indicar a la policía pistas falsas del paradero del menor, ya incluso inculpar a personas inocentes, sino en el hecho de que la policía había amenazado al detenido con utilizar la violencia física para con ello localizar con vida a la víctima. Por ello, en los medios alemanes se tendió en general a utilizar el término «tortura» o por lo menos la «amenaza de tortura». El interés mediático no hizo sino acrecentarse cuando altos representantes de la justicia y la policía, así como algunos políticos y juristas se posicionaron a favor de la actuación del Vicepresidente de la Policía de Frankfurt. Sin ir más lejos, el entonces Presidente de la Asociación Profesional de la Magistratura, Geert Mackenroth, mostró su apoyo incondicional a la actuación de la policía de Frankfurt en el caso «Jakob von Metzler», si bien posteriormente tuvo que matizar sus palabras ante la avalancha de críticas recibidas.<sup>59</sup>

Haciendo en primer lugar referencia a la opinión pública germana, hay que señalar que las tomas de posición tuvieron en la mayoría de los casos un marcado carácter emocional. Si bien podían encontrarse algunas voces críticas con la conducta del Vicepresidente de la Policía de Frankfurt, lo cierto es que la inmensa mayoría de la ciudadanía se mostró partidaria de la actuación de Daschner. Si se echa además un vistazo a algunas de las discusiones mantenidas en el seno de la opinión pública, se observa cómo la forma sobria y escrupulosa de plantear el problema y su solución por parte de los juristas no encontró en modo alguno comprensión en los legos en Derecho. Por el contrario, en la opinión general podían vislumbrarse mayoritariamente posiciones radicales, emocionales y, en algunos casos, altamente polémicas. Incluso los ejemplos que se ponían encima de la mesa eran de por sí significativos: el niño inocente que se encuentra amenazado por un criminal sin escrúpulos, el cual se coloca voluntariamente en los márgenes del Derecho y que, por lo tanto, no puede ni debe ser jurídicamente protegido. En este caso, a aquél que al abordar el problema decidía partir de postulados

---

<sup>58</sup> En relación a los artículos aparecidos en la prensa alemana véanse las fuentes citadas en: FAHL, Christian (2004): «Angewandte Rechtsphilosophie – “Darf der Staat foltern?”», *Juristische Rundschau*, núm. 5, p. 183, nota núm. 10.

<sup>59</sup> Véase: *Frankfurter Rundschau*, edición de 22 de febrero de 2003, p. 2.

estrictamente jurídicos se le pedía que analizase la cuestión desde el prisma del padre de un niño que se encuentra en esa situación, para que con ello relacionase el «problema jurídico» con la decisión que, como ser humano, habría de tomar en esa situación de emergencia.<sup>60</sup>

Teniendo en cuenta la compasión con la víctima y, unido a ello, la incertidumbre sobre si Jakob von Metzler continuaba o no con vida, el grueso de la ciudadanía germana consideraba no sólo comprensible desde un punto de vista moral, sino también necesario y legítimo utilizar la amenaza de la violencia física contra el sospechoso del secuestro para con ello conseguir la información necesaria que condujera al lugar donde se encontraba el pequeño de once años. Con absoluta perplejidad e incompreensión reaccionó la sociedad alemana al saber que el secuestrador –y, como después se confirmaría con el hallazgo del cadáver, también asesino– del pequeño Jakob debía ser «tocado con guantes de terciopelo», mientras que el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt, el cual amenazó con usar la tortura con la única intención de salvar la vida del pequeño, debía acarrear con las consecuencias penales derivadas de la imputación contra su persona de un delito de obtención de una declaración mediante la fuerza o un delito de coacciones.

En el contexto descrito, si ya muchas editoriales publicadas en relación al caso «Jakob von Metzler» ponían en duda que la conducta del agente fuera merecedora de sanción penal,<sup>61</sup> esa impresión no hizo sino acrecentarse si se tienen en cuenta las cartas enviadas por no pocos ciudadanos a la prensa escrita. Estas «cartas al director» tienen desde luego su importancia ya que, junto con las encuestas de opinión, constituyen la única posibilidad de palpar el modo y manera en la que la problemática en torno a la conducta de Daschner fue percibida y enjuiciada por la opinión pública alemana. En esas cartas se resalta «la voz del pueblo», reflejándose al mismo tiempo las reflexiones

---

<sup>60</sup> Cfr. SCHILD, Wolfgang (2005): «Folter(androhung) als Straftat», en: GEHL, Günter (Ed.), *Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht? Ein internationaler Vergleich*, Weimar: Bertuch, p. 59.

<sup>61</sup> Sirva de ejemplo la editorial publicada en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* el día 21 de diciembre de 2004, es decir, un día después de dictarse sentencia condenatoria contra los agentes Daschner y Ennigkeit: «Ahora el asunto se zanja con la imposición de una pena relativamente suave, la cual califica el hecho cometido por Daschner como ilegal, pero sin pretender dañarle más desde un punto de vista moral o profesional. No obstante, ni toda la percible satisfacción puede apagar una sensación de descontento. Y es que, si bien es cierto que Daschner no actuó conforme a la ley, algo que sin duda debe ser exigible a un agente de la autoridad y con más motivo aún con respecto a un alto cargo policial, resulta ciertamente difícil considerar su conducta como inmoral. Él intentó salvar una vida. En esa situación no era precisamente Daschner el poderoso, sino Gäfgen. Tal y como se supo posteriormente, el niño ya no se encontraba con vida porque Gäfgen lo había asesinado el mismo día del secuestro».



y las opiniones de los ciudadanos. Pues bien, prácticamente la totalidad de los autores de esas cartas mostraron su apoyo a la conducta llevada a cabo por Daschner. Ninguno de ellos deseaba una sentencia condenatoria, sino que, por el contrario, consideraban que una absolución del Vicepresidente de la Policía de Frankfurt constituía la única decisión correcta.<sup>62</sup>

En segundo lugar resulta de especial interés hacer referencia a las encuestas demoscópicas que en los años 2003 y 2004 fueron llevadas a cabo en Alemania para sondear la opinión de la ciudadanía con respecto a los acontecimientos ocurridos en Frankfurt en relación al caso «Jakob von Metzler». Así, según una encuesta realizada por la empresa Forsa en el año 2003, un 63 por 100 de los encuestados respondió con un «no» a la pregunta de si el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt debía ser condenado, mientras que únicamente un 32 por 100 contestó con un «sí». Por su parte, apenas un 5 por 100 se abstuvo de dar una respuesta («no sé»)<sup>63</sup>.

Un año más tarde, una encuesta realizada a nivel estatal a instancias de un canal de televisión germano, y que se llevó a cabo en los días previos a que la Audiencia Provincial de Frankfurt dictara sentencia condenatoria contra los funcionarios de policía, dio como resultado que un 68 por 100 de los ciudadanos encuestados era partidario de absolver a los agentes Daschner y Ennigkeit.<sup>64</sup>

Dentro de las encuestas de opinión llevadas a cabo para sondear el estado de la cuestión en la opinión pública alemana en torno al caso «Jakob von Metzler», hay que destacar los resultados de una encuesta que con regularidad lleva a cabo el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad de Gießen entre los estudiantes que comienzan sus

---

<sup>62</sup> Para ilustrar el estado de opinión del grueso de la ciudadanía alemana en aquellas fechas, a continuación se va a reproducir una carta enviada al prestigioso semanario *Der Spiegel* por parte de un lector: «¿Qué derecho debe valorarse más? ¿El derecho de un asesino de niños sin escrúpulos o más bien el derecho de un niño, cuya muerte en este caso ya no podía ser evitada? Si este debate se lleva a cabo, entonces considero que aquí algo no va bien. Como padre de dos niños esta pregunta no puede plantearse de ningún modo. Para mí resulta cualquier medio adecuado cuando con ello se puede conseguir salvar la vida de un niño. El derecho del delincuente a su integridad corporal no puede ser en este caso objeto de debate. Todo ello constituye para mí un triste ejemplo de que, en nuestro país, el derecho de un delincuente se valora más que el de una víctima. Debería darles vergüenza a aquellos que ponen a un funcionario de policía al mismo nivel que un asesino». Véase: *Der Spiegel*, núm. 11 (10 de marzo de 2003), pp. 8-12.

<sup>63</sup> Véase al respecto: HECKER, cit., p. 210, nota número 2, así como el número 10 del año 2003 del semanario *Stern*.

<sup>64</sup> Cfr. KREUZER, Arthur (2005): «Zur Not ein bißchen Folter? Diskussion um Ausnahmen vom absoluten Folterverbot anlässlich polizeilicher “Rettungsfolter”», en: NITSCHKE, Peter (Ed.), *Rettungsfolter in modernem Rechtsstaat? Eine Verortung*, Bochum: Kamp, pp. 46-47.

estudios de Derecho. Así, en noviembre de 2004 se llevó a cabo dicha encuesta de carácter anónimo, debiendo los estudiantes manifestar en una de las preguntas su opinión con respecto a la prohibición de la tortura en el contexto de los sucesos ocurridos en Frankfurt en el año 2002. Pues bien, únicamente un tercio de los encuestados se mostró partidario de mantener una prohibición absoluta de la tortura. Menos de una quinta parte estaría dispuesto a permitir excepciones a esa prohibición, pero únicamente en situaciones como las de un inminente ataque terrorista. Por último, una cuarta parte de los estudiantes encuestados justificó la actuación de Wolfgang Daschner.<sup>65</sup>

Una encuesta semejante, la cual hay que inscribir en un ambicioso proyecto de investigación criminológica llevado a cabo en los últimos años por el Prof. Franz STRENG en la Universidad de Erlangen-Nürnberg (Alemania), tenía entre otros como objetivo sondear la opinión de estudiantes Derecho sobre el controvertido instituto de la «tortura de rescate». Para ello, el mencionado autor elaboró un cuestionario que contenía una pregunta la cual debía ser contestada de forma anónima por el alumnado que entre los años 2003 a 2010 inició sus estudios jurídicos en la mencionada universidad germana.<sup>66</sup> El tenor literal de la preguntaba rezaba de la siguiente manera: «Recientemente, un alto oficial de policía ha amenazado con torturar a un secuestrador, para con ello intentar salvar la vida de la persona secuestrada (caso “Jakob von Metzler”). ¿Debería el ordenamiento jurídico alemán permitir una actuación como la descrita, pudiéndose llegar incluso a utilizar materialmente la tortura mediante supervisión médica? ¿O considera en cambio que dichas conductas son contrarias a su concepción del Derecho?». A continuación, las opciones de respuesta que contemplaba dicha pregunta eran las siguientes: (1) La tortura debería permitirse cuando la misma puede salvar la vida de una persona; (2) La tortura debería únicamente permitirse para la defensa frente a peligros extremos para la comunidad, por ejemplo en los casos de amenaza de una organización terrorista con utilizar armas de destrucción masiva; (3) La tortura no debería permitirse en ningún caso; (4) Todavía no me he formado una opinión al respecto.

---

<sup>65</sup> KREUZER (2005), cit., p. 47.

<sup>66</sup> Véase: STRENG, Franz (2014): *Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel. Kriminalitäts- und berufsbezogene Einstellungen junger Juristen*, Heidelberg: Kriminalistik, pp. 64 y ss. Para un análisis más detallado de este estudio véase: CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2015a): «Recensión a Franz Streng, *Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel. Kriminalitäts- und berufsbezogene Einstellungen junger Juristen*, Heidelberg, Kriminalistik, 2014, (159 páginas)», *InDret* núm. 3 (ExLibris), pp. 11-15.

Pues bien, los resultados de la encuesta desarrollada en los años 2003, 2005, 2007 y 2010 fueron los siguientes: Del total de alumnos que participaron en el cuestionario (N. 1077), una prohibición absoluta de la tortura fue defendida únicamente por un 41.9 por 100 de sujetos (451), mientras que un 51.3 por 100 (553) se mostraron partidarios de permitir la tortura o su amenaza en supuestos excepcionales. En este sentido, un total de 238 alumnos (22.1 por 100), se decantaron por la opción núm. 1, mientras que 315 (un 29.2 por 100), optaron por la opción núm. 2. Por su parte, un total de 73 alumnos (6.8 por 100) manifestaron no tener una opinión al respecto.

Hay que decir que una encuesta de similares características a la llevada a cabo en las Universidades de Gießen y Erlangen-Nürnberg se viene realizando desde hace tres años por el autor de este trabajo en la Universidad de Granada. Así, a comienzos de los cursos 2012/2013, 2013/2014 y 2014/2015 se distribuyó entre el alumnado que comenzó sus estudios en el Grado en Criminología un cuestionario en el cual se debía contestar de forma anónima a una serie de preguntas relacionadas no sólo con la (eventual) comisión de determinadas conductas desviadas y delictivas (lo que en Criminología se conoce como «delincuencia autorrevelada»), sino también con respecto a determinados temas actuales relacionados con la delincuencia y la Política criminal. Pues bien, una de las preguntas formuladas en el cuestionario giraba en torno a la eventual legitimación de la tortura o su amenaza en un caso (ficticio) de similares características a los hechos sucedidos en Frankfurt a.M. en el año 2002. En concreto, y tras exponer el supuesto de hecho, las cuatro opciones de respuesta eran las siguientes: 1. Nunca, en ningún caso se debe aplicar la tortura; 2. Debería permitirse excepcionalmente para los casos en los que está en juego la vida de uno o varios/muchos seres humanos; 3. Por supuesto que debería permitirse ante criminales como el del ejemplo; 4. Todavía no me he formado una opinión.<sup>67</sup>

Pues bien, tal y como se puede observar en el Gráfico núm. 1 que se reproduce *infra*, los resultados de dicha encuesta entre los alumnos de Primer curso de

---

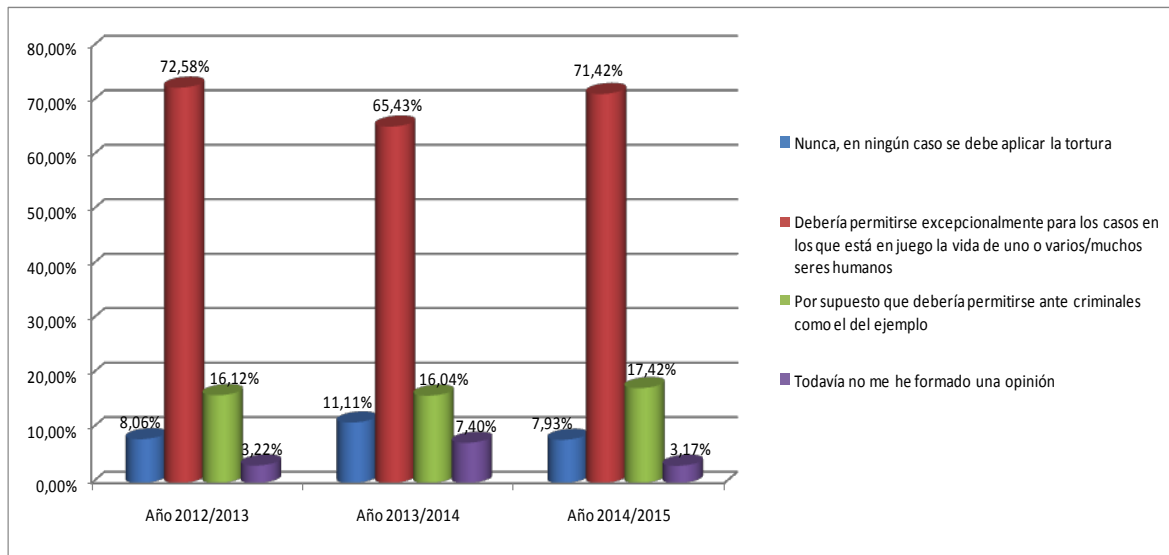
<sup>67</sup> Aunque las respuestas 2 y 3 implican aceptar la aplicación de la tortura o su amenaza, en el primer caso, su uso sólo se considera eventualmente admisible en supuestos absolutamente excepcionales, en los que, por ejemplo, la conducta previa de un sujeto detenido por la policía pone en peligro la vida de una, varias o muchas personas. En el segundo caso (respuesta 3), la tortura se considera admisible no sólo en supuestos excepcionales, sino, en general, en todo el ámbito relativo a la criminalidad grave circunscrita a los delitos contra la vida. Dicha diferencia entre las respuestas 2 y 3 se ilustró a los alumnos antes de contestar el cuestionario.

Criminología que comenzaron sus estudios en la Universidad de Granada durante el año académico 2012/2013 (N. 62) no dejan de ser esclarecedores: un 88.70 por 100 de las personas que respondieron al cuestionario se posicionaron a favor de legitimar la tortura (o su amenaza), ya fuera en casos excepcionales, ya fuera como medida a aplicar en supuestos de especial gravedad. En concreto, 45 personas (un 72.58 por 100), se inclinaron por la respuesta número 2, mientras que 10 (un 16.12 por 100) acudieron a la opción número 3. En el polo opuesto, apenas cinco personas (8.06 por 100) mostraron su absoluto rechazo a la utilización de la tortura, mientras que únicamente dos de ellas (3.22 por 100) no tenían todavía formada una opinión al respecto.

Un año más tarde, es decir, en el Curso 2013/2014, los resultados de dicha encuesta entre nuevamente estudiantes de Primer Curso del Grado en Criminología (N. 81) son similares a los producidos en el año anterior: un 81.48 por 100 se mostraron a favor de utilizar la tortura o su amenaza, inclinándose 53 personas (65.43 por 100) por la opción número 2, mientras que 13 (16.04 por 100), decidieron optar por la respuesta número 3. En el polo opuesto, únicamente 9 personas (un 11.11 por 100) mostraron su rechazo absoluto a la utilización de la tortura o su amenaza, mientras que seis (7.40 por 100) no se habían formado todavía una opinión.

Lo mismo cabe decir con respecto a los resultados obtenidos durante el Curso 2014/2015 entre los nuevos estudiantes matriculados en el Grado en Criminología (N. 63). Así, del total de los alumnos que contestaron a la controvertida pregunta, un 88.88 consideraron legítimo la utilización de la tortura o su amenaza, inclinándose 45 personas (71.42 por 100) por la opción número 2, mientras que apenas 11 (17.46 por 100), decidieron optar por la respuesta número 3. Por el contrario, fueron únicamente 5 las personas que mostraron su rechazo a la utilización de este controvertido instituto (7.93 por 100), indicando finalmente dos alumnos (3.17 por 100) sus dudas con respecto a mostrarse a favor o en contra de aceptar la tortura o su amenaza.

Gráfico 1. Resultados de la encuesta entre el alumnado de Primer Curso del Grado en Criminología  
(Cursos 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015)

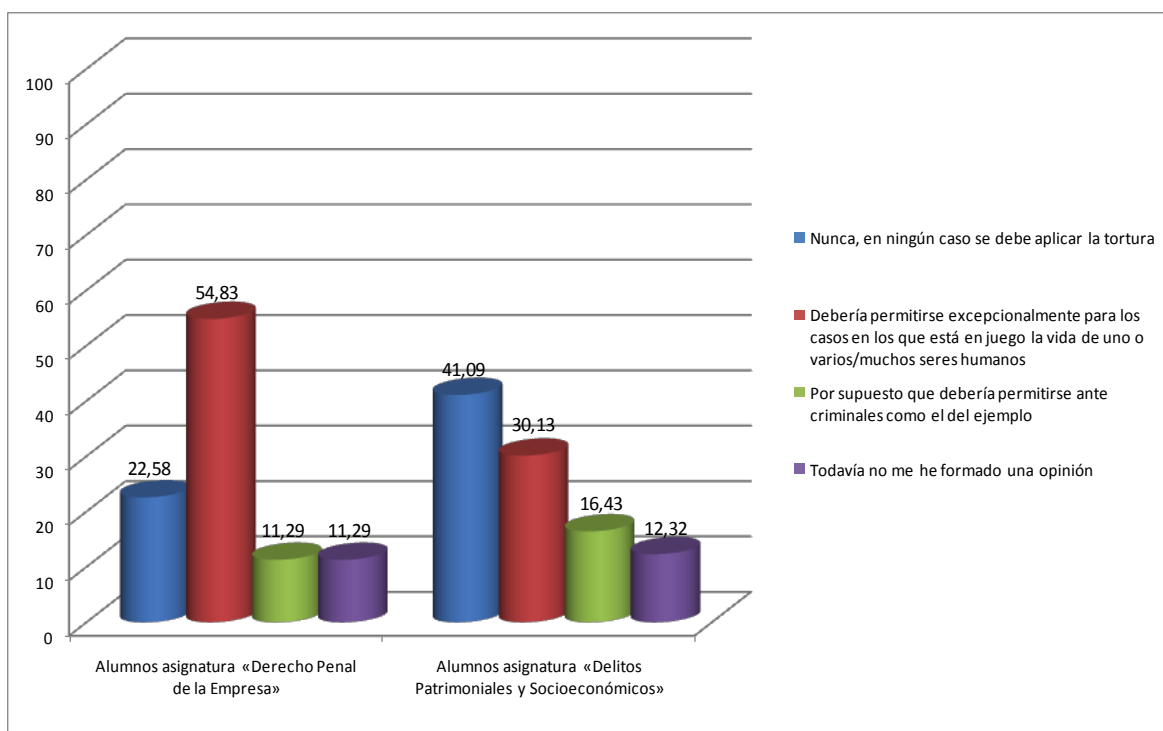


Para no focalizar dicha encuesta en estudiantes de primer año y con respecto a un único Grado, el mencionado cuestionario se repartió también entre alumnos de cursos superiores dentro del Grado en Derecho. Así, durante el Curso 2012/2013, estudiantes de las asignaturas «Derecho Penal de la Empresa» y «Delitos Patrimoniales y Socioeconómicos» contestaron el cuestionario y, dentro del mismo, la controvertida pregunta en torno a la eventual legitimación de la tortura o su amenaza en casos excepcionales o en supuestos de especial gravedad. Los resultados de la mencionada encuesta, los cuales se reproducen gráficamente en el Gráfico núm. 2, fueron los siguientes: con respecto a la primera de ambas asignaturas, y del total de alumnos que respondieron al cuestionario (N. 62), un 66.12 por 100 se mostraron partidarios de utilizar la tortura o su amenaza en casos excepcionales. De ellos, un total de 34 (54.83 por 100) se inclinaron por la respuesta número 2 (= «Debería permitirse para los casos en los que está en juego la vida de uno o varios/muchos seres humanos») mientras que siete (11.29 por 100) acudieron a la tercera alternativa (= «Por supuesto que debería permitirse ante criminales como el del ejemplo»). En el polo opuesto, 14 personas (un 22.58 por 100) mostraron su radical oposición al empleo de la tortura o su amenaza, mientras que únicamente siete (11.29 por 100), afirmaron no tener todavía una opinión formada en torno a dicha problemática.

En relación a la segunda asignatura («Delitos Patrimoniales y Socioeconómicos») los resultados de la encuesta fueron los siguientes: del total de 73

alumnos encuestados, un 46.57 por 100 (34 alumnos) se mostraron partidarios de aplicar la tortura o su amenaza en el ejemplo expuesto en la pregunta formulada. De ellos, 22 (30.13 por 100) se inclinaron por la respuesta número 2, mientras que 12 (16.43 por 100) decidieron optar por la número 3. En sentido contrario, nada menos que 30 alumnos (un 41.09 por 100) mostraron su absoluto y radical rechazo al empleo de medidas de tortura incluso en casos excepcionales, mientras que apenas nueve (un 12.32 por 100) todavía no se habían formado una opinión al respecto.

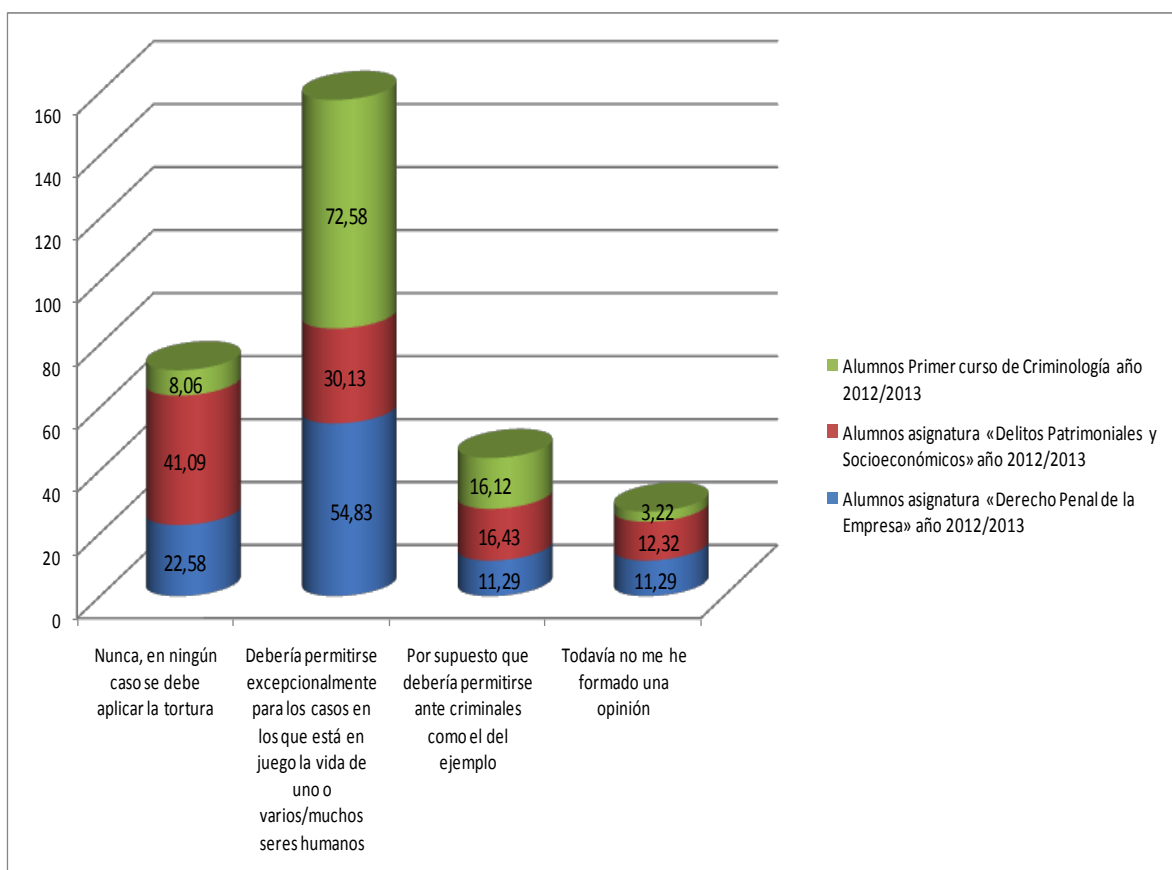
Gráfico 2. Resultados de la encuesta entre el alumnado del Grado en Derecho (asignaturas «Derecho Penal de la Empresa» y «Delitos Patrimoniales y Socioeconómicos». Curso 2012-2013)



Como puede deducirse de los datos expuestos en los párrafos anteriores, el porcentaje de estudiantes partidarios del empleo de la tortura en situaciones excepcionales o ante supuestos de especial gravedad baja considerablemente cuando la encuesta se realiza entre estudiantes del Grado en Derecho y en edades/cursos más avanzados. Efectivamente, tal y como se puede comprobar en el Gráfico núm. 3, mientras que en el caso de los estudiantes de Criminología, el porcentaje de los partidarios de utilizar la tortura en casos excepcionales o frente a la delincuencia grave supera el 80 por 100 en los tres cursos encuestados, en cambio, dichos porcentajes bajan

de forma considerable entre los estudiantes del Grado en Derecho, alcanzando apenas un 46.57 por 100 entre los estudiantes de la asignatura «Delitos Patrimoniales y Socioeconómicos». Evidentemente, una de las razones de mayor peso que podrían explicar dicha discrepancia observable entre el alumnado universitario es que los estudiantes de Derecho matriculados en asignaturas optativas presentan un bagaje de conocimientos jurídicos bastante más vasto que sus colegas que comienzan sus estudios en Criminología, lo que hace que los primeros estén familiarizados con cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales o las causas de justificación en Derecho penal.

Gráfico 3. Comparativa de los resultados de la encuesta entre el alumnado del Grado en Criminología y del Grado en Derecho (Curso 2012-2013)



Con todo, los datos reproducidos en relación a la encuesta realizada en la Universidad de Granada ponen de manifiesto que, también en España y con respecto a la temática tratada en el siguiente trabajo, no existe ni de lejos un consenso total y

absoluto en torno a un rechazo radical y sin excepciones de medidas encuadrables dentro de la tortura, y ello aun en los casos verdaderamente extraordinarios donde una, varias o muchas personas se encuentran en una situación de peligro inminente como consecuencia de una acción llevada a cabo por un sujeto que se encuentra en dependencias policiales.

### 3. La doctrina científica

También entre aquellos que reflexionaron sobre el caso «Jakob von Metzler» desde una perspectiva tanto jurídica como filosófica había partidarios –ciertamente una minoría– y detractores de la amenaza y/o aplicación de la denominada «tortura de rescate».<sup>68</sup> Aunque la problemática de la tortura y su amenaza contextualizada en el caso «Jakob von Metzler» será objeto de un exhaustivo análisis filosófico-jurídico en los siguientes capítulos, conviene ahora si cabe esbozar las distintas posiciones teóricas en torno a su eventual admisión o rechazo.

Así, los partidarios de la actuación de Wolfgang Daschner reprocharon a sus oponentes falta de proporcionalidad: Estos últimos pasaban por alto que criminales como Gäfgen, el cual *motu proprio* se había trasladado a una situación ilícita, no merecían protección alguna.<sup>69</sup> Además, los partidarios de la actuación de Daschner considera(ba)n que la escasa disposición de un sujeto sospechoso a colaborar con la policía no podía llevar al Estado a una situación en la cual tuviera impedida la protección de sus ciudadanos. En este caso no se trata ni mucho menos de introducir la tortura como una medida rutinaria de investigación, sino más bien de poner en manos del Estado una última arma para combatir el crimen, la cual debería aplicarse únicamente en casos excepcionales y cuando se hubiesen agotado la totalidad de los

---

<sup>68</sup> Véase por ejemplo: ANDERS, cit., p. 28; JÄGER, Christian (2008): «Das Verbot der Folter als Ausdruck der Würde des Staates», en: PUTZKE, Holm, et al. (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen: Mohr Siebeck, p. 540, con importante bibliografía complementaria; KREUZER (2005), cit., pp. 46-47, nota núm. 15.

<sup>69</sup> Véase al respecto, por todos: BRUGGER, Winfried (2003): «Das andere Auge: Folter als zweitschlechteste Lösung», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, edición de 10 de marzo, p. 8: «Muchos toman en consideración de forma incrédula esa situación jurídica y dicen: Aquí se pone patas arriba a la justicia al recompensar el derecho de sanguinarios secuestradores y extorsionadores, dejando en cambio sufrir a la víctima».



otros medios disponibles, para con ello garantizar el bienestar de la ciudadanía. En consecuencia, este sector doctrinal venía a señalar que la tortura y su amenaza estarían justificadas en casos excepcionales, a saber, cuando se trata por ejemplo de salvar vidas humanas, ya que la dignidad del autor de la infracción habría en estos casos que ponderarse con la dignidad de la/s víctima/s, de modo que en esta concreta constelación deberían primar siempre los intereses de protección de la/s víctima/s.<sup>70</sup>

En el polo opuesto, las voces críticas con la conducta del Vicepresidente de la Policía de Frankfurt señalaban que la utilización de la tortura significaba entre otras cosas un regreso a la Edad Media.<sup>71</sup> Además consideraban que, con su actuación, Daschner había puesto en serio peligro el procedimiento penal contra Gäfgen. Los detractores más enérgicos de Daschner no sólo veían en su conducta –consistente como se sabe en amenazar a un detenido con la tortura– un atentado inexcusable contra el ordenamiento jurídico, el cual se vio afectado en sus principios más fundamentales. Al mismo tiempo, el caso «Jakob von Metzler» confirmaba de forma evidente que el Estado de Derecho liberal se encuentra precisamente definido por una serie de límites a los cuales se debe aquél atener en su actuación, para con ello no poner en peligro las libertades públicas de los ciudadanos. Una situación tan extrema como la vivida en Frankfurt en el año 2002 mostraba con toda su dureza que las libertades públicas tienen un precio que debe pagarse. En caso contrario se abriría un campo de actuación fecundo para un Estado policial autoritario, el cual únicamente se atendería al marco legal vigente

---

<sup>70</sup> BRUGGER (2000), cit., pp. 165 y ss.; ERB, Volker (2005a): «Nothilfe durch Folter», *JURA*, núm. 1, pp. 24 y ss.; EL MISMO (2005b): «Notwehr als Menschenrecht – Zugleich eine Kritik der Entscheidung des LG Frankfurt am Main im “Fall Daschner”», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, núm. 11, pp. 593 y ss.; GÖTZ, Heinrich (2005): «Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 14, pp. 953 y ss.; JEROUSCHEK, Günter (2005): «Gefahrenabwehrungsfolter – Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimer Zwangseinsatz?», *Juristische Schulung*, núm. 4, pp. 296 y ss.; JEROUSCHECK, Günter/KÖLBEL, Ralf (2003): «Folter von Staats wegen?», *Juristenzeitung*, núm. 12, pp. 613 y ss. De la misma opinión –aunque limitada en parte a casos excepcionales–: GÖSSEL, Karl Heinz (2007): «Enthält das deutsche Recht ausnahmslos geltende, “absolute” Folterverbote?», en: DANNECKER, Gerhard, et al. (eds.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Berlin: Carl Heymanns Verlag, pp. 60 y ss.; WAGENLÄNDER, Georg (2006): *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter*, Berlin: Duncker&Humblot, pp. 199-200; WITTECK, Fabian (2003): «Menschenwürde und Folterverbot – Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG», *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 21, pp. 873 y ss. Por su parte, HERZBERG no considera justificable la tortura propiamente dicha, pero sí en todo caso su amenaza cuando con ello se pretenden preservar vidas humanas. HERZBERG, Rolf Dietrich (2005): «Folter und Menschenwürde», *Juristenzeitung*, núm. 7, pp. 325 y ss.

<sup>71</sup> En este sentido, por ejemplo: HECKER, cit., p. 216: «En vista del nivel de los actuales estándares profesionales en lo relativo a las técnicas de toma de declaración e interrogatorio por parte de la policía, la utilización de la tortura significa un recurso a medios que estaban vigentes en la Edad Media». En parecidos términos: ROXIN (2005), cit., p. 468, el cual habla de «un retorno a la barbarie».

siempre y cuando no se encontrase en una situación incómoda. En consecuencia, para este sector doctrinal –mayoritario– debía excluirse de forma categórica la justificación siquiera puntual de la tortura, ya que su utilización no sólo atenta contra normas internacionales dirigidas a proteger a las personas frente a la tortura, sino que también lesiona el derecho fundamental de respeto a la dignidad humana contenido en el Art. 1 apartado 1 GG, al cual se hace acreedor incluso el más sanguinario de los criminales.<sup>72</sup>

Con todo, los defensores de la conducta llevada a cabo por Wolfgang Daschner y Ortwin Ennigkeit en modo alguno representan ya una pequeña minoría. Es más, desde hace unas fechas reclaman para sí el ser los portavoces de una mayoría silenciosa dentro de la población en general, viéndose incluso en la ofensiva desde un punto de vista intelectual y moral. Efectivamente, si hasta hace pocos años los partidarios de relativizar la prohibición de la tortura en Alemania había que considerarlos como «provocadores aislados» que defendían sin lugar a dudas una posición minoritaria, en las últimas fechas sus puntos de vista en torno a la tortura se han convertido por lo menos en «discutibles».<sup>73</sup> Reclamando para sí una posición defendida por la mayoría de la población, esa argumentación ha llegado incluso a tener cabida en el Comentario de la Constitución alemana más influyente en el país germano, como así lo demuestra el controvertido análisis del Art. 1 GG llevado a cabo en el año 2003 por Matthias HERDEGEN, dentro de la obra publicada por Theodor MAUNZ y Günther DÜRIG, y al cual se hará referencia expresa en el Capítulo VI.<sup>74</sup> En su análisis del Art. 1 GG, HERDEGEN

---

<sup>72</sup> De esta opinión: ELLBOGEN, Klaus (2005): «Zur Unzulässigkeit von Folter (auch) im präventiven Bereich – Zugleich Besprechung des Urteils des Landegerichts Frankfurt am Main vom 20.12.2004», *JURA*, núm. 5, pp. 342 y ss.; HECKER, cit., pp. 210 y ss.; HILGENDORF, Eric (2004): «Folter im Rechtsstaat?», *Juristenzeitung*, núm. 7, pp. 331 y ss.; JAHN, cit., pp. 24 y ss.; JEBBERGER, Florian: (2003): «Wenn Du nicht redest, füge ich Dir große Schmerzen zu», *JURA*, pp. 713 y ss.; KINZIG (2003), cit., pp. 791 y ss.; KRETSCHMER, Bernhard (2003): «Folter in Deutschland: Rückkehr einer Ungeheuerlichkeit?», *Recht und Politik*, pp. 102 y ss.; LÜDERSSEN, Klaus (2004): «Die Folter bleibt tabu – Kein Paradigmawechsel ist geboten», en: ROGALL, Klaus, *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied: Luchterhand, pp. 691 y ss.; MERTEN, Jan O. (2003): «Folterverbot und Grundrechtsdogmatik – Zugleich ein Beitrag zur aktuellen Diskussion um die Menschenwürde», *Juristische Rundschau*, núm. 10, pp. 404 y ss.; NOROUZI, Ali B. (2005): «Folter in Nothilfe – geboten?!», *Juristische Arbeitsblätter*, núm. 4, pp. 306 y ss.; POSCHER, Ralf (2004): «“Die Würde des Menschen ist unantastbar”», *Juristenzeitung*, núms. 15-16, pp. 756 y ss.; ROXIN (2005), cit., pp. 461 y ss.; SALIGER, cit., pp. 35 y ss.; SCHILD (2005), cit., pp. 59 y ss.; WELSCH, Harald (2003): «Die Wiederkehr der Folter als das letzte Verteidigungsmittel des Rechtsstaats?», *Bayerische Verwaltungsblätter*, núm. 16, pp. 481 y ss.

<sup>73</sup> BIELEFELDT, Heiner (2006a): «Die Absolutheit des Folterverbots. Über die Unabwägbarkeit der Menschenwürde», en: BEESTERMÖLLER, Gerhard/BRUNKHORST, Hauke (eds.), *Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielicht?*, München: C.H. Beck, p. 110.

<sup>74</sup> HERDEGEN, Matthias (2003): «Art. 1 Abs. 1», en: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günther, *Grundgesetz. Loseblatt Kommentar*, 42. Ergänzungslieferung, München: Verlag C.H. Beck, marginal núm. 45. La

llega a afirmar que «[E]n casos particulares debe ser posible que el amenazar con o el infligir un daño corporal, el superar de cualquier otro modo el control intencionado de la situación o bien la investigación de procesos involuntarios no pueden considerarse que lesionan el derecho a que se respete la dignidad humana cuando la finalidad de todo ello es salvar vidas humanas».<sup>75</sup>

Con todo, a nivel particular se presentan propuestas de muy variado signo, de modo que, hasta la fecha, sólo en casos excepcionales aparecen voces que reclaman una regulación legal expresa de una serie de competencias estatales para aplicar métodos de tortura con el objetivo de conseguir informaciones que permitan salvar la vida de seres humanos.

#### 4. Conclusiones

A partir de la visión esbozada en los epígrafes anteriores, puede decirse que el debate público en torno a una eventual relativización de la vigencia de la prohibición absoluta de la tortura y, en relación a ello, la existencia de una nueva orientación percible en la doctrina científica germana, son acontecimientos que constituyen una especie de sismógrafo que da lugar a que se tambalee el ordenamiento jurídico desde el momento en que una determinada «actuación en situaciones extraordinarias» permite acudir a lo que hasta hace poco resultaba impensable.

Al contrario que la mayoría de la población, la cual –como se ha podido observar– mostró su pleno respaldo a la actuación de los agentes de policía teniendo sobre todo presente la vida del menor secuestrado, la doctrina penal y procesal alemanas, los filósofos, así como gran parte de la clase política criticaron de forma

---

instantánea esbozada en la que se encontraba el Derecho constitucional alemán en el año 2003 debe ser completada mediante una segunda instantánea procedente, esta vez, del Derecho penal. Así, en la misma editorial en la que aparece publicado el Comentario de MAUNZ/DÜRIG a la Constitución alemana, surgió prácticamente al mismo tiempo un nuevo comentario de las causas de justificación previstas en el Código Penal alemán. Efectivamente, en el prestigioso *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* del año 2003 podía encontrarse la opinión según la cual el maltrato al (presunto) autor de un secuestro era susceptible de interpretarse como una causa de justificación, en concreto en la vertiente del auxilio necesario. Esto podía aplicarse incluso en aquellos casos en los que el autor de la conducta (justificada) era un funcionario de policía, ya que éste había de considerarse como «un ciudadano ataviado con un uniforme». Véase al respecto: ERB, Volker (2003): «§ 34 StGB», en: VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd (Red.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Vol. I, München: Verlag C.H. Beck, marginal núm. 175.

<sup>75</sup> HERDEGEN, cit., marginal núm. 45.

vehemente los métodos utilizados por Daschner, al considerarlos incompatibles con el ordenamiento jurídico alemán. Ciertamente podía vislumbrarse una cierta comprensión con el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt, valorando en su favor la situación límite en la que se encontró durante el interrogatorio de Magnus Gäfgen. Con todo, ello tenía como única consecuencia la aceptación de la conducta de Daschner desde un punto de vista moral, permaneciendo no obstante su ilegalidad desde una vertiente estrictamente jurídica, por lo que Daschner –aun de forma atenuada– debía responder ante los Tribunales.

En consecuencia, la disparidad de opiniones a las que se acaba de hacer referencia en los párrafos anteriores permite afirmar la imposibilidad de llegar a un acuerdo en lo relativo a la admisión de la amenaza de torturas por parte de la policía, incluso en aquellas constelaciones ubicables dentro de la categoría de la «tortura de rescate». Por ello, el objetivo del siguiente Capítulo es analizar el concepto de «tortura» desde la vertiente del Derecho internacional para, a continuación, tratar de abordar la cuestión relativa a si la mencionada «tortura de rescate» constituye o no una modalidad de tortura a partir de la definición internacional de dicho concepto.

## CAPÍTULO V. DEFINICIÓN DE LA «TORTURA» EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL

### 1. Introducción. Concepto histórico-jurídico de la tortura y su posterior evolución

Antes de analizar la prohibición y, llegado el caso, punición, o bien, por el contrario, la eventual legitimidad de la tortura o su amenaza en el contexto del interrogatorio policial, es necesario definir y, sobre todo, delimitar el propio concepto de «tortura». Ello se debe a que, según consideran no pocos autores en Alemania, esta acepción es utilizada en la discusión de una forma un tanto imprecisa o inflacionista, lo que da pie a que, actualmente, la tortura muestre una «inquietante indeterminación».<sup>76</sup>

El término «tortura» se suele emplear de forma muy diversa en el lenguaje cotidiano. Generalmente, uno entiende por «tortura» cualquier tipo de tormento infligido a un ser humano. Según el Diccionario de la Real Academia Española, el concepto de «tortura» designa un «grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o como medio de castigo».<sup>77</sup> El concepto de la tortura ha tenido desde siempre un amplio ámbito de utilización en el lenguaje coloquial. Los medios de comunicación lo emplean para llamar la atención, así como para estigmatizar determinados acontecimientos con la mácula de una especial crueldad e inmoralidad. Acontecimientos en los cuales siempre se encuentran implicadas determinadas instancias estatales, y muy especialmente funcionarios adscritos al ámbito policial.

Hay que decir que la ampliación del significado del concepto de tortura es un fenómeno relativamente reciente. Desde una perspectiva histórico-jurídica, dicho vocablo estaba plenamente delimitado. Así, en el contexto germano se entendía por tortura el denominado «interrogatorio de castigo» (*peinliche Frage*),<sup>78</sup> mediante el cual

---

<sup>76</sup> De esta opinión, entre otros: HILGENDORF, cit., p. 331.

<sup>77</sup> Por su parte, la enciclopedia alemana Brockhaus define el término «tortura» en los siguientes términos: «Aplicación de males de carácter corporal para obligar a la emisión de confesiones».

<sup>78</sup> La palabra alemana «*peinlich*» procede del concepto en latín «*poena*».

se le debía arrancar al imputado una confesión a través de la causación de dolor. Por lo tanto, la característica fundamental de la tortura desde una perspectiva histórico-jurídica era la causación de dolor físico a una persona con la intención de lograr quebrantar su voluntad para con ello conseguir, bien una confesión, bien determinada información.

La Edad Media y las monarquías absolutas institucionalizaron en Europa la tortura como instrumento de investigación para obtener la confesión de los sospechosos de haber cometido delitos. El procedimiento penal europeo, dependiente de las confesiones forzadas, conoció la práctica de la tortura hasta el siglo XVIII, con la proliferación de Códigos y Tratados que la regulaban y reafirmaban. La tortura judicial era una pieza más dentro del engranaje del terror punitivo, mientras que la coacción y la intimidación de los ciudadanos suponían una herramienta para el mantenimiento del orden establecido. Tal y como de forma atinada advierte TOMÁS Y VALIENTE, la tortura es eficaz, no tanto como instrumento para acceder a la verdad, porque puede dar lugar a auto-acusaciones o delaciones falsas, sino sobre todo como mecanismo intimidatorio.<sup>79</sup>

En el procedimiento penal de tipo inquisitivo, secreto, con clara desigualdad entre las partes (acusador y acusado), cuando no existían pruebas suficientes para condenar al acusado, casi siempre había por lo menos indicios suficientes para justificar la aplicación de la tortura contra él. En estos casos de pruebas incompletas, la tortura tenía como finalidad «descubrir la verdad», entendiéndose que esa «verdad» quedaba revelada cuando el reo atormentado confesaba su culpabilidad, pero no en cambio si afirmaba insistentemente su inocencia durante el tormento. Una característica fundamental que definía a la tortura tradicional es la presencia en todos los casos de dos partes enfrentadas: el Estado, representado por los órganos judiciales, y la persona a la que se le imputaba una determinada conducta delictiva.

A la vista de lo explicado, no puede sorprender que los ilustrados tuvieran como uno de sus principales lemas la abolición de las penas crueles, inhumanas o degradantes, por chocar frontalmente con la idea de que los derechos del hombre están por encima de cualquier poder constituido. En el caso de España, la tortura fue abolida por la Constitución de las Cortes de Cádiz de 1812 (art. 303) y la Real Cédula de 25 de julio de 1814 de Fernando VII.<sup>80</sup> En Alemania, fue Federico II el Grande, tercer rey de

---

<sup>79</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1973): *La tortura en España*, Barcelona: Ariel, p. 254.

<sup>80</sup> Tal y como señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, no hay duda de que hay que destacar muy positivamente el esfuerzo de los iluministas por abolir de la faz de la tierra los malos tratos y las torturas de manos de los funcionarios del Estado. La identificación en el siglo XVIII de la tortura con toda una visión del mundo rechazada por las fuerzas políticas y sociales emergentes fue el mejor caldo de cultivo de la proscripción

Prusia, quien tras su coronación en el año 1740 emitió un decreto de abolición de la tortura, si bien no de forma absoluta.

A partir del siglo XVIII comienza por tanto el declive histórico de la tortura que culminará con su efectiva abolición legal por parte de todas las Constituciones y Códigos Penales europeos. Ello lleva lógicamente a preguntarse acerca de las razones que permitieron la desaparición, e incluso la condena, de una institución que se había configurado durante siglos como uno de los pilares básicos del proceso penal. La preocupación, en los términos actuales, por el problema de la tortura surge en el seno de todo el espíritu multidimensional del siglo XVIII, sin que sea posible asignarle un origen filosófico concreto.

Su sustrato y fundamento racional ha de encontrarse en el largo recorrido histórico que comienza con el individualismo para culminar con la recepción de los ideales ilustrados en el Derecho positivo. En efecto, las ideas sobre la dignidad y la moral humana aportadas por la Ilustración se tradujeron en una reiterada repulsa moral respecto de las prácticas legales que pudieran ir en contra de estos nuevos valores humanos, pero nada o muy poco habría contribuido el pensamiento ilustrado a la abolición de la tortura si ello no hubiese ido acompañado del inicio de una reforma radical de dos instituciones jurídicas de peso: la reforma del sistema de sanciones y las importantes modificaciones llevadas a cabo en el ámbito de la prueba.<sup>81</sup> En este sentido, la aparición en el proceso penal de la denominada condena bajo sospecha (*Verdachtsstrafe*), vino a permitir el castigo del delito sin la necesidad de una confesión previa.

De lo anterior se puede deducir por tanto que la reforma jurídica, junto con la nueva doctrina sobre la separación de los poderes legislativo y judicial, así como también la nueva concepción de las relaciones individuo-Estado, constituyen las

---

de la tortura. Véase: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2007): «El tipo penal de la tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional», en: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca: Aquilafuente. Ediciones Universidad de Salamanca, p. 878.

<sup>81</sup> Particularmente significativa resulta en este sentido la obra de Cesare BONESANA, Marqués de BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, publicada en el año 1764; obra de gran difusión en la época. En dicho libro, BECCARIA critica fervientemente la irracionalidad, la arbitrariedad y la crueldad de las leyes penales y procesales del siglo XVIII, muchas de ellas residuo anacrónico de preceptos históricos obsoletos. La obra de BECCARIA contiene asimismo una severa crítica a la desigualdad del ciudadano ante la Ley, a la pena de muerte y la confiscación, al empleo del tormento, etc., pudiéndose encontrar en la misma valiosas reflexiones sobre temas relacionados con el proceso penal, como la detención preventiva, el sistema de pruebas, el jurado, la publicidad de los juicios, etc.

premisas que vienen a derrumbar los soportes técnicos y legales de la tortura, haciéndola vulnerable a unas críticas frente a las cuales, en otro momento histórico, habría permanecido inmune.<sup>82</sup>

Con la paulatina supresión de la tortura en el siglo XVIII, dicho concepto fue perdiendo cada vez más sus contornos jurídicos a la hora de su utilización cotidiana, adquiriendo por el contrario una connotación de carácter moral y emocional. Con todo, en el lenguaje estrictamente jurídico, la concepción histórica de la tortura en el sentido de la extorsión de confesiones o informaciones mediante el uso de la violencia continuó predominando hasta bien entrado el siglo XX.

Sólo a partir del nacimiento de una definición de la tortura en el ámbito del Derecho internacional, la concepción estrictamente jurídica fue perdiendo su significación histórica para pasar a convertirse en una definición concebida en términos bastante más amplios.<sup>83</sup>

El siglo XX, heredero teórico de las ideas ilustradas, no sólo mantuvo una postura abolicionista con respecto a la tortura, sino que fue incluso más lejos que los siglos precedentes al condenar, sin excepciones, cualquier acto que pudiera suponer una pervivencia de esta institución. No obstante, y a pesar de tan loables propósitos, es posible afirmar que, desgraciadamente, la tortura siguió constituyendo durante el siglo pasado una práctica utilizada o al menos tolerada por no pocos países. Algo que se ha mantenido en el actual siglo XXI.

Efectivamente, cuando en el siglo XX una serie de Estados empezaron a desconocer el papel protector de la ley y entró en crisis la concepción de la soberanía popular transmutada por la soberanía de una parte del pueblo, reverdeció la práctica de la tortura. Los Estados autoritarios y fascistas, las dos guerras mundiales, los conflictos

---

<sup>82</sup> RODRÍGUEZ MESA, María José (2000): *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada: Comares, p. 18.

<sup>83</sup> Véase al respecto: WEILERT, Anja Katarina (2009): *Grundlagen und Grenzen des Folterverbotes in verschiedenen Rechtskreisen*, Berlin, Heidelberg, New York: Springer, pp. 9-10. En este sentido, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*, BGH) señala de forma expresa lo siguiente: «Actualmente, la tortura ya no establece de forma obligatoria –como así lo hacía el limitado concepto histórico-jurídico– que la finalidad del maltrato sea conseguir informaciones o lograr por la fuerza una confesión» (BGHSt 46, 292, 303). Desde la perspectiva jurídico-penal germana, la intención de lograr una confesión resulta únicamente significativa en lo relativo a la eventual imputación de un delito de obtención de una declaración mediante la fuerza [§ 343 del Código Penal alemán, (*Strafgesetzbuch StGB*)]. Por el contrario, esa intención ya no resulta necesaria para la cualificación de una conducta como tortura.



internos sucedidos en la época de la guerra fría, dejaron a los ciudadanos inermes frente al poder del Estado. La tortura en el siglo XX reapareció con más fuerza que nunca, bajo las ideologías que supeditaban los derechos humanos a un bien público ideal y abstracto («la sana conciencia del pueblo alemán»), cuyo fin justificaba cualquier restricción de libertades.

Tras la Segunda Guerra Mundial se produjo un resurgimiento de los derechos humanos con la Carta de las Naciones Unidas de 1948, donde podía percibirse un consenso internacional por anteponer los derechos del hombre frente a los intereses públicos. Pero, en la práctica, la lucha ideológica entre comunistas y capitalistas propia de los años 1960 y 1970 dio lugar en varias partes del mundo a un desconocimiento de los derechos humanos y a un redescubrimiento de la práctica de la tortura como método de coacción estatal. Especialmente destacables son los casos del cono sur latinoamericano, en Argentina, Chile, Uruguay y Brasil. Con respecto a Europa, no faltaron voces que justificaron la tortura para supuestos excepcionales en las guerras de descolonización.<sup>84</sup>

A partir de lo expuesto en los párrafos precedentes podría afirmarse que el resurgimiento de la tortura en el siglo XX no puede considerarse como una simple restauración de una tradición de naturaleza eminentemente jurídico-procesal, sino que, aun conservando en determinados contextos su naturaleza de medio para intimidar, castigar u obtener una confesión judicial, se trata más bien de un fenómeno nuevo, con características propias y específicas. La tortura no resurge en el siglo XX como institución legal, sino más bien como un instrumento de poder utilizado por los gobiernos en su lucha «extralegal» contra un determinado tipo de delincuencia. Así, reaparece en los regímenes fascistas de Italia y España; en el Nacionalsocialismo alemán; en la Segunda Guerra Mundial contra los prisioneros de guerra y los espías; por parte de los países democráticos en el movimiento descolonizador; en las dictaduras

---

<sup>84</sup> En este sentido resultan paradigmáticas las palabras de un general francés responsable de las operaciones en la guerra de Argelia durante la década de 1950, y que fueron reproducidas por el diario *El País*, edición de 12 de mayo de 2001: «No se puede vencer al enemigo sin recurrir a la tortura y a las ejecuciones sumarias. Les cuento lo que yo he vivido: hay un atentado en el que mueren mujeres y niños, y nosotros detenemos al que ha puesto la bomba. ¿Le torturamos y le matamos por venganza? ¡No, por Dios! Lo hacemos para obtener información, para remontar la cadena que nos permita descubrir a la organización. La acción terrorista implica a mucha gente: una bomba la pone un hombre, pero otros la han transportado, han señalado los objetivos, la han fabricado... Llegamos a identificar a 19 terroristas que habían participado en un solo atentado. ¿Qué hay que hacer con el detenido? ¿Nada? ¡Entonces, los otros 18 seguirán poniendo bombas y matando a inocentes!».

sudamericanas y africanas; y en numerosos gobiernos democráticos en aplicación de su legislación de excepción ante la nueva amenaza terrorista, cuantitativa y cualitativamente distinta a la procedente del terrorismo tradicional.<sup>85</sup>

Como una primera aproximación conceptual puede definirse la tortura en general como «la causación consciente de un mal de consideración por parte de un sujeto o entidad pública con el objetivo de romper la voluntad o intimidar a una persona». Con el concepto de tortura únicamente pueden describirse aquellos sucesos en los que se infligen daños a la víctima con la finalidad de dañar en sí o bien con el objetivo de obtener una declaración. Lo decisivo también en la tortura es que lo más profundo del ser humano (ya sean sus miedos, ya sean sus pensamientos, ya sean también sus conocimientos) son sacados al exterior. O dicho de otra manera: La naturaleza de la tortura –ya sea ésta de carácter físico o psíquico– consiste en que la misma debe romper el espíritu del ser humano.<sup>86</sup>

Según su función pueden diferenciarse a grandes rasgos cinco formas de tortura, las cuales son susceptibles de ser denominadas de la siguiente manera: (1) tortura de castigo; (2) tortura inquisitiva; (3) tortura intimidatoria; (4) tortura preventiva; (5) tortura de rescate o bien tortura en legítima defensa.

Para cada una de ellas pueden señalarse algunos ejemplos. Así, la tortura de castigo hace referencia a los casos de ejecuciones llevadas a cabo de forma especialmente cruel o los supuestos de aplicación de violencia física por parte de un agente policial contra una persona que ha sido detenida por la comisión de un delito, real o presuntamente. Un clásico ejemplo de torturas para la obtención de pruebas en un proceso penal (la denominada tortura inquisitiva) lo constituyen los procesos contra la brujería y, ligado a ellos, la aplicación de las disposiciones de la «Carolina», del año 1532, que permitían la tortura. Actualmente podría hacerse referencia a lo que también se conoce como «tortura indagatoria», es decir, la utilización de la violencia estatal o su amenaza contra un determinado sujeto con el objetivo de obtener información o confesión de un hecho cometido, o que se sospeche su comisión. En tercer lugar, la tortura intimidatoria hace referencia a la amenaza con o a la aplicación de violencia física o psíquica por parte de instancias estatales para amedrentar a una serie de

---

<sup>85</sup> De la misma opinión: RODRÍGUEZ MESA, cit., pp. 20-21.

<sup>86</sup> En parecidos términos: MERTEN, cit, p. 405, con bibliografía complementaria.

individuos que son considerados como una amenaza al poder estatal constituido. En cuarto lugar, cuando se habla de «tortura preventiva» en un sentido general no se está haciendo referencia precisamente al caso «Jakob von Metzler», sino que con ella se denomina, por ejemplo, a las lamentables prácticas llevadas a cabo por el ejército norteamericano en prisiones como Abu Ghraib o Guantánamo, o al programa secreto de detenciones e interrogatorios por parte de la CIA: la tortura aplicada con el objetivo de extraer información de individuos más o menos sospechosos, para con ello tener acceso a datos que permitan mejorar la lucha contra la amenaza terrorista, proceda ésta de donde proceda. Finalmente, para la «tortura de rescate» sí que puede acudir de forma ejemplar al caso «Jakob von Metzler»: la amenaza o la aplicación de la violencia por parte del Estado contra el (presunto) autor de un delito para con ello salvar a la/s víctima/s del mismo.

En opinión de MERKEL, la tortura de castigo, la inquisitiva y la de carácter preventivo son absolutamente ilegítimas. Para ninguna de ellas puede pensarse en situaciones en las que, llegado el caso, podría discutirse una eventual justificación. Lo mismo cabría decir con respecto a la tortura intimidatoria. Sin embargo, algo distinto sucede con la tortura de rescate o tortura en legítima defensa. Esta última se diferencia de las otras cuatro formas no sólo en su función objetiva ni en la nitidez *moral* de los motivos de rescate que eventualmente pueden concurrir en una determinada situación. Lo relevante en este caso son los fundamentos normativos inherentes a este tipo de tortura, lo cual le concede una categoría cuanto menos *especial* con respecto a las otras.<sup>87</sup>

Hay que decir que las principales diferencias de la tortura actual con respecto a la forma tradicional no sólo se centran en la finalidad perseguida con la violencia física o psíquica por parte de instancias estatales, sino también en las técnicas empleadas. Cuando actualmente se habla de las «técnicas de tortura» se está haciendo referencia fundamentalmente a los métodos más idóneos para conseguir el máximo sufrimiento del ser humano con la menor evidencia forense posible. Por ello no es de extrañar que el mayor conocimiento actual acerca de los mecanismos físicos y psíquicos del dolor y el

---

<sup>87</sup> MERKEL, Reinhard (2007): «Folter und Notwehr», en: PAWLIK, Michael/ZACZYK, Rainer (eds), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Berlin: Carl Heymanns Verlag, pp. 381-382.

miedo haya encontrado su reflejo en una sofisticación de las técnicas empleadas para lograr el dolor físico y moral al que en última instancia se reduce la tortura.

Desde los atentados del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, la discusión en círculos políticos y jurídicos a nivel internacional gira en torno a la cuestión relativa a si la aplicación de determinados métodos encuadrables dentro de la denominada «tortura preventiva» quedarían situados extramuros de la prohibición absoluta de la tortura. En este sentido, el Estado de Israel desarrolló durante su época de ocupación de los territorios palestinos el concepto de «*Pression physique modérée*», contra el cual, según señalaban los juristas de los Servicios Secretos y del aparato militar hebreo, no se podía hacer valer la prohibición de la tortura. En su opinión, esa violencia resultaba útil para extraer a las víctimas una información valiosa. Y debido a que la misma resultaba útil, debía también estar justificada. Por su parte, los EE.UU. hablan de «*coercion*», «técnicas de generación de estrés», o bien, últimamente, de «métodos de interrogatorio reforzado». Quienes defienden la aplicación de estas prácticas señalan que tanto la «*coercion*» como la «*Pression physique modérée*» han traído consigo éxitos en la investigación y reconstrucción de entramados terroristas dentro de las propias organizaciones. Existen por lo menos tres casos que demuestran que esa forma de actuación tan enérgica permitió acceder a informaciones de carácter valiosísimo. Así, por ejemplo, en el caso del miembro de Al Qaeda, Khalid Cheikh Mohammed, se demostró que un «tratamiento» como el descrito permitió a los agentes norteamericanos conseguir una pista que les dirigió directamente a la persona de José Padilla, un importante reclutador yihadista que actuaba en los EE.UU. Con todo, no cabe duda de que, por muy perentoria que sea la necesidad de obtener una determinada información, la dignidad tanto de la persona que interroga como la del sujeto interrogado debe mantenerse intacta en cualquier caso. Además, esta modalidad de tortura se encuentra ciertamente en las antípodas de la «tortura de rescate», ya que en el primer caso la violencia estatal se aplica contra personas que en algunos casos ni tan siquiera han cometido una (presunta) conducta delictiva, considerándose sin embargo que son portadoras de información, la cual, llegado el caso, puede resultar relevante para la lucha contra el crimen.

Cuando el Senado de los EE.UU. ratificó la Convención contra la Tortura en el año 1994, la cuestión central fue mantener una significativa distinción entre un

«interrogatorio coercitivo legal» y la «tortura». En este sentido, el Senado norteamericano ratificó la Convención bien entendido que la palabra «tortura» debía reservarse para aquel «sufrimiento severo físico o mental» que produjera «lesiones mentales prolongadas». Una vez comenzada la guerra contra el terror se diseccionaron aún más minuciosamente los términos de la Convención. En los conocidos Memorandos presentados por la Oficina de Asesoría Legal a la Casa Blanca en el año 2002, las definiciones se forzaron hasta el punto de que el umbral de tortura «debe ser equivalente en intensidad al dolor que acompaña a lesiones físicas graves, como fallo orgánico, deterioro de las funciones corporales o incluso muerte». Cualquier maltrato físico por debajo de estos criterios quedaba clasificado como «interrogatorio coercitivo», siendo por tanto una conducta eventualmente permitida.

En opinión de IGNATIEFF, existe por consiguiente una distinción conceptual y práctica entre tortura e interrogatorio coercitivo.<sup>88</sup> A partir de estas consideraciones, Richard POSNER, jurisconsulto y juez federal, justifica el interrogatorio coercitivo por motivos utilitaristas: salvar la vida de muchos es más importante, en términos morales, que maltratar el cuerpo o la dignidad de un solo individuo.<sup>89</sup>

## **2. La tortura en el ámbito del Derecho internacional**

### **2.1. Introducción: Convenios**

Si existe una materia sobre la que se pronuncian una ingente cantidad de preceptos internacionales, ésa es la tortura. En el ámbito del Derecho internacional, la tortura se viene considerando desde mediados del siglo XX como una violación de los derechos humanos. Y es que la constatación de que la práctica de la tortura sigue siendo en los siglos XX y XXI una realidad en no pocos países ha dado lugar a que su prohibición sea una constante en la mayoría de los instrumentos internacionales surgidos tras la Segunda Guerra Mundial. Dicha prohibición ocupa un lugar relevante en los más importantes textos sobre derechos humanos.

---

<sup>88</sup> Véase: IGNATIEFF, Michael (2006): «Si la tortura funciona», *Claves de razón práctica*, núm. 162, pp. 4-5.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 5.

A nivel internacional existen una serie de convenciones de ámbito regional o mundial, declaraciones, resoluciones, informes, recomendaciones de la Asamblea General y de otros órganos de las Naciones Unidas, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, del Parlamento Europeo, de organizaciones no gubernamentales como Amnistía Internacional, etc. Muchos de los convenios aprobados en las últimas décadas en relación a la materia objeto de estudio en el presente trabajo han sido transformados por los Estados alemán y español en Derecho interno. A continuación se va a hacer referencia a los más importantes.

Desde un punto de vista internacional, la prohibición de la tortura se estableció por primera vez en el Art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (DUDH en lo sucesivo), cuyo tenor literal reza de la siguiente manera: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes». La propia Declaración no permite limitación alguna de esa prohibición. Hay que decir sin embargo que dicho texto internacional tiene la naturaleza de una resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, es decir, no se trata de un Convenio internacional, por lo que en principio no tiene carácter vinculante para los Estados.

Posteriormente, el 4 de noviembre de 1950, el Consejo de Europa aprobó el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH en lo sucesivo). En su Art. 3 se establece la prohibición de la tortura en los siguientes términos: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

Digno de mención es también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 (PIDCyP en lo sucesivo), cuyo Art. 7 tiene en puridad un contenido idéntico al Art. 5 de la DUDH.<sup>90</sup> Mediante dicho Pacto se creó una regulación vinculante con un radio de acción más allá del continente europeo.

---

<sup>90</sup> En puridad, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos transformó la Declaración Universal de Derechos Humanos en un Convenio vinculante. Hay que decir que el Art. 4 apartado 1 PIDCyP permite que en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Parte puedan adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud del mencionado Pacto. No obstante, el apartado 2 del propio Art. 4 excluye expresamente a la tortura de lo establecido en el apartado 1.

No obstante, ninguno de los textos mencionados en los párrafos anteriores proporciona un concepto de lo que haya de entenderse por tortura ni establece los criterios necesarios para proceder a su diferenciación con las penas y tratos inhumanos o degradantes, propiciando con esta falta de precisión consecuencias no deseables en orden a la seguridad jurídica que ha de proporcionar el Derecho. De este modo, y si bien se había ya introducido la prohibición de la tortura en el período inmediatamente subsiguiente a la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, no fue hasta el año 1984 cuando la comunidad internacional llegó a un acuerdo para establecer una definición de la tortura. Ello fue posible mediante la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, aprobado por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 (CAT, en lo sucesivo, por sus siglas en inglés).<sup>91</sup> Su Art. 1 contiene una trascendental definición de la tortura, la cual va a ser objeto de un análisis exhaustivo en los epígrafes siguientes.<sup>92</sup>

Por lo demás, objeto de la CAT no es sólo definir la tortura y los malos tratos, sino también establecer un conjunto de obligaciones de los Estados y medidas de aplicación dirigidas a su prevención y persecución. De este modo, los Estados se obligan a la adopción de medidas eficaces para la prevención de la tortura y para la persecución penal de los torturadores, mediante la investigación pronta e imparcial de los posibles supuestos de tortura, así como de su castigo con penas graves a través de las legislaciones internas (Art. 2 apartado 1 CAT). Se prohíbe, además, la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas bajo tortura (salvo, lógicamente, para perseguir penalmente al torturador).

En lo que se refiere al marco europeo resulta necesario señalar que el 26 de noviembre de 1987 se aprobó por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el

---

<sup>91</sup> Ratificada por Alemania en el año 1990 (BGBl. 1990 II, p. 247). Se trata por tanto de un Convenio que vincula a las autoridades germanas e impone al Estado alemán una serie de obligaciones dirigidas a adoptar aquellas medidas legales, administrativas, judiciales o de otra índole con el objetivo de impedir actos de tortura en todo el territorio que esté bajo su jurisdicción (Art. 2 apartado 1 CAT). Además, según se establece en el Art. 4 apartado 1 CAT «[T]odo Estado Parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal». Hay que decir que España ratificó la CAT el 21 de octubre de 1987 (BOE de 9 de noviembre de 1987).

<sup>92</sup> En puridad hay que señalar que fue la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 9 de diciembre de 1975, la que en su Art. 1 definió por primera vez la tortura, ofreciendo un criterio de delimitación de ésta con respecto a los demás malos tratos. A partir de esta Declaración, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 10 de diciembre de 1984 la CAT; instrumento legislativo donde se perfiló aún más el concepto de tortura en su Art. 1.

Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CEPT).<sup>93</sup>

Finalmente hay que hacer mención del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI), aprobado el 17 de julio del año 1998 y que entró en vigor el 11 de abril de 2002. Como se sabe, dicho Estatuto regula la persecución judicial de los delitos contra el Derecho internacional. Pues bien, en su Art. 7 apartado 1 señala que la tortura –junto con otras conductas tales como el exterminio o la esclavitud– constituye un «crimen de lesa humanidad», cuando la misma se cometa «como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque». Además, el apartado 2 letra e) del mencionado Art. 7 ECPI, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 1 apartado 1 frase 1 CAT, contiene una «nueva definición» de tortura, según la cual se concibe ésta como una acción dirigida a «causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control». Sin embargo, el propio precepto señala que «no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas».

Puede observarse, por tanto, que las normas internacionales prohibitivas de la tortura y otras penas o tratos inhumanos o degradantes otorgan protección a un derecho derivado directamente de la dignidad humana y, como tal, no siendo aquéllas susceptibles de derogación o restricción alguna. En virtud del desarrollo producido en los últimos años en el ámbito del Derecho internacional, se considera que la prohibición de la tortura no sólo ha alcanzado el rango de una norma de Derecho internacional consuetudinario, vinculando por tanto también a aquellos Estados que no han ratificado ninguno de los Convenios mencionados anteriormente, sino que, al mismo tiempo, adopta el estatus de *ius cogens*, pudiendo así afirmarse su naturaleza de obligación *erga omnes*, vigente incluso al margen de todo vínculo convencional.<sup>94</sup> Se trata por tanto de una normativa que en su totalidad ha sido adoptada y reconocida por la comunidad internacional, no permitiéndose el discrepar de la misma, y pudiendo únicamente ser

---

<sup>93</sup> Ratificado por España el 2 de mayo de 1989 (BOE de 5 de julio de 1989), mientras que el Estado alemán lo hizo el 21 de febrero de 1990.

<sup>94</sup> En opinión de RODRÍGUEZ MESA, cuando en un determinado Estado la tortura deja de ser un episodio aislado para convertirse en una práctica realizada de forma masiva y grave, aunque el Estado infractor no sea parte en Tratado alguno, estaría cometiendo un ilícito internacional frente al que cualquier otro Estado podría exigir su cese. Véase: RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 53.



modificada por una norma posterior de Derecho internacional que tenga la misma naturaleza jurídica.<sup>95</sup> La aludida naturaleza imperativa de estas normas se deriva asimismo de la concreta regulación de la materia en los distintos Tratados y Convenios específicos, en los que expresa o implícitamente se niega a los Estados la posibilidad de restringir el derecho a no ser torturado. En este sentido pueden servir de ejemplo las fórmulas utilizadas por la CAT<sup>96</sup> y el CEDH.<sup>97</sup>

Esta visión general que se ha llevado a cabo sobre el desarrollo de la prohibición de la tortura en el Derecho internacional muestra claramente cómo dicha prohibición ha experimentado un considerable desarrollo a nivel normativo, el cual no hace sino fortalecerse por el hecho de que dicha prohibición se configura como «resistente a situaciones de necesidad» (*notstandsfrist*), es decir, que frente a otras normas contempladas en los distintos Convenios internacionales que afectan a los derechos humanos, la prohibición de la tortura no puede limitarse en casos de necesidad, conflicto bélico o para prevenir amenazas terroristas. A modo de ejemplo puede citarse aquí el Art. 4 apartado 2 PIDCyP, el cual establece que la prohibición de la tortura recogida en el Art. 7 PIDCyP es «resistente a situaciones de necesidad».

## **2.2. Análisis del Art. 1 CAT. Elementos de la definición**

Tal y como se ha indicado en el epígrafe anterior, son los textos internacionales específicos sobre la tortura los que por primera vez proceden a su delimitación conceptual y a establecer las pautas para marcar su diferencia con otras prácticas menos graves –aunque igualmente rechazables– como son los tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes.

Así, el 10 de diciembre de 1984 se aprueba la CAT, la cual tiene un claro precedente en la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, adoptada por la Asamblea

---

<sup>95</sup> MARX, Reinhard (2004): «Folter: eine zulässige polizeiliche Präventionsmaßnahme?», *Kritische Justiz*, Vol. 37, p. 280.

<sup>96</sup> Art. 2.2. CAT: «Ninguna circunstancia excepcional, cualquiera que sea, ya se trate de un estado de guerra o de amenaza de guerra, de inestabilidad política interior o de otra situación de excepción, podrá ser invocada para justificar la tortura».

<sup>97</sup> Art. 15.2 CEDH: «La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y de los artículos 3 y 4 (párrafo 1) y 7».

General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975. En este sentido, el Art. 1 apartado 1 CAT viene redactado en los siguientes términos:

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

De la definición expuesta en el párrafo anterior puede decirse de forma concisa que la tortura supone el infligir de forma consciente daños físicos o psíquicos de consideración con el fin de quebrantar la voluntad de un sujeto o bien intimidarlo, debiendo realizarse dicha conducta por un funcionario público, directa o indirectamente.

Pues bien, a partir de la definición contenida en el Art. 1 apartado 1 CAT se vislumbran claramente cuatro elementos típicos, los cuales marcan de forma esencial el concepto de tortura a nivel internacional: (1) En primer lugar debe comprobarse la existencia de una conducta atribuible al Estado; (2) En segundo lugar, la causación de dolor debe alcanzar un determinado grado de intensidad; (3) En tercer lugar, la acción debe cometerse de forma dolosa y (4) Finalmente, en cuarto lugar, dicha acción debe perseguir una determinada finalidad.

(1) El primer elemento del concepto de tortura, según viene regulado en la CAT, consiste en una determinada cualificación en la persona del autor. Así, ha de tratarse de un funcionario público, como por ejemplo un agente policial o un funcionario de prisiones, o por lo menos una persona que actúe por indicación de una autoridad

pública.<sup>98</sup> En principio, y de acuerdo con la literalidad del Art. 1 CAT, cualquier funcionario público o persona que realice funciones públicas es susceptible de vulnerar este precepto. Sin embargo, una interpretación de tal amplitud iría en contra de la propia configuración histórica de la tortura, resultando incluso contraria a cualquier tipo de lógica. Por ello, sería deseable una interpretación restrictiva del término en este punto, considerando que no abarca a cualquier funcionario público, sino tan sólo a aquellos que ejercen una determinada actividad o función pública relacionada directamente con la Administración de Justicia y en situaciones muy concretas: arresto, detención, prisión, práctica de interrogatorios, etc. La causación de dolor por parte de personas privadas, las cuales actúan sin que se produzca una instigación del Estado y sin que tampoco pueda acreditarse el consentimiento o la aquiescencia de este último, no cumple con el concepto de tortura consignado en la Convención. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha desarrollado a lo largo de su jurisprudencia un dilatado concepto de la responsabilidad gubernamental, en virtud del cual el Estado tiene la obligación de impedir maltratos por parte de personas privadas. Con todo, hasta la fecha no se ha conocido ningún caso en el que la violencia ejercida por personas privadas le haya sido imputada al Estado como una acción subsumible en el concepto de tortura, aunque sí como un trato inhumano.

(2) Según se establece en el mencionado Art. 1 apartado 1 CAT, el concepto de tortura presupone la causación de «graves dolores de carácter físico o mental». Se está por tanto delante del elemento material del concepto internacional de tortura. En dicha conducta se integran acciones tales como la utilización de electroshocks que causan un grave daño, la simulación de ahogamiento, el dar una paliza durante horas o bien la violación de la persona detenida.<sup>99</sup> La jurisprudencia internacional –tanto la emitida por los órganos parte de las Convenciones señaladas anteriormente como la propia dictada por el TEDH– considera que estas prácticas son perfectamente incluíbles en el concepto de tortura. Y es que el Derecho internacional no permite la llamada «*torture light*», la cual, hay que recordar, fue declarada legal por el entonces Director de la Oficina de Asuntos Legales del Ministerio de Justicia norteamericano, Jay Scott Bybee.

---

<sup>98</sup> Un ejemplo de esto último vendría constituido por el familiar de un rehén secuestrado el cual emplea la violencia contra un sospechoso con aquiescencia de la policía para con ello lograr información sobre el paradero de la víctima.

<sup>99</sup> HILGENDORF, cit., p. 334.

Del mismo modo, el TEDH ha establecido en constante jurisprudencia la diferencia entre torturas y otros tratos inhumanos o degradantes, basándose para ello en la intensidad del daño causado. Aquel maltrato policial producido en el marco de una investigación, el cual está dirigido a infligir dolor a la persona detenida, se considera que alcanza siempre y en todo caso el grado de intensidad para ser considerado como tortura. El llamado «test de relatividad» (*Relativitätstest*) tiene como objetivo delimitar en algunas constelaciones de casos, como por ejemplo sucede en las denuncias impuestas por las condiciones de internamiento, exploraciones corporales, amenazas policiales o discriminaciones de carácter racial, cuándo se está delante de acciones subsumibles en el concepto de tortura y cuándo frente a un trato inhumano o degradante.<sup>100</sup> En este sentido, HILGENDORF considera que un tratamiento degradante o incluso doloroso supone sin lugar a dudas una conducta antijurídica, pero sin embargo no puede decirse que cumpla por sí misma con los requisitos para afirmar la existencia de una tortura.<sup>101</sup> Por todo ello resulta en principio cuanto menos problemático que en el caso «Jakob von Metzler» algunos dieran por hecho la existencia sin más de una amenaza «de tortura», sin atender para ello al grado de intensidad que alcanzaron las amenazas proferidas por el funcionario policial encargado del interrogatorio del joven detenido, ya que en este caso en concreto no puede afirmarse la existencia de graves dolores de carácter físico o mental en el sentido establecido por el Art. 1 CAT.

Ahora bien, junto a la causación de graves *dolores* de carácter físico (o mental), la Convención señala que también constituye tortura el infligir *sufrimientos* graves, aunque únicamente sean de naturaleza mental. Por tanto, dentro de esta categoría pueden subsumirse conductas tales como la simulación de una ejecución o incluso la amenaza con aplicar torturas, siempre y cuando ello tenga el correspondiente efecto psíquico o mental con respecto a la víctima debido precisamente a su gravedad.

Si uno analiza la diligencia abierta en su día por Wolfgang Daschner –y su posterior ejecución– sirviéndose para ello de la jurisprudencia emitida por el TEDH, en ese caso MARX considera que aquí se alcanzó sin duda el umbral de gravedad exigible por la CAT a la hora de infligir dolor o sufrimiento.<sup>102</sup> Hay que recordar en este sentido que la instrucción emitida por el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt señalaba

---

<sup>100</sup> MARX, cit., p. 285.

<sup>101</sup> HILGENDORF, cit., p. 334.

<sup>102</sup> MARX, cit., p. 285.

expresamente que en ningún caso debían producirse lesiones al detenido. Además, después de que esa instrucción se diera a conocer a la opinión pública, Daschner volvió a reiterar que ese día había prohibido expresamente «la utilización de golpes, la causación de heridas o el empleo de medios de ayuda», si bien se había amenazado al detenido con infligirle daños «que a buen seguro en su vida habría experimentado». Ante la pregunta de qué hubiera sucedido si Magnus Gäfgen no hubiera hablado a pesar de la utilización de la violencia en su contra, Daschner contestó lapidariamente que «en algún momento ya no hubiera callado más». A su vez, el funcionario de policía señaló que una actuación como la llevada a cabo había que inscribirla dentro de una «medida policial» y no como un acto de tortura.<sup>103</sup> Estas afirmaciones no pueden desde luego compartirse. Para la definición de la tortura acuñada en el ámbito del Derecho internacional resulta indiferente que el infligir un dolor físico excluya en todo caso la causación de lesiones, ya que lo importante no es esto último, sino más bien la propia causación de dolor o sufrimiento grave, ya sea de naturaleza física o mental.<sup>104</sup> No se exige por tanto un menoscabo de la integridad física o psíquica del individuo, siendo suficiente que la conducta, debido a su gravedad, provoque en el sujeto un grave sufrimiento. Evidentemente, y según señala al respecto RODRÍGUEZ MESA, el principal problema de esta fórmula radica en la dificultad de valorar la gravedad de la conducta: Mientras que el criterio de la gravedad es mensurable y susceptible de graduación en los atentados consistentes en una lesión material, resulta en cambio muy difícil graduar la intensidad del sufrimiento o dolor al que ha sido sometido una persona cuando ese sufrimiento o dolor no se ha traducido en un menoscabo de su integridad física o psíquica.<sup>105</sup>

(3) En virtud también del repetido Art. 1 apartado 1 CAT, la acción objeto de debate debe ser cometida de forma dolosa. El delito de tortura es, por tanto, una conducta dolosa, la cual requiere dolo directo, excluyendo por tanto toda posibilidad de

---

<sup>103</sup> Véase al respecto la entrevista realizada a Wolfgang Daschner por el *Frankfurter Rundschau*, edición de 22 de febrero de 2003, p. 2.

<sup>104</sup> MARX, cit., pp. 285-286.

<sup>105</sup> RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 66. Por su parte, DE LA CUESTA ARZAMENDI señala que la determinación de lo que han de considerarse «dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales» es muy problemática desde un punto de vista jurídico: por un lado, debido a la propia subjetividad inherente a los términos dolores o sufrimientos (y su variabilidad histórico-cultural); por otro lado, por razón de la exigencia de «gravedad» para la distinción entre los supuestos de tortura y los demás tratos crueles, inhumanos o degradantes. Véase: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (1998): «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, pp. 47-48.

comisión imprudente. Por el contrario, en el caso del trato inhumano o degradante – como sucede por ejemplo en el supuesto de las condiciones de internamiento– no se exige que la acción se lleve a cabo dolosamente. A partir de lo dicho, no puede afirmarse la existencia de torturas –y ello a pesar de que pueden infligirse dolores extremos– cuando la conducta se lleva a cabo de forma imprudente. Ahora bien, conviene destacar aquí que la conducta dolosa *ex* Art. 1 apartado 1 CAT se refiere a la propia causación de dolor o sufrimiento grave por parte del sujeto activo. Por el contrario, los eventuales resultados del sometimiento a ese maltrato grave, por ejemplo en forma de lesiones físicas o psíquicas, sí que pueden ser cometidas de forma imprudente.

(4) Finalmente, sólo se consideran tortura aquellos maltratos que se llevan a cabo para conseguir una declaración o una confesión, para castigar a un sujeto por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o para intimidar o coaccionar a ese mismo sujeto o a otros, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación (Art. 1 apartado 1 CAT). Por consiguiente, el texto del mencionado precepto señala un amplio pero cerrado elenco de finalidades, de modo que si la acción carece de una de las finalidades descritas debería considerarse únicamente como un trato o pena inhumana o degradante. Evidentemente, en los sucesos de Frankfurt del año 2002, la finalidad de los métodos empleados por la policía encajarían plenamente en el elemento teleológico contemplado en el Art. 1 CAT, ya que el objetivo de aquéllos era lograr obtener la información que permitiese encontrar con vida al pequeño Jakob.

A continuación se va a realizar un breve análisis ejemplificativo de las cuatro finalidades típicas de la tortura recogidas en el Art. 1.1 CAT: a) Obtener información o confesión de la víctima o de un tercero. Esta primera finalidad viene a acoger los supuestos de tortura indagatoria en los que acertadamente se incluyen tanto la directa como la indirecta u oblicua,<sup>106</sup> y que ha constituido el campo natural de aplicación de la tortura a lo largo de la historia; b) Castigar a la víctima por un hecho que ha cometido o se sospeche que ha cometido. En este caso se contempla el supuesto de utilización de la tortura como suplicio, como un medio extralegal de punición aceptado y utilizado por el

---

<sup>106</sup> Por tortura oblicua se entiende aquella que va dirigida, no sobre el sujeto interrogado que se considera sospechoso de la comisión de un determinado delito, sino sobre una tercera persona más o menos allegada al interrogado; siendo esta última la destinataria de la violencia física o psíquica con el fin precisamente de doblegar la voluntad del interrogado.

poder; c) Intimidar o coaccionar al torturado o a otras personas. En opinión de RODRÍGUEZ MESA, tanto la intimidación como la coacción responden a una nueva finalidad de la tortura propia de los siglos XX y XXI y, desgraciadamente, muy utilizada, como es la atemorización de la población o de determinados grupos disidentes del poder;<sup>107</sup> d) Cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación. Ésta constituye la principal innovación introducida por la CAT en el concepto de tortura, apartándose así de las que han venido siendo sus finalidades genuinas. Supone una ampliación del concepto, que de este modo vendría a acoger finalidades más propias del trato degradante, y, en todo caso, se trata de supuestos perfectamente encajables en alguna de las otras finalidades previstas en el precepto.<sup>108</sup> Por su difícil delimitación con los tratos degradantes y por la posibilidad de integrarse en cualquiera de las otras finalidades de la tortura hubiera sido, por tanto, deseable que el propósito consistente en la discriminación no se hubiese contemplado expresamente en el concepto de tortura.

### **2.3. La distinción de la tortura con respecto a las penas o tratos inhumanos o degradantes. Especial referencia a la jurisprudencia del TEDH**

La definición adoptada en su día por la CAT en el año 1984 (Art. 1), así como aquélla que ha sido desarrollada por la jurisprudencia del TEDH, se han influido y adaptado mutuamente, por lo que el concepto de tortura contenido en la citada Convención ha adquirido un peso evidente. En el caso de Alemania, al carecer su ordenamiento jurídico de una definición propia de la tortura, se ha acudido en general al concepto acuñado por la CAT y que ha sido analizado en el epígrafe anterior. En cambio, y como se tendrá ocasión de ver más adelante, el concepto de tortura del art. 174 del Código Penal español coincide en sus características fundamentales con el proporcionado por los textos internacionales. De este modo, la interpretación que de sus elementos esenciales han realizado los tribunales internacionales, así como los criterios seguidos para distinguir esta figura de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, constituyen un punto de partida válido para la correcta interpretación de los elementos típicos de la tortura. A ello hay que añadir la ausencia tanto en Alemania

---

<sup>107</sup> RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 64.

<sup>108</sup> En los mismos términos: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (1990): *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del art. 204bis del Código Penal*, Barcelona: Bosch, p. 64.

como en España de una definición penal de trato degradante, que habrá de ser suplida con una interpretación de su significado acorde con lo manifestado por el TEDH.

Por su parte, la Convención Europea de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH, en lo sucesivo), ha venido dejando en manos de la jurisprudencia el desarrollo del concepto de «tortura». En este sentido, tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos, como el propio TEDH han contribuido respectivamente mediante sus opiniones jurídicas y sus sentencias a acuñar el concepto de tortura en el Derecho internacional, como así se observa también en el texto de la Convención contra la Tortura. Este desarrollo doctrinal y jurisprudencial fortalece sin lugar a dudas la definición de la tortura más allá de los textos convencionales, contribuyendo a una definición uniforme y actualizada en el ámbito del Derecho internacional. Debido por tanto al papel fundamental que al respecto viene jugando el TEDH, a continuación se van a analizar las decisiones más importantes de este Tribunal, las cuales sin duda han afectado a la hora de moldear el concepto de tortura y su distinción con respecto a las penas o tratos inhumanos o degradantes, no olvidando eso sí las opiniones jurídicas emitidas por la Comisión Europea de Derechos Humanos. Es evidente que el análisis que se plantea en este epígrafe adquiere una importancia capital de cara a determinar si los acontecimientos vividos en Frankfurt a.M. en el año 2002 deben ser considerados como actos de tortura *strictu sensu*, o más bien como una tipología de tratos inhumanos o degradantes.

La distinción entre la tortura y los tratos inhumanos y degradantes viene impuesta por los diferentes textos internacionales sobre la materia. Sin embargo, lo que no aparecen claros son los criterios de delimitación entre las mencionadas categorías. En este sentido resulta conveniente señalar que no se trata ciertamente de una distinción de figuras de distinta naturaleza, sino que más bien se parte del presupuesto de que las tres tipologías tienen la misma base ontológica (sufrimiento de la víctima), y que se diferencian en función de la gravedad del sufrimiento y de la intención del autor, constituyendo una verdadera jerarquía. Así, se afirma que toda tortura constituye un trato inhumano y degradante; todo trato inhumano –que no llegue a la categoría de tortura– es también degradante.



Acudiendo en este caso a PÉREZ ROYO, la tortura y los tratos inhumanos o degradantes no son, desde una perspectiva constitucional, compartimentos estancos, entre los que exista una línea divisoria clara. Al contrario, las mencionadas figuras coinciden en tres aspectos fundamentales: 1) en que a través de las mismas se infligen padecimientos físicos y/o psíquicos; 2) en que se hace de manera vejatoria; 3) en que se persigue el objetivo de anular la voluntad de la víctima y obligarle a hacer lo que de otra manera no haría. En opinión del mencionado constitucionalista, se está por tanto ante un ataque a lo que constituye el núcleo esencial de la dignidad humana, el hecho de tener voluntad propia y de no poder ser degradado a la condición de mero instrumento de una voluntad ajena. Esto es lo que, en última instancia, persiguen tanto la tortura como los tratos inhumanos y degradantes.<sup>109</sup>

Según, por tanto, interpretación general, cualquier acto de tortura supone al mismo tiempo un trato inhumano. La cuestión a dilucidar es cuándo un trato inhumano adquiere la categoría de «tortura» según lo establecido en el Art. 1 apartado 1 CAT. En este sentido, el Art. 16 apartado 1 frase 1 CAT señala que todo Estado Parte debe comprometerse a prohibir «otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el Artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona». Tal y como se desprende del tenor literal del mencionado Art. 16 CAT, con respecto al trato inhumano o degradante no se proporciona una definición legal, sino que más bien el precepto incorpora una especie de elemento negativo del tipo al señalar expresamente «actos (...) que no lleguen a ser tortura». Al mismo tiempo se establecen menos requisitos que en relación a la tortura, ya que, por ejemplo, no se reclama la causación de dolores con una finalidad específica, considerando suficiente la producción de un sufrimiento con una intensidad inferior a la causación de un grave dolor físico o psíquico.

Según señala SUDRE, en los textos internacionales la tortura va adquiriendo una mayor precisión frente a la gran incertidumbre que rodea a los otros tratos; esto implica, según el citado autor, que el término «tortura» tome un sentido genérico para designar

---

<sup>109</sup> PÉREZ ROYO, Javier (2002): *Curso de Derecho constitucional*, 8ª Ed., Madrid: Marcial Pons, p. 342.

todo maltrato, realizando una amalgama fastidiosa entre lo que realmente es tortura y lo que no llega a serlo, y quedando los otros tratos relegados a una «zona oscura» donde los derechos fundamentales son peor protegidos.<sup>110</sup>

Si bien no le falta razón a la denuncia que plantea con respecto a la ausencia de una definición precisa de los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, la conclusión a la que llega SUDRE no parece del todo correcta. Efectivamente, si se atiende a la línea marcada por la jurisprudencia del TEDH –la cual será desarrollada a continuación–, la consecuencia práctica de la indeterminación de los contornos precisos de lo que haya de entenderse por otros tratos es precisamente la contraria: la de apreciar penas o tratos inhumanos o degradantes en supuestos de atentados muy graves, quedando relegada la apreciación de tortura a casos absolutamente excepcionales.<sup>111</sup>

Para impedir una eventual relativización de la palabra «tortura», al definirla se ha de intentar restringir al máximo su concepto, con la consiguiente ampliación de lo que haya de entenderse por tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Sólo así, reservando el término tortura para supuestos muy concretos, el concepto internacional seguiría manteniendo la función para la que originariamente fue concebido: sancionar los actos más graves contra la integridad de la persona cuando estos provengan de un representante del Estado y sean infligidos con una finalidad íntimamente relacionada con el ejercicio del poder. Lógicamente, el principal problema práctico que se plantea es precisamente el de encontrar parámetros lo suficientemente válidos a partir de los cuales se pueda realizar una medición lo más objetiva posible de la gravedad del sufrimiento que permita al Tribunal, al establecer si el dolor o sufrimiento infligido ha sido grave o no, decidir si se está en presencia de una conducta de tortura o de otros tratos. La dificultad de la valoración de la gravedad e intensidad del trato, a los efectos de su integración en alguna de las categorías propias del Art. 3 CEDH, ha llevado al TEDH a la utilización de un conjunto de criterios de apreciación relativa, atendiendo, como se verá a continuación, a aspectos de naturaleza tanto objetiva como subjetiva; llegando incluso a considerar elementos de carácter sociológico.

---

<sup>110</sup> SUDRE, Frédéric (1984): «La notion de ‘peines et traitements inhumains ou dégradants’ dans la jurisprudence de la commission et de la court européennes des droits de l’homme», *Revue Générale de Droit International Public*, pp. 830 y 836.

<sup>111</sup> En los mismos términos: RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 72.

En lo que hace referencia a la delimitación de la tortura con respecto al trato inhumano o degradante, hay que considerar como un hito de fundamental importancia la decisión del TEDH de 18 de enero de 1978 (caso «Irlanda vs. Reino Unido»). En este supuesto se trataba de entrar a valorar judicialmente la lucha contra el terrorismo del IRA llevada a cabo por la Corona Británica, haciendo especial hincapié en cinco técnicas de interrogatorio que eran utilizadas por las fuerzas de seguridad contra sospechosos del IRA que habían sido detenidos en virtud de unas leyes de excepción, las cuales se habían promulgado por el Gobierno del Reino Unido para hacer frente a la situación creada en Irlanda del Norte. Dichos métodos controvertidos también se aplicaban contra aquellos terroristas del IRA que se encontraban cumpliendo condena. En concreto, las cinco técnicas de interrogatorio eran las siguientes: (1) el llamado «*wall-standing*» o colocación de pie contra una pared, (2) el «*hooding*» o el encapuchar al detenido; (3) la aplicación de un continuo sonido agudo; (4) la privación del sueño y (5) la reducción de comida y bebida. A través de estos métodos, las personas detenidas perdían la orientación y veían afectada su percepción sensorial.<sup>112</sup>

En primer lugar, fue la Comisión Europea de Derechos Humanos la que se ocupó de este caso, llegando por unanimidad a la conclusión de que la utilización combinada de estas cinco técnicas de interrogatorio suponía un método de tortura que atentaba contra lo dispuesto en el Art. 3 CEDH. Aunque la Comisión no comprobó la existencia de lesiones debidas al uso de las cinco técnicas, constató sin embargo que pruebas médicas y de otra naturaleza ponían de manifiesto en los testigos pérdida de peso y síntomas psiquiátricos agudos durante los interrogatorios. Y si bien con los datos que obraban en su poder no podía determinar la extensión de las secuelas psiquiátricas en los antedichos testigos, la Comisión se mostraba convencida, en términos generales, de que no podía descartarse la existencia de tales secuelas en algunas de las víctimas objeto de esas *especiales* técnicas de interrogatorio.

Sin embargo, en su trascendental sentencia de 18 de enero de 1978, el TEDH, por una mayoría de trece votos contra cuatro, consideró que este caso no podía subsumirse dentro del concepto de tortura contenido en el Art. 3 CEDH, sino que más

---

<sup>112</sup> Hay que tener en cuenta que en la «Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1973» se contenían cláusulas en su art. 6 para impedir que se presentasen en la jurisdicción penal, como pruebas, las declaraciones de un acusado conseguidas mediante tortura o un trato inhumano o vejatorio; pero estas disposiciones no regían en cambio para los procedimientos extrajudiciales de detención, que era donde estas técnicas se aplicaban, ni para las declaraciones de terceros.

bien catalogó esa práctica únicamente como un trato inhumano y degradante. En opinión del Tribunal, la línea divisoria entre el trato inhumano y la tortura se encuentra «en la distinta intensidad del sufrimiento infligido».<sup>113</sup> En la mencionada sentencia del año 1978, la tortura se interpreta como «un trato inhumano doloso el cual provoca un sufrimiento muy serio y cruel». Para el Tribunal, en el caso «Irlanda vs. Reino Unido» no resultaba suficiente que se hubiera podido constatar «un intenso sufrimiento físico y psíquico» de las víctimas, el cual daba lugar a «alteraciones psíquicas de carácter agudo durante los interrogatorios», así como el hecho de que las técnicas resultaban apropiadas para «ocasionar sentimientos de terror, de miedo y de inferioridad».<sup>114</sup> En este sentido, el Tribunal resumía su sorprendente postura en los siguientes términos: «Aunque las cinco técnicas, las cuales se aplicaban de forma combinada, suponían sin lugar a dudas un tratamiento inhumano y degradante; aunque su finalidad consistía en conseguir por la fuerza una confesión, la revelación de información o de otras personas, y aunque dichas técnicas se aplicaron de forma sistemática, lo cierto es que las mismas no ocasionaron un sufrimiento de tal intensidad y crueldad, el cual se encuentra sin embargo implícito en la palabra “tortura”».<sup>115</sup>

En el analizado asunto «Irlanda vs. Reino Unido», el TEDH precisó que la apreciación de la gravedad del sufrimiento para incluir el acto que lo provoca entre los prohibidos por el Art. 3 CEDH «es cuestión relativa por su propia naturaleza, que depende del conjunto de los datos del caso, y especialmente de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de salud de la víctima, etc.»;<sup>116</sup> postura que se ha consolidado como jurisprudencia del Tribunal al haber sido reiterada en sus sentencias posteriores en aquellos casos en los que el Art. 3 CEDH entraba en juego.

Todas estas circunstancias debían tomarse en consideración para valorar la gravedad del sufrimiento según la intensidad que el mismo alcanza en la víctima, y no por la naturaleza de los actos que lo provocan o por las secuelas físicas o psíquicas que como consecuencia de ellos se deriven. El hecho de que la «gravedad» del sufrimiento es sinónimo de «intensidad» del mismo se pone expresamente de manifiesto en la citada sentencia en el asunto «Irlanda vs. Reino Unido», en la que el Tribunal, al abordar la

---

<sup>113</sup> TEDH, sentencia de 18 de enero de 1978, párrafo 167: «In the Court’s view, this distinction derives principally from a difference in the intensity of the suffering inflicted».

<sup>114</sup> TEDH, sentencia de 18 de enero de 1978, párrafo 167

<sup>115</sup> TEDH, sentencia de 18 de enero de 1978, párrafo 167.

<sup>116</sup> TEDH, sentencia de 18 de enero de 1978, párrafo 162.

cuestión de la diferencia que existe entre la tortura, los tratos inhumanos y los degradantes prohibidos por el Art. 3 CEDH, afirma que «la distinción se debe principalmente a la diferencia en la intensidad de los sufrimientos infligidos», rechazando que constituyesen tortura determinadas técnicas de interrogatorio utilizadas por la policía en Irlanda del Norte por la sencilla razón de que «no causaron sufrimientos de la intensidad y la crueldad especiales que implica la palabra tortura así entendida».<sup>117</sup> A partir de esta argumentación seguida por el TEDH en el año 1978, a nadie escapa que los métodos empleados por la policía en el caso «Jakob von Metzler» no hubiesen sido tampoco considerados como actos de tortura *strictu sensu* por parte del Alto Tribunal.

Por otra parte, en el mismo asunto «Irlanda vs. Reino Unido», el TEDH señalaba en su pronunciamiento que no le correspondía entrar a conocer «todos los aspectos de la trágica situación por la que atraviesa Irlanda del Norte. Por ejemplo, no se le llama para que resuelva sobre las actividades terroristas manifiestamente opuestas a los derechos humanos, a las que se dedican en los seis condados individuos y grupos. Le compete únicamente resolver sobre las reclamaciones que la República irlandesa formula ante él contra el Reino Unido». Sin embargo, el Tribunal, al cumplir su misión, consideraba que no podía prescindir de los «acontecimientos que constituyen el fondo del litigio».<sup>118</sup>

En relación a esto último, y siguiendo en este caso a MORENO LÓPEZ, cabe preguntarse en primer lugar cómo, al margen de lo pedido en la demanda, podría el Tribunal resolver sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas por individuos y grupos que se dedicaban a actividades terroristas (IRA). En este sentido hay que recordar que la CEDH impone obligaciones a los Estados (Art. 1), no así a los individuos o a los grupos; y es precisamente para asegurar el respeto de los compromisos asumidos por las Partes en la Convención para lo que se instituyen tanto la Comisión como el TEDH. En segundo lugar, aunque podría sostenerse que puesto que en la reclamación del Estado demandante se planteaba un posible exceso del Reino Unido al utilizar las facultades que le confiere el Art. 15 CEDH respecto de la suspensión de otros artículos del Convenio que, a diferencia del Art. 3 CEDH, no están

---

<sup>117</sup> TEDH, sentencia de 18 de enero de 1978, párrafo 167: «Although the five techniques, as applied in combination, undoubtedly amounted to inhuman and degrading treatment, although their object was the extraction of confessions, the naming of others and/or information and although they were used systematically, they did not occasion suffering of the particular intensity and cruelty implied by the word torture as so understood».

<sup>118</sup> TEDH, sentencia de 18 de enero de 1978, párrafo 149.

exentos de tal posibilidad, es precisamente en relación con este posible exceso donde el Tribunal tomaría en cuenta «los acontecimientos que constituyen el fondo del asunto».<sup>119</sup>

De este modo, podría decirse que en esta trascendental sentencia emitida por el TEDH en el año 1978, junto a los criterios relativos a la intención de la autoridad estatal y la intensidad y gravedad del sufrimiento como elementos cualificadores de la tortura, se introdujo –aunque no de forma explícita– un tercer criterio diferenciador: la remisión a la realidad sociológica en que el trato se produce; lo que se ha dado en llamar el «criterio de apreciación relativa del límite de intensidad». En esta línea, cuando en el caso concreto era perceptible una escasa amenaza para la sociedad, se han bajado los límites de sufrimiento exigido para cada tipo de tratamiento prohibido en el Art. 3 CEDH; por el contrario, cuando dicha amenaza era mayor (por ejemplo, por la presencia del terrorismo o de otros factores de desestabilización) se han elevado los límites de sufrimiento exigidos para cada figura, hasta hacer prácticamente imposible por definición la existencia de torturas. Así se puede apreciar con nitidez en la Sentencia del TEDH en el caso «Irlanda vs. Reino Unido», en la que sólo el prolijo relato de la situación de terrorismo que vivía el Ulster y las referencias al mismo pueden explicar el salto lógico que se hace cuando, tras describir o analizar la sistemática y conjunta aplicación de las denominadas «cinco técnicas», se rechaza sin argumento convincente la calificación de torturas, que anteriormente había sido hecha por la Comisión.

A nadie escapa que el mencionado criterio sociológico introduce un peligro político en cuanto eventual justificación del «terrorismo de Estado», por muy democráticamente legitimado que esté el Estado.<sup>120</sup> Por todo ello, ante el resultado producido en la mencionada sentencia del TEDH del año 1978, algunos miembros del Tribunal no sólo votaron en contra del fallo mayoritario, sino que en sus votos particulares esbozaron argumentos para mantener que la distinción entre la tortura y los tratos inhumanos no podía fundarse en la diferente intensidad del sufrimiento, dentro de una misma escala jerárquica. Así, por ejemplo, el Juez Dimitrios Evrigenis, tras considerar muy restringido el concepto de tortura que se desprende de la sentencia,

---

<sup>119</sup> MORENO LÓPEZ, Angustias (1995): «La tipificación del delito de tortura por el Derecho internacional», en: LA MISMA (Dir.), *El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Anuario del Seminario permanente de derechos humanos* (II), Jaén: Universidad de Jaén, p. 261.

<sup>120</sup> De la misma opinión: GRIMA LIZANDRA, Vicente (1998): *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*, Valencia: Tirant lo blanch, p. 150.

precisó que «la tortura moderna pretende, por medio de formas nuevas de sufrimiento que poco tienen que ver con dolor corporal causado por los suplicios tradicionales, originar, aunque sea temporalmente, la desintegración de la personalidad humana, la destrucción del equilibrio mental y psíquico del hombre y el aniquilamiento de su voluntad».<sup>121</sup>

De la mencionada sentencia del TEDH puede extraerse la conclusión de que, para el AltoTribunal, no es precisamente el momento en el que se doblega por la fuerza la voluntad de un ser humano, o bien la finalidad de conseguir una confesión o la obtención de información lo que hace que la utilización de la violencia contra una persona detenida adquiera la cualificación de «tortura», sino más bien la gravedad o intensidad del sufrimiento. Hay que decir que en sentencias dictadas con posterioridad en torno a la misma problemática, el TEDH ha venido invocando siempre la delimitación explicada en los párrafos anteriores en relación al caso «Irlanda vs. Reino Unido».<sup>122</sup>

Es evidente que la diferencia más importante, aunque no la única, entre la tortura y los otros tratos inhumanos o degradantes viene determinada fundamentalmente por la gravedad de la conducta. Sin embargo, la sutileza de los modernos procedimientos de tortura y la dificultad de valorar la mayor o menor gravedad de los sufrimientos causados complica la distinción entre las conductas de tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Por ello se entiende correcta la posición mantenida por el Juez Franz Matscher en la referida STEDH del año 1978, al entender que la especial intensidad de la tortura no ha de ir referida a la extremada gravedad del sufrimiento. En su opinión «el criterio diferenciador del concepto de tortura es el de la aplicación sistemática, calculada (por tanto premeditada) y prolongada de un trato que produzca sufrimientos físicos y psíquicos de determinada intensidad... la tortura no es, en absoluto, un grado más elevado del trato inhumano».<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> Cita reproducida en: GRIMA LIZANDRA, cit., p. 151.

<sup>122</sup> Véase al respecto: WEILERT, cit., p. 20, nota núm. 59, con bibliografía complementaria.

<sup>123</sup> Voto particular del Juez Franz Matscher a la Sentencia del TEDH relativa al caso «Irlanda vs. Reino Unido». Cita reproducida en: RODRÍGUEZ MESA, cit., pp. 79-80.

No obstante, desde la jurisprudencia emitida en el caso «Salman vs. Turquía»,<sup>124</sup> el TEDH ha completado su delimitación «objetiva» acuñada en el caso «Irlanda vs. Reino Unido» con la incorporación de un criterio subjetivo relativo a la dirección final de la acción. Esta diferenciación, la cual presupone objetivamente un sufrimiento grave o cruel, exigiendo desde la vertiente subjetiva una actuación dirigida a una determinada finalidad, es al mismo tiempo defendida por un sector doctrinal. Sin embargo, la mayoría de la doctrina se limita a deslindar la tortura del trato inhumano únicamente sobre la base de criterios de naturaleza objetiva, es decir, según la intensidad del sufrimiento infligido. En este sentido se ha afirmado que, si bien en muchas situaciones la tortura busca claramente satisfacer la consecución de fines determinados, en otros aquélla se puede llegar a ejercer por motivaciones puramente sádicas. En estos términos lo expuso por ejemplo el Juez Gerald Fitzmaurice en su voto particular emitido en el caso «Irlanda vs. Reino Unido», donde sostuvo que la tortura es tal con independencia de cuál sea su objeto o finalidad, e incluso si no existe ninguna otra finalidad que no sea la de causar daño (tortura punitiva o de castigo).<sup>125</sup>

Como conclusión a lo explicado puede señalarse en general que todavía existen grandes dudas a la hora de delimitar la tortura de cualquier trato o castigo inhumano o degradante. En este sentido, queda bastante claro que no resulta suficiente una delimitación basada exclusivamente en criterios objetivos, ya que los límites de la gravedad del maltrato son difusos, no pudiéndose tampoco *a posteriori* apreciar de forma definitiva la gravedad del sufrimiento causado. Por todo ello resulta preferible considerar como tortura aquellas medidas que por un lado infligen «graves dolores o sufrimientos físicos o psíquicos» (elemento objetivo), mientras que, por otro, son utilizadas para servir a una determinada finalidad (elemento subjetivo o también teleológico), ya sea el conseguir una confesión o una determinada información, ya sea el simple castigo o la intimidación. Lo específico de la tortura –al contrario de lo que sucede con otros tratos inhumanos– es precisamente que el sujeto torturado es «utilizado» para una determinada finalidad, empleándose para ello la causación de dolor. Ni el infligir un dolor físico o psíquico de carácter intenso, ni tampoco la intención de quebrantar la voluntad de un sujeto en aras a una determinada finalidad

---

<sup>124</sup> STEDH, de 27 de junio de 2000.

<sup>125</sup> Voto particular del Juez Gerald Fitzmaurice a la Sentencia del TEDH relativa al caso «Irlanda vs. Reino Unido».



constituyen por sí solos los elementos que permiten reprobar y condenar la utilización de la tortura, sino más bien la confluencia de ambos.<sup>126</sup>

De lo manifestado en los epígrafes anteriores se deriva por tanto que los tratos inhumanos y/o degradantes constituyen categorías distintas de la tortura, de la que se diferencian no sólo cuantitativa, sino también cualitativamente. Desde un punto de vista cuantitativo, el sufrimiento provocado por el trato inhumano o degradante ha de ser inferior al propio de la tortura. Desde una perspectiva cualitativa, la diferenciación precisa de un criterio negativo según el cual sería constitutivo de trato inhumano o degradante el que se inflija sin alguna de las finalidades propias de la tortura. Pues bien, una vez establecida esta distinción, resulta preciso proceder a la delimitación entre los conceptos de tratos inhumanos y tratos degradantes.

En la comentada sentencia relativa al caso «Irlanda vs. Reino Unido», el TEDH consideró que las cinco técnicas utilizadas por la policía británica eran constitutivas tanto de tratos inhumanos como degradantes. Tratos inhumanos en cuanto «causaron a los que las sufrieron si no verdaderas lesiones, por lo menos intensos sufrimientos físicos y morales; y, además, trastornos psíquicos agudos durante los interrogatorios». Tratos degradantes «por cuanto podían crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral».<sup>127</sup>

A partir de la distinción realizada por el propio TEDH, algunos autores entienden que la principal diferencia entre el trato inhumano y el trato degradante viene marcada por el elemento de la humillación, de modo que la distinción entre estas dos categorías no sería tanto cuantitativa como cualitativa. Podría por tanto afirmarse que existe un trato inhumano cuando se inflige a un ser humano un sufrimiento físico o psíquico de una determinada intensidad; y trato degradante cuando se trata al sujeto por debajo de lo que exige su condición de persona, y ello con independencia de los eventuales resultados que pudieran producirse en el caso concreto. El trato inhumano sería así una categoría autónoma, pero intermedia desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo entre la tortura y el trato degradante.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> WEILERT, cit., p. 41.

<sup>127</sup> TEDH, sentencia de 18 de enero de 1978, párrafo 167.

<sup>128</sup> RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 81. En otros pronunciamientos, el TEDH ha definido los tratos inhumanos como «un trato que causa vivos sufrimientos físicos o mentales» (STEDH relativa al asunto «Markx vs. Bélgica», de 13 de junio de 1979), mientras que los degradantes harían referencia a aquellos en los que

Tanto para la Comisión Europea de Derechos Humanos como para el propio TEDH, el Art. 3 CEDH debe ser entendido no como una prohibición global de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes, sino más bien como un conjunto de tres prohibiciones distintas, aunque próximas, por suponer todas ellas tratamientos ilícitos por parte de la autoridad. Siendo esto así, cada concepto –que no deja de estar relacionado con los demás en una escala gradual de gravedad– disfruta de cierta autonomía, manteniendo por tanto un marco propio de aplicación.<sup>129</sup>

La prohibición de los «tratamientos degradantes» (*degrading treatment*) –esto es, los que humillan al individuo gravemente ante los demás o ante a sí mismo o le obligan a actuar contra su voluntad o conciencia– sirve, a juicio de la jurisprudencia europea (fundamentalmente la Comisión), para proteger a los individuos frente a los castigos corporales (disciplinarios o como pena), o bien respecto de un régimen de detención humillante y en lamentables condiciones materiales o lleno de medidas vejatorias de orden racista o comprometiendo gravemente la salud del detenido, pero también contra la discriminación racial, el descrédito social, o los castigos corporales acompañados de humillación pública o para la tutela de los derechos de detenidos y presos frente al tratamiento médico, determinadas condiciones de detención, medidas vejatorias, etc.

Por su parte, la interdicción de los «tratamientos inhumanos» (*inhuman treatment*) –los que provocan grandes sufrimientos mentales o físicos injustificables que alcancen cierta intensidad–, junto a su ámbito natural de aplicación (brutalidades o sevicias en el marco de interrogatorios policiales, técnicas de «interrogatorio profundo», supuestos de aislamiento celular absoluto no justificado por razones de seguridad y de malos tratos a los detenidos), presenta igualmente otras potencialidades, por ejemplo, frente a supuestos de expulsión o extradición. Tal y como se ha analizado en los párrafos anteriores, las cinco técnicas de «interrogatorio profundo» empleadas por los miembros del Ejército británico y el RUC en Irlanda del Norte (caso «Irlanda vs. Reino Unido»), constituían a juicio del TEDH un caso de «tratos inhumanos». Hay que decir

---

«se humilla groseramente ante otras personas o se fuerza a actuar a la víctima en contra de su voluntad o conciencia» (STEDH relativa al asunto «Campbell y Cosans vs. Reino Unido», de 25 de febrero de 1982).

<sup>129</sup> Véase, en lo que sigue: DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit., pp. 52 y ss.

que para el propio TEDH han merecido la calificación de tratos inhumanos los golpes dados en un interrogatorio y la amenaza con torturar a alguien, en determinadas circunstancias.<sup>130</sup>

Finalmente, la «tortura» (*torture*) viene a ser una forma particularmente aborrecible de tratamiento inhumano dirigida a la obtención de información o confesión o a infligir un castigo, y que la CEDH «ha querido estigmatizar especialmente»,<sup>131</sup> no sólo en función de un aspecto teleológico, sino también considerando la gravedad o intensidad de la conducta atentatoria contra la dignidad humana.

Ahora bien, aun cuando cada concepto en particular mantenga su propio espacio específico de aplicación, no dejan los mismos de estar plenamente interrelacionados y hasta jerarquizados, conforme a su intensidad y gravedad. Así, no hay trato inhumano que no sea también degradante; no hay tortura que no sea al mismo tiempo trato inhumano y degradante.<sup>132</sup> No cabe duda de que esta interrelación y jerarquización de los tres conceptos permite a la jurisprudencia europea operar con cierta flexibilidad, clasificando las conductas en una u otra categoría conforme a su intensidad y las circunstancias del caso concreto, e incluso, como se ha visto –algo que no está exento de críticas– a la luz del «contexto sociopolítico» particular en el que se produzcan las prácticas sometidas a enjuiciamiento.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> Caso «Campbell y Cosans vs. Reino Unido», STEDH de 25 de febrero de 1982, párrafo 26.

<sup>131</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit., p. 53.

<sup>132</sup> Baste decir aquí que esta doctrina ha sido acogida por el Tribunal Constitucional español a través de la STC 120/1990, de 27 de junio, donde afirma que «la tortura y los tratos inhumanos o degradantes son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren sus fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente».

<sup>133</sup> PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (1996): «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Curso de Derecho Penal Español. Parte especial*, Vol. I, Madrid: Marcial Pons, pp. 288-289: «Así, se ha expuesto que “la preocupación por asegurar un equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la sociedad y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales de la persona es inherente al conjunto del Convenio” (TEDH, Asunto Soering, de 7 de julio de 1989)».

### 3. El concepto de «tortura de rescate» y su amenaza

En no pocos países, la tortura es utilizada de forma sistemática para intimidar a la población, empleándose muchas veces de forma aleatoria, sin que por tanto se pretenda en todos los casos la obtención de información.<sup>134</sup> Por el contrario, en el centro del debate en torno al caso «Jakob von Metzler» se encuentra la amenaza con o la causación de daños físicos con el objetivo de salvar una vida. Por ello, para este concreto caso se suele utilizar en Alemania el concepto de «tortura de rescate» (*Rettungsfolter*), al cual ya se ha hecho referencia explícita al comienzo del presente trabajo.<sup>135</sup> Es evidente que aquí la tortura está también dirigida a la obtención de información; resulta indudable que, también aquí, se aplica la (amenaza de) violencia física o psíquica por parte de instancias estatales; sin embargo, la tortura se utiliza en este caso para salvar la vida de una o varias personas; vida que está expuesta a un serio peligro como consecuencia de la conducta del eventual destinatario de la coacción estatal. Por consiguiente, esta *modalidad* de «tortura» se diferencia claramente del resto de modalidades de tortura *tradicionales*.<sup>136</sup>

A raíz de los sucesos acaecidos en Frankfurt en el otoño del año 2002 se desató en Alemania un intenso y profundo debate –que llega hasta la actualidad– en torno a la cuestión relativa a si *cualquier* acto de tortura está terminantemente prohibido según el ordenamiento jurídico germano. En concreto, y desde una perspectiva jurídica, la pregunta gira en torno a si la amenaza con torturar que se dirige contra un sospechoso resulta admisible cuando con ello se persigue salvar la vida de un ser humano («tortura para evitar un peligro» o «tortura de rescate»). Mientras que hasta la fecha nadie discute en Alemania la prohibición absoluta de torturar en el contexto de un proceso penal para con ello conseguir arrancar de la víctima una confesión, en cambio se considera que la situación legal vigente resulta cuanto menos controvertida en determinadas situaciones límite ubicables en el contexto de la prevención de peligros («*Gefahrenabwehr*»).

---

<sup>134</sup> Véase la nota núm. 3 del trabajo.

<sup>135</sup> Véase al respecto la nota núm. 17 del trabajo.

<sup>136</sup> FÖRSTER Annette (2008): «Ja zur Folter – Ja zum Rechtsstaat? Wider die Relegitimierung der Folter in Deutschland», en: BIEGI, Mandana, *et al.* (eds.), *Demokratie, Recht und Legitimität im 21. Jahrhundert*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, p. 112: «La denominación “tortura de rescate” ha de servir entre otras cosas para deslindar esta forma de coacción física del concepto tradicional de tortura, enfatizando en cambio el motivo de su utilización, a saber, la protección de víctimas inocentes de su exposición ulterior a actos calificables también como tortura».

En el concreto caso de la doctrina jurídica alemana, el concepto de la «tortura de rescate» se ha ido paulatinamente consolidando para hacer referencia a aquellos casos en los que en el ámbito de la prevención frente a peligros se obtiene una declaración bajo el uso de la fuerza. Dicho concepto tiene el objetivo prioritario de deslindar de la acepción histórica de la tortura aquellos casos en los que se utiliza la violencia con finalidades puramente preventivas, si bien ante la certeza de comisión de un hecho delictivo que amenaza la vida de una, varias o muchas personas. Como ya se dijo anteriormente, el concepto tradicional de tortura se utilizaba principalmente para hacer referencia específica a los casos en los que mediante el uso de la fuerza física se obligaba al detenido a confesar su participación en un hecho con vistas a una posterior sentencia condenatoria. Desde el siglo XX, el concepto de tortura se ha ido sin embargo alejando cada vez más de su función estrictamente procesal. En la actualidad, dicha noción abarca conductas tales como la utilización de la violencia como medio para conseguir una declaración extramuros del procedimiento penal. Como consecuencia de esta transformación del concepto de tortura, resulta en principio justificado subsumir dentro de dicha categoría conductas tales como el empleo de la violencia física con el objetivo de obtener información en un ámbito exclusivamente preventivo-policial. Para dejar claro que en este caso no se trata de una tortura con finalidades inquisitorias se utiliza la denominación de «tortura de rescate».<sup>137</sup>

En realidad, no puede ignorarse el hecho de que las usuales prohibiciones de la tortura, ya provengan éstas del ámbito nacional o internacional, están formuladas de una forma tan general que parecen no admitir ningún tipo de restricciones. No obstante, esa concepción tan amplia puede y debe ponerse en tela de juicio, y ello tanto en relación al propio tenor literal de cada una de las prohibiciones como con respecto a su finalidad.

Al hilo de lo señalado en el párrafo anterior, y siguiendo en este caso los acertados argumentos expuestos por ESER, resulta un aspecto importantísimo el dilucidar hasta qué punto los encargados de redactar las prohibiciones a utilizar la tortura y/o el maltrato estaban haciendo referencia a constelaciones de casos como los que son objeto de debate en el siguiente trabajo. ¿No podría más bien entenderse que los preceptos nacionales e internacionales dirigidos a prohibir estos actos de violencia estatal estaban más bien pensando en la experiencia histórica comprensiva de

---

<sup>137</sup> WAGENLÄNDER, cit., p. 25.

actuaciones tales como las coacciones para obtener una confesión o los excesos policiales ante una situación de peligro general?<sup>138</sup> Ciertamente ha de reconocerse que las distintas prohibiciones de la tortura están concebidas con un amplio margen de generalidad, no diferenciando por tanto de forma expresa según los objetivos perseguidos por los autores de las mismas. Sin embargo, esto no es algo que deba sorprender si se piensa que la idea que servía de base para prohibir la tortura estaba tan influenciada por las imágenes atroces asociadas al pasado, de modo que los supuestos concretos en los que se perseguía salvar a una o varias víctimas ni siquiera eran tenidos en cuenta por los distintos legisladores, por lo que ni se planteaba una exclusión expresa de estas constelaciones de casos.

Y es que, conviene señalar de nuevo, una diferencia fundamental con respecto al clásico paradigma de la tortura es la existencia de una constelación triangular en la denominada «tortura de rescate»: Implicados aquí no sólo están el Estado y la persona detenida, sino el propio Estado, la persona detenida y la víctima. El tener en cuenta y considerar esta relación de carácter triangular impide una imagen unidimensional dirigida exclusivamente a atender los derechos de la persona detenida, poniéndose –y debiéndose poner– en cambio dichos derechos en relación con la necesaria protección de la víctima. De este modo no sólo se crea una base dogmática para tener en cuenta los derechos de la víctima, sino que al mismo tiempo se posibilita una diferenciación más que evidente entre el caso «Jakob von Metzler» y, por ejemplo, la forma de actuar de los EE.UU. contra sospechosos de terrorismo que se encuentran detenidos.<sup>139</sup> En ambos casos existe una conducta violenta por parte de instancias estatales, pero, evidentemente, el contexto en los que se lleva a cabo esa violencia resulta meridianamente distinto en ambas situaciones.

El rechazo categórico de la tortura se fundamenta generalmente en la utilización de violencia contra una persona indefensa, y especialmente en la coacción física para lograr una confesión en perjuicio de la persona torturada. En cambio, cuando dicha coacción o violencia no tiene el objetivo reseñado, sino que más bien se utiliza contra

---

<sup>138</sup> ESER, Albin (2010): «Zwangandrohung zur Rettung aus konkreter Lebensgefahr. Gegenkritische Rückfragen zur sogenannten “Rettungsfolter”», en: HERZOG, Felix/NEUMANN, Ulfrid (hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, pp. 719-720.

<sup>139</sup> HERBST, Catarina Cristina (2011): *Die lebensrettende Aussageerzwingung*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, p. 32.

un sujeto altamente sospechoso con la finalidad de salvar la vida de una persona amenazada por aquél, en ese caso el (presunto) autor del delito no se encuentra en principio indefenso, sino que más bien está facultado para sustraerse a la actuación policial (violenta), facilitando por ejemplo el lugar donde tiene escondida una bomba que amenaza la vida de una o cientos de personas. Si finalmente el sujeto destinatario de la tortura indica a tiempo el lugar donde se encuentra la bomba, de modo que se logra salvar la vida de personas inocentes, en ese caso –y al contrario de la finalidad última con la que se aplica la tortura– esa actuación del autor de la infracción podría acarrearle incluso una atenuación de la pena en sede judicial.

De trascendental significación práctica es también la cuestión relativa a si la amenaza con torturar a un sujeto debe ser considerada como una tortura *strictu sensu* o, por lo menos, como un trato inhumano o degradante. Es evidente que esta problemática se plantea de forma clara en relación al caso «Jakob von Metzler». En principio debería contestarse de forma afirmativa a esta cuestión, y en todo caso cuando dicha actuación hace surgir en la víctima la impresión de que, si se decide a ignorar la amenaza, ésta se llevará finalmente a término. Otro punto de vista tiene en cuenta si el «daño o sufrimiento psíquico» producido por la amenaza con torturar y el –unido a ese daño o sufrimiento– menoscabo de la libertad de formación de la voluntad del sujeto, son igual de graves que la propia aplicación de la tortura. Resulta evidente que la determinación de todos estos puntos no constituye desde luego una tarea fácil, como así lo demuestra claramente el caso «Jakob von Metzler».

Lo que en todo caso podría resultar dudoso es si la simple amenaza con torturar a un sujeto representa una conducta que debe incluirse en la definición legal contenida en el Art. 1 CAT. Como se sabe, en el mencionado precepto se engloban bajo el concepto de «tortura» aquellas acciones a través de las cuales se inflige a una persona «dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales». Al contrario de lo que sucede en el Derecho interno alemán, donde el § 136a apartado 1 frase 3 de la Ordenanza Procesal (*Strafprozeßordnung*, StPO) señala de forma expresa que la amenaza con causar daños físicos supone también un método de interrogatorio prohibido, las Convenciones internacionales guardan silencio sobre la cuestión relativa a si la *amenaza* con utilizar una medida ilegal como la tortura debe considerarse una conducta incluíble en la prohibición de torturar. Es decir, la definición contenida en el Art. 1 CAT deja abierta una cuestión fundamental al hilo del caso «Jakob von Metzler»:

¿El infligir dolores o sufrimientos graves engloba también, además de su ejecución efectiva, la mera amenaza con hacer uso de esos métodos? Es evidente que del tenor literal de la norma no se puede obtener una respuesta cien por cien segura sobre si la amenaza con infligir un daño supone ya en todo caso un acto de tortura a efectos de la Convención.

Para responder a la cuestión relativa a si la amenaza con torturar se incluye o no dentro de la definición de la tortura, KINZIG propone en primer lugar acudir tanto a las opiniones jurídicas como a la jurisprudencia emanada respectivamente por la Comisión Europea de Derechos Humanos y por el TEDH.<sup>140</sup> Según consta, no fue hasta el final de la década de 1960 cuando la Comisión se ocupó de la prohibición y los requisitos de la tortura meramente psíquica. En aquella época, algunos Estados culparon al Gobierno militar griego de violar el Art. 3 CEDH. Una subcomisión encargada de la investigación determinó la existencia de casos de tortura de carácter no físico, los cuales habían originado la creación de un estado de miedo y de estrés en las víctimas de dichos actos. Como ejemplos se citaron casos como el proferir amenazas de muerte o el anuncio de los agentes de policía de arrojar a un testigo a través de la ventana de un cuarto piso. Pero, por otro lado, la propia Comisión negó años más tarde en el caso «Kamma vs. Países Bajos» que se hubiese producido una violación del Art. 3 TEDH. En el mismo, la policía había obligado a un sospechoso de asesinato a confesar el hecho, amenazándole con que nunca abandonaría las dependencias policiales hasta que los agentes conociesen toda la verdad.

Por su parte, el TEDH decidió en el caso «Campbell y Cosans vs. Reino Unido»<sup>141</sup> que una simple amenaza con llevar a cabo una de las conductas descritas en el Art. 3 CEDH podía ser incluida en la mencionada disposición en los casos en los que aquélla tuviera la suficiente seriedad y la conducta objeto de la misma fuera a llevarse a cabo de forma inmediata. En la mera amenaza con torturar podía por lo menos vislumbrarse, en determinadas circunstancias, un «trato inhumano» en el sentido descrito en el Art. 3 CEDH, el cual, en virtud de su gravedad, estaría situado entre la tortura *strictu sensu* y un trato degradante. Por consiguiente, la jurisprudencia emanada del TEDH distingue con respecto al Art. 3 CEDH según la intensidad del menoscabo producido en la víctima. La cualificación de una conducta como «tortura» se une

---

<sup>140</sup> KINZIG (2003), cit., pp. 799 y ss.

<sup>141</sup> TEDH, sentencia de 25 de febrero de 1982.



siempre con un determinado estigma, debiendo aquélla contener un sufrimiento de carácter muy grave y cruel.

En opinión de KINZIG, para lograr una interpretación amplia, a la vez que rigurosa, del concepto de tortura, debe también alegarse que la amenaza con torturar es parte integrante e inseparable de la tortura, de modo que una amenaza de tortura que es percibida por la víctima como real y seria puede considerarse como un supuesto de tortura, siendo en todo caso un trato inhumano el cual, hay que recordar, también se encuentra prohibido por la normativa internacional.<sup>142</sup>

Para corroborar esta interpretación amplia del concepto de tortura con respecto a la cuestión relativa a si la mera amenaza con torturar es susceptible de subsumirse dentro del Art. 1 CAT, puede en primer lugar acudir a los procesos inquisitivos. En ellos se muestra claramente cómo ya la mera amenaza con aplicar la tortura se encuentra en una relación directa con la concreta acción de torturar. De la propia historia del Derecho se deduce que, tradicionalmente, la primera fase de la tortura, además de emplear la amenaza con palabras (*territio verbalis*), consistía en mostrar los instrumentos de tortura que se iban a aplicar, así como en colocar la denominada empulgua (*territio realis*). Si se tiene en cuenta, además, que en la actualidad la libre formación de su voluntad por parte de cualquier individuo puede ser afectada de forma considerable mediante influjos de carácter psicológico, en ese caso la definición de tortura no debería quedar limitada únicamente a la dimensión de los daños físicos infligidos. Considerando por tanto que con la mera amenaza emerge hacia el exterior la intención de obligar a un sujeto a confesar o declarar algo, en ese caso el concepto de tortura debería ser interpretado de forma extensiva para con ello incluir en él la amenaza con causar un daño,<sup>143</sup> la cual, en función de su gravedad e intensidad, puede sin duda ocasionar en la víctima un dolor o sufrimiento considerable de carácter psíquico, en los términos establecidos en el Art. 1 CAT.

Existe sin embargo un sector doctrinal en Alemania que considera que la amenaza con llevar a cabo un acto de tortura en una situación de peligro no constituye

---

<sup>142</sup> KINZIG (2003), cit., p. 801.

<sup>143</sup> De esta opinión, entre otros: ANDERS, cit., pp. 28-29; KINZIG (2003), cit., p. 801; ROXIN, Claus (2006): «Rettungsfolter?», en: GRIESBAUM, Rainer, *et al.* (eds.), *Strafrecht und Justizgewährung. Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, p. 212. Véase también: SALIGER, cit., p. 42.

propriadamente una tortura *strictu sensu*, por lo que dicha conducta no estaría sometida a la prohibición absoluta de la tortura. Concebida en este caso como una medida necesaria para repeler un ataque grave y antijurídico contra la vida de un ser humano, la amenaza con torturar –en el contexto de la denominada «*Rettungsfolter*»– puede resultar una conducta justificada, no pudiendo por tanto equipararse a las conductas prohibidas por el Art. 1 CAT.<sup>144</sup> En opinión de MERKEL, constituye un hecho indudable que la amenaza de tortura puede llegar a ser una tortura real de naturaleza psíquica, cuando por ejemplo se practica con el objetivo de arrancar a un sujeto imputado la confesión de que «es una bruja y tiene una relación con el diablo».<sup>145</sup> En el escenario de la conocida película de Clean Eastwood «Harry el sucio» (*Dirty Harry*), la situación gira en torno a la amenaza con torturar con el objetivo de impedir un asesinato.<sup>146</sup> Sin embargo, MERKEL considera que el Derecho no puede de ningún modo abandonar la idea de la coerción psicológica dirigida contra, por ejemplo, un secuestrador para que éste renuncie a su decisión de matar. Si, llegado el caso, se considera que la amenaza puede resultar una medida adecuada y necesaria para impedir un asesinato, en este caso la exigencia de no llevarla a efecto hay que interpretarla como jurídicamente equivocada y moralmente reprochable.<sup>147</sup>

Pero, aun teniendo en cuenta todo lo dicho hasta ahora, permanece todavía como una cuestión abierta el hecho de si la amenaza con utilizar la violencia por parte del Estado debe considerarse también como tortura cuando dicha amenaza no provoca un sufrimiento psíquico.

Independientemente de la circunstancia de que la amenaza con usar la violencia alcance en un determinado caso la medida necesaria para considerarla como una causación de dolor de carácter psíquico, lo cierto es que existe consenso en lo relativo a que no sólo el infligir dolor con la finalidad de quebrantar la voluntad de la víctima, sino ya la mera amenaza con su causación niega la condición de «persona» al sujeto, el

---

<sup>144</sup> En estos términos, por ejemplo: MERKEL, cit., p. 401. Véase también: HERZBERG, cit., pp. 325-326, el cual, haciendo referencia al tenor literal del Art. 1 apartado 1 CAT («acto por el cual se inflija») y no «acto por el cual se inflija o se amenace con infligir»), diferencia de forma clara entre la amenaza con torturar y el infligir torturas. Para el mencionado autor, la amenaza con aplicar la coerción física no puede ser equiparada con el maltrato psíquico. En parecidos términos: JEROUSCHEK, cit., pp. 301-302.

<sup>145</sup> MERKEL, cit., p. 401.

<sup>146</sup> Así, en una secuencia del mencionado film, un sujeto secuestra a una niña, dejándola en un lugar en el que morirá asfixiada si no es rescatada a tiempo, de modo que cuando el oficial Harry da con el secuestrador, y éste le explica las circunstancias en las que se halla la víctima, aquél le tortura para conocer su paradero.

<sup>147</sup> MERKEL, cit., p. 401.

cual, en esa concreta situación, se encuentra a merced de la superioridad estatal.<sup>148</sup> A partir de estas consideraciones, la amenaza con torturar debe ser considerada como «tortura», siempre y cuando, eso sí, a través de dicha amenaza se ocasionen graves dolores o sufrimientos de carácter físico o psíquico. Por tanto, y desde un punto de vista conceptual, se requiere una cierta intensidad de los dolores o sufrimientos infligidos mediante la amenaza, ya que los mismos deben ser «graves» a partir de lo dispuesto en el Art. 1 CAT.<sup>149</sup> De esta manera, la amenaza de torturas que no provoca un grave sufrimiento psíquico en el sujeto destinatario de la misma no entraría en el concepto de tortura manejado en la CAT.

#### **4. A modo de conclusión: ¿Puede hablarse de tortura *strictu sensu* en el caso «Jakob von Metzler»?**

Centrando por último el análisis en el caso «Jakob von Metzler», la pregunta que se plantea en primer lugar es si la amenaza con infligir dolor físico queda comprendida dentro del ámbito de la prohibición de la tortura establecida a nivel internacional. Como se ha visto anteriormente, un importante sector doctrinal en Alemania pretende poner la amenaza y la efectiva aplicación de la tortura en pie de igualdad, si bien esto va en principio claramente en contra del Art. 1 CAT; disposición que, como se sabe, requiere la real inflicción de tortura. Ahora bien, otra cuestión a considerar es, en segundo lugar, si la amenaza de utilizar la violencia por parte de agentes policiales (como ciertamente ocurrió en los sucesos de Frankfurt a.M. del año 2002) podría constituir, si bien no un acto de tortura, por lo menos un trato inhumano. Esto ha sido afirmado por el TEDH para el caso de que dicha amenaza sea «suficientemente real o inmediata».<sup>150</sup> Con todo, a nadie escapa que, con respecto a ambas cuestiones planteadas, se está delante de una problemática la cual, únicamente, puede decidirse en cada caso concreto.

---

<sup>148</sup> De la misma opinión: KRETSCHMER, cit., p. 107; PAWLIK, Michael (2003): «Deutschland, ein Schurkenstaat? Es gibt gute Gründe, Folter anzudrohen, und doch ist das Verbot absolut», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, edición núm. 51, 1 de marzo, p. 35. El intento que realiza HILGENDORF de no considerar como tortura los dolores que se causan en aquellos casos en los que dichos dolores «no llegan al umbral de una lesión de la dignidad humana» es objeto de crítica por parte de la mayoría de la doctrina jurídica alemana ya que, en su opinión, el mencionado intento carece de una fundamentación sólida. No obstante, este mismo autor admite que «en un ámbito tan sensible como éste la delimitación resulta extraordinariamente difícil». HILGENDORF, cit., p. 338, nota núm. 56.

<sup>149</sup> De la misma opinión: SCHILD (2005), cit., p. 61.

<sup>150</sup> STEDH en el caso «Campbell y Cosans vs. UK», de 25 de febrero de 1982.

A partir de los argumentos expuestos en los epígrafes anteriores hay que concluir afirmando que, dentro del concepto de tortura acuñado por el Derecho internacional, deben asimismo incluirse aquellos daños de carácter psíquico, los cuales regularmente aparecen también cuando se amenaza a un sujeto con torturarlo. De hecho, el propio TEDH ha defendido este punto de vista a la hora de entrar a analizar el caso «Jakob von Metzler». Efectivamente, si bien el Tribunal de Estrasburgo consideró en su día que la mera amenaza con usar la violencia proferida por el entonces Vicepresidente de la Policía de Frankfurt había que calificarla como un trato inhumano –conducta que, no obstante, consideró como equivalente a la tortura *strictu sensu*–, lo decisivo en el pronunciamiento emitido por el mencionado TEDH es que la amenaza de torturas por parte de la policía contra el detenido Magnus Gäfgen había que entenderla en todo caso como una violación de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).<sup>151</sup>

Sin embargo, dicha cuestión dista mucho de ser pacífica dentro de la doctrina penal alemana. Así, por ejemplo, HERZBERG afirma que la amenaza desplegada contra Magnus Gäfgen en el caso «Jakob von Metzler» no constituía en modo alguno un daño o sufrimiento de carácter mental *ex Art. 1 CAT*, para poder así concebir la conducta de los agentes Daschner y Ennigkeit como un acto de tortura. En su opinión, miedo ante esos dolores, los cuales hacen que uno sufra psíquicamente antes de que se lleven a cabo, puede únicamente percibirlos la persona amenazada cuando ve cerradas las puertas de una eventual escapatoria como consecuencia de dar su brazo a torcer. Sin embargo, HERZBERG considera que ésta no era precisamente la situación en la que se encontraba Gäfgen. En realidad, éste tenía ante sí una amplia salida a esa situación y, por tanto, un «regreso al ámbito del Derecho». Y es que, como consecuencia de su actuación previa, Gäfgen estaba obligado jurídica e incluso moralmente (aunque ciertamente no desde un punto de vista procesal) a procurar que por lo menos fuera rescatado el cadáver del niño. El saber que estaba en cierto modo constreñido a cumplir

---

<sup>151</sup> TEDH núm. 22978/05 (Gran Sala) –Sentencia de 1 de Junio de 2010 (Gäfgen vs. Alemania). En los mismos términos: JÄGER, Christian (2008a): «Folter und Flugzeugabschuss – rechtsstaatliche Tabubrüche oder rechtsguterhaltende Notwendigkeiten? – zugleich ein Beitrag zur Entscheidung des EGMR im Fall Gäfgen gegen Deutschland», *Juristische Arbeitsblätter*, núm. 10, pp. 679-680. Hay que decir que la cuestión relativa a la relevancia jurídico-penal de la actuación policial fue debatida –y afirmada– tanto en el proceso penal seguido contra Magnus Gäfgen, como en el subsiguiente en los que se juzgó la actuación de Wolfgang Daschner y Ortwin Ennigkeit. En ambos casos, el Tribunal juzgador llegó a la conclusión de que la conducta de ambos agentes era susceptible de ser subsumida en el Art. 3 CEDH. Todas estas cuestiones son analizadas de forma exhaustiva en los Capítulos IX y X del presente trabajo.

con esa obligación para evitar precisamente ese dolor físico no puede sin duda atormentar el ánimo, aunque uno cumpla de mala gana con esa obligación.<sup>152</sup>

En la misma línea de opinión, JAEGER señala que en la discusión en torno a la tortura se produce una perversión del pensamiento. Dicho autor asocia la tortura con la imagen de una cámara de tormento medieval donde se aplica la denominada «virgen de hierro», el potro de la tortura, la extracción de las uñas... técnicas que suponían en todo caso dolores físicos considerables. El concepto populista y negativo de la «tortura» estaría sin embargo fuera de lugar en relación al caso que aquí se discute. La «tortura» supone la causación premeditada de un tormento físico de carácter grave que conlleva «sufrimientos serios y crueles» y que no puede estar justificado en esa situación en concreto.<sup>153</sup>

En el caso «Jakob von Metzler», la base fáctica de esta controvertida discusión en torno a la tortura vendría determinada por la orden emitida por un alto mando de la policía de amenazar con utilizar la violencia contra un sujeto sobre el que recaían fundadas sospechas de ser el autor del secuestro de un niño; siendo el objetivo de dicha medida, no el lograr una mayor solidez de las pruebas a utilizar en su contra, sino exclusivamente conseguir la información que permitiese localizar el lugar donde se hallaba retenida la víctima del secuestro, la cual se pensaba que aún se encontraba con vida, aunque expuesta a un serio peligro de muerte. En este punto de la investigación, las pruebas encontradas en contra de Magnus Gäfgen eran de tal peso que incluso esa información adicional hubiese resultado superflua para imputar al detenido un delito de secuestro con extorsión (§ 239a StGB). Se trataba única y exclusivamente de salvar la vida del pequeño Jakob. La amenaza con utilizar la tortura fue suficiente, de modo que a lo sumo podía pensarse en la comisión por parte de los agentes policiales de un delito de coacciones (§ 240 StGB), si bien la relación entre los medios utilizados y los fines perseguidos necesitaría sin duda de un análisis exhaustivo. Incluso en el caso –como al parecer se pretendía– de que se le hubieran infligido al (presunto) autor del secuestro

---

<sup>152</sup> HERZBERG, cit., p. 325. En sentido contrario: NEUHAUS, Ralf (2004): «Die Aussageerpressung zur Rettung des Entführten: strafbar!», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, p. 532, nota núm 70: «Se entiende por sí solo que la amenaza despliega una sensación de miedo en el destinatario, la cual sin duda conduce a algo más que a un insignificante menoscabo del bienestar corporal. Además, la amenaza con utilizar la tortura corporal, así como la sensación que dicha amenaza provoca en el sujeto obligado a declarar, podría subsumirse dentro de la vejación psíquica».

<sup>153</sup> JAEGER, Rolf Rainer (2005): «Folterdebatte – es gibt kein schwarz oder weiß», en: GEHL, Günter (Ed.), *Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht? Ein internationaler Vergleich*, Weimar: Bertuch, pp. 31-32.

dolores de carácter físico, podría hablarse de la existencia de un delito de lesiones (en su tipo básico), el cual, de haberse utilizado las correspondientes «técnicas de interrogatorio», podría dar lugar a la concurrencia de un delito de lesiones graves en el ejercicio de un cargo (§ 340 StGB). A partir de estas consideraciones, JAEGER, asumiendo y justificando la existencia de una constelación subsumible en la denominada «tortura de rescate», señala sin embargo que en el caso que aquí se analiza no podría hablarse en ningún caso de torturas *strictu sensu*.<sup>154</sup>

Como conclusión final a lo explicado hay que afirmar que la tortura es una conducta absolutamente prohibida. Ello significa que deben verse con extremo escepticismo aquellos intentos conceptuales dirigidos a eludir la prohibición absoluta de la tortura, ya que de lo contrario se abrirían las puertas de par en par a la hipocresía. También, y teniendo para ello en cuenta la regulación que de la tortura se hace en el Derecho positivo, deben en principio rechazarse en el contexto normativo aquellas diferenciaciones conceptuales (como por ejemplo sucede con la denominada «tortura con fines preventivos» o bien con la «tortura de rescate») dirigidas a restar validez a esa prohibición absoluta en situaciones que se consideran excepcionales. La actuación de la policía de Frankfurt en el caso «Jakob von Metzler» hay que considerarla como un acto de amenaza de tortura subsumible por tanto en el Art. 1 CAT, ya que en la misma concurrían los cuatro elementos típicos que, a nivel internacional, marcan de forma esencial el concepto de tortura. Así, en primer lugar, se cumplía con el elemento subjetivo, ya que la conducta fue desplegada por funcionarios públicos. En segundo lugar, la actuación policial fue cometida de forma dolosa. En tercer lugar, la acción cumplía con el elemento teleológico exigido por la Convención, ya que la finalidad de la amenaza era conseguir extraer al detenido la información necesaria que condujese a localizar al paradero del menor secuestrado. Finalmente, en cuarto lugar, y como elemento quizá más decisivo en la consideración de una conducta como constitutiva de tortura, la causación de dolor o sufrimiento debe alcanzar un determinado grado de intensidad, lo cual, se considera, se produjo en los acontecimientos de Frankfurt. Debe recordarse aquí de nuevo que las amenazas proferidas contra el detenido incluían conductas tales como el estiramiento pronunciado de la muñeca, la presión en determinadas zonas del conducto auditivo, ya incluso la violación por parte dos sujetos

---

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 32.

de raza negra. La mera amenaza con infligir daños corporales al detenido mediante la aplicación de unas técnicas que, sin duda, llevaban a un evidente dolor físico, desplegó una sensación de miedo en el destinatario, la cual sin duda conlleva algo más que un mero menoscabo de la integridad física o mental, anulando por el contrario su voluntad y lesionando su dignidad como ser humano. Por todo ello, en el caso «Jakob von Metzler» se produjo en el detenido un sufrimiento grave de carácter mental *ex* Art. 1 CAT.

A pesar de lo dicho, uno debe admitir que la rigidez jurídica y lingüística que aparece cuando se trata la problemática de la «tortura» obliga en todo caso a proceder con absoluta minuciosidad a la hora de determinar el contenido de la mencionada prohibición. Y es que una utilización inflacionista del concepto de tortura daña lógicamente la posibilidad de que realmente se pueda imponer su prohibición absoluta. De este modo, el concepto de tortura comparte con el relativo a la dignidad humana el hecho de sus dificultades a la hora de delimitarlos: La consecuencia «atractiva» de subsumir una determinada situación fáctica dentro del concepto de tortura o bien de la lesión de la dignidad humana puede inducir a considerar un gran número de fenómenos como lesivos de la prohibición de la tortura o de la dignidad humana, para con ello lograr la protección más amplia posible de lo establecido en el Art. 1 GG. Si, por tanto, se produce una especie de *degradación* de la noción de tortura, en ese caso la sociedad no aceptará de ningún modo ese resultado querido por algunos: Tanto la prohibición de la tortura, contra la cual es evidente que se atenta en la realidad, como la afirmación de la absoluta intangibilidad de la dignidad humana, la cual también es objeto de graves violaciones, se exponen al peligro de perder su poder sugestivo-simbólico y su naturaleza de tabú, elementos que quizá suponen su propia razón de ser.

El (necesario) discurso social sobre el alcance del ámbito de protección de la prohibición absoluta de la tortura presupone por tanto una clara delimitación conceptual de naturaleza jurídica. La exigencia de dicha delimitación viene sobre todo motivada por el caso «Jakob von Metzler», y muy especialmente por la actuación de la Policía de Frankfurt. Así, los partidarios de la «tortura de rescate» afirman que las diligencias internas redactadas por el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt el 1 de octubre de 2002 no cumplen con los presupuestos contenidos en la definición de tortura. Este intento de justificación resulta desde luego comprensible si se tiene en cuenta que el

TEDH ha indicado que los redactores de la CEDH, al diferenciar entre tortura y otras medidas de carácter inhumano, pretendían imbuir al concepto de tortura de un estigma de naturaleza especial. Además, también resulta ciertamente comprensible que aquellos que por motivos entendibles abogan por la utilización de la coerción física o mental por parte de la policía para conseguir una declaración en supuestos de extraordinario peligro para la vida o la integridad de una, varias o muchas víctimas, se resisten con razón a ser puestos en el mismo escalafón que los Estados que utilizan la tortura de forma sistemática para castigar, amedrentar o quebrantar la voluntad de determinados sujetos. Todo esto ilustra acerca de lo decisivo que resultan las delimitaciones que en el ámbito jurídico deben llevarse a cabo en todo el debate en torno a la «tortura de rescate».

Como ya se ha señalado anteriormente, los métodos de interrogatorio empleados por la policía de Frankfurt abrieron un amplísimo debate en Alemania en torno a los límites de las competencias estatales de intervención en situaciones excepcionales o de especial gravedad. El caso «Jakob von Metzler» afecta no sólo a cuestiones de índole criminológica, sino también a aspectos jurídicos que van desde el propio Derecho penal, el Derecho policial, el Derecho constitucional y el Derecho internacional, debiendo también tenerse en cuenta los efectos procesales que se derivarían de la obtención de una declaración mediante la fuerza. En relación a esto último habría que reflexionar sobre si la aplicación de técnicas de interrogatorio eventualmente atentatorias contra la dignidad humana podrían constituir un impedimento procesal, lo cual daría lugar a no poder valorar en juicio las pruebas (directas e indirectas) obtenidas mediante la utilización de ese método de interrogatorio prohibido.

Como se verá a lo largo de los siguientes Capítulos, la temática relativa a la «tortura de rescate» se presenta así como un reto de carácter multidisciplinar, no reservado por tanto a un exclusivo estudio de naturaleza jurídica. Más bien al contrario, dicha problemática ha sido abordada indistintamente por historiadores, sociólogos, politólogos, criminólogos e incluso en las últimas fechas también por la Filosofía y la Ética. En este sentido, el propio Vicepresidente de la Policía de Frankfurt habló en su momento de la existencia de una «situación trágica» en la que debía decidirse entre, bien lesionar los derechos de la persona detenida, bien dar por perdida la vida de la víctima. En realidad, este caso es susceptible de ser analizado dentro unas categorías en las que existe una discrepancia entre el Derecho y la Moral: un Derecho, en el cual según el tenor literal de sus distintas disposiciones está terminantemente prohibido



incluso la amenaza de la tortura. Y una Moral, la cual viene fundamentada en la obligación de salvar la vida de un niño indefenso, aunque ello conduzca a menoscabar los intereses del agresor. Al análisis ético-jurídico de la «tortura de rescate» se dedica el siguiente Capítulo.

## CAPÍTULO VI. VALORACIÓN ÉTICO-JURÍDICA DE LA DENOMINADA «TORTURA DE RESCATE» (*RETTUNGSFOLTER*)

*«El destino de una democracia es que ésta no puede disponer de todos aquellos medios de los que se sirven sus enemigos»*

(Tribunal Supremo de Israel, Sentencia de 6 de septiembre de 1999, párrafo 39)

### 1. Introducción. Moral y Derecho

Como consecuencia del caso «Jakob von Metzler» se desató en Alemania una intensa y emocional discusión sobre un tema que hasta la fecha había sido considerado como un tabú. Haciendo referencia a supuestos escenarios de amenaza completamente novedosos en el actual siglo XXI, algunos autores consideraron como posible algo que hasta entonces era absolutamente inimaginable: la admisión legal de la tortura para salvar la vida de seres humanos en supuestos excepcionales.

Está fuera de toda duda que el caso «Jakob von Metzler» afecta a elementos y cuestiones fundamentales del ordenamiento jurídico alemán. El propio Vicepresidente de la Policía de Frankfurt habló en su momento de la existencia de una «situación trágica» en la que debía decidirse entre, bien lesionar los derechos de la persona detenida, o bien dar por perdida la vida de la víctima.<sup>155</sup> En realidad, este caso es susceptible de ser analizado dentro unas categorías en las que existe una discrepancia entre el Derecho y la Moral: un Derecho, en el cual según el tenor literal de varias de sus disposiciones está terminantemente prohibido incluso la amenaza de la tortura. Y una Moral, la cual viene fundamentada en la obligación de salvar la vida de un niño indefenso, aunque ello conduzca a menoscabar los intereses del agresor.

---

<sup>155</sup> VOIGT, Wilfried (2003): «Es gibt Dinge, die sehr wehtun», Entrevista realizada a Wolfgang Daschner por el semanario *Der Spiegel*, núm. 9, 24 de febrero, pp. 24-25.

La temática relativa a la «tortura de rescate» se presenta, por tanto, como un reto de carácter multidisciplinar, no reservado así a un exclusivo estudio de naturaleza jurídica. Más bien al contrario, dicha problemática ha sido abordada indistintamente por historiadores, sociólogos, politólogos, criminólogos e incluso en las últimas fechas también por la Filosofía y la Ética. Esta multidisciplinariedad de la problemática asociada a la tortura se demuestra de manera clara en la entre tanto inabarcable cantidad de contribuciones científicas que, ya mucho antes de que tuviera lugar la sentencia condenatoria contra Wolfgang Daschner y Ortwin Ennigkeit, han ido apareciendo en Alemania. En el presente Capítulo, y antes de que se lleve a cabo posteriormente un análisis exhaustivo de la denominada «tortura de rescate» desde un punto de vista policial, constitucional, penal y procesal, se va a abordar dicha temática desde posicionamientos basados sobre todo en la Ética y la Moral.

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

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

Una justificación moral, la cual para un sujeto puede incluso suponer una obligación moral, no da lugar sin embargo de forma automática a una justificación desde una vertiente jurídica. Esto es algo que también puede predicarse con respecto a

la problemática asociada a la tortura para la prevención de peligros (tortura de rescate). Tal y como al respecto señala WEILERT, una eventual unificación de ambas vertientes sería contraria al principio de separación entre la Moral y el Derecho.<sup>156</sup> Mientras que una obligación jurídica puede no derivarse únicamente de una obligación de carácter moral, resulta más difícil de considerar hasta qué punto puede alguien tener un *derecho* a cumplir con una conducta moralmente ordenada. Se trata por tanto de dilucidar si una persona que cumple con una obligación moral actúa de forma típica, siendo no obstante su conducta susceptible de estar justificada. En este sentido, el Derecho penal alemán contiene una solución diferenciada y del todo punto razonable: Una justificación *moral* o bien una obligación de carácter *moral* en nada cambia que una determinada conducta pueda sin embargo resultar *penalmente* contraria a Derecho (siempre y cuando, eso sí, exista al respecto una norma penal que la prohíba). Por consiguiente, la ilicitud jurídica de una conducta –en este caso la amenaza con o la aplicación de torturas– no puede quedar justificada desde posicionamientos de naturaleza moral.<sup>157</sup>

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

Pero, ¿no puede llegado el caso la tortura –aplicada de forma controlada, con moderación y en supuestos excepcionales– salvar vidas humanas y devolver a

---

<sup>156</sup> WEILERT, cit., p. 219.

<sup>157</sup> En sentido contrario: WELDING, cit., p. 226. En su opinión, la tortura debe utilizarse cuando la misma está moralmente justificada, aunque no lo esté en cambio desde una perspectiva jurídica: «En el caso de que, existiendo una colisión de normas, no haya una regulación jurídica que permita su solución, entonces resulta ineludible que los juristas, en casos extremos, no pueden oponerse a la solución de esa colisión de normas adoptando para ello una abstinencia política. Por el contrario, desde un punto de vista moral debe exigírseles la posibilidad de considerar una ponderación entre las distintas consecuencias de adoptar distintas conductas».

delincuentes a la senda del Derecho? Como se verá en los epígrafes siguientes, llama poderosamente la atención cómo los argumentos de los detractores de la tortura normalmente no hacen referencia alguna a la llamada «tortura de rescate», mientras que los partidarios de la tortura, por lo menos en los Estados occidentales, únicamente pretenden admitirla para situaciones extremas y como último recurso para salvar la vida de seres inocentes.

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

## **2. Argumentos éticos a favor de la «tortura de rescate»**

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

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

En estos casos ubicables dentro de la categoría de la «tortura de rescate» podría decirse que una ponderación sin reservas de los bienes jurídicos afectados debería conducir a afirmar la utilización de la tortura o su amenaza, teniendo en cuenta que la

integridad física y/o moral del secuestrador pesa menos que la vida y la dignidad humana de la víctima del secuestro.<sup>158</sup> Por consiguiente, la tortura podría ser un medio efectivo para salvar vidas humanas o preservar bienes jurídicos de eminente valor. Y es que, para este sector doctrinal, aquí salta a la vista que el secuestrador ha sido quien, voluntariamente, se ha trasladado a una situación ilícita; la tortura se utiliza contra un sujeto *culpable*, y el objetivo de su utilización es salvar a un *inocente*.<sup>159</sup> En estos casos, el secuestrador tiene en su propia mano la evitación de la violencia física en su contra señalando el lugar donde mantiene escondido al niño.

Los argumentos que se acaban de exponer podrían resultar incluso más evidentes cuando no sólo la vida de un sujeto, sino la de centenares o incluso miles de personas son amenazadas por la actuación de un terrorista, el cual ha colocado y activado una bomba en el centro de una gran ciudad y, detenido por la policía, se niega a indicar el lugar donde aquélla se ubica. En la época actual constituye una triste y alarmante realidad que determinadas organizaciones terroristas pueden tener acceso a armas de destrucción masiva. En este sentido se podría argumentar que esta cambiante situación con respecto a la amenaza terrorista desde un punto de vista tanto cuantitativo como cualitativo debe ser tomada en cuenta articulando un nuevo instrumental de defensa estatal, el cual, en casos extremos, debería incluir también la tortura o su amenaza.<sup>160</sup>

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

---

<sup>158</sup> De esta opinión, entre otros: BRUGGER (2000), p. 169; LENZEN, Wolfgang (2006): «(„)Folter(“), Menschenwürde und das Recht auf Leben – Nachbetrachtungen zum Fall Daschner», en: EL MISMO (Ed.), *Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte*, Paderborn: Mentis, pp. 204 y ss.

<sup>159</sup> BRUGGER (2005), pp. 111 y ss.

<sup>160</sup> HILGENDORF, cit., p. 335.

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

Quien presenta el argumento de la analogía en el actual debate en torno a la tortura se encuentra a la búsqueda de (trágicas) situaciones de conflicto cuyas características parecen comparables de forma relevante con el dilema asociado a la «tortura de rescate». Estas especiales características hacen que una acción en principio prohibida se considere sin embargo jurídica y moralmente permitida en la concreta situación de conflicto. Como escenarios comparables se mencionan, entre otros, el derribo de un avión repleto de pasajeros que ha sido secuestrado y que va a ser utilizado para la comisión de un atentado terrorista suicida,<sup>161</sup> o bien la muerte de un sujeto en un contexto de legítima defensa y auxilio necesario. En este último caso, la analogía más conocida y a la que en mayor medida se acude en el debate en torno a la tortura, y que por tanto se utiliza para fundamentar ética y jurídicamente la aplicación de la tortura en situaciones excepcionales, es la analogía con el denominado «disparo mortal final», a saber, la causación de la muerte de un sujeto por parte de la policía en el marco de una medida de legítima defensa o auxilio necesario, en aquellas situaciones en las que el destinatario de dicho «disparo mortal final» amenaza de forma actual y grave la vida de uno o varios sujetos inocentes.

En analogía con el denominado «disparo de rescate final» (*finaler Rettungsschuss*, en la terminología alemana), o también definido como «disparo mortal final», fue Winfried BRUGGER el primero que en el año 1996 intentó reducir teleológicamente la vigencia absoluta de la prohibición de la tortura en el caso de situaciones excepcionales, si bien su argumentación se orientaba de forma exclusiva a una valoración jurídico-dogmática de la «tortura de rescate».<sup>162</sup> La tesis fundamental de

---

<sup>161</sup> A pesar de la resolución adoptada el 15 de febrero de 2006 por parte del Tribunal Constitucional alemán, (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG), a través de la cual se declaró que el § 14 apartado 3 de la Ley de Seguridad Aérea (*Luftsicherheitsgesetz*, LuftSiG del año 2005) resultaba en su totalidad contrario a la Constitución porque lesionaba los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana, hasta la fecha sigue constituyendo motivo de debate tanto político como ético la cuestión relativa a si un avión repleto de pasajeros, el cual –siguiendo el fatídico ejemplo del 11 de septiembre de 2001– ha sido secuestrado con fines terroristas, puede ser derribado por el Estado para con ello salvar la vida de los (potenciales) destinatarios de la acción terrorista suicida, tal y como preveía el controvertido parágrafo § 14 apartado 3 LuftSiG. Dicha problemática es analizada de forma exhaustiva en el epígrafe 8 del presente Capítulo.

<sup>162</sup> BRUGGER (1996), cit., pp. 67 y ss.

BRUGGER rezaba de la siguiente manera: Si el Estado tiene la posibilidad prevista en las Leyes de policía de los distintos *Länder*<sup>163</sup> de matar de un disparo certero a un delincuente que amenaza la vida de otras personas, en ese caso debe estar permitido aplicar una violencia física directa contra el potencial autor de un delito, o por lo menos amenazarle con esa acción, cuando la medida resulta necesaria para salvar la vida de terceras personas.<sup>164</sup>

Una prueba que evidencia que el argumento de la analogía con el disparo mortal final no se limita únicamente al discurso *jurídico*, sino que también se encuentra en la reflexión *ética* en torno a la cuestión relativa a si el Estado puede torturar para salvar una vida, se extrae por ejemplo de la siguiente argumentación de LENZEN: «El ocasionar la muerte a un criminal sin escrúpulos en el marco de una medida de legítima defensa o de auxilio necesario, utilizando para ello el mecanismo del “disparo mortal final”, no puede considerarse en y por sí misma una medida moralmente aceptable. Sin embargo, en las mencionadas circunstancias se permite *legal y moralmente* una acción que acarrea la muerte de un ser humano. En este sentido existen por tanto muertes “buenas” –por permitidas– y muertes “malas”, que no están permitidas. Esta diferenciación se transmite naturalmente a un caso mucho más inofensivo, donde se debate, no la muerte de un sujeto, sino la causación de dolores para conseguir una determinada información».<sup>165</sup>

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

Pues bien, frente a los intentos de reducir teleológicamente<sup>166</sup> la prohibición absoluta de la tortura sobre la base de una analogía con el instrumento jurídico del

---

<sup>163</sup> Así, por ejemplo, tanto el Art. 66 apartado 2 de la Ley de Policía del *Land* de Baviera (BayPAG) como el § 54 apartado 2 de la Ley de Policía del *Land* de Baden-Württemberg (BWPolG) permiten causar la muerte de un secuestrador mediante un disparo efectuado por la policía, «cuando éste constituye el único medio para reprimir un peligro actual para la vida o bien un peligro actual de una lesión grave de la integridad corporal». Piénsese por ejemplo en el caso en el cual un atracador, estando rodeado por la policía, sale al exterior de una sucursal bancaria acompañado por un rehén, al cual amenaza con una pistola que apunta directamente a la sien.

<sup>164</sup> BRUGGER (1996), cit., pp. 75-76.

<sup>165</sup> LENZEN, cit., p. 201 (cursivas añadidas).

<sup>166</sup> Dicha acepción (*teleologische Reduktion*) es adoptada por BRUGGER (2000), cit., p. 169.



«disparo mortal final», es decir, legitimar moralmente la causación de dolor para obtener información relevante en el sentido de una «tortura buena», la mayoría de la doctrina se posiciona en contra de la posibilidad de establecer esta analogía. En este sentido se hace referencia a una gran cantidad de diferencias relevantes entre ambas situaciones.

Un sector doctrinal sitúa en un primer plano de sus críticas el distinto contexto en el que se desarrollan ambas constelaciones. Así, se señala que en el caso de la tortura no se trata ciertamente de una inmediata y directa defensa frente a peligros, sino más bien de una situación de amenaza y consiguiente rescate «ficticia, hipotética y con ello de ninguna manera decisiva».<sup>167</sup> La distinta presencia actual de la situación de peligro desde un punto de vista espacial y temporal constituye para esta argumentación el criterio de diferenciación decisivo entre la aplicación de torturas para salvar una vida y la ejecución de un disparo mortal final. Los argumentos aportados al debate subrayan que en el caso del disparo mortal final se puede partir de un «atacante plenamente identificado», mientras que la amenaza con torturar o la propia aplicación de la tortura se dirige contra «meros sospechosos». El agente de policía que mata a un secuestrador para con ello salvar la vida de los rehenes diferencia de forma manifiesta entre autor y víctima, si bien el primero no se encuentra bajo custodia policial. Por el contrario, el policía que tortura al sospechoso de la comisión de un delito para con ello conseguir la información necesaria que le permita salvar una vida, confía únicamente en estimaciones y pronósticos de carácter incierto. Además, ese mismo agente debe velar por los derechos del imputado que se encuentra en dependencias policiales.<sup>168</sup> Por otra parte, el disparo mortal final se lleva a cabo en un contexto público, lo cual no sólo conduce a que el autor del mismo se auto-limite en su actuación, sino que también permite un esclarecimiento de las circunstancias y, llegado el caso, una investigación penal. En el polo opuesto, la tortura se lleva a cabo de forma oculta, subrepticia, sin testigos y a través de una actuación que no permite ser investigada posteriormente y de una manera definitiva.<sup>169</sup>

---

<sup>167</sup> BOGNER, Daniel (2003): *Stellungnahme des Forum Menschenrechte zur Diskussion über die Aufweichung des Folterverbots in Deutschland*, Forum Menschenrechte, p. 3.

<sup>168</sup> KREUZER (2005), cit., p. 44.

<sup>169</sup> HUSMANN, Juliane/SCHMITTMANN, Jens M. (2004): «Kann Folter erlaubt sein?», *Verwaltungsrundschau*, núm. 4, p. 112.

Por si fuera poco, la mayoría de los autores considera que, también en este caso, la lesión de la dignidad humana constituye «la diferencia cualitativa central»<sup>170</sup> entre la tortura y el disparo de rescate final. En este sentido, PAWLIK resume la mencionada diferencia en los siguientes términos: «El agente de policía que ejecuta un disparo mortal final en una situación límite de carácter existencial se limita únicamente a neutralizar la amenaza proveniente de la víctima del disparo. Con su actuación, el policía no expresa adicionalmente menosprecio alguno del derecho al reconocimiento personal de la víctima. Algo distinto sucede sin embargo en el caso de la tortura. El policía que con su aplicación busca hacer frente a una situación de peligro pretende servirse del saber y, con ello, de la sustancia personal de su víctima. Por consiguiente, la víctima de la tortura es vista por el torturador únicamente como una herramienta que utilizar, es decir, (...) un puro medio, debiendo quebrantarse su resistencia personal».<sup>171</sup>

### **3. Argumentos éticos en contra de la «tortura de rescate»**

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

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

---

<sup>170</sup> SALIGER, cit., p. 47. De la misma opinión: ELLBOGEN, cit., p. 342.

<sup>171</sup> PAWLIK, cit., p. 35.

(*Damnbruchargument*); (3) el argumento referido al «objetivo equivocado» (*Zweckverfehlungsargument*).

En opinión de gran parte de la doctrina alemana, el argumento de mayor calado en contra de la tortura o su amenaza reside en la dignidad humana, la cual nunca le puede ser denegada ni al más sanguinario de los criminales.<sup>172</sup> Lo espantoso de la tortura reside según este punto de vista en que la misma significa algo más que la mera lesión de la integridad física de un sujeto, la cual, llegado el caso, puede ser incluso mortal. Mediante la aplicación de la tortura, la víctima es reducida a una simple sustancia corpórea, a una existencia vegetativa. Por consiguiente, la tortura sistemática causante de un grave dolor de carácter físico o incluso psíquico supone el ataque más grave a la dignidad humana que uno se puede imaginar. El objetivo final de la tortura es por tanto radicalmente distinto al de conductas tales como un delito de lesiones o incluso un homicidio; acción esta última mediante la cual se le priva a una persona de la vida, sin que no obstante sea necesario afectar a su dignidad como ser humano.<sup>173</sup>

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

(1) *La prohibición de la instrumentalización del ser humano*. Recurriendo a la muy citada prohibición de la completa instrumentalización del individuo establecida en su día por KANT, la amplia mayoría de los autores establece la dignidad de la persona torturada como el punto de partida de su argumentación: Los seres humanos nunca pueden ser utilizados como meros medios para las finalidades perseguidas por otros, por muy sagradas que éstas sean.<sup>174</sup> La existencia de una lesión de la dignidad se afirma en bastantes opiniones haciéndose sobre todo referencia al quebrantamiento sistemático de la voluntad de la persona detenida. Mediante el quebrantamiento inmanente de su voluntad, la persona afectada, concebida como un mero «portador de saber», se

---

<sup>172</sup> Véase, por todos: GUCKELBERGER, cit., pp. 126-127: «También los delincuentes tienen derecho a que se respete su dignidad, aun en los casos en los que estos hayan infringido el orden de valores constitucional de forma grave e intolerable. Por consiguiente, el Estado tiene prohibido colocarse al nivel de los malhechores y comportarse frente a estos sin respetar su dignidad humana. Incluso un “asesino en serie” no es una mera criatura, sino una persona cuya dignidad debe ser respetada por el Estado».

<sup>173</sup> De esta opinión, entre otros: HILGENDORF, cit., p. 336.

<sup>174</sup> Véase al respecto: TRAPP, Rainer (2006a): «Wirklich “Folter” oder nicht vielmehr selbstverschuldete Rettungsbefragung?», en: LENZEN, Wolfgang (Ed.), *Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte*, Paderborn: Mentis, pp. 103-104.

instrumentaliza en un objeto de disposición ilimitada en aras a los intereses de esclarecimiento estatales. El hecho de que la persona detenida se degrade con la amenaza o la utilización de la violencia a un objeto de información dirigido a través del dolor, lo fundamentan muchos autores sobre la base de que, especialmente con la tortura, esa persona es privada de su derecho a autodeterminación en el sentido de la libertad individual. Acudiendo así a la descripción del mal ocasionado, casi todos los argumentos expuestos relativos a la prohibición de la instrumentalización llegan a la conclusión de que un ser humano en ningún caso puede ser lesionado en su dignidad, incluso en aquellos supuestos en los que ese ataque a su dignidad puede proteger la vida o la dignidad de una, varias o numerosas víctimas.<sup>175</sup>

(2) *La imponderabilidad de la dignidad humana.* Partiendo del convencimiento de que cualquier forma de tortura, independientemente de su finalidad, se presenta como una lesión directa de la dignidad del ser humano, el carácter absoluto de la prohibición de la tortura y, con ello, la improcedencia de su aplicación policial para salvar la vida de una o muchas personas, se fundamenta a través de una segunda variante del argumento relativo a la dignidad humana: la imponderabilidad de esa misma dignidad: «Quien pretende contrapesar la dignidad de un presunto delincuente con la dignidad y la vida de las víctimas, realiza con ello un cálculo inadmisibles. Ni la Constitución alemana ni el Derecho internacional permiten en ningún caso una relativización de la dignidad humana. La dignidad humana es un bien indisponible. Por ello no resulta posible ponderarla con otros bienes jurídicos de importancia, ni siquiera con el derecho a la vida ni tampoco con la dignidad de una persona amenazada».<sup>176</sup> En consecuencia, la dignidad humana se sustrae a una ponderación con valores concurrentes como la vida o incluso la dignidad de terceras personas. Con la referencia a la imponderabilidad de la dignidad humana, los defensores de una prohibición absoluta de la tortura ponen de manifiesto que la dignidad de la persona no puede ser lesionada por el Estado en los casos de «tortura de rescate», priorizando la dignidad o la vida de terceras personas.

Pues bien, un grupo de autores critica vehementemente el argumento relativo a la prohibición de instrumentalización del ser humano en el contexto de la «tortura de rescate», señalando que en estos supuestos no existe ciertamente un sujeto sometido de

---

<sup>175</sup> Véase en este sentido, por todos: WEILERT, cit., pp.152-153, con bibliografía complementaria.

<sup>176</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL, cit., p. 4. Véase también, en detalle: LAMPRECHT, cit., pp. 185-186.

forma involuntaria a los designios de las fuerzas policiales, sino que más bien este mismo sujeto, como autor de la situación ilícita creada, tiene, por decirlo así, «la sartén por el mango», pudiendo por tanto sustraerse a cualquier tipo de amenaza o violencia física o psíquica revelando a la policía la información que ésta desea saber.<sup>177</sup> Además, este mismo grupo de autores pone en cuestión el dogma de la intangibilidad de la dignidad humana, ya que estos deciden ponderar la dignidad del autor de un delito con la vida de la/s víctima/s, valorando en mayor medida este último bien jurídico. Así, por ejemplo, LENZEN señala que la lesión de la dignidad de un delincuente llevada a cabo por la policía «de ningún modo resulta moralmente peor» que la lesión de su derecho a la vida, por lo que la salvación de la vida de la víctima debe ser valorada en mayor medida que la eventual lesión de la dignidad del autor ocasionada por la amenaza o la utilización de la tortura.<sup>178</sup>

Además, la imponderabilidad absoluta de la dignidad humana se pone en tela de juicio haciendo en este caso referencia a la lesionada dignidad humana de la víctima, la cual se considera que queda fácilmente desplazada a un segundo plano cuando se produce una fijación unilateral en la dignidad del autor. A través de la consideración especial de la dignidad humana de la víctima, autores como BIRNBACHER intentan justificar desde un punto de vista *ético* la amenaza o la utilización de la tortura, realizando para ello una ponderación de bienes entre la dignidad del autor y la dignidad de la víctima: «Una prohibición absoluta de la utilización de la coerción física no me parece realmente plausible en aquellos casos en los que se cumple con una serie de requisitos. Y ello especialmente cuando el obligar con violencia al autor para que coopere con la policía no sólo conduce a librar de la muerte a la víctima, sino también a sufrir tormentos tales como el morir de hambre en un oscuro agujero. Por tanto, es posible pensar en constelaciones de casos en los cuales la única forma de proteger la dignidad humana de A es lesionando la dignidad humana de B, es decir, del presunto causante de la situación en la que se encuentra A».<sup>179</sup> Según BIRNBACHER, en determinadas situaciones excepcionales, el Estado únicamente puede cumplir con su

---

<sup>177</sup> Así, por ejemplo: BIRNBACHER, Dieter (2006): «Ethisch ja, rechtlich nein – ein fauler Kompromiss? Ein Kommentar zu R. Trapp», en: LENZEN, Wolfgang (Ed.), *Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte*, Paderborn: Mentis, p. 141: «El sujeto sometido a un interrogatorio doloroso no es convertido –en el sentido de la “fórmula de objeto” jurídica– en una mera cosa o en un juguete de arbitrariedad, malicia y crueldad. Más bien ese sujeto conserva la libertad de sustraerse a esa situación mediante la revelación de la información requerida para salvar la vida de la víctima –y ello no sólo en el ámbito previo, sino también durante el procedimiento–».

<sup>178</sup> LENZEN, cit., p. 211.

<sup>179</sup> BIRNBACHER, cit., p. 142.

obligación de protección en relación a la dignidad de la víctima lesionando para ello la dignidad del delincuente.

En segundo lugar, junto con el argumento relativo a la dignidad humana, aquél referente a la «rotura del dique» juega un papel de extraordinaria importancia en la actual discusión en torno a la eventual admisión de la tortura de rescate dirigida a salvar vidas humanas. Básicamente, los defensores de este argumento afirman que aun en los casos en los que la tortura quedara reducida a unos cuantos supuestos excepcionales, no podría nunca excluirse un abuso en su empleo o una generalización de las excepciones.<sup>180</sup> Además, toda reducción de la prohibición absoluta de la tortura conduce al quebrantamiento de un tabú, el cual al mismo tiempo derrumba las barreras que la propia sociedad ha ido erigiendo a lo largo de los años para evitar que la tortura se extendiese como una enfermedad cancerígena.

En este sentido, en el memorándum para la protección de la prohibición absoluta de la tortura publicado en el año 2005 por la Sección alemana de Amnistía Internacional, dicha organización delimita el núcleo fundamental de este argumento en los siguientes términos: «La historia muestra que la tortura nunca permanece dentro de unos límites. Desde el momento en que la tortura se permite una sola vez, pronto se superan los límites de su presunta regulación. Al caso aislado en el cual aquélla se permite le sigue a continuación otro caso aislado, de forma que la utilización de la tortura se convierte en una práctica y, finalmente, en una institución. (...) En el momento en que un Estado constitucional admite la tortura en casos excepcionales perfectamente delimitados, se abre el camino hacia un sistema en el cual se aplica la tortura de forma institucionalizada. La idea de que la tortura es susceptible de ser

---

<sup>180</sup> Véase, entre otros: BIELEFELDT (2006a), cit., pp. 111-112; FAHL, cit., p. 189, con bibliografía complementaria: «En síntesis, el “argumento de la rotura del dique” señala que la admisión de la tortura, aunque fuera únicamente en un caso, conduciría a romper los diques erigidos durante siglos contra la tortura, de modo que, una vez abierta la posibilidad de una ponderación moral, no habría ya posibilidad alguna de detener esa involución, de modo que Alemania se convertiría en poco tiempo “en uno de los países donde más se tortura del mundo”, con una cifra de quizá diez, veinte, treinta o cuarenta casos de torturas aplicadas anualmente por instancias estatales»; GEBAUER, Peer: (2004): «Zur Grundlage des absoluten Folterverbots», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, p. 1409, nota núm. 37, con bibliografía complementaria, haciendo referencia al «peligro de abuso»; ROXIN (2006), cit., pp. 215-216: «En segundo lugar hay que tomar muy en serio el peligro de una rotura del dique, es decir, la posibilidad de que se produzca una intolerable ampliación de la tortura una vez que ha comenzado a utilizarse. Y es que los terroristas, los insurgentes, así como otras variadas formas de la criminalidad organizada ponen frecuentemente en peligro la vida de seres humanos, por lo que la aplicación de la tortura contra aquellos que caen en manos de la policía podría considerarse como un medio eficaz para salvar la vida de personas inocentes. La rapidez con la que se puede producir esa peligrosa evolución ha sido puesta de manifiesto a través de la lucha antiterrorista llevada a cabo por los EE.UU. en los últimos años».

“domesticada” desde un punto de vista jurídico-estatal resulta en sí misma contradictoria, no siendo tampoco demostrable desde una perspectiva histórica. El Estado que permite la tortura abre a las fuerzas de seguridad un margen de discrecionalidad que da lugar a una zona gris en la cual se permite la tortura para la prevención de peligros. De este modo es de prever una rotura del dique». <sup>181</sup>

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

Un primer grupo de argumentos relativos a la mencionada «rotura del dique» se remite a una más que segura expansión irrefrenable de los métodos. En este sentido, los defensores de esta posición plantean una concreta pregunta, a saber, qué debe suceder en aquellos casos en los que el primer nivel de la tortura no resulta suficiente, es decir, cuando la persona torturada se niega a hablar tras los primeros golpes y electroshocks. <sup>182</sup> Un segundo grupo de argumentos se remite a la expansión de las condiciones, especialmente en lo que hace referencia a la respectiva finalidad de la aplicación de los medios coercitivos. Con respecto a esta cuestión, el peligro de que se produzca una rotura del dique es delimitado por ANDERS de la siguiente manera: «Si uno quisiera admitir excepcionalmente la aplicación de la tortura teniendo como telón de fondo posibles ataques terroristas, debería aceptar que “a vuelta de correo” se exigirían otras excepciones, de modo que la prohibición de la tortura se reblandecería cada vez más». <sup>183</sup> Un tercer grupo de argumentos se refiere por su parte a la expansión personal en la aplicación de la tortura. Así, algunos autores albergan dudas en torno a si la aplicación de torturas policiales sobre el (presunto) autor de un delito podría eventualmente extenderse a otros sujetos que, siendo no obstante inocentes, dispondrían sin embargo de la información necesaria, de forma que podrían contribuir a la prevención del peligro. <sup>184</sup> Finalmente, un cuarto grupo de argumentos relativos a la teoría de la rotura del dique señala que la legalización de la tortura en un Estado de

---

<sup>181</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL, cit., p. 6. De modo semejante: BIELEFELDT (2006a), cit., p. 111.

<sup>182</sup> Véase al respecto: LAMPRECHT, cit., p. 192; REEMTSMA, cit., pp. 120-121.

<sup>183</sup> ANDERS, cit., p. 40.

<sup>184</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL, cit., p. 7. KLINGST, Martin (2004): «Ein bisschen Folter gibt es nicht. Wenn das Verbot nicht mehr absolut gilt, ist es abgeschafft», *Die Zeit*, núm. 49, 25 de noviembre, p. 6.

Derecho para situaciones excepcionales repercutiría de forma negativa en la lucha mundial contra la tortura. Con ello, los defensores de esta cuarta versión del argumento de la rotura del dique quieren poner en claro que un Estado de Derecho, el cual aplica por sí mismo la tortura en situaciones excepcionales, no sería digno de crédito por parte de los países decididos a luchar contra ese fenómeno. Además, aquellos regímenes autoritarios cuyas prácticas de tortura son conocidas públicamente y denunciadas por organizaciones de defensa de derechos humanos podrían justificarlas señalando que también en los países democráticos se aplica la tortura.<sup>185</sup>

Criticando esa aparente amenaza de la «rotura del dique», los partidarios de aplicar la tortura preventivo-policial en situaciones excepcionales ponen encima de la mesa una objeción, la cual es llevada al debate teórico comparándola con el argumento de la analogía, examinado anteriormente. Así, haciendo referencia expresa a la admisión de acciones en legítima defensa que ocasionan la muerte de una persona («disparo mortal final»), los críticos con la teoría de la rotura del dique contradicen la tesis según la cual la legalización de la utilización de la violencia por parte de la policía para conseguir una determinada información en situaciones excepcionales perfectamente delimitadas conduciría a que la ampliación de los supuestos fuera ya algo irrefrenable. En este sentido, ERB señala lo siguiente: «Desde luego, la admisión de actuaciones en legítima defensa con resultado de muerte, a través de las cuales se rompe con el otro “tabú” central de nuestra civilización (es decir, la prohibición de matar), no dan lugar a una “rotura del dique”».<sup>186</sup>

En tercer y último lugar existe un argumento de naturaleza consecuencialista dirigido a rebatir la posibilidad de aplicar los llamados interrogatorios de rescate en los cuales, llegado el caso, se utilice la tortura o su amenaza. Se trata del argumento relativo al objetivo equivocado (*Zweckverfehlungsargument*). Éste niega el sentido y la utilidad de los interrogatorios de rescate argumentando para ello que los mismos resultan en principio inadecuados para conseguir su objetivo, a saber, la información precisa para lograr eliminar la situación de peligro. Según este argumento, la persona torturada, temiendo la violencia por parte de las instancias estatales, está dispuesta a decir todo lo

---

<sup>185</sup> Véase al respecto: LAMPRECHT, cit., p. 195, con bibliografía complementaria.

<sup>186</sup> ERB, Volker (2005): «Folterverbot und Notwehrrecht», en: NITSCHKE, Peter (Ed.): *Rettungsfolter in modernem Rechtsstaat? Eine Verortung*, Bochum: Kamp, p. 166. En el mismo sentido: TRAPP (2006a), cit., p. 132.



que la otra parte desea oír, sea ello verdadero o falso. Además, la utilización aleatoria de la tortura o bien su uso contra personas eventualmente inocentes resulta algo incompatible con los principios inherentes a un Estado de Derecho.<sup>187</sup>

Pues bien, con respecto a este último argumento en contra de la amenaza o aplicación de la tortura, un sector doctrinal considera que el mismo resultaría acertado en relación a la mayoría de los métodos de tortura clásicos. Sin embargo, aquél no podría en cambio aplicarse en el contexto de los interrogatorios de rescate. Precisamente porque casi siempre resulta cierto que aquel sujeto sometido a una intensa coacción está dispuesto a decir todo lo que el interrogador espera que diga, también dirá la verdad sobre el escondite de un rehén o el lugar donde se encuentra una determinada fuente de peligro cuando alguien quiera oír esa información, sobre todo en aquellos casos en los que existen indicios más que evidentes que vinculan al destinatario de las coacciones con la fuente de peligro que se quiere evitar. El sujeto interrogado sabría que la falsedad de la información facilitada tendría como consecuencia inmediata la continuación del interrogatorio con métodos más expeditivos, por lo que a buen seguro tendría buenas razones para decir la verdad antes de que se llegase a la aplicación efectiva de la coerción física.<sup>188</sup>

#### **4. Aspecto central: la dignidad humana**

La Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*, GG) entiende al Estado no sólo como una organización destinada a proteger a sus ciudadanos. Tras la dolorosa experiencia vivida con la dictadura nacionalsocialista y su fundamental desprecio a la propia condición del ser humano, la Constitución germana decidió colocar a la persona en primer lugar de su articulado, disponiendo ni más ni menos en el Art. 1 que «[L]a dignidad del hombre es intangible». Con esta frase comienza precisamente el Título dedicado a los derechos fundamentales, el cual inicia de forma programática la obra constitucional. A través de un mecanismo bastante original desde una perspectiva histórico-constitucional, el cual ciertamente ha hecho escuela a nivel internacional – como así lo demuestra, por ejemplo, el Art. 1 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, donde se señala que «[L]a dignidad humana es inviolable. Será

---

<sup>187</sup> Véase, si bien en un sentido crítico: TRAPP (2006a), cit., pp. 130-131.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 129.

respetada y protegida»— la Ley Fundamental alemana va al fondo de su ya afirmada tradición de los derechos humanos y civiles. Si bien formulado como una mera locución declarativa, el Art. 1 apartado 1 frase 1 GG establece el axioma central de todo el texto constitucional: La dignidad única e irrenunciable que sólo le corresponde al ser humano le distingue a éste como un fin en sí mismo, como un sujeto capaz de ponerse objetivos por sí mismo y de considerarse a sí mismo como un objetivo. La dignidad es, por tanto, la encarnación que se encuentra en la disposición que tiene toda persona a ser capaz de autodeterminarse, cuya forma externa de naturaleza jurídica se muestra en su facultad para ser un sujeto de derecho, es decir, como portador de derechos y obligaciones, tanto en su relación con los otros individuos como con el Estado. «[P]or ello», como así establece el apartado 2 del Art. 1 GG, se reconocen a la persona, por razones evidentes, una serie de «derechos humanos». Y también por ello, la Ley Fundamental, en un pasaje posterior del mismo Art. 1 GG, decide atribuir al ser humano otros derechos de carácter fundamental (apartado 3), convirtiéndose estos derechos humanos de carácter ideal en una serie de garantías que vinculan a todo el ordenamiento jurídico.<sup>189</sup>

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

---

<sup>189</sup> Art. 1 apartado 1 GG: «La dignidad del hombre es intangible y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección». Apartado 2: «El pueblo alemán reconoce, por ello, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo». Apartado 3: «Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable».

La dignidad humana constituye la inexcusable premisa no sólo de la comunicación *jurídica*, sino también de cualquier comunicación y reflexión *moral*. Del mismo modo que la dignidad no puede considerarse como uno más dentro de los derechos fundamentales, tampoco puede decirse que aquélla sea un valor moral junto a los otros valores. Considerada por lo menos como una premisa implícita de cualquier «valoración moral», autores como BIELEFELDT afirman que la dignidad se encuentra más allá del resto de valores.<sup>190</sup>

Teniendo en cuenta que, tradicionalmente, la prohibición de la tortura se apoya en primer lugar en el pensamiento relativo a la protección de la dignidad humana, resulta evidente que, a la hora de buscar su fundamentación, deba acudir a la fórmula contenida en el imperativo categórico de KANT. En este sentido, el mencionado autor llega incluso a situar a la dignidad del ser humano al mismo nivel que el principio de la legislación moral: el imperativo categórico. De este modo, el imperativo categórico básico («Obra sólo según una máxima, de tal manera que puedas querer al mismo tiempo que ésta se constituya en ley Universal»)<sup>191</sup> podría por ello formularse también como el principio de respeto absoluto de la dignidad humana: «Obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio».<sup>192</sup> Mientras que el resto de valores pueden ser ponderados entre ellos en caso de conflicto, ello no es posible cuando está en juego la dignidad de la persona. Esto, en palabras de KANT, podría formularse de la siguiente manera: «En el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por lo tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad».<sup>193</sup>

Aplicando por tanto la ética *kantiana* al objeto de estudio en el siguiente trabajo, resulta ciertamente difícil de rechazar que la tortura de un ser humano conduce a degradar a éste a un mero objeto, pero nunca en cambio a una finalidad. Además, la utilización de la primera fórmula del imperativo categórico *kantiano* («Obra sólo según

---

<sup>190</sup> BIELEFELDT, Heiner (2007): *Menschenwürde und Folterverbot. Eine Auseinandersetzung mit den jüngsten Vorstößen gegen zur Aufweichung des Folterverbots*, Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte, p. 11.

<sup>191</sup> KANT, Immanuel (1785): *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Berlin: Akademie-Ausgabe, Vol. IV, p. 421.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 429.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 434.

una máxima, de tal manera que puedas querer al mismo tiempo que ésta se constituya en ley Universal») conduce notoriamente a una prohibición de la tortura.<sup>194</sup> Y es que la tortura puede considerarse como el caso extremo de una coacción, cuya máxima ya en el caso de una simple coacción no es susceptible de generalizarse: Quien se atribuye como máxima el quebrantar la voluntad de otro, no puede desde luego en ningún caso pretender al mismo tiempo que esa máxima se convierta en una ley universal, ya que entonces ese sujeto no podría imponer su voluntad a otro, porque de lo contrario su voluntad sería constantemente quebrantada.

Por todo ello, y tomando en consideración la filosofía jurídica de KANT expuesta en los párrafos anteriores, no existe otra posibilidad que no sea aceptar una prohibición *absoluta* de la tortura del mismo modo que se acepta una prohibición absoluta de la mentira. Y una prohibición absoluta de la tortura así concebida debería constatarse con independencia de que la misma fuera llevada a cabo por un sujeto individual con el objetivo de salvar su vida, o por un representante del Estado para salvar la vida de un conciudadano. Quien utiliza la tortura, sea el motivo que sea, y aunque no pretenda con ella lesionar a la víctima, inflige a la «humanidad» un daño.<sup>195</sup>

Junto a la referida posición formal de la dignidad humana en el conjunto de la estructura de la Norma Fundamental germana, resulta también desde una perspectiva material que la dignidad humana adopta un papel *superior* a la propia vida del individuo. La premisa para esta interpretación se encuentra precisamente en la controvertida tesis –defendida en Alemania por autores como BIELEFELDT<sup>196</sup> o WEILERT<sup>197</sup>– según la cual la dignidad humana debe ser entendida como una magnitud metafísica que se sitúa incluso más allá de la vida física. De hecho, cabe recordar en este punto que la *Grundgesetz* contempla la protección de la vida humana en el Art. 2,

---

<sup>194</sup> De esta opinión, entre otros: JOERDEN, Jan C. (2006): «Über ein vermeintes Recht (des Staates) aus Menschenliebe zu foltern», en: BYRD, B. Sharon/JOERDEN, Jan C. (eds.), *Philosophia Practica Universalis. Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker&Humblot, pp. 508-509.

<sup>195</sup> KANT, cit., p. 426. Algo parecido señala el propio KANT en un ejemplo contenido en su artículo titulado: «Sobre un supuesto derecho a mentir por amor a la humanidad» (1797): «Aquél que miente, aunque lo haga para salvar la vida de un ser humano, causa una injusticia a la humanidad». De todo lo dicho se evidencia por tanto que, en principio, no resulta posible realizar diferenciaciones y reducciones de la prohibición absoluta de la tortura con respecto a un concreto caso, ya que de lo contrario no se trataría precisamente de una prohibición *absoluta*.

<sup>196</sup> BIELEFELDT (2007), cit., p. 10.

<sup>197</sup> WEILERT, cit., pp. 118-119.

es decir, sitúa dicha protección por detrás de la que corresponde a la dignidad humana. En virtud de esta interpretación, el ser humano no se hace acreedor de dignidad humana únicamente por el hecho de tratarse de un ser vivo, sino sobre todo por razón de su naturaleza anímica-espiritual. Y es que una reducción del ser humano a su mera existencia física se expone a la cuestión relativa a por qué los animales no disponen también de dignidad «humana».<sup>198</sup> En este sentido, WEILERT considera ciertamente incomprensible la argumentación expuesta por HERDEGEN, según el cual el mayor valor que se asigna a la dignidad humana frente a la protección de la vida supone un «retroceso» a ideas ya superadas que consideraban el derecho al respeto y al honor más importante incluso que la vida.<sup>199</sup> En esta interpretación, HERDEGEN pasa por alto que la *dignidad* y el *honor* son conceptos distintos. Más bien hay que considerar como retrógrado el reducir al ser humano a una mera existencia física.<sup>200</sup>

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

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

*Degradación a un objeto.* De acuerdo con la fórmula desarrollada para circunscribir la dignidad humana, se suele poner de relieve que la utilización de la tortura degrada al ser humano a un mero objeto.<sup>201</sup> Ciertamente, el ser humano se convierte en un «mero» objeto cuando su individualidad es completamente pasada por

---

<sup>198</sup> BIELEFELDT (2007), cit., p. 11; WEILERT, cit., p. 120.

<sup>199</sup> HERDEGEN, Matthias (2003): «Art. 1 Abs. 1», en: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günther, *Grundgesetz. Loseblatt Kommentar*, 42. Ergänzungslieferung, München: Verlag C.H. Beck, marginal núm. 22.

<sup>200</sup> WEILERT, cit., p. 152.

<sup>201</sup> Véase al respecto: PAWLIK, cit., p. 35. Dicho autor parte acertadamente de la base de que la tortura da lugar a suprimir la personalidad de un sujeto debido al ataque fisco-psíquico que se produce. De la misma opinión: SALIGER, cit., p. 47, el cual, apoyándose para ello precisamente en la terminología *kantiana*, considera que «[E]l sujeto torturado ya no constituye un fin en sí mismo, sino más bien un medio para otros y para la consecución de otro fin».

alto, algo que –contrariamente a lo que sucede con las medidas coercitivas de carácter procesal– ocurre en el caso de la tortura. La denominada «fórmula del objeto» (*Objektformel*), la cual procede de DÜRIG y que recuerda al principio *kantiano* de la finalidad en sí mismo que ostenta el ser humano, se presenta hasta el día de hoy –y a pesar del aumento de las críticas– como el intento más enérgico de interpretación a la hora de determinar aquellos menoscabos del ámbito de protección de la dignidad humana: «La dignidad humana resulta afectada cuando el sujeto en concreto se degrada a un objeto, a un simple medio, a una magnitud reemplazable».<sup>202</sup>

*Destrucción de la personalidad.* A menudo, lo que se pretende con la tortura es quebrantar la conciencia de la víctima, destruyéndose por tanto su capacidad de autonomía. Tal y como al respecto señala MARX, «[a]l contrario de lo que sucede con la muerte de un sujeto, la tortura constituye un medio dirigido a lograr una disponibilidad continua de la psique del torturado; un medio que, yendo más allá de la inocuidad del sujeto, pretende alcanzar de forma duradera su sumisión interna».<sup>203</sup> Este punto está estrechamente relacionado con la imagen del hombre contenida en la Constitución alemana, según la cual el ser humano es un ente ético-espiritual que, por razón de su voluntad libre y su personalidad individual, tiene la capacidad de conducir una vida determinada por sí mismo e integrarse en el entramado social según sus propias convicciones.

*Quebrantamiento de la voluntad.* Uno de los argumentos más habituales contra la tortura es aquél que señala que la misma atenta contra la dignidad humana al quebrantar la voluntad de la víctima. En relación al caso «Irlanda vs. Reino Unido» analizado anteriormente, la Comisión Europea de Derechos Humanos fundamentó la existencia de tortura al señalar que las cinco técnicas de interrogatorio empleadas contra militantes del IRA y dirigidas a desorientar daban lugar a menoscabar la libre voluntad

---

<sup>202</sup> DÜRIG, Günther (2003), «Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz», en: DÜRIG, Günther/MAUNZ, Theodor (eds.), *Grundgesetz. Sonderdruck*, München: Beck, marginal núm. 28. Hay que decir que el Tribunal Constitucional alemán [por ejemplo, BVerfGE 27: 1 (6)] y la jurisprudencia posterior han asumido esta fórmula para, entre otras cosas, determinar ataques al ámbito de protección del Art. 1 apartado 1 GG. Véase al respecto, haciendo precisamente referencia al caso «Jakob von Metzler»: BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, p. 657: «La utilización de la tortura transforma a la persona interrogada en un mero objeto de la lucha contra el crimen, lesionando su derecho social de respeto y valoración de su persona, protegidos constitucionalmente, y destrozando requisitos fundamentales de la existencia individual y social del ser humano».

<sup>203</sup> MARX, cit., p. 300.

de las víctimas. Un quebrantamiento de la voluntad contrario a la dignidad humana se da cuando el objetivo es romper precisamente la voluntad interna del ser humano. Y algo así ocurre por ejemplo cuando a una persona se le infligen (o se le amenaza con infligirle) graves dolores de carácter físico o psíquico para que haga lo que se le exige. Por el contrario, una presión moderada (por ejemplo, imponiendo una multa coercitiva en el ámbito del Derecho administrativo) puede dar lugar a que un sujeto lleve a cabo una determinada conducta, pero con ello no tiene lugar un quebrantamiento de su voluntad interna e innata. La voluntad interna se quebranta por tanto en aquellos casos en los que el ser humano, al igual que una máquina, no puede actuar de una manera distinta, sino que debe ejecutar la acción que le ha sido ordenada –por ejemplo, la revelación de informaciones.<sup>204</sup>

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

## **5. Excepciones**

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

---

<sup>204</sup> De esta opinión, entre otros: WEILERT, cit., p. 158.

en parte incluso despiadadas, con medios en la mayoría de los casos igualmente despiadados que menoscababan de manera palmaria la dignidad del ser humano.

Ahora bien, una diferencia fundamental que afecta a casos como el que aquí se discute con respecto al clásico paradigma de la tortura es la existencia de una constelación triangular. Efectivamente, implicados en el caso «Jakob von Metzler» no sólo están el Estado y la persona detenida, sino el propio Estado (representado por los agentes Daschner y Ennigkeit), la persona detenida (Magnus Gäfgen) y la víctima (el pequeño Jakob). El tener en cuenta y considerar esta relación de carácter triangular impide una imagen unidimensional dirigida exclusivamente a atender los derechos de la persona detenida, poniéndose y debiéndose colocar en cambio dichos derechos en relación con la necesaria protección de la víctima. De este modo, no sólo se crea una base dogmática dirigida a considerar los derechos de la víctima de la acción cometida por el destinatario de la tortura estatal (o su amenaza), sino que al mismo tiempo se posibilita una diferenciación entre el caso «Jakob von Metzler» y, por ejemplo, la forma de actuar de los EE.UU. contra sospechosos de terrorismo que se encuentran detenidos.<sup>205</sup>

Pues bien, a partir de estas consideraciones, TRAPP plantea la siguiente cuestión, la cual resulta sin duda relevante desde un punto de vista ético: «¿Puede el Estado ofrecer a un sujeto, el cual dolosamente y (por lo menos moralmente) de forma culpable y por motivos viles ha puesto a terceras personas en una situación de grave peligro para su vida, actuando solo o en coautoría con otras personas, la alternativa de, bien ayudar a eliminar esa situación de emergencia cumpliendo con su obligación de reparación con respecto a la/s víctima/s y de esta manera dando a la policía la información necesaria, bien obligarle a ello mediante la utilización de una coerción física que sin embargo no dañe su salud de forma duradera?». <sup>206</sup>

Formulada de esta manera, la cuestión que se acaba de plantear en el párrafo anterior contiene todos los factores *éticos* fundamentales, los cuales, en su conjunto, insinúan su inequívoca afirmación. Sin embargo, según la *situación jurídica* vigente

---

<sup>205</sup> HERBST, cit., p. 32.

<sup>206</sup> TRAPP, Rainer (2006): *Folter oder selbstverschuldete Rettungsbefragung?*, Paderborn: Mentis Verlag, *passim*; EL MISMO (2006a), cit., p. 103.



actualmente en Alemania, esa misma cuestión debe ser contestada negativamente de forma tajante. En opinión de TRAPP, esta solución jurídica planteada en último lugar, aplicada en los dos ejemplos característicos que sin duda concretarían la «situación de grave peligro» a la que se hace referencia en la pregunta formulada –a saber, el escenario del «*ticking-time-bomb*» y aquellos casos de secuestros con víctimas inocentes–, conduciría sin lugar a dudas a consecuencias éticamente escandalosas.<sup>207</sup>

La situación legal vigente en la actualidad en el país germano obliga por decirlo así a que, llegado el caso, miles de víctimas deberían afrontar su muerte en el infierno de una explosión nuclear, o bien un niño o varios deberían sufrir una muerte por asfixia en el agujero donde se encuentran retenidos contra su voluntad, pero sin embargo no se le podría tocar ni un solo pelo al/los sujeto/s responsable/s de dichos actos que se niega/n a cooperar con la policía para eliminar esa situación de peligro. El origen de esta situación *legal* que para TRAPP conduce a implicaciones en absoluto justificables desde un punto de vista *ético* reside en la prohibición legal absoluta de la tortura, unida a una definición extensiva del propio concepto «tortura»:<sup>208</sup> Diversas normas contenidas en distintos Convenios internacionales, las cuales forman parte del Derecho interno alemán en virtud de lo dispuesto en el Art. 25 GG, prohíben categóricamente cualquier acto de tortura o incluso su amenaza a través de funcionarios públicos; lo cual es también ratificado por normas del Derecho constitucional y policial.

En opinión de TRAPP, lo que desde un punto de vista ético llama negativamente la atención es la siguiente «doble ceguera» que se desprende por ejemplo de la definición de tortura contenida en el Art. 1 CAT: (1) En primer lugar, la mencionada definición no realiza una distinción *ética* entre la utilización moderada de la violencia física, la cual no produce en el destinatario de la acción ningún tipo de secuelas corporales de carácter duradero, y aquellas formas de violencia excesiva de carácter cruel, las cuales conducen a graves y permanentes lesiones, mutilaciones, y en los casos más extremos incluso a la muerte del sujeto destinatario de las mismas. Por consiguiente, el Art. 1 CAT realiza una subsunción de innumerables métodos de coacción física en el mismo concepto de «tortura», lo que da lugar a que se equiparen *jurídicamente* conductas completamente distintas desde un punto de vista *ético*, algo que, según señala TRAPP, contraviene los más elementales criterios de justicia; (2) En

---

<sup>207</sup> TRAPP (2006a), cit., p. 104.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 105.

segundo lugar, el mencionado Art. 1 CAT denomina en su tenor literal no sólo una forma de actuación («causación de dolores»), sino también, al mismo tiempo, su finalidad fundamental («con el fin de obtener de ella [la persona torturada] o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras (...)). Sin embargo, en la mencionada disposición no se aporta dato alguno sobre la finalidad última que se encuentra en el trasfondo de esa actuación, por ejemplo a quién puede ayudar la obtención de una información o una confesión; algo que desde un punto de vista *ético* resulta fundamental para valorarla.<sup>209</sup>

Por tanto, la definición de tortura contenida en el Art. 1 CAT no diferencia entre aquella finalidad que puede consistir por ejemplo en coaccionar a una persona para que inculpe a un sujeto completamente inocente y éste sea condenado a muerte, y aquella otra finalidad, completamente distinta, que puede tener como objetivo el liberar a una víctima inocente de una situación de grave peligro para su vida como consecuencia de una conducta anterior éticamente injustificable, y que ha sido cometida por un sujeto que se encuentra en dependencias policiales.<sup>210</sup>

Precisamente esa falta de diferenciación en relación a los métodos de coerción física utilizados, así como con respecto a los objetivos de fondo que se persiguen al obligar a un sujeto a declarar, los cuales, como se ha visto, resultan relevantes desde un punto de vista ético, hacen que la definición de la tortura contenida en el mencionado Art. 1 CAT resulte para TRAPP éticamente inaceptable.<sup>211</sup>

No cabe duda de que la dignidad humana constituye un bien jurídico importantísimo desde una vertiente tanto jurídica como moral. Sin embargo, el colocar a la dignidad humana por encima de otro derecho fundamental, como por ejemplo la vida de una o varias personas imbuidas asimismo de dignidad, acarrea consecuencias absolutamente inaceptables desde un punto de vista ético. Francamente grotescas son las

---

<sup>209</sup> *Ibidem*, pp.105-106.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 107. Para el mencionado autor, resultaría preferible extraer del concepto de tortura aquellos casos de obtención de una declaración mediante la fuerza cuando dicha actuación tiene como objetivo fundamental eliminar una grave situación de peligro para la vida de un sujeto (auxilio necesario), subsumiendo la misma en otro concepto distinto. En este sentido, la solución más sencilla según TRAPP pasaría por la introducción y definición objetiva de un término autónomo destinado a acoger aquellas conductas de obtención de una declaración mediante la fuerza cuando las mismas tienen como objetivo salvar la vida de personas inocentes, llegando incluso a proponer la siguiente acepción: «interrogatorio final de salvación originado por el propio sujeto» (*selbstverschuldete finale Rettungsbefragung*).

implicaciones de esa especie de «idolatría a la dignidad humana». La mera conducta consistente en colocar al (presunto aunque altamente sospechoso) autor de un delito frente a la alternativa de, bien facilitar la información que permita salvar la vida de la víctima de *su* delito, bien ser obligado a ello mediante el uso de la fuerza, se considera desde una perspectiva jurídica una amenaza de tortura y con ello una lesión insoportable de la dignidad humana; algo que debe evitarse en todo caso, aun cuando ello conduzca a aceptar la muerte de miles de víctimas inocentes fruto de la acción del autor, o de un menor de once años encerrado en un minúsculo habitáculo. Por si esto fuera poco, también hay que resaltar la fijación unilateral en la dignidad del delincuente. No cabe duda de que el camino solitario hacia la muerte que debe emprender el sujeto que se encuentra retenido en un agujero contra su voluntad, o la muerte atroz de centenares de víctimas de un atentado terrorista, no pueden considerarse realmente formas dignas de acabar con la vida de seres humanos.

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

Aplicados a las constelaciones de casos que se discuten en el presente trabajo, los argumentos expuestos en el párrafo anterior darían lugar a la siguiente aseveración: El terrorista extorsionador tiene por un lado jurídicamente reconocido su derecho a no declarar, pero por otro lado los habitantes de una ciudad que se encuentran amenazados por la eventual explosión de una bomba no sólo tienen jurídicamente reconocido su derecho a la vida, sino también desde un punto de vista moral. Si se tiene en cuenta que

ambas normas no pueden ser cumplidas al mismo tiempo, una ponderación moral de las consecuencias que trae consigo cada una de las acciones conduce a lesionar una de las normas para cumplir con la otra (*tragic choice*). De este modo, el derecho del autor del delito a no declarar podría lesionarse mediante la amenaza o incluso la utilización de la violencia en aquellos casos en los que aquél no está dispuesto a revelar el lugar donde se encuentra escondida la bomba, posibilitando con dicha medida coactiva la salvación de las personas por él amenazadas.<sup>212</sup>

## 6. ¿Dignidad contra dignidad?

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

En realidad, no supone problema alguno construir constelaciones de casos en los cuales la dignidad humana del autor de un delito se contrapone a la dignidad de una, varias o un número considerable de víctimas inocentes. Para ello basta citar el caso expuesto en su día por Winfried BRUGGER, defensor acérrimo de la posibilidad de aplicar la tortura en determinados supuestos excepcionales:<sup>213</sup> Un terrorista ha escondido en una ciudad una bomba química con una carga mortal, habiendo activado el detonador. La policía, una vez ha conseguido detener al terrorista, puede únicamente evitar la masacre «haciendo hablar» al eventual autor de la misma. ¿Por qué –se preguntan los partidarios de aplicar la tortura en este caso excepcional– debe prevalecer aquí la dignidad del terrorista por encima de la dignidad de un número indeterminado de víctimas inocentes? En opinión de BRUGGER, aquí se está delante de una contradicción

---

<sup>212</sup> En los mismos términos: WELDING, cit., pp. 225-226.

<sup>213</sup> BRUGGER (2000), cit., pp. 165-166.

valorativa (*Wertungswiderspruch*), la cual, desde una perspectiva ética, únicamente puede solucionarse en perjuicio del infractor (terrorista).<sup>214</sup>

Es evidente que a esta afirmación no se le pueden en principio oponer argumentos en contrario. Podría ciertamente decirse que, en realidad, la activación de la bomba contribuiría a amenazar la vida de las víctimas potenciales, no así su dignidad humana.<sup>215</sup> Por tanto, en este caso no existiría un conflicto de bienes jurídicos de igual rango y de la misma naturaleza. Como se ha expuesto ya en párrafos anteriores, la dignidad humana –al contrario que sucede con la vida– constituye en Alemania un derecho fundamental de carácter intangible, por lo que estaría situado por encima de la vida del ser humano. Pero incluso cuando uno considera que la muerte cruel de cientos de personas a causa de una bomba química no supone que se menoscabe su dignidad como seres humanos, el supuesto que sirve de base para las siguientes reflexiones se podría, según ROXIN, modificar de la siguiente manera: Piénsese por ejemplo que la persona detenida se niega a decir a la policía, no dónde se encuentra la bomba, sino el lugar donde un compinche está torturando a una víctima inocente para que ésta le facilite la combinación de una caja fuerte. Para el maestro alemán, en este concreto caso la policía debería torturar al sujeto detenido para con ello preservar a la víctima de la tortura que está sufriendo. Aquí no puede por menos que afirmarse sin ambages la existencia de un menoscabo de la dignidad humana tanto del autor de la conducta motivo de las torturas como de la víctima que, teóricamente, posee la combinación de apertura de la caja fuerte.<sup>216</sup> Es decir, se estaría claramente ante una constelación «dignidad contra dignidad».

Visto desde una perspectiva formal hay que decir por tanto que la obligación del Estado de no lesionar la dignidad humana de un delincuente puede entrar en colisión con la obligación, también estatal, de salvaguardar la dignidad de la/s víctima/s. En opinión de ROXIN, esta particular constelación sugiere en principio la admisión excepcional de la utilización de la tortura: Si, llegado el caso, se debe atentar contra la dignidad de un sujeto, por lo menos que sea la del secuestrador o del terrorista.<sup>217</sup> Sin embargo, el propio ROXIN critica de forma vehemente este punto de vista. Efectivamente, el maestro alemán pone en claro que el ataque llevado a cabo por un determinado sujeto contra la dignidad humana de la víctima no legitima al Estado para,

---

<sup>214</sup> *Ibidem*, pp. 167-168.

<sup>215</sup> De esta opinión, entre otros: KRETSCHMER, cit., p. 108; MERTEN, cit., p. 407.

<sup>216</sup> ROXIN (2006), cit., pp. 208-209.

<sup>217</sup> *Ibidem*, pp. 208-209.

a su vez, atacar la dignidad humana del autor. El hecho de que el Estado no se ponga al mismo nivel que el delincuente muestra sin duda la superioridad jurídica y moral del primero.<sup>218</sup>

En parecidos términos, la Audiencia Provincial de Frankfurt a.M., encargada de enjuiciar la actuación de los agentes Daschner y Ennigkeit, se ocupó también de manera exhaustiva en su sentencia sobre la cuestión relativa a si la renuncia a aplicar la tortura contra el autor del secuestro o incluso su amenaza no constituía al mismo tiempo una lesión de la dignidad humana de la víctima. Para ello, el Tribunal hizo referencia a casos límite como los representados por ataques de naturaleza terrorista, en los cuales la protección de la dignidad del autor se encontraría confrontada con la protección de la vida y de la dignidad de miles de personas expuestas a una muerte casi segura.<sup>219</sup> Pues bien, también la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Frankfurt vio claro el vigente marco legal, el cual prohíbe de manera absoluta tanto la aplicación de la tortura como su amenaza, aunque eso sí, valoró de forma paralela los casos excepcionales objeto de discusión como teóricos supuestos límite, los cuales posiblemente chocan con las fronteras de la jurisprudencia en lo referente a su clasificación en una zona gris de carácter jurídico.<sup>220</sup> Para los magistrados de la citada Sala, en aquellos casos donde la posibilidad de elección entre los distintos medios con los que cuenta el Estado para cumplir con su obligación de protección frente a los ciudadanos se constriñe a un único medio, sólo puede elegirse aquél cuya aplicación se encuentre en armonía con la Constitución.

Ahora bien, ¿no podría llegar a afirmarse que la dignidad humana tiene limitaciones inherentes desde un punto de vista ético? Con respecto al caso que es objeto de análisis en el siguiente trabajo, la pregunta podría formularse de la siguiente manera: ¿cómo responde el Estado por la dignidad humana de la víctima del secuestro que, encerrada en un cuarto pequeño o en un zulo en medio del bosque, podría morir lenta y dolorosamente de sed e inanición? ¿Por qué el ordenamiento legal debe dar más valor a la dignidad del delincuente *culpable* que a la de la víctima *inocente*? ¿No es el

---

<sup>218</sup> ROXIN (2005), cit., p. 466.

<sup>219</sup> LG Frankfurt a.M., *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, p. 694. Véase también: PRANTL, Heribert (2006): «Sicherheitsfolter – Die diabolische Potenz der Angst in der Politik – und ihre gefährlichen Folgen», *Süddeutsche Zeitung*, edición de 11/12 de marzo.

<sup>220</sup> LG Frankfurt a.M., *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, p. 695.

secuestrador responsable del ataque y, por tanto, de sus consecuencias, incluso hasta el extremo de poder ser sometido a tortura? Después de todo, ¿no es él quien controla la situación y no es él quien podría evitar la amenaza física simplemente proporcionando la información requerida, mientras que la víctima no tiene ninguna otra opción que la de esperar a ser rescatada?

A partir de estas consideraciones, un sector doctrinal considera de forma acertada que en realidad no existe ninguna razón convincente para excluir *a priori* la justificación –siquiera moral– de una lesión de lo establecido en el Art. 1 apartado 1 GG cuando se trata de proteger la dignidad humana de otro sujeto de derecho. Así, por ejemplo, en casos de secuestro puede pensarse en situaciones en las que las fuerzas de seguridad (o los allegados de la víctima) se encuentran ante la alternativa de, bien lesionar la dignidad del secuestrador, bien dejar perdurar una lesión de la dignidad humana de la víctima del secuestro imputable al autor del mismo, y que muy probablemente puede acarrear la muerte de aquélla. En opinión de WITTRECK, aquí –y sólo aquí– podrían *posiblemente* considerarse como legítimas aquellas injerencias en la integridad del autor en el sentido de una colisión de obligaciones justificada.<sup>221</sup>

A modo de conclusión se puede entonces afirmar que el dogma relativo a la imponderabilidad de la dignidad humana resulta por lo menos insostenible desde una perspectiva ética, necesitando por tanto de una limitación cuando en el caso concreto se debe tener también en cuenta la dignidad humana de la víctima de la acción delictiva llevada a cabo por el destinatario de la violencia estatal.<sup>222</sup>

## **7. Obligación de respeto vs. obligación de protección**

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

---

<sup>221</sup> WITTRECK (2003), cit., p. 882.

<sup>222</sup> De la misma opinión: GÖSSEL, cit., p. 60; WAGENLÄNDER, cit., pp. 199-200; WITTRECK (2003), cit., p. 882.

Poniendo en relación lo establecido en el Art. 1 GG con supuestos límite como el representado por el caso «Jakob von Metzler», la cuestión a resolver es si el *respeto* de la dignidad del (presunto) secuestrador del pequeño Jakob debería gozar de prioridad con respecto a la *protección* de la dignidad de la víctima del secuestro, tal y como en principio parece deducirse del tenor literal del mencionado precepto constitucional. Y ello dando por sentado que con respecto al menor de 11 años, la acción cometida por su secuestrador daba lugar a menoscabar su dignidad como ser humano.

Quien de manera estrictamente formal afirma que el Estado debe únicamente proteger la dignidad humana siempre y cuando ello no de lugar a menoscabar la dignidad humana de otro sujeto, es evidente que no logrará convencer a los partidarios de permitir la tortura en casos excepcionales. Estos últimos afirmarán justamente lo contrario: La obligación estatal de respetar la dignidad humana únicamente alcanza a aquellos supuestos en los que al mismo tiempo no se omita la protección de la dignidad de otro/s.<sup>223</sup>

Para un sector doctrinal, el respeto (*Achtung*) de la dignidad del ser humano, así como su protección (*Schutz*), tal y como le han sido impuestas al Estado en virtud del Art. 1 apartado 1 GG, son obligaciones que tienen el mismo rango constitucional y se encuentran reguladas con el mismo valor una al lado de la otra. Por tanto, según esta interpretación, la obligación de respeto no goza de prioridad alguna.<sup>224</sup> Ambas obligaciones del Estado se encuentran contenidas en una norma de derechos fundamentales que no conoce de una reserva de ley. Pues bien, cuando el Estado no está en disposición de cumplir con una de las dos obligaciones sin al mismo tiempo evitar la lesión de la otra, se plantea la pregunta de cómo puede resolverse ese conflicto y de si se puede realmente solucionar. El considerar que el derecho del sujeto detenido a que se respete su dignidad humana tiene un carácter absoluto –tal y como defendió en su día la Audiencia Provincial de Frankfurt– supone contradecir la Norma Fundamental, la cual, en el repetido Art. 1 apartado 1 frase 2 GG, considera que las obligaciones de respeto y de protección de esa misma dignidad humana gozan del mismo rango.

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

---

<sup>223</sup> Véase al respecto: ROXIN (2006), cit., pp. 208-209, con bibliografía complementaria.

<sup>224</sup> De esta opinión, haciendo referencia expresa al caso «Jakob von Metzler»: GÖTZ, cit., p. 956; WITTECK (2003), cit., p. 880.



una forma cualificada de lesión de su dignidad humana, ya que tanto su derecho a la vida como también las circunstancias *indignas* de su encierro deben ser tenidas en cuenta. Al mismo tiempo debe lógicamente también incluirse en la ponderación de bienes la amenaza de tortura al sospechoso del secuestro (Magnus Gäfgen) para con ello conseguir la información relativa al paradero del niño secuestrado. No obstante, la importancia de esta segunda lesión de un derecho fundamental queda relativizada si se tiene en cuenta que el (presunto) autor podía sustraerse a dicha coerción física si revelaba el lugar donde se encontraba retenido el pequeño Jakob, debiendo también considerarse que dicha declaración no le supondría perjuicio procesal alguno, ya que la misma no podría ser valorada posteriormente en juicio a partir de lo previsto en el § 136a apartado 3 frase 2 StPO. Por consiguiente, y al contrario que en el caso de la víctima del delito, Magnus Gäfgen podía por sí mismo y sin perjuicio alguno llevar a cabo aquellas acciones necesarias dirigidas a proteger su dignidad. A partir de estos argumentos, este primer sector doctrinal afirma que en el concreto caso que se analiza, la dignidad humana de la víctima se encontraba considerablemente más afectada que la del autor, de modo que una coerción física inmediata contra el autor del delito con el objetivo de conseguir la información necesaria para salvar la vida de un ser humano no puede en modo alguno considerarse como una lesión de un derecho fundamental. El ámbito de respeto de la dignidad humana del secuestrador *ex Art. 1 GG* quedaría por consiguiente restringido en una situación como la descrita.<sup>225</sup>

Desde un punto de vista ético habría que considerar por tanto que el Art. 1 apartado 1 GG fundamenta para el Estado no sólo la prohibición de tratar a una persona detenida de forma que se lesione su dignidad, sino que al mismo tiempo establece una obligación de protección frente a aquellos sujetos que ven lesionada su dignidad como consecuencia de la actuación de terceras personas. Por consiguiente, en la situación descrita se enfrentan la dignidad de una persona imputada y la dignidad de la víctima de

---

<sup>225</sup> En sentido semejante: BRUGGER (2000), cit., p. 169; ERB (2005a), cit., pp. 26-27; HERDEGEN, cit., marginal núm. 45. Los primeros planteamientos en torno a esta problemática pueden ya encontrarse en una fase temporal anterior a la actual discusión en torno a la tortura. Así, fue VON WINTERFELD quien en el año 1972 formuló la idea de que con respecto a determinadas tipologías de autor y concretas figuras delictivas, una actuación que normalmente supondría un ataque a la dignidad del ser humano no contravendría sin embargo lo previsto en el Art. 1 apartado 1 GG. En lo relativo a la problemática en torno a la admisión del disparo mortal final por parte de la policía, el mencionado autor escribía lo siguiente: «El portador de una dignidad intangible sólo puede ser un individuo cuya existencia personal respeta los valores fundamentales del orden estatal». Véase: VON WINTERFELD, Achim (1972): «Der Todesschuß der Polizei», *Neue Juristische Wochenschrift* 1972, p. 1883.

un delito, de forma que ambos bienes jurídicos pueden y deben ser ponderados entre ellos.

Esta solución basada en la ponderación de intereses (*Abwägungslösung*), parte de la consideración de que la tortura en realidad supone una lesión de la dignidad humana, pero que, al mismo tiempo, el Estado viene obligado en virtud del Art. 1 GG a proteger la dignidad de sus ciudadanos. Por lo tanto, la obligación de respetar la dignidad humana y la obligación de protegerla serían dos conductas equivalentes situadas al mismo nivel. Aplicado este postulado al caso del secuestro explicado anteriormente, únicamente podría cumplirse con el deber de respeto o con el de protección, es decir, debería inevitablemente llevarse a cabo una ponderación de derechos, eligiendo razonablemente el derecho preponderante en el caso concreto: La vida de la víctima de un secuestro, unida a su dignidad como ser humano, constituyen un valor superior a la integridad física y psíquica, así como la dignidad del secuestrador. Por lo tanto, la tortura de rescate sería en este caso una medida éticamente justificada y, desde un punto de vista jurídico, conforme a derecho, y ello a pesar de la prohibición general de la tortura.<sup>226</sup>

Para un segundo sector doctrinal resulta del todo punto equivocado el argumento según el cual el Estado se encuentra en una situación de conflicto al lesionar la dignidad del niño que se encuentra en peligro si no se decide a menoscabar mediante la tortura la dignidad del autor. La razón estriba en que, del tenor literal del Art. 1 GG, no puede en modo alguno deducirse que la protección de la dignidad de la víctima debe anteponerse, siempre y en todo caso, al respeto de la dignidad del autor; y ello aunque dicho autor se haya trasladado voluntariamente a una situación éticamente reprochable.<sup>227</sup> Por tanto, en caso de conflicto debe prevalecer siempre la obligación de respeto por encima de la obligación de protección. Ello se deduce en parte –cimentado desde un punto de vista histórico– del orden en que ambos conceptos aparecen enunciados en el Art. 1 apartado 1 frase 2 GG. Con todo, CLASSEN considera que son más bien razones objetivas las que hay que tener en cuenta. La obligación de *respeto* (*Achtung*) contiene en sí misma una

---

<sup>226</sup> GÖSSEL, cit., pp. 54-55; WAGENLÄNDER, cit., pp. 199-200. Este último autor fundamenta su punto de vista en el argumento según el cual el Art. 1 apartado 1 GG aplica el concepto «intangible» de manera funcional tanto a la obligación de respeto como a la de protección, de modo que la obtención de una declaración mediante la fuerza para con ello salvar la vida de la víctima estaría justificada por razón de la mayor gravedad de la amenaza contra la dignidad de esta última.

<sup>227</sup> Véase en este sentido: CLASSEN, Claus Dieter (2009): «Die Menschenwürde ist – und bleibt – unantastbar», *Die Öffentliche Verwaltung*, pp. 694-695; KRETSCHMER, cit., p. 108.

orden de omisión: El Estado debe abstenerse de realizar cualquier acción que podría conducir a lesionar la dignidad de un ser humano. Aquí se está por tanto delante de menoscabos de la dignidad humana atribuibles de forma directa al Estado. En cambio, en la obligación de *protección* (*Schutz*) se está delante de un mandato consistente en una actuación positiva dirigida a garantizar que no se produzcan violaciones de la dignidad humana, las cuales en este caso no se atribuyen al (propio) Estado, sino más bien a otras personas (delincuentes) o a otros Estados (por ejemplo, en los casos de extradición). Esta distinta medida de la responsabilidad estatal –existiendo la misma en un caso de forma directa, mientras que en otro sólo de forma indirecta– se opone ciertamente a la consideración de una eventual equivalencia entre ambas obligaciones; eso sí, siempre y cuando se trata de proteger la dignidad humana.<sup>228</sup>

En opinión de KRETSCHMER, en el caso «Jakob von Metzler» (y en otros semejantes), no existe en realidad ningún tipo de conflicto con respecto a la dignidad humana, ya que, de manera equivocada, la vida se pone en pie de igualdad con la dignidad. Lo que hace el mencionado autor es considerar que los sufrimientos a los que eventualmente puede verse expuesta la víctima del secuestro para nada afectan a su dignidad como ser humano. Si el Estado se abstiene de aplicar una tortura que probablemente salvaría una vida, en ese caso no menosprecia la dignidad del niño. Justo lo contrario: No existe en modo alguno una obligación de protección por parte del Estado para conservar la vida de un ser humano que se encuentra amenazada, lesionando para ello la dignidad de un determinado sujeto.<sup>229</sup>

En parecidos términos, ROXIN considera que la obligación de respeto de la dignidad humana existe en realidad de forma ilimitada, mientras que la obligación de protección de esa misma dignidad existe únicamente dentro del marco legal permitido.

---

<sup>228</sup> CLASSEN, cit., pp. 694-695.

<sup>229</sup> KRETSCHMER, cit., p. 108. Para el mencionado autor, si uno quisiera otorgar al Estado el quebrantamiento de ese tabú, en ese caso se resolvería de un plumazo el problema de la falta de trasplantes, siendo por ejemplo posible no sólo el consecuente acceso a todas las personas muertas portadoras de órganos aprovechables, sino que también podrían imponerse por la fuerza transfusiones, incluso, llegado el caso, la donación de un riñón por parte de una persona viva. Es indudable que esta última medida afecta a la dignidad del «donante». Pero por otro lado se encontraría la dignidad del sujeto enfermo, la cual debería ser protegida por el Estado. Y teniendo en cuenta que con respecto a este último se encuentra en juego su vida, con respecto al «donante» en cambio únicamente la integridad corporal, la solución de esta ponderación de bienes resultaría clara y diáfana. Lo que en este caso olvida KRETSCHMER es que, a diferencia del «donante», la persona contra la cual el Estado aplica la denominada «tortura de rescate» es responsable de una actuación que pone en peligro la vida de la víctima que se intenta proteger, siendo aquélla la única capacitada para evitar esa situación de peligro actual.

Allí donde la protección de la dignidad humana sólo puede llevarse a cabo a través de la lesión de esa misma dignidad, entonces esa obligación de protección no puede en ningún caso ser cumplida.<sup>230</sup> Por consiguiente, ROXIN considera que la obligación estatal de respeto de la dignidad humana (*Achtungspflicht*) está por encima de la obligación (estatal) de protección (*Schutzpflicht*). De realizarse una interpretación contraria, ello daría lugar a abrir de par en par las puertas a una reintroducción de la tortura estatal, la cual en general podría ser utilizada para reprimir actividades constitutivas de una amenaza para la vida. Por otro lado, ROXIN rechaza también de plano la solución basada en la ponderación de intereses: Aun considerando la posibilidad de una eventual ponderación, ello no sería posible en ningún caso ya que las numerosas prohibiciones de la tortura no sólo no admiten una excepción, sino que más bien excluyen de forma expresa cualquier tipo de excepción. Así, por ejemplo, cuando el Art. 2 apartado 2 CAT señala que «[E]n ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura», entonces no puede en modo alguno afirmarse que en las circunstancias excepcionales existentes en el caso «Jakob von Metzler» debería admitirse la utilización de la tortura.<sup>231</sup>

Es evidente que el Estado tiene la obligación de proteger a aquellos ciudadanos que eventualmente pueden ser víctimas de una acción delictiva. En muchos aspectos, esa obligación constituye incluso una de las *raisons d'être* del Estado. Pero, al mismo tiempo, también resulta un elemento constitutivo del Estado de Derecho el que el Estado sólo puede cumplir con sus obligaciones –entre ellas la protección de sus ciudadanos– con los medios que le proporciona su ordenamiento jurídico-constitucional.<sup>232</sup> Por tanto, resulta indudable que cuando en una concreta situación el Estado se decide a utilizar la tortura, en ese caso abandona siempre y en todo caso el ámbito del Derecho; lo cual, sin embargo, no excluye que su actuación pueda estar justificada desde una perspectiva ética.

---

<sup>230</sup> ROXIN (2006), cit., p. 208.

<sup>231</sup> *Ibidem*, pp. 208-209.

<sup>232</sup> De la misma opinión: PRITZWITZ, Cornelius (2008): «Strafwürdigkeit und Strafbarkeit von Folter und Folterandrohung im Rechtsstaat», en: PUTZKE, Holm, *et al.* (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen: Mohr Siebeck, p. 537.

## 8. ¿Paralelismo de la «tortura de rescate» con el derribo de un avión de pasajeros secuestrado con fines terroristas?

En la problemática suscitada en torno al caso «Jakob von Metzler» se ha intentado comparar la figura de la «tortura de rescate» con el derribo por parte del Estado de un avión de pasajeros para defenderse frente a ataques terroristas; situación que fue en su día regulada legalmente en Alemania mediante el controvertido § 14 apartado 3 de la Ley de Seguridad Aérea (*Luftsicherheitsgesetz*, LuftSiG).<sup>233</sup> Mediante dicha disposición normativa se pretendía crear la base legal necesaria para, entre otras cosas, hacer frente al secuestro de una aeronave por parte de un comando terrorista suicida. Para ello, el apartado 3 de la mencionada disposición establecía de manera lapidaria lo siguiente: «La intervención directa mediante la fuerza armada sólo es admisible cuando las circunstancias permiten concluir que la aeronave va a ser utilizada para atentar contra la vida de seres humanos y esa intervención militar constituye el único medio para hacer frente a ese peligro actual».<sup>234</sup>

Por consiguiente, del tenor literal del controvertido § 14 apartado 3 LuftSiG se desprendía lo siguiente: Un avión de pasajeros secuestrado por un comando terrorista podía ser derribado por el ejército cuando las circunstancias del caso permitiesen concluir que dicha aeronave iba a ser utilizada como «bomba volante» para atentar contra la vida de un considerable número de personas. En este sentido, la *lógica* de la LuftSiG resultaba clara y diáfana: Para salvar la vida de un número considerable de seres humanos (los potenciales destinatarios del impacto de la aeronave) debía ser sacrificada la vida de unos pocos (los pasajeros y tripulación del aparato), aunque fueran centenares. Esto supone ni más ni menos que la realización de una mera ponderación cuantitativa. De este modo, el § 14 apartado 3 LuftSiG daba vía libre al Estado alemán para ocasionar la muerte directa, dolosa e indiscriminada de ciudadanos inocentes a bordo de una aeronave, para con ello salvar la vida de otros ciudadanos igualmente libres de toda culpa. Tanto el piloto que accionara el dispositivo para derribar el avión

---

<sup>233</sup> *Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben*, de 11 de enero de 2005 (BGBl. I, p. 78).

<sup>234</sup> Para un análisis en profundidad de esta problemática, véase: CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2011): «Caso de la Luftsicherheitsgesetz», en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Madrid: La Ley, pp. 919 y ss.

como el Ministro de Defensa (encargado de emitir la orden de derribo), debían quedar exonerados de cualquier tipo de responsabilidad penal.

En un principio, tanto en la constelación relativa a la «tortura de rescate» como en el supuesto referido al derribo de un avión de pasajeros se trata básicamente de instrumentalizar a seres humanos; ya sea el secuestrador o terrorista que ha sido detenido por la policía, ya sean los pasajeros y tripulación de un avión regular. Su en principio imponderable pretensión legal (a su integridad física y a su dignidad) se cuantifica y, puesta en la balanza con intereses contrapuestos, se liquida de forma utilitarista a favor del bienestar numérica o cualitativamente mayor. Podría afirmarse que en ambos supuestos se está atentando contra la idea fundamental de la dignidad humana de naturaleza intangible.

Pues bien, en su trascendental sentencia de 15 de febrero de 2006, dictada para resolver el recurso de inconstitucionalidad presentado contra el polémico § 14 apartado 3 LuftSiG, el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) declaró expresamente que, también en aquellos casos donde la posibilidad de elección entre los distintos medios con los que cuenta el Estado para cumplir con su obligación de protección frente a los ciudadanos se constriñe a la elección de un único medio, solamente puede elegirse aquél cuya aplicación se encuentre en armonía con la Constitución. Para el Alto Tribunal, la eventual autorización del derribo de un avión cuando éste va a ser utilizado como un arma (§ 14 apartado 3 LuftSiG) vulneraba la Constitución, al lesionar de manera flagrante lo dispuesto en el Art. 1 GG en lo relativo a la dignidad humana. En una situación así, el Estado trataba a los pasajeros del avión que va a ser derribado como «meros objetos de una acción de rescate para proteger a otros. (...) Un tratamiento como el descrito traería consigo un menosprecio de los afectados como sujetos provistos de dignidad y de derechos inalienables».<sup>235</sup> Por consiguiente, el BVerfG llegó a la conclusión de que el § 14 apartado 3 LuftSiG conducía a una «cosificación y a la privación de derechos» de los pasajeros y miembros de la tripulación, disponiendo el Estado unilateralmente de la vida de esas personas, y sacrificándola en aras a la salvación de otras vidas igualmente dignas de protección.

---

<sup>235</sup> BVerfGE 116, 118 (154).

Con ello se ponía seriamente en cuestión la condición del ser humano como sujeto de derechos que han de ser respetados.<sup>236</sup>

Por tanto, el BVerfG ha venido considerando en todo caso la existencia de una lesión de la dignidad humana en aquellos supuestos en los que un sujeto es degradado a un mero objeto de la actividad estatal. En la mencionada sentencia de 15 de febrero de 2006, el Alto Tribunal hizo depender la cuestión relativa a una eventual degradación de las personas afectadas por ese eventual derribo a un mero objeto de la actividad estatal – algo desde luego incompatible con la protección de la dignidad humana– de las circunstancias del caso concreto: «Cuándo se da un trato así es algo que debe ser determinado en cada caso teniendo en cuenta la situación específica en la que puede tener lugar ese conflicto».<sup>237</sup> Según la acertada interpretación del BVerfG, aquellas personas que, bien siendo la tripulación o bien los pasajeros, no han tenido «influencia alguna» en la causación del suceso que da lugar al derribo de la aeronave, son afectadas realmente en su dignidad como personas: «Un trato así menosprecia a las personas afectadas como sujetos con dignidad y con derechos inalienables. Al utilizarse su muerte como medio para salvar la vida de otros, tanto la tripulación como los pasajeros son cosificados y al mismo tiempo desposeídos de derechos».<sup>238</sup> Algo distinto sucedería por el contrario en el caso de que los únicos tripulantes de la aeronave fueran los miembros del comando terrorista. En este caso, nada impediría al Estado a llevar a cabo el derribo del avión acudiendo a la figura del «disparo mortal final». Efectivamente, al ser los terroristas los únicos responsables de secuestrar la aeronave y transformarla en un «arma homicida» para ocasionar la muerte de centenares de seres humanos, una medida destinada a eliminar a los autores de dicha acción sería, a juicio del Tribunal, congruente no sólo con el mandato constitucional, sino incluso también con un eventual «auxilio necesario».<sup>239</sup> Por consiguiente, para el Alto Tribunal, el Estado estaría legitimado para menoscabar el derecho a la vida de un sujeto que, libre y voluntariamente, decide atentar contra los bienes jurídicos fundamentales de cualquier persona.

---

<sup>236</sup> BVerfGE, 1 BvR 357/05, núms. 121 y 124.

<sup>237</sup> BVerfGE, *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, p. 758.

<sup>238</sup> BVerfGE, *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, p. 758.

<sup>239</sup> BVerfGE, *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, p. 759.

Pues bien, como cabía esperar, los partidarios de la vía de la ponderación de intereses, analizada anteriormente, apoyan sus argumentos fundamentalmente en este último punto de la sentencia del BVerfG de 15 de febrero de 2006 sobre la compatibilidad de la LuftSiG con el Texto constitucional. Así, y si bien se sigue considerando que el legislador constitucional germano colocó conscientemente la dignidad humana en la cúspide de los derechos fundamentales, declarándola como un bien indisponible, lo cierto es que –como se ha visto– el BVerfG diferencia en su sentencia relativa al § 14 apartado 3 LuftSiG entre la dignidad del causante de la situación de peligro (en concreto, los terroristas y secuestradores de la aeronave) y la dignidad de los no-causantes de esa situación (concretamente, los pasajeros y la tripulación del avión), ya que el Alto Tribunal considera que el derribo de un avión de pasajeros constituye una lesión de la dignidad humana únicamente con respecto a aquellas personas que, bien como tripulación, bien como pasajeros, no han tenido «influencia alguna» en la causación del acontecimiento que provoca la acción destructiva del Estado.<sup>240</sup> La situación de los terroristas, los cuales son responsables del peligro, se correspondería en cambio con aquélla en la que se encuentra un secuestrador, el cual –hay que recordar– puede ser obligado a retroceder a los límites de la esfera jurídica sobrepasada con su acción, incluso mediante la medida conocida como «disparo mortal final».<sup>241</sup>

La simple lógica que aparentemente se puede deducir de esa argumentación parece dar la razón a los partidarios de la utilización de la tortura: dignidad humana vs. dignidad humana. En un estadio como el descrito debe producirse una ponderación, en el transcurso de la cual las obligaciones de protección por parte del Estado a favor de la víctima prevalecen y, en sentido contrario, el interés en el respeto de la dignidad de aquellos sujetos que han originado esa situación de peligro se sitúa en un segundo plano. Este argumento desemboca por tanto en la afirmación según la cual la tortura de rescate supone, en realidad, una modalidad especial del disparo mortal final contemplado en las distintas leyes de policía alemanas.<sup>242</sup>

---

<sup>240</sup> BVerfGE, *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, p. 760.

<sup>241</sup> De esta opinión, entre otros: BRUGGER (2000), cit., p. 168; MIEHE, Olaf (2003): «Nochmals: Die Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 17, p. 1219.

<sup>242</sup> De la misma opinión: JÄGER (2008), cit., p. 544.



En el polo opuesto, otro sector doctrinal considera que entre el derribo de un avión de pasajeros para defenderse frente a ataques terroristas y la denominada «tortura de rescate» transcurre realmente una línea divisoria, la cual exige una valoración ético-jurídica distinta bajo el aspecto de la dignidad humana.<sup>243</sup> Es evidente que en ambos casos se trata de instrumentalizar a seres humanos, ya sean los pasajeros de un avión regular, ya sea el secuestrador o terrorista que ha sido detenido por la policía. Tal y como se ha señalado anteriormente, su imponderable pretensión legal (a su integridad física y a su dignidad) se cuantifica y, puesta en la balanza con intereses contrapuestos, se liquida de forma utilitarista a favor del bienestar cuantitativa o cualitativamente mayor. En ambos supuestos se está atentando contra la idea fundamental de la dignidad humana de naturaleza intangible.

Sin embargo, existe una disparidad de las finalidades con las que se lleva a cabo el ataque en uno y otro caso, lo cual, se considera, hace necesario diferenciar también entre los bienes jurídicos afectados: En el caso de los pasajeros del avión, el menoscabo de su integridad corporal se muestra como una consecuencia accesoria ineludible de un medio con el cual se debe imponer la concreta prohibición dirigida a los terroristas, a saber, el utilizar el avión secuestrado como arma de destrucción masiva. En el efecto coercitivo corporal –tanto para los terroristas como para los pasajeros afectados (sin ser estos últimos responsables de la acción delictiva)– se agota completamente la injerencia incluso en relación a su propia finalidad.<sup>244</sup> Por el contrario, la tortura de rescate, en tanto la misma se sirva de un ataque a la integridad corporal de un sujeto, no se dirige exclusivamente a la mera omisión de una conducta dañina como consecuencia inmediata de la acción violenta. Aquí, el menoscabo de la integridad corporal se pretende como una especie de finalidad transitoria, ya que más allá del efecto de la coerción –la cual despliega daños corporales e incluso psíquicos– se debe conseguir algo más, a saber, una conducta positiva y «sensata» del sujeto torturado en forma de una información sobre el lugar donde se encuentra retenida la víctima o donde se halla escondida la bomba, lo cual posiblemente puede salvar la vida de personas inocentes.<sup>245</sup>

---

<sup>243</sup> Véase, por todos: ENDERS, Christoph (2005): «Die Würde des Rechtsstaats liegt in der Würde des Menschen. Das absolute Verbot staatlicher Folter», en: NITSCHKE, Peter (Ed.), *Retningsfolter in modernem Rechtsstaat? Eine Verortung*, Bochum: Kamp, pp. 138-139.

<sup>244</sup> *Ibidem*, pp. 138-139.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 139.

## 9. Posicionamiento de la doctrina científica en torno a la «tortura de rescate»

Como ya se indicó al comienzo del Capítulo II, fue Jeremy BENTHAM quien hacia 1770 se posicionó a favor de admitir la tortura en casos excepcionales, proponiendo al respecto la observación de unas estrictas reglas –sobre todo de carácter material– respetadas las cuales podría llegar a admitirse la tortura por parte del sistema penal de manera excepcional y limitando, eso sí, su aplicación a una serie de delitos de especial gravedad.<sup>246</sup> Para el mencionado autor, los supuestos susceptibles de justificación debían quedar limitados a los casos en que, o bien se exige a alguien que haga algo que el interés público requiere y que, con seguridad, está en su mano realizar, o bien se le obliga a algo que probablemente, aunque no con certeza, puede hacer, y que, por ser tan grande el interés público involucrado, de omitirlo estaría justificada la imposición de un sufrimiento, pues el peligro derivado de su inactividad sería mayor que el de que una persona inocente sufriera el grado mayor de sufrimiento que puede ser impuesto por una tortura de la clase y cantidad permitida.<sup>247</sup>

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

Tal y como indican William L. y P.E. TWINING en su comentario a los escritos de BENTHAM, no cabe duda de que en el ejemplo extremo del detenido X, el cual ha colocado una bomba que va a explotar de un momento a otro y que se niega a indicar a la policía dónde se encuentra aquella –ejemplo frecuentemente planteado en alguna de sus variantes para discutir el problema de la posible justificación excepcional de la tortura– su aplicación resultaría plenamente admisible desde la perspectiva *benthamiana*, si: (1) la prueba de que el sujeto dispone de la información relevante fuera de entidad bastante como para condenarle en juicio; (2) hubiera suficientes razones para creer que diría la verdad si se le amenazara con la tortura o, en su caso, si se le torturara; (3) concurrieran igualmente elementos suficientemente demostrativos de que: a) ningún

---

<sup>246</sup> Véase al respecto la nota núm. 20 del trabajo.

<sup>247</sup> TWINING, William L./TWINING, P.E. (1993): «Bentham on Torture», *Jeremy Bentham: Critical Assessments*, (Ed. Bhikhu PAREKH), Vol. II, London: Routledge, p. 519.

otro medio lograría compelerle a decir la verdad; b) la rápida obtención de la información permitiría desactivar a tiempo el artefacto; c) el posible daño individual causado a las víctimas sería en cualquier caso muy superior al producido sobre el detenido con la aplicación de la tortura; d) de la utilización de la tortura no habría que inferir (por ejemplo, por represalias de los compañeros de X) consecuencias peores que el daño potencialmente derivado de la explosión de la bomba.<sup>248</sup>

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

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

Si a esto se unen las objeciones que pueden suscitarse desde perspectivas ético-jurídicas a las que repugna el tratamiento de las personas como medios y no como fines en sí mismas, o centradas en el absoluto menosprecio que un empleo hasta incluso excepcional de la tortura supone de la integridad del sistema procesal y hasta del propio proceso democrático, cuyos valores fundamentales (derecho a no declarar contra sí mismo, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*...) lesiona y destruye, no cabe, en opinión de DE LA CUESTA ARZAMENDI, otra solución –para con ello evitar toda duda al respecto– que obrar por una normativa expresa de prohibición incondicional, que elimine toda posibilidad de justificación jurídica de la tortura, incluso excepcional y puntual.<sup>249</sup> Sin embargo, como se verá a continuación, dicha controversia dista mucho de estar solucionada de manera definitiva en el caso de Alemania.

---

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 514.

<sup>249</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (1989): «¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional», en: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *et al.* (comp.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, pp. 703-704. Lo cual, para el mencionado autor, no excluye, sin

En el país germano, el discurso ético-filosófico sobre la cuestión relativa a la prohibición o admisión de la tortura comenzó a mediados de la década de 1970. Así, el entonces Presidente del *Land* de Baja Sajonia, Ernst ALBRECHT, publicó en el año 1976 una monografía titulada «El Estado. Idea y realidad. Fundamentos de una filosofía estatal». En la misma, su autor defendía la opinión de que la tortura podría resultar *moralmente obligatoria* para prevenir una acción terrorista. Para ello, ALBRECHT se servía de un experimento de carácter ideal al cual se suele acudir a menudo, y mediante el que se podía crear un escenario susceptible de relativizar la prohibición absoluta de la tortura. Así, se trataba de plantear una situación de grave peligro –por ejemplo, la amenaza con utilizar armas de destrucción masiva– a partir de la cual debía considerarse que la aplicación de medidas encuadrables dentro de la tortura constituía el único y último medio para conjurar esa situación de peligro. En concreto, ALBRECHT presentaba en su trabajo el caso siguiente: «Si por ejemplo se confirmara que un determinado círculo de personas dispone de modernas armas de destrucción masiva y que está dispuesto a utilizarlas con finalidades delictivas en un plazo corto de tiempo, y teniendo en cuenta, además, que este propósito sólo puede ser desbaratado si se consigue descubrir a tiempo el lugar donde se encuentran esas personas, en ese caso puede resultar necesario desde un punto de vista ético el obligar incluso con la tortura a que un miembro del mencionado círculo de personas facilite esa información, siempre y cuando ésa sea realmente la única posibilidad de impedir ese crimen indecible».<sup>250</sup> Como puede fácilmente adivinarse, aquí se está delante de una constelación típica donde podría ubicarse la denominada «tortura de rescate».

En un contexto como el descrito, ALBRECHT considera que uno no podría sino hacer aquello que en principio se encuentra prohibido y que a la vez constituye un tabú, a saber, aplicar la tortura. Se trataría así fundamentalmente de «una verdadera decisión de carácter ético, de una ponderación de valores con el objetivo de reconocer y cumplir con el valor posiblemente máximo, es decir, lo bueno».<sup>251</sup> Lo sorprendente del caso es que ALBRECHT no reclamaba dicha exigencia en la sección dedicada a analizar el «Estado real», sino más bien en aquélla destinada a presentar el «Estado ideal». A partir

---

embargo, que en los supuestos en que de la rigurosa aplicación de la ley resulte penado lo que a juicio del Tribunal no debiera serlo, puedan emplearse los mecanismos conocidos por toda la legislación penal (incluso hasta la proposición de medidas de gracia) para con ello evitar la sanción.

<sup>250</sup> ALBRECHT, cit., p. 174.

<sup>251</sup> *Ibidem*, p. 174.

de lo explicado, el mencionado autor afirma en su obra la posibilidad de contemplar la necesidad extralegal de torturar, más allá por tanto de los postulados del Derecho constitucional. En supuestos excepcionales como el descrito, esta necesidad u obligación aparecería como una forma de «moralidad» (*Sittlichkeit*) no susceptible en principio de ser legitimada, pero que con una evidencia incontestable probaría la conveniencia de relativizar la prohibición de torturar. En opinión de ALBRECHT, en estos casos no cabría por tanto otorgar a la dignidad del ser humano el peso que los textos legales le atribuyen.<sup>252</sup> Hay que decir que, posteriormente, y en reacción a una campaña en su contra iniciada por parte de la sección alemana de Amnistía Internacional, ALBRECHT decidió retirar los pasajes comprometidos de su obra en una segunda edición de la misma.

Pues bien, veinticinco años más tarde, el profesor de Filosofía del Derecho y de Derecho Constitucional en la Universidad de Heidelberg, Winfried BRUGGER, defendió en un artículo publicado en la prestigiosa revista *Juristenzeitung* la tesis según la cual los ciudadanos amenazados por una acción terrorista tenían un derecho subjetivo a utilizar la tortura –bien directamente, bien a través de las fuerzas policiales– contra aquellos sospechosos detenidos por la policía a los que se les imputaba por lo menos una complicidad con los verdaderos autores de la acción terrorista, y ello en el caso de que mediante su declaración se pudiera realmente conjurar la amenaza.<sup>253</sup>

En concreto, los casos que BRUGGER puso sobre la mesa para justificar la admisión de la «tortura de rescate» presentaban las siguientes características: «Existe un (1) claro, (2) inmediato, (3) y considerable peligro para (4) la vida y la integridad física de una persona inocente. (5) El peligro ha sido causado por un sujeto que ha sido identificado. (6) Ese sujeto es la única persona que puede eliminar el peligro si decide retornar a los límites del derecho (...) (7) algo a lo que ese sujeto se encuentra obligado. (8) La aplicación de la coacción física se presenta como el único medio que permite abrigar esperanzas de cara a conseguir la información».<sup>254</sup>

---

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>253</sup> BRUGGER (2000), cit., p. 171.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 167.

El propio BRUGGER niega rotundamente que su teoría conduzca a un debilitamiento general de la prohibición de la tortura, sino a justamente a lo contrario: «mediante la especificación y extracción de un grupo de casos, en los cuales la prohibición absoluta de la tortura conduciría a resultados absurdos e injustos, en definitiva, a un “escándalo ético”, lo que se conseguiría sería fortalecer la mencionada prohibición».<sup>255</sup> En opinión de este autor, una prohibición absoluta de la tortura resulta «injusta» en casos por ejemplo de amenaza terrorista de grandes dimensiones. El mantener dicha prohibición conlleva a minar la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico concebido como un sistema de libertad y seguridad recíprocas. En determinadas constelaciones de casos se está delante de una «integridad corporal frente a otra integridad corporal y de una dignidad contrapuesta a otra dignidad». Y cuando un conflicto de estas características no se puede solucionar de otro modo, entonces el Estado, en caso de duda, y como último recurso, debería anteponer los intereses de la víctima por encima de los del autor.<sup>256</sup> En este sentido, BRUGGER establece la existencia de lo que él denomina «vacío de valoración» (*Wertungslücke*) en la metodología jurídica.<sup>257</sup> Para BRUGGER, un vacío valorativo puede vislumbrarse claramente en el ejemplo del «*ticking time bomb*», ya que mientras que el Derecho vigente permite al Estado acabar con la vida de un sujeto en determinadas situaciones que se van a analizar a continuación, en cambio, en el escenario presentado por BRUGGER, ese mismo Estado «se coloca de parte del infractor».<sup>258</sup> En consecuencia, dicho autor pretende cerrar ese, en su opinión, existente vacío valorativo abogando en favor de la «tortura de rescate», decidiéndose acudir para ello al principio de la efectiva prevención de peligros.

En opinión de BRUGGER, la a primera vista clara prohibición de la tortura se encuentra sin embargo en evidente contradicción con otras reglas pertenecientes a la normativa policial, las cuales, en ocasiones, permiten amplias e intensas injerencias en la esfera jurídica de los autores de conductas delictivas. En este sentido, la contradicción

---

<sup>255</sup> *Ibidem*, pp. 171-172.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>257</sup> Bajo el concepto de «vacío de valoración» o «vacío de evaluación» (*Bewertungslücke*) se encuentra comprendida una constelación en la cual el ordenamiento jurídico pone a disposición una determinada norma, llevando a cabo, por consiguiente, una determinada valoración jurídica, la cual, sin embargo, contradice a otra norma del ordenamiento jurídico. Este «vacío valorativo» podría superarse jurídicamente a través de una «reducción teleológica» del ámbito de aplicación de la norma. Véase al respecto: BRUGGER (2000), cit., pp. 165 y 167.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 169.

más grave sucede con la admisión en Alemania del denominado «disparo mortal final» o «disparo de rescate final» (*finaler Rettungsschuss*), al cual ya se hizo referencia al comienzo del presente capítulo: la muerte por ejemplo de un secuestrador para salvar la vida de los rehenes. En este sentido, el § 54 apartado 2 de la Ley de Policía del *Land* de Baden-Württemberg señala lo siguiente: «Un disparo que casi con toda seguridad producirá la muerte sólo resulta admisible cuando aquél constituye el único medio para reprimir un peligro actual para la vida o bien un peligro actual de una lesión grave de la integridad corporal». Pues bien, en opinión de BRUGGER, en la situación descrita se ponen de manifiesto dos principios susceptibles de trasladarse a la problemática de la tortura: Por un lado, la policía tiene encomendada la tarea de repeler y eliminar peligros de forma efectiva, mientras que por otro lado tiene también la obligación de «proteger la ley y el derecho, así como de contener a aquellos sujetos que pretendan rebasar los límites de la ley y el derecho».<sup>259</sup> En ese caso, ¿por qué se prohíbe la tortura aplicada con la finalidad de conseguir una determinada información, mientras que, al mismo tiempo, se permite la muerte del autor de un delito?

Para evitar la existencia de esas contradicciones valorativas (*Wertungswidersprüche*), BRUGGER propone reducir teleológicamente las normas nacionales e internacionales que establecen la prohibición de la tortura, pero únicamente con respecto a aquellos supuestos en los que concurren los ocho criterios expuestos anteriormente.<sup>260</sup>

En este sentido, BRUGGER defiende en un trabajo posterior la necesidad de llevar a cabo una reducción de la prohibición de la tortura contenida en la normativa internacional, realizando para ello una interpretación del Art. 3 CEDH en relación con lo establecido en el Art. 2 CEDH.<sup>261</sup> Así, el apartado 1 de esta última disposición prohíbe en principio al Estado la muerte de seres humanos. No obstante, el apartado 2 del repetido Art. 2 CEDH determina una limitación: «La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) para garantizar la defensa de

---

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>260</sup> Con el concepto de «reducción teleológica» se designa a aquel método de interpretación jurídica, a través del cual la consecuencia jurídica prevista en una determinada norma no se aplica a pesar de que el sentido literal de la norma en cuestión abarcaría el concreto supuesto de hecho.

<sup>261</sup> BRUGGER (2005), cit., pp. 112-113. Para este autor, el Art. 3 CEDH supuso esencialmente una reacción contra los sistemas políticos autoritarios y totalitarios, los cuales tradicionalmente se servían del instrumento represivo de la tortura. Sin embargo, el legislador no estaba pensando en aquellas constelaciones de casos en las que un actor privado amenaza la vida y la dignidad de otro u otros sujetos.

una persona contra una agresión ilegítima». En una aplicación directa, el Art. 2 CEDH afecta únicamente a muertes como la ocasionada a través del disparo mortal final, no así al hecho de doblegar la voluntad de un sujeto mediante la coacción por parte del Estado. La tortura concebida como un medio del poder estatal se excluye específica y categóricamente mediante el Art. 3 CEDH. Sin embargo, en opinión del propio BRUGGER, esta última disposición es demasiado abstracta e indeterminada: La norma es concebida de tal manera como si entre el aprendiz de torturador nazi y el policía, el cual únicamente puede salvar la vida de un secuestrado mediante la utilización de la coacción física, no existiese diferencia alguna desde un punto de vista jurídico y moral. Esto es algo que en absoluto puede convencer.<sup>262</sup> El Art. 3 CEDH no incluye en la ponderación normativa el hecho de que el secuestrador ha sobrepasado voluntariamente los límites del Derecho, teniendo por tanto la obligación de eliminar el peligro y revelar el lugar donde se encuentra la víctima. El Art. 3 CEDH pasa por alto que la víctima no puede hacer otra cosa que no sea sufrir y soportar lesiones a su dignidad humana; que el secuestrador tiene la sartén por el mango. A partir de estas consideraciones, el mencionado jurista afirma que la solución más justa y, desde el punto de vista de la técnica jurídica, más acertada, radica en llevar a cabo una concordancia entre los Arts. 2 y 3 CEDH. En ese caso, la idea directriz del Art. 2 apartado 2 CEDH debe conducir a una reducción del ámbito de aplicación del Art. 3 CEDH cuando se dan casos de conflicto inevitables entre la vida y la dignidad de un sujeto con la vida y la dignidad de otro, teniendo en cuenta que esta última disposición resulta más específica con respecto al medio prohibido. De este modo, BRUGGER llega a proponer incluso una nueva redacción del mencionado Art. 3 CEDH, cuyo tenor literal quedaría configurado en los siguientes términos: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Una tortura o un trato semejante a la tortura no se considerará como una lesión del presente artículo cuando la misma constituya el único medio para reprimir un peligro actual para la vida o bien un peligro actual de una lesión grave de la integridad corporal de un tercero y se dirija contra el causante de ese peligro».<sup>263</sup>

Trasladando los argumentos expuestos por BRUGGER al caso «Jakob von Metzler», la relativización de la prohibición de la tortura estaría fundamentada a partir de dos ponderaciones: (1) la ponderación de la vida del rehén (Jakob von Metzler)

---

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 113.



frente a la dignidad del sujeto sospechoso (Magnus Gäfgen); (2) la ponderación de la dignidad del rehén frente a la dignidad del sospechoso. En opinión de BRUGGER, la vida constituye el objeto de protección más importante de la Constitución, ya que la misma supone el requisito indispensable de la dignidad de una persona: Sin vida no puede haber dignidad. La tremenda importancia con la que el ordenamiento jurídico valora la protección de la vida se muestra con claridad en el instituto del «disparo mortal final» por parte de la policía: Cuando en el Derecho policial alemán se admite la muerte del secuestrador que amenaza de forma inmediata la vida del rehén para con ello salvar a este último, en ese caso señala BRUGGER que, en determinadas constelaciones de casos, debe poder admitirse la tortura de un sospechoso para con ello salvar la vida de la víctima, ya que dicha medida, al afectar únicamente a la dignidad de la persona, resulta desde luego menos drástica e invasiva que el ocasionar la muerte. Por consiguiente, la dignidad de un sujeto sospechoso debe pasar a un segundo término, priorizándose en su lugar la vida de la víctima.<sup>264</sup> Por otra parte, según se establece en el Art. 1 apartado 1 frase 2 GG, el poder público tiene la obligación de respetar y proteger la dignidad del ser humano. Pues bien, si a la hora de considerar la admisión de la tortura de rescate se encuentran enfrentadas la dignidad del sospechoso autor del secuestro y la dignidad de la víctima, BRUGGER considera que aquí debe prevalecer en todo caso la obligación del Estado de proteger la dignidad de la víctima, ya que la dignidad de un ser inocente tiene más peso que la dignidad de un sospechoso potencialmente culpable de una acción delictiva. Es por ello que la prohibición de la tortura debe sufrir una especie de reducción teleológica en los casos de tortura de rescate.<sup>265</sup>

En el contexto descrito, el propio BRUGGER atisba otro argumento ético de peso contra el carácter absoluto de la prohibición de la tortura: La víctima del secuestro, cuya amenaza a su integridad corporal, su vida y su dignidad podría ser eliminada por la policía, pero que no lo hace como consecuencia de la prohibición absoluta de la tortura, actúa por decirlo así como una especie de «escudo humano» para una buena finalidad, a saber, el esperado –aunque inseguro– mantenimiento del respeto general de la prohibición de la tortura. Por consiguiente, la víctima se utiliza por el aparato estatal como un medio, no como un fin. En opinión de BRUGGER, ello conduce inexorablemente a una lesión de la dignidad humana con respecto a la víctima, al no

---

<sup>264</sup> BRUGGER (2000), p. 169.

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 168; EL MISMO (1996), cit., pp. 80-81; EL MISMO (2003), p. 8.

hacer valer el Estado su obligación de protección que se contempla en el Art. 1 apartado 1 GG. No cabe duda de que la aplicación de la tortura daría lugar a lesionar la dignidad del secuestrador, pero en una situación como la descrita en la que se encuentran enfrentadas dignidad contra dignidad, el ordenamiento jurídico puede y debe ponerse de parte de la víctima, exigiendo al autor la revelación del escondite. Cuando las normas jurídicas excluyen una opción como la descrita, entonces hay que afirmar la existencia de un Derecho injusto o de un «no Derecho», de modo que el Estado de Derecho se encuentra en vías de disolverse.<sup>266</sup>

BRUGGER era consciente de los riesgos que desde una perspectiva tanto ética como político-jurídica acarreaban sus postulados. Por ello pretendía reducir la aplicación de la tortura a casos excepcionales. Tal y como aseguraba, la tortura debía constituir una excepción. No obstante, la lógica de la argumentación con situaciones límite conduce necesariamente a que las competencias especiales con las que se dota a la policía para actuar en una situación extrema se vayan ampliando continuamente a nuevas situaciones que se consideran semejantes. Por consiguiente, de una situación excepcional se pasa finalmente a un amplio ámbito límite, en el cual la tortura aplicada para la prevención de un peligro debe resultar admisible. A partir de lo dicho, no es casualidad que el razonamiento llevado a cabo por BRUGGER desemboque en la propuesta dirigida a «especificar y extraer un grupo de casos, en los cuales la prohibición absoluta de la tortura conduciría a resultados absurdos e injustos».<sup>267</sup>

Las fronteras de esta zona virtual donde actúa ese régimen especial no pueden ser determinadas de manera precisa. No obstante, existen razones suficientes para pensar –de forma un tanto sarcástica– que se trataría de una «zona en continua expansión», en la cual la línea divisoria entre lo permitido y lo prohibido se desplazaría continuamente aduciendo para ello el postulado de la defensa frente a peligros. Esto es algo que resulta válido no sólo en relación a las posibles constelaciones de casos, sino también con respecto a la intensidad de las medidas encuadrables dentro de la tortura, ya incluso en lo relativo al abanico de sujetos potencialmente destinatarios de la violencia estatal.

---

<sup>266</sup> BRUGGER (2005), cit., pp. 115-116.

<sup>267</sup> BRUGGER (2000), cit., pp. 171-172.

Si bien las tesis presentadas en su día por BRUGGER no tuvieron en principio eco alguno en la doctrina científica, lo cierto es que las mismas han ido encontrando sus primeros adeptos en las últimas fechas.<sup>268</sup> Entre los partidarios de los argumentos expuestos por BRUGGER hay que destacar la figura de Volker ERB, Profesor de Derecho penal y procesal en la Universidad de Maguncia. En distintos trabajos aparecidos en relación al caso «Jakob von Metzler», tanto en revistas especializadas como en la prensa alemana escrita, el mencionado autor ha expuesto sobre todo estas dos razones, las cuales, según él, se opondrían a la vigente prohibición de la tortura sin restricciones posibles.<sup>269</sup> (1) En primer lugar habría que tener en cuenta que la obligación de respetar la dignidad humana en las relaciones de los ciudadanos entre ellos no goza desde luego de la misma pretensión de vigencia absoluta que en el caso de la relación entre el Estado y los ciudadanos; (2) En segundo lugar, la negativa a utilizar la tortura o su amenaza contra el autor de la situación de peligro conduce a que el Estado lesione la dignidad humana de la víctima de esa situación, de forma que existe un conflicto entre la dignidad humana del autor y la perteneciente a la víctima; conflicto que únicamente puede resolverse dejando el Estado que las cosas sigan su curso. A partir de los argumentos expuestos, ERB no pretende institucionalizar la tortura de rescate desde un punto de vista jurídico-público, sino que más bien se muestra partidario de renunciar a una sanción frente al sujeto que aplica la tortura para con ello mantener la vida y la dignidad de la víctima del secuestro.<sup>270</sup> Para el mencionado autor, tanto la CEDH como la CAT no serían de aplicación en una situación como la descrita, ya que aquí el agente de policía (Wolfgang Daschner) intervendría como una persona privada, por lo que en este caso no se vería afectada la relación entre el Estado y los ciudadanos. Además, partiendo del sentido y la finalidad de las disposiciones contenidas en ambos instrumentos legislativos, la «tortura de rescate» no estaría abarcada por el contenido típico de los mencionados preceptos.<sup>271</sup>

---

<sup>268</sup> Tras los fatídicos atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 cometidos en EE.UU. ya no resulta descabellado hablar de un «caso extremo», es decir, de un ejemplo espantoso que nunca se ha dado en la realidad.

<sup>269</sup> Véase al respecto: ERB (2005), cit., pp. 149 y ss.; EL MISMO (2005a), cit., pp. 24 y ss.; EL MISMO (2004): «Nicht Folter, sondern Nothilfe», *Die Zeit*, edición de 9 de diciembre, p. 15; EL MISMO (2005b), cit., pp. 593 y ss.; EL MISMO (2006): «Folterverbot und Notwehrrecht», en: LENZEN Wolfgang (Ed.) (2006): *Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte*, Paderborn: Mentis, pp. 19 y ss.

<sup>270</sup> ERB (2005b), cit., p. 601.

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 602. También de la misma opinión: JEROUSCHEK, cit., p. 300.

Para ERB, la concepción según la cual la prohibición de la tortura supone en sí misma un valor absoluto, el cual en cualquier circunstancia y sin tener en cuenta las terribles consecuencias que ello acarree debe imponerse en cada caso concreto de forma activa frente a cualquier otro interés legítimo, incluida la dignidad humana de la parte contraria, constituye una discutible posición valorativa situada fuera de categorías jurídicas. Además, la idea de que una imposición sin condiciones de la mencionada prohibición supone la mejor protección del mencionado principio ante potenciales erosiones, constituye una mera especulación.<sup>272</sup> A este nivel, uno podría replicar lo siguiente: La prohibición de la tortura está situada en el fundamento de la *humanidad*. El utilizar la amenaza con sanciones penales contra un sujeto (el agente de policía) que actúa en auxilio necesario para impedir la muerte cruel de la víctima de un secuestro o de un atentado terrorista, aunque ello sólo sea posible mediante la utilización de la violencia física contra el autor de la amenaza, constituye para ERB algo sencillamente *inhumano*. Por ello, en este caso se le priva de su sentido material a la imposición de la prohibición de la tortura. ¿Puede uno dañar un principio de forma más duradera que obligando a su cumplimiento también en aquellos casos donde su finalidad originaria se convierte en justo lo contrario?<sup>273</sup>

Otro autor a destacar, el cual puso en jaque a la legalmente establecida prohibición absoluta de la tortura, es Matthias HERDEGEN. En este sentido, el proceso dirigido a desbaratar el carácter intangible de la dignidad humana plasmado en el Art. 1 apartado 1 GG vivió su punto más álgido en el año 2003 a través del nuevo comentario realizado a la mencionada disposición por parte de Matthias HERDEGEN, y que precisamente se encontraba recogido en la obra de referencia del Derecho constitucional alemán: el Comentario a la Norma Fundamental alemana editado por MAUNZ-DÜRIG.<sup>274</sup> Así, el análisis del Art. 1 apartado 1 GG, cuyo primer autor fue Günther DÜRIG y el cual había marcado durante más de 50 años tanto el discurso constitucional en Alemania sobre la garantía de la dignidad humana como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, fue sustituido y modificado por el nuevo comentario realizado por Matthias HERDEGEN, Profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Bonn.

---

<sup>272</sup> ERB (2005a), cit., p. 30.

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>274</sup> HERDEGEN, Matthias (2003): «Art. 1 Abs. 1», en: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günther, *Grundgesetz. Loseblatt Kommentar*, 42. Ergänzungslieferung, München: Verlag C.H. Beck.

Lo relevante es que este autor rompe drásticamente con la garantía absoluta de la dignidad humana, estableciendo en su lugar una vía abierta a la ponderación. En concreto, HERDEGEN se posiciona en contra de una interpretación de la dignidad humana como una «garantía intangible». De ello se deriva que en una concreta situación «la amenaza o la causación de un daño de carácter corporal, la superación de cualquier forma del control de la voluntad o bien la exploración de procesos de carácter instintivo no lesionan el derecho a la dignidad cuando ello se lleva a cabo con la finalidad de salvar una vida».<sup>275</sup> Mediante la crítica que HERDEGEN realiza al carácter pre-positivo de la dignidad humana, se despoja a este principio constitucional de carácter fundamental de su contenido ético-espiritual, convirtiéndose en una norma de naturaleza jurídico-subjetiva que puede, por tanto, ser ponderada cuando entra en colisión con otros derechos fundamentales. Pues bien, lo que HERDEGEN desde luego no podía prever, lo había materializado Daschner en el año 2002.

Al contrario que la forma comparativamente tradicional de proceder por parte de BRUGGER, la cual lleva a una relativización de la intangibilidad de la dignidad humana a partir de la demostración de vacíos de valoración, HERDEGEN escoge sin embargo una estrategia argumentativa radicalmente distinta. Así, utilizando un modelo de protección de la dignidad escalonado o en fases, el mencionado autor distingue por un lado entre ataques al «núcleo de la dignidad» de carácter intangible, y ataques al «ámbito de protección suplementario» de la misma dignidad humana, concebida ésta como de naturaleza tangible y, por lo tanto, abierta a una eventual ponderación, por otro. Únicamente cabría excluir de esa ponderación el estrecho ámbito perteneciente al «núcleo de la dignidad» (*Würdekern*), al cual se afectaría con la existencia de una acción la cual, según el modo y manera en la que la misma se ejecuta, atentaría contra la dignidad humana. Un ejemplo de esto último vendría constituido por hechos como el genocidio o la deportación masiva de seres humanos. También considera que existen medidas las cuales, sólo por razón de la finalidad perseguida con las mismas, suponen un atentado contra la dignidad humana (por ejemplo, la discriminación racial). Sin

---

<sup>275</sup> HERDEGEN, cit., marginal núm. 45. La modificación realizada del Art. 1 apartado 1 GG en el Comentario editado por MAUNZ/DÜRIG provocó que un constitucionalista de renombre se viera por decirlo así obligado a publicar un artículo de opinión en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, cuyo título describe sin duda alguna ciertas tendencias percibibles a la hora de abordar distintos problemas de la realidad actual, como son la bioética o los derechos de las personas penalmente imputadas: «La dignidad humana era intangible». Véase al respecto: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (2003): «Die Würde des Menschen war unantastbar», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, núm. 204, edición de 3 de septiembre, p. 33.

embargo, HERDEGEN afirma que el ámbito de aquellos tratos que, bien desde la perspectiva de los medios utilizados, bien desde la finalidad perseguida, conllevan una intromisión en el «núcleo de la dignidad», es relativamente pequeño.<sup>276</sup> Con respecto al resto de medidas que, llegado el caso, pueden afectar a la dignidad humana, no puede decirse que constituyan de forma automática una lesión de la misma. Más bien en estos casos debería averiguarse y concretarse en el marco de una «apreciación de conjunto de tipo valorativo» el alcance que debería tener el derecho a la dignidad en la concreta situación. Es en el ámbito de ese denominado «recinto del concepto» (*Begriffshof*) donde, según HERDEGEN, la valoración de una eventual lesión de la dignidad de la persona depende de la relación existente entre los medios empleados y los fines perseguidos.<sup>277</sup>

Lo explicado en el párrafo anterior trae consigo que, para HERDEGEN, no todo ataque a la dignidad humana regulada en el Art. 1 GG supone obligatoriamente una lesión de la misma.<sup>278</sup> En su opinión, conviene de nuevo reiterar que «en un caso particular puede resultar que la amenaza o la causación de un daño corporal (...) no supone una lesión del derecho a la dignidad cuando dicha acción tiene la finalidad de salvar una vida».<sup>279</sup>

Con respecto a la cuestión relativa a la eventual admisión de la tortura, HERDEGEN niega que ésta suponga siempre y en todo caso un ataque al ámbito de respeto y protección de la dignidad humana, tal y como se encuentra recogido en el Art. 1 GG: «En un principio se puede defender desde un punto de vista puramente modal una lesión de la dignidad humana a través de la tortura y otros maltratos corporales de carácter grave, así como ulteriores formas de ataque corporal dirigidas a controlar la conducta (por ejemplo, mediante la administración de drogas), y ello sin tener en cuenta la finalidad perseguida con dichas acciones. Únicamente en algunos casos excepcionales convenientemente delimitados, la finalidad perseguida (protección de la vida y de la integridad de terceras personas) puede excluir una lesión de la dignidad».<sup>280</sup>

---

<sup>276</sup> HERDEGEN, cit., marginal núm. 43.

<sup>277</sup> *Ibidem*, marginal núm. 43.

<sup>278</sup> *Ibidem*, marginales núm. 43 y 45.

<sup>279</sup> *Ibidem*, marginal núm. 45.

<sup>280</sup> *Ibidem*, marginal núm. 47.

A partir de los postulados expuestos en los párrafos anteriores, la pregunta que inmediatamente se plantea es a qué concreto ámbito atribuye HERDEGEN la tortura para evitar una situación de peligro. Al respecto hay que decir que, en relación a la denominada «tortura de rescate», HERDEGEN estrecha metodológicamente aún más el núcleo de la dignidad, señalando lo siguiente: «La problemática de estas injerencias se soslaya en los casos en que cada ejecución de una medida dirigida a doblegar o controlar la voluntad se juzga de forma puramente modal, calificándola siempre como una lesión de la dignidad».<sup>281</sup> Manifiestamente incómodo con la posibilidad de que, a partir de la opinión por él defendida, se exponga finalmente el núcleo de la dignidad a una eventual ponderación, HERDEGEN se desvía en un segundo nivel de fundamentación abogando por la admisión de la tortura para evitar situaciones de peligro de naturaleza excepcional. Para el mencionado autor, este tipo de coerción física o psíquica constituye esencialmente una modalidad de tortura que diferenciaría según la «dignidad» del sujeto individual. En este sentido, HERDEGEN habla de una «concreción del derecho a la dignidad que se encuentra inmanente en la norma».<sup>282</sup> Ésta no significa una ponderación con otros bienes de rango constitucional, sino que la medida del respeto debido en virtud de la (siempre invariable) dignidad humana se determina más bien según la conducta anterior de cada sujeto en cuestión. Trasladando esta argumentación al caso «Jakob von Metzler», habría que concluir afirmando que el debido respeto a la dignidad del secuestrador quedaría en un segundo plano, ya que la conducta anterior desplegada por el autor del secuestro (y posterior asesinato) del pequeño Jakob le haría *indigno* de reclamar el respeto de su *dignidad* como ser humano por parte del Estado que le mantiene detenido.

A nadie escapa que los argumentos presentados en los párrafos anteriores, y que fueron en su día introducidos en el debate teórico para relativizar la vigencia total y absoluta de la tortura con respecto a la constelación relativa a la «tortura de rescate», han sido objeto de duras críticas en Alemania por parte de un sector doctrinal mayoritario.

Así, a pesar del profundo estudio de la problemática de la tortura realizado por BRUGGER a lo largo de sus contribuciones, un análisis pormenorizado de los distintos

---

<sup>281</sup> *Ibidem*, marginal núm. 45.

<sup>282</sup> *Ibidem*, marginal núm. 45.

argumentos presentados en su día por el jurista alemán, en particular la existencia, según él, de un «vacío de valoración», así como la equiparación del instituto de la «tortura de rescate» con el «disparo mortal final», da lugar a que no pocos autores consideren que los mismos carecen absolutamente de fundamento.

En opinión de SALIGER, las tesis presentadas por BRUGGER no logran en absoluto convencer.<sup>283</sup> La Ley Fundamental alemana coloca a la garantía de la dignidad humana en la cúspide del texto normativo (Art. 1 GG), la cual, al contrario que sucede con el derecho fundamental a la vida (Art. 2 apartado 1 GG), no está sometida a reserva de ley alguna que eventualmente pudiera limitarla. En este sentido podría recordarse la admisión de muertes en tiempo de guerra o en legítima defensa, o bien la regulación legal de determinadas formas de eutanasia. El hecho de que la protección de la vida por parte del Estado no tenga un carácter absoluto lo demuestran también las prohibiciones de realizar de manera forzosa transfusiones de sangre o bien extracciones de órganos: Incluso cuando se trata de salvar la vida de un conciudadano, el Estado no puede obligar a nadie a donar sangre o a poner a disposición alguno de sus órganos.<sup>284</sup> En parecidos términos se posiciona SCHILD. Para este último autor, BRUGGER mantiene una comprensión errónea del concepto de la dignidad humana, el cual el citado autor engrana de forma tan estrecha con el derecho a la vida recogido en el Art. 2 apartado 2 GG, de modo que la dignidad se convierte en un valor susceptible de ser ponderado con otros. Sin embargo, la dignidad humana no puede ser de esta manera transformada, aun cuando se pretenda mantener su más alto y absoluto rango dentro de la jerarquía de valores.<sup>285</sup> Además, esa valoración máxima que se hace del derecho a la vida contraviene la expresa limitación que se establece en el propio apartado 2 del Art. 2 GG («Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley»), y ello sin contar con que lo contrario tendría consecuencias en relación a otros problemas de índole

---

<sup>283</sup> SALIGER, cit., pp. 46 y ss.

<sup>284</sup> *Ibidem*, pp. 46-47, con bibliografía complementaria. De la misma opinión: CLASSEN, cit., p. 693: «Difíciles problemas de delimitación aparecen sobre todo con respecto a la relación de la dignidad humana con el derecho a la vida. Por un lado, este último derecho se encuentra garantizado de forma autónoma en el Art. 2 apartado 2 GG, regulándose incluso bajo una reserva de ley; por otro lado, la vida se presenta como la base vital de la dignidad humana. De modo particular, toda posibilidad de autodeterminación del ser humano finaliza cuando se produce su muerte. Precisamente por ello, si uno no quiere poner en duda la diferenciación sistemática que la Norma Fundamental hace entre las dos garantías, en este caso debe inclinarse la balanza hacia el derecho a que se respete la dignidad humana. Si este derecho se menoscaba a causa de una muerte, entonces esa muerte lesiona no sólo el derecho a la vida, sino también la dignidad. Sin embargo, no en toda causación de una muerte puede afirmarse la existencia de una lesión de la dignidad humana».

<sup>285</sup> SCHILD (2005), cit., pp. 70-71, con bibliografía complementaria.



jurídico, los cuales no pueden ser tolerados: Así, por ejemplo, se podría obligar a alguien a donar sangre cuando ello diera lugar a salvar una vida, o bien se le podría extraer a una persona moribunda un órgano necesario para salvar la vida de otra.<sup>286</sup> Por esta regla de tres, también podría ser torturado un testigo o un cómplice.

Siguiendo con los argumentos expuestos por SALIGER, tampoco logra convencer la ponderación de la dignidad del secuestrador con la dignidad de la víctima. BRUGGER desconoce en este caso que la obligación del Estado de no lesionar de forma activa la dignidad humana resulta más poderosa que la obligación de proteger a esa dignidad frente a terceros. Y es que generalmente tiene un peso más considerable la lesión de una prohibición de actuar que el no cumplimiento de una obligación de actuar. Esto es algo que se corrobora si se tiene nuevamente en cuenta la prohibición de llevar a cabo transfusiones de sangre de manera forzosa o de realizar extracciones de órganos. A esto debe añadirse un aspecto de carácter colectivo: No puede vislumbrarse el modo y manera en que el Estado puede cumplir conforme a Derecho su obligación de protección en los casos aquí discutidos.<sup>287</sup>

---

<sup>286</sup> Como ya se indicó anteriormente, resulta indudable que todas estas medidas afectan a la dignidad del «donante». Pero por otro lado se encontraría la dignidad del sujeto enfermo, la cual debería ser protegida por el Estado. Y teniendo en cuenta que con respecto a este último se encuentra en juego su vida, con respecto al «donante» en cambio únicamente la integridad corporal, la solución de esta ponderación de bienes resultaría clara y diáfana. Ahora bien, a diferencia del «donante», la persona contra la cual el Estado aplica la denominada «tortura de rescate» es responsable de una actuación que pone en peligro la vida de la víctima que se intenta proteger, siendo aquélla la única capacitada para evitar esa situación de peligro actual.

<sup>287</sup> SALIGER, cit., pp. 47-48. En parecidos términos se posicionan PIEROTH y SCHLINK en su manual de derechos fundamentales. Para ello exponen el siguiente ejemplo, el cual a continuación utilizan para negar un conflicto «dignidad contra dignidad»: «A y B secuestran al empresario I, el cual tiene problemas de corazón. Los secuestradores exigen a los allegados de I una gran cantidad de dinero. I se encuentra en un grave peligro de muerte, ya que debido a su situación no puede tomar los medicamentos prescritos. Si bien las exigencias de los secuestradores han sido cumplidas, el proceso de entrega del rescate y la consiguiente liberación de la víctima dura un tiempo considerable, de modo que la ayuda en forma de medicamentos es posible que llegue tarde. B, entre tanto detenido por la policía, sabe dónde A mantiene retenido a I, pero se niega a revelar ese dato a la policía. Con el objetivo de salvar la vida de I, la policía decide utilizar la violencia física para lograr que B hable ¿Infringe esa conducta el Art. 1 apartado 1 GG?». En opinión ambos autores, una justificación constitucional del modo de proceder de la policía no puede basarse ciertamente en la protección de I. Por tanto, en este caso resultaría equivocado admitir una colisión entre la dignidad de B y la dignidad de I, sacrificando la del primero de ellos. No cabe duda de que el Estado está obligado a proteger la vida a partir de lo establecido en el Art. 1 apartado 1 GG en relación con el Art. 2 apartado 2 frase 1 GG. Pero el modo y manera en que el Estado cumple con esa obligación no se encuentra señalado en la Constitución, sino que más bien «debe ser por él mismo decidido bajo su propia responsabilidad». Por el contrario, la prohibición de lesionar la dignidad humana es algo a lo que viene obligado el Estado de manera incondicional. Con respecto a la víctima I se encuentra amenazada únicamente la vida, no la dignidad: «La delincuencia, incluso aquélla que atenta directamente contra la vida de las personas, es sin duda un azote para cualquier sociedad, pero no supone especialmente un ataque a la dignidad humana». Véase al respecto: PIERROT, Bodo/SCHLINK, Bernhard

Por otro lado, la idea de permitir la tortura y al mismo tiempo mantenerla dentro de unos límites jurídico-legales resulta en sí contradictoria para un amplio sector doctrinal. Así, según BIELEFELDT, esta posibilidad se encuentra condenada al fracaso ya que la lógica de una defensa frente a peligros a cualquier precio, la cual hace que en determinados casos excepcionales se le puedan «apretar las clavijas» a un terrorista, da lugar a que si éste se niega a facilitar la información que de él se espera, ello conduzca a aplicar métodos cada vez más expeditivos.<sup>288</sup> Esto hace que, más allá de la estricta prohibición de la tortura, no se dé ciertamente una línea fronteriza de carácter moral o jurídico, la cual pudiera resistir la presión de una exclusiva política de la prevención de peligros. Quien, aunque sea una sola vez, se ha decidido a ignorar los límites de la prohibición de la tortura en aras a la prevención de un peligro, habrá sobrepasado ya de manera implícita cualquier frontera de tipo normativo.

Según señala atinadamente ROXIN, puede afirmarse con rotundidad que el secuestrador lesiona la dignidad humana de la víctima; como por lo demás hacen también la mayoría de los delincuentes. Pero esto no legitima al Estado para, por su parte, atacar la dignidad del autor. Ello es debido a que su superioridad moral frente al delincuente consiste precisamente en que el Estado no se sirve de los mismos métodos que este último. Si al Estado se le prohíbe cualquier tipo de infracción de la dignidad humana, y con ello también la utilización de la violencia física y/psíquica, entonces lógicamente no puede existir a su vez una lesión de la dignidad humana cuando se omiten medidas encuadrables dentro de la tortura. Es verdad que el Estado está obligado a proteger lo más ampliamente posible la vida y la dignidad de sus ciudadanos. Pero ello sólo en la medida de lo posible: Esa protección puede únicamente ser facilitada dentro de aquellos límites que le han sido impuestos al Estado de Derecho en su actuación. Y, fuera de esos límites, la prohibición de la tortura se encuentra sin duda en el punto más alto.<sup>289</sup>

Ciertamente, en el caso de la tortura no se trata de limitar (por ejemplo, maniatando o esposando) o incluso en el caso extremo –como sucede con el disparo

---

(2002): *Grundrechte. Staatsrecht II*, 18ª Ed., Heidelberg: C.F. Müller, previo al marginal núm. 394 y marginal núm. 366.

<sup>288</sup> BIELEFELDT (2006a), cit., pp. 111-112.

<sup>289</sup> ROXIN (2005), cit., p. 466.

mortal final— impedir mediante medidas policiales la libertad de acción de un sujeto, concebida como manifestación física de su voluntad. Por el contrario, la dirección a la que apunta la tortura consiste precisamente en utilizar estratégicamente la vulnerabilidad física y psíquica de una persona para *quebrantar directa e inmediatamente su libertad volitiva interna*. Por todo ello hay que afirmar que la tortura implica la negación directa de la subjetividad del ser humano y, con ello, de su dignidad.<sup>290</sup>

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

Pues bien, en este sentido, gran parte de la doctrina alemana critica la equiparación que BRUGGER realiza entre la tortura de rescate aplicada para salvar una vida y el denominado «disparo mortal final».<sup>291</sup> Así, en contra de lo que hace BRUGGER, no resulta acertado el recurso al disparo mortal final, ya que las constelaciones no son ciertamente comparables. En el caso del disparo mortal final se está delante de una situación en la que el autor está plenamente identificado, existiendo un claro y evidente peligro para la/s víctima/s (por ejemplo, el atracador de un banco abandona el edificio con un rehén al que apunta con una pistola); por el contrario, con respecto a la tortura —e independientemente de las pruebas e indicios encontrados por la policía— se está delante de un mero sospechoso, por lo que no se puede saber a ciencia cierta si la persona detenida dispone realmente de la información que puede salvar a la/s víctima/s. Por otra

---

<sup>290</sup> En los mismos términos: BIELEFELDT (2007), cit., p. 12.

<sup>291</sup> Así, por ejemplo: GEBAUER, cit., pp. 1407-1408; KINZIG (2003), cit., pp. 805 y ss.; SALIGER, cit., pp. 45 y ss.; SCHILD (2005), cit., pp. 70-71.

parte, en el caso del disparo mortal final, la medida policial puede eliminar de inmediato el peligro proveniente del atacante, produciéndose por tanto un concreto resultado positivo *in situ*. Algo distinto sucede en cambio en el caso de la tortura. Aquí existe una plétora de inseguridades en torno a si la tortura puede realmente conducir a eliminar la amenaza de peligro. En este sentido, no sólo es discutible que a la hora de aplicar la tortura se tenga la completa seguridad de tener delante a la persona causante de la situación de un «claro, inmediato y considerable peligro», en la terminología empleada por BRUGGER, sino también la certeza de que exista realmente el peligro para el bien jurídico que se intenta proteger.<sup>292</sup> Además, mientras que la utilización del arma por parte de la policía a menudo se lleva a cabo en un lugar abierto al público –lo cual ayuda a contener el peligro de un abuso o de una motivación intensificada del agente que actúa– el interrogatorio tiene lugar casi siempre de puertas hacia adentro. El peligro por tanto de que en situaciones realmente tensas el agente encargado del interrogatorio tienda a afirmar de manera precipitada los requisitos de la tortura de rescate es, en estos casos, mucho mayor. Esta circunstancia se ve refrendada si se echa un vistazo a las consecuencias de la medida estatal en uno y otro caso. Efectivamente, ya *ex ante* sabe el agente de policía que se verá obligado *ex post* a responder por las heridas ocasionadas al sujeto pasivo, o incluso de su muerte, como consecuencia de haber hecho uso de su arma reglamentaria en el contexto del disparo mortal final. Por el contrario, los métodos de tortura se caracterizan en la mayoría de los casos por no dejar en el sujeto torturado ninguna huella visible. Si, desde un punto de vista retrospectivo, esos métodos no traen consigo la información que se pretendía, el autor de la tortura siempre tendrá mayores posibilidades de mantener en secreto –o incluso negar– su aplicación, al no existir lesiones visibles en la víctima.<sup>293</sup> Por último, y lo que es más importante, en el caso de la tortura se lesiona la dignidad del sujeto pasivo, algo que no ocurre en la situación del disparo mortal final.<sup>294</sup> Y es precisamente en este punto donde se encuentra la diferencia cualitativa central: La tortura reduce a la persona afectada a un objeto de información determinado por el dolor corporal, suprimiéndose su personalidad a través del ataque

---

<sup>292</sup> En este sentido hay que tener en cuenta que en el caso «Jakob von Metzler» la víctima ya había muerto en el momento en el que se contempló la posibilidad de aplicar la tortura contra el sujeto detenido, si bien la policía desconocía absolutamente este extremo.

<sup>293</sup> Aquí conviene recordar sin embargo que en el caso «Jakob von Metzler», el agente Daschner incorporó una diligencia al acta del interrogatorio en el que hacía constar la amenaza de torturas proferida contra el sujeto detenido. Y todo ello para que el Ministerio Fiscal considerase o no su relevancia penal.

<sup>294</sup> Cfr. al respecto: WELSCH, cit., p. 485. Sólo por esta razón pueden existir países que, a pesar de reconocer la dignidad del ser humano, regulan en sus ordenamientos jurídicos la pena de muerte.

físico-psíquico.<sup>295</sup> Por el contrario, en la constelación del «disparo mortal final» no se produce la sumisión procedimental de un sujeto bajo una voluntad ajena. Expresado en la terminología *kantiana* podría afirmarse que el sujeto torturado ya no constituye un fin en sí mismo, sino más bien un medio para otros y para la consecución de otro fin.<sup>296</sup>

En relación a los argumentos expuestos en su día por HERDEGEN con respecto a la limitación de la dignidad humana en determinadas constelaciones de casos, un sector doctrinal considera que en un principio podría afirmarse que la diferenciación entre el núcleo de la dignidad y el recinto del concepto presenta sus ventajas: Con el núcleo de la dignidad permanece en todo caso un ámbito fundamental de la dignidad humana, el cual resulta intangible, pero al mismo tiempo se abre un espacio para una eventual ponderación con otros bienes igualmente legítimos. No obstante, lo problemático de esta interpretación es sin duda la determinación de qué es lo que pertenece a ese ámbito nuclear y qué es lo que se encuentra situado en su periferia. Precisamente la tortura debería constituir un clásico ejemplo de una lesión de ese ámbito nuclear de la dignidad humana (algo que sin duda no aclara el propio HERDEGEN). Si en este caso se abre la posibilidad de una ponderación, WEILERT considera entonces que la subdivisión en «núcleo de la dignidad» y «recinto del concepto» resultaría del todo punto baldía.<sup>297</sup>

## 10. Conclusiones

Tras las reflexiones realizadas a lo largo de los epígrafes anteriores parece claro que debe mantenerse a toda costa una prohibición absoluta de la tortura sin excepción posible, y ello tanto desde un punto de vista político como jurídico. Sin embargo, desde

---

<sup>295</sup> Al mismo resultado llega el BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, p. 657: «La utilización de la tortura transforma a la persona interrogada en un mero objeto de la lucha contra el crimen, lesionando su derecho social de respeto y valoración de su persona, protegidos constitucionalmente, y destrozando requisitos fundamentales de la existencia individual y social del ser humano».

<sup>296</sup> Para un análisis de la relación entre el derecho a la dignidad y el derecho a la vida véase: FROWEIN, Jochen (1990): «Freiheit von Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe nach der Europäischen Menschenrechtskonvention», en: MATSCHER, Franz (Ed.), *Folterverbot sowie Religions- und Gewissensfreiheit im Rechtsvergleich*, Kehl am Rein: N.P. Engel, p. 69: «La muerte, incluso la muerte violenta, no le priva a una persona de su dignidad. En cambio, la tortura sí que le puede privar de la misma, ya que la tortura constituye en realidad el ataque más intenso a la dignidad humana. Por todo ello resulta consecuente que desde la Segunda Guerra Mundial, la totalidad de los textos que hacen referencia a los derechos humanos prohíban de forma absoluta y sin excepción la tortura y el trato inhumano. Por el contrario, la pena de muerte viene siendo prohibida sólo en los últimos años a través de convenios adicionales».

<sup>297</sup> WEILERT, cit., pp. 162-163.

una perspectiva moral parece estar justificado que, en casos perfectamente delimitados, un delincuente podría, bien ser amenazado con la utilización de la coerción física contra su persona, bien ser víctima directa de esa coerción por parte del Estado. La admisibilidad moral no existe por el hecho de que un delincuente tenga menos dignidad que una o varias víctimas, sino porque cualquier persona –y por tanto también el delincuente– posee la ilimitada obligación moral de, según las propias posibilidades, salvar la vida de personas que se encuentran en grave peligro. Y ello, con mayor motivo, cuando existen sólidos indicios que indican que ese determinado sujeto es el causante de esa situación de peligro que amenaza la vida de una, varias o cientos de personas.

En un principio no existe ninguna finalidad que pueda ser alcanzada de manera adecuada mediante el uso de la tortura. Pero, ¿no resulta problemático este resultado teniendo en cuenta el caso «Jakob von Metzler»? ¿No significaría esto estar a merced de una tragedia del todo punto arcaica, al dejar escapar a ojos vista la vida de un menor que ha sido secuestrado para con ello mantener vigente un principio que rige de forma absoluta, y cuya lesión significaría a lo sumo ocasionar al secuestrador un par de molestias? ¿No se comporta el Derecho aquí de nuevo como condescendiente con el delincuente y demasiado despiadado con la víctima? El hecho de que se planteen todas estas preguntas deja entrever que se está produciendo una especie de cambio de perspectiva. Es posible que muchos en Alemania asocien la tortura a regímenes dictatoriales como el Nacionalsocialismo, el cual, con la ayuda de un órgano especial como fue la GESTAPO, «hacia hablar» a los opositores políticos, para con ello asegurar y expandir su propio poder. Pero, ¿no se encuentra situado el supuesto que aquí se discute en un contexto radicalmente distinto? En este caso no existe un Estado o un partido político deseoso de mantener su poder persiguiendo a minorías u opositores al régimen, sino que lo que se pretende más bien es salvaguardar la vida de un menor, la cual está siendo puesta en grave peligro por parte de un sujeto.

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

En la Alemania de la posguerra, nunca hasta la fecha se había considerado la opción de la tortura como un mecanismo a disposición del Estado de Derecho. Y es por ello que sorprende que, con motivo del caso «Jakob von Metzler», se iniciase una discusión, la cual, 26 años atrás en un caso parecido e igual de espectacular, no dio lugar a que alguien se atreviese a poner sobre la mesa la eventual regulación jurídica de la tortura estatal. Así, cuando el presidente de la patronal alemana, Hanns-Martin Schleyer, fue secuestrado en septiembre de 1977 por la Fracción del Ejército Rojo (*Rote Armee Fraktion*, RAF), se podría haber intentado descubrir el lugar donde el comando terrorista mantenía retenido a Schleyer –y salvar así su vida– mediante la tortura de los terroristas que se encontraban cumpliendo condena en la prisión de Stammheim y que a todas luces tenían conocimiento de muchos de los detalles del secuestro del empresario alemán, incluso posiblemente el lugar donde se encontraba retenido. La posibilidad de acudir a la tortura (de rescate) como medida excepcional se tomó en consideración en el gabinete de crisis del Gobierno de Helmut Schmidt, si bien se desechó finalmente por razones estrictamente jurídicas. Resulta indudable que en el caso «Schleyer» se tomó a todas luces la decisión correcta; y ello a pesar de las justificaciones de naturaleza moral que evidentemente se encontraban presentes. A partir de lo expuesto, ¿por qué no puede estar hoy en día vigente una postura que hace tres décadas se aceptó a pies juntillas pese a la amenaza terrorista? Para un amplio sector doctrinal en Alemania debe por tanto seguir manteniéndose de forma absoluta que la obligación de ayuda por parte del Estado termina cuando aquélla únicamente puede ser cumplida de tal forma que el Estado renuncie a ser un Estado de Derecho.

La aplicación generalizada de la tortura en muchos países del mundo es algo que debe condenarse de forma enérgica y sin excepción, debiendo la comunidad de Estados hacer todo lo posible para impedir que un país aplique o bien tolere la tortura. Sin embargo, la admisión de medidas coercitivas contra determinados delincuentes en los casos excepcionales que han sido descritos anteriormente no supone desde luego el llevar a cabo actuaciones que conlleven necesariamente un levantamiento de la prohibición de la tortura. El Estado de Derecho elegido democráticamente debe estar en disposición de realizar una diferenciación *moral* entre, por un lado, aquellos delincuentes que pueden salvar la vida de sus víctimas inocentes, y, por otro, entre los torturadores que aplican la violencia física a personas inocentes. Y, en el caso «Jakob

von Metzler», no cabe duda de que se está haciendo referencia a la primera constelación.

Una vez analizada –y defendida– una eventual justificación moral de la constelación conocida como «tortura de rescate», los siguientes capítulos del presente trabajo tienen como objetivo prioritario someter a esta concreta tipología de tortura estatal a un análisis exclusivamente jurídico desde una perspectiva policial, constitucional, penal y procesal-penal. Como se verá en lo sucesivo, se trata en definitiva de intentar averiguar si una justificación de la tortura de rescate desde un punto de vista ético podría verse respaldada por una justificación desde una perspectiva jurídica.



# CAPÍTULO VII. ANÁLISIS DE LA «TORTURA DE RESCATE» DESDE EL DERECHO POLICIAL ALEMÁN

## 1. Introducción

Tal y como se indicó en un capítulo anterior, Wolfgang Daschner añadió una diligencia escrita al acta del interrogatorio llevado a cabo contra Magnus Gäfgen entre los días 30 de septiembre y 1 de octubre de 2002, informando a su vez a la Fiscalía de Frankfurt a.M. sobre la actuación de la policía frente al sospechoso del secuestro del pequeño Jakob von Metzler y su eventual relevancia penal. Según se desprende del mencionado documento, el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt pretendía «única y exclusivamente encontrar al niño tan pronto como fuera posible», teniendo la certeza de que Jakob seguía todavía con vida. También señaló que, en caso de que hubiese sido necesario, habría cumplido con su amenaza de torturar al detenido, sin causarle eso sí lesiones de carácter físico. Daschner era consciente de que su controvertida orden de emplear la violencia física contra un sospechoso daría lugar a la correspondiente investigación policial. Además, daba por hecho que dicha declaración obtenida mediante coacciones no podría ser posteriormente valorada en el correspondiente juicio contra el autor del secuestro, al haberse lesionado lo dispuesto en el § 136a de la Ordenanza Procesal alemana (StPO).<sup>298</sup> Sin embargo, al mismo tiempo estaba plenamente convencido de que en ese caso concreto se trataba de una ponderación de bienes entre el derecho a la vida del niño de once años y el derecho del sujeto detenido a su integridad física.<sup>299</sup>

---

<sup>298</sup> La problemática en torno a la valoración procesal de las pruebas obtenidas como consecuencia de la declaración emitida por Gäfgen bajo la amenaza de torturas es analizada de forma exhaustiva en el Capítulo X del trabajo.

<sup>299</sup> Tras la muerte en el año 1997 del joven Matthias Hinze o el asesinato de la niña de once años Ursula Hermann, la cual, tras ser también secuestrada, fue enterrada viva en una caja de madera, Wolfgang Daschner temía un escenario parecido en el caso «Jakob von Metzler», por lo que su propósito era salvar a toda costa la vida del niño. Matthias Hinze, un joven de 20 años hijo de un hostelero, fue secuestrado en septiembre de 1997 en una localidad situada en las cercanías de Potsdam, siendo escondido en un agujero cavado en el suelo. Los autores del secuestro redactaron una carta para extorsionar a la familia de la víctima, si bien lograron finalmente ser detenidos por la policía. Tras varios días de interrogatorio, la policía pudo dar finalmente con el lugar donde se hallaba Hinze, llegando no obstante demasiado tarde ya que la víctima había fallecido deshidratada. Ya entonces se suscitó la cuestión relativa a si la vida del joven Hinze podría haberse salvado de haber utilizado la policía la amenaza con torturar o incluso la violencia física contra los autores del secuestro.

Es evidente que el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt no quería verse sometido al reproche de haber cometido un delito de «omisión del deber de socorro», o incluso un «homicidio por omisión».<sup>300</sup> Más bien quería dejar claro que «una medida así sólo se puede adoptar en un caso absolutamente excepcional, es decir, cuando no existe ninguna otra posibilidad de salvar vidas humanas o impedir graves menoscabos para la salud».<sup>301</sup>

En opinión del agente Daschner, la Ley de Policía del *Land* de Hessen –la cual consideraba que constituía la única base jurídica que en ese concreto supuesto debía regular la actuación policial– no sólo contiene un mandato, sino también una autorización para la denominada defensa frente a peligros (*Gefahrenabwehr*). Y cuanto más grave sea ese peligro, con mayor motivo debe poder acudir a lo establecido en la Ley de Policía, la cual para determinados supuestos contempla la denominada «coerción inmediata o directa» (*unmittelbarer Zwang*).

Por tanto, la cuestión que se plantea en el presente Capítulo es determinar si la denominada «tortura de rescate» (*Rettungsfolter*), podría resultar una medida admitida a partir de los postulados contenidos en el Derecho policial alemán.

## 2. **Ámbito de actuación de la policía en Alemania**

Cuando el Estado alemán o sus representantes pretenden repeler o evitar una amenaza contra la vida de una o varias personas, hay que hacer referencia en primer lugar al Derecho policial.

En el ordenamiento jurídico alemán, la policía tiene fundamentalmente dos ámbitos de actuación que deben ser separados entre ellos: La misma actúa por un lado de forma preventiva para la defensa frente a peligros (*Gefahrenabwehr*); por otro, de forma represiva con el fin de esclarecer delitos que han sido cometidos

---

<sup>300</sup> «En esta situación», señaló, «existen dos posibilidades: cruzar los brazos es una de ellas, con la consecuencia de que casi ante los ojos de la policía se produce la muerte de un niño o bien éste sufre graves daños en su salud. (...) Esta posibilidad yo la catalogaría como un delito de omisión del deber de socorro, ya incluso como un delito de homicidio por omisión. El Estado ostenta el monopolio de la violencia y, por tanto, tiene la obligación de repeler cualquier acto injusto contra sus ciudadanos». VOIGT, Wilfried (2003): «Es gibt Dinge, die sehr wehtun», Entrevista realizada a Wolfgang Daschner por el semanario *Der Spiegel*, núm. 9, 24 de febrero de 2003, p. 24.

<sup>301</sup> *Ibidem*, pp. 24-25. Véase también: «Innerhalb sehr kurzer Zeit hätte er nicht mehr geschwiegen», *Frankfurter Rundschau*, edición de 22 de febrero de 2003, p. 2.

(*Strafverfolgung*). La inclusión de las distintas medidas policiales en los dos ámbitos de actuación representa el flanco que da lugar a la cuestión relativa a qué competencias de intervención ostenta la policía para cumplir con las funciones que tiene encomendadas. Cuando se trata de una actuación de naturaleza preventiva, la regulación se produce a través de las leyes de policía y seguridad de los distintos *Länder*, los cuales establecen su propia legislación que regula entre otras cosas los cometidos y competencias de la policía adscrita a cada territorio en particular. En cambio, en el ámbito represivo dirigido a la investigación delictiva, hay que acudir ante todo a los preceptos contenidos en la Ordenanza Procesal (*Strafprozeßordnung*, StPO). No obstante, a menudo sucede que una actuación policial de carácter preventivo no se puede separar nítidamente de una actuación represiva.<sup>302</sup>

Haciendo referencia expresa al caso «Jakob von Metzler», resulta en principio discutible si la Ordenanza Procesal alemana, y más concretamente el párrafo § 136a StPO, el cual establece la prohibición de menoscabar la libertad de formación y manifestación de la voluntad de las personas detenidas mediante amenazas o determinados medios que incluyen la violencia física, debían aplicarse directamente. ¿Se está en este caso delante de una actuación policial de carácter preventivo o represivo? El Vicepresidente de la Policía de Frankfurt y los partidarios de la actuación policial en el caso «Jakob von Metzler» se inclinan por la primera alternativa: Para estos, la amenaza con utilizar la tortura debía considerarse como una mera medida dirigida a la defensa frente a peligros, cuya admisibilidad no podía ser valorada en virtud de la StPO –la cual está dirigida a la persecución penal–, sino más bien a partir del Derecho policial, y, en el concreto caso objeto de estudio, considerando lo establecido en la Ley de Policía del *Land* de Hessen, territorio donde tuvieron lugar los tristes acontecimientos. En el polo opuesto, un sector doctrinal (mayoritario) afirma la existencia de una actuación de naturaleza represiva, donde la policía tenía delante a un sujeto al cual había que considerar como imputado por un delito de secuestro extorsivo y toma de rehenes, lo que le hacía acreedor de los derechos procesales contenidos en la StPO.

---

<sup>302</sup> Véase al respecto, en detalle: BEUTLER, Björn (2006): *Strafbarkeit der Folter zu Vernehmungszwecken. Unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungs- und Völkerrechts*, Frankfurt a.M.: Peter Lang, pp. 72-73; LAMPRECHT, cit., p. 97, nota núm. 147.

Por consiguiente, la cuestión a dilucidar es si la amenaza con torturar era una medida subsumible en el ámbito de la persecución penal, en la defensa frente a peligros, o bien en ambas a la vez, lo que otorgaría a dicha medida un doble carácter funcional.

A favor de considerarla como una medida destinada a la defensa frente a peligros habla el hecho de que mediante la amenaza de la violencia, la policía estaba convencida de poder salvar la vida del niño, con lo cual se pretendía una finalidad de carácter meramente preventivo, sin indagar en cuestiones exclusivamente de naturaleza procesal-penal en torno a una eventual autoría o participación del sujeto detenido.<sup>303</sup> Frente a ello, su catalogación como una medida consustancial a la persecución penal se fundamenta en el hecho de que, en el momento en que tuvieron lugar las amenazas, ya se había iniciado una investigación judicial donde se partía de la (fundada) sospecha de que la persona detenida podría haber cometido los delitos de secuestro extorsivo y toma de rehenes, por lo que la amenaza con utilizar la tortura en su contra se estaba llevando a cabo dentro de un procedimiento penal en curso; procedimiento del cual debería haber sido informada la Fiscalía de Frankfurt (cosa que no se hizo).<sup>304</sup> Además, la revelación por parte del imputado del lugar donde se hallaba el cadáver del niño no hacía sino intensificar las sospechas de criminalidad en torno a su persona. A partir de estas consideraciones, SALIGER se inclina por adoptar una posición intermedia, señalando que la medida empleada por la policía presentaba en realidad un doble carácter funcional.<sup>305</sup>

Con el inicio de la instrucción del sumario, a más tardar sin embargo con el comienzo de las tomas de declaración de carácter procesal, se actualiza esa escala de poder institucional entre el Estado y los ciudadanos, dentro de la cual el § 136a StPO pretende asegurar un ámbito de protección procesal a favor del imputado. En opinión de SALIGER, la policía no puede a discreción abandonar esa esfera de protección. Por todo ello no pueden ponerse reparos a la decisión de la Audiencia Provincial de Frankfurt a.M. de aplicar la StPO en el caso «Jakob von Metzler», al considerar que en el mismo

---

<sup>303</sup> De esta opinión, entre otros: BRUGGER (2003), cit., p. 8; PRITTWITZ, cit., p. 527.

<sup>304</sup> Véase, por ejemplo: KRETSCHMER, cit. p. 103.

<sup>305</sup> SALIGER, cit., p. 43. De la misma opinión: ANDERS, cit., pp. 29-30, el cual considera que Magnus Gäfgen era, en el momento de su detención, un «perturbador» (*Störer*) desde la perspectiva del Derecho policial, por lo que estaba obligado a facilitar la información requerida; pero, al mismo tiempo, era un sujeto imputado en el marco de una instrucción sumarial por la presunta comisión de un delito; algo de lo que se le había instruido.

existía una situación en la que se estaba produciendo un interrogatorio de carácter procesal.<sup>306</sup>

Cuando en el marco de la valoración jurídica de la aplicación de la tortura de carácter preventivo (tortura de rescate) se parte de una «doble funcionalidad de la actuación policial» (= tortura entre el Derecho procesal penal y la defensa frente a peligros), resulta obvio buscar en primer término dentro del Derecho policial alemán una base jurídica que, llegado el caso, legitime la amenaza o la aplicación de la coacción física o psíquica con el objetivo de obligar a una persona a declarar.

El Derecho policial de los distintos *Länder* regula en el contexto de la prevención frente a peligros una serie de obligaciones de los ciudadanos de facilitar información frente a la autoridad pública. Estas obligaciones se encuentran desarrolladas legalmente de forma distinta con respecto a las personas obligadas a informar y en relación a los requisitos cuya existencia puede dar lugar a exigir esa información. Con todo, lo decisivo en relación a la tortura y su amenaza es dilucidar si – y en caso afirmativo cómo – pueden llegar a imponerse esas obligaciones a informar utilizando para ello la amenaza con o incluso la violencia física o psíquica contra la persona detenida.

### **3. Derecho a guardar silencio vs. obligación de declarar**

Desde el momento en que una persona es detenida y se comprueba que es, por ejemplo, el (presunto) secuestrador y, por consiguiente, el sujeto «perturbador» (*Störer*) desde un punto de vista policial, el correspondiente interrogatorio de la misma constituye una «medida estándar» dentro de la toma de declaración policial. De ello no se deriva en principio para el inculpado una obligación de suministrar información de carácter amplio. Ahora bien, una tal obligación de información sobre el hecho motivo de la detención sólo se da para una persona cuando existen para ella lo que en Alemania se conoce como «obligaciones legales de actuación» (*gesetzliche*

---

<sup>306</sup> SALIGER, cit., p. 44.

*Handlungspflichten*).<sup>307</sup> En estos casos, la persona detenida debe colaborar para eliminar el peligro, es decir, debe por ejemplo indicar el lugar donde se encuentra retenida la persona que ha sido secuestrada, ya que aquí se está delante de una situación de peligro que debe ser repelido por la policía.<sup>308</sup> Con ello se hace referencia fundamentalmente a los deberes generales de información que se derivan del propio ordenamiento jurídico (por ejemplo, § 138 StGB = Omisión de denuncia de hechos delictivos).

Lógicamente, esto acarrea que el sujeto detenido se exponga a una eventual autoinculpación, la cual puede tener relevancia en un momento procesal posterior. Estas autoinculpaciones están desde luego excluidas en el moderno Estado de Derecho, ya que éste precisamente concede el derecho a no declarar a aquellos sujetos que han sido detenidos, pero que sin embargo no han sido todavía considerados penalmente responsables de un delito. Por consiguiente, ya en este estadio temporal inicial chocan por decirlo así la defensa frente a peligros (*Gefahrenabwehr*) y el Derecho procesal penal: Desde un punto de vista de la defensa frente a peligros debe existir la obligación de declarar, si bien, partiendo de los postulados inherentes a una investigación penal imparcial, debería aquélla aplazarse.

Pero, ¿qué ocurre si el (presunto) secuestrador no quiere realizar ninguna declaración? Frente a la obligación de declarar de forma amplia sobre conductas relevantes en torno a un peligro se encuentra el principio procesal-penal relativo a la libertad de no imputarse a sí mismo, el cual se manifiesta en el derecho a negarse a declarar y en el derecho a rehusar la información (*nemo tenetur se ipsum accusare*). A través de estas facultades se le asegura a cualquier persona imputada un espacio de protección de naturaleza procesal para con ello evitar ser acusado penalmente como consecuencia de la información facilitada. Para un amplio sector doctrinal, el derecho a rehusar la información resulta válido no sólo en el ámbito de la persecución penal, sino

---

<sup>307</sup> Es el caso, por ejemplo, del Art. 12 de la Ley de Policía del *Land* de Baviera (BayPAG), cuyo tenor literal establece lo siguiente: «Al ser interrogada por la policía, una persona está obligada a indicar su nombre, apellidos, lugar de nacimiento, domicilio y nacionalidad, cuando se supone que dicha persona puede facilitar datos importantes que resulten necesarios para una determinada actividad policial. Una persona únicamente queda obligada a proporcionar ulterior información a la policía cuando para aquélla existen obligaciones legales de actuación. Durante la duración del interrogatorio la persona puede permanecer retenida».

<sup>308</sup> LAMPRECHT, cit., p. 98.

que al mismo tiempo constituye un principio jurídico general aplicable también en el contexto del Derecho policial, es decir, en el ámbito de la defensa frente a peligros.<sup>309</sup>

No obstante, algunas normas de atribución de competencias en el ámbito policial germano regulan excepciones a los derechos relativos a negarse a declarar y a rehusar la información.<sup>310</sup> Por lo tanto, en el Derecho policial de algunos *Länder* se mantiene la arriba mencionada obligación de declarar de forma amplia para determinados casos, incluso en aquellos supuestos en los que el inculpado podría eventualmente autoincriminarse como consecuencia de dicha declaración.

Ahora bien, si el sujeto detenido se mantiene en su negativa de aportar la información que se le solicita por parte de los agentes policiales, ¿puede en un caso así imponerse esa obligación aunque sea utilizando la coerción o fuerza física? Si el perturbador (*Störer*) se niega a declarar sobre hechos relevantes en lo referente a una concreta situación de peligro, en ese caso la policía está facultada en Alemania para amenazar con o aplicar los denominados «medios coercitivos» (*Zwangsmittel*).<sup>311</sup> También en los casos en los que se está delante de un peligro que amenaza de forma actual, como sucede por ejemplo en supuestos extremos como una toma de rehenes o una amenaza terrorista, determinados preceptos del Derecho policial de los distintos *Länder* (por ejemplo, Art. 58 apartado 1 BayPAG, § 52 apartado 1 HSOG) contemplan la amenaza o incluso la utilización de la coacción inmediata o directa (*unmittelbarer Zwang*). En situaciones como la que es objeto de análisis en el siguiente trabajo, donde un (presunto) secuestrador se niega a revelar el lugar donde mantiene retenido a un menor, puede afirmarse que la coacción inmediata o directa supone una medida con perspectivas de éxito de cara a conseguir una determinada información.

El problema fundamental radica en que las Leyes de Policía de la totalidad de los *Länder* prohíben terminantemente la aplicación de dicha medida coercitiva para imponer la obligación de un sujeto a emitir una declaración en sede policial. Así, el articulado de las distintas Leyes de Policía señala de forma expresa que «la coacción

---

<sup>309</sup> Véase, por todos: ZIEGLER, Ole (2004): «Das Folterverbot in der polizeilichen Praxis», *Kritische Vierteljahreszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Vol. 87, pp. 53-54.

<sup>310</sup> Así, por ejemplo: § 12 apartado 2 frase 3 de la *Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung* (Ley del Estado de Hessen sobre la Seguridad y el Orden Público, HSOG), de 26 de junio de 1990: «Esto [el derecho a rehusar la información] no es válido cuando la información resulta necesaria para la prevención de un peligro para la integridad física, la vida o la libertad de una persona».

<sup>311</sup> Así, por ejemplo: Art. 54 apartado 1 de la Ley de Policía del *Land* de Baviera (BayPAG); § 49 de la Ley de Policía del *Land* de Baden-Württemberg (BWPoG) o el § 48 de la Ley de Policía del *Land* de Hessen (HSOG).

inmediata o directa está excluida para realizar una declaración» (Art. 58 apartado 2 BayPAG; § 52 apartado 2 HSOG; § 25 apartado 1 BWPolG). Dicho con otras palabras: En ningún caso puede la policía amenazar o utilizar la coacción inmediata o directa para conseguir una declaración de una persona imputada. Incluso en el caso de que no existiese regulación explícita alguna, la opinión mayoritaria considera que la utilización de la coacción inmediata o directa para obligar a una persona a declarar sería inadmisibile.<sup>312</sup> Lo que se pretende con ello es impedir desde un principio un trato atentatorio contra la dignidad de una persona detenida a través de la amenaza o utilización de la coacción inmediata o directa.

En consecuencia, el Derecho policial alemán otorga ciertamente a la autoridad pública la posibilidad de la acción ejecutiva, siempre y cuando, eso sí, se tenga en cuenta el principio de proporcionalidad. Con todo, la aplicación de la tortura o su amenaza está prohibida en todo caso, tal y como al respecto señalan de forma explícita la totalidad de las Leyes de policía de los distintos *Länder*.<sup>313</sup> En estos casos no se contemplan excepciones. Hay que recordar al respecto que la propia Ley Fundamental (*Grundgesetz*, GG) prohíbe en el Art. 104 apartado 1 frase 2 la aplicación de torturas en los siguientes términos: «Las personas detenidas no pueden ser maltratadas ni física ni mentalmente». Esta norma se fundamenta en la garantía del respeto a la dignidad humana que se encuentra recogida en el Art. 1 apartado 1 GG. A partir de ahí, algunas Leyes de Policía regionales han constituido de forma adicional una «prohibición de la tortura para los interrogatorios policiales» a través de una remisión directa al § 136a StPO, disposición que resulta paralelamente aplicable.<sup>314</sup> Como se acaba de señalar, lo que se pretende con ello es impedir desde un principio un trato atentatorio contra la dignidad de una persona detenida a través de la amenaza o la utilización de la coacción inmediata o directa.

---

<sup>312</sup> WEILERT, cit., pp. 186-187.

<sup>313</sup> Por ejemplo: § 35 de la Ley de Policía del *Land* de Baden-Württemberg: «La policía no puede utilizar la coacción física en los interrogatorios dirigidos a conseguir una declaración».

<sup>314</sup> Así, por ejemplo: § 12 apartado 4 HSOG: «El § 136a de la Ordenanza Procesal resulta analógicamente aplicable».



#### 4. Análisis de la Ley de Policía del *Land* de Hessen

Las funciones y competencias de la policía adscrita al territorio que comprende el *Land* de Hessen –lugar donde ocurrieron los tristes acontecimientos del caso «Jakob von Metzler»– se encuentran reguladas en la Ley del Estado de Hessen sobre la Seguridad y el Orden Público (*Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, HSOG), de 26 de junio de 1990.

A la hora de analizar la actuación de los agentes Daschner y Ennigkeit, y más concretamente la eventual admisión de la amenaza con torturar al (presunto) autor del secuestro del pequeño Jakob, hay que hacer en primer lugar referencia al parágrafo § 12 apartado 1 frase 1 HSOG, el cual consiente un interrogatorio cuando existen indicios evidentes de que la persona a la que se interroga puede ofrecer datos conducentes a esclarecer una conducta delictiva en un determinado asunto concerniente a la policía. En este punto resulta necesario realizar una delimitación con respecto a las investigaciones *de naturaleza penal*, las cuales, tal y como se señaló anteriormente, no constituyen desde luego una materia de la cual resulta competente la policía, sino que más bien son conducidas por el Ministerio Fiscal (*Staatsanwaltschaft*). En el caso objeto de estudio, Magnus Gäfgen debía ser inducido a revelar el lugar donde se encontraba retenido el pequeño Jakob von Metzler, para con ello evitar un peligro para la vida y la integridad física de la víctima del secuestro. Por el contrario, el interrogatorio no tenía como objetivo prioritario el descubrir pruebas que permitiesen ser utilizadas en contra del detenido en un posterior procedimiento penal. Por ello, en opinión de ZIEGLER podía en principio considerarse que la conducta que debía ser esclarecida se presentaba como un peligro. Se trataba, por tanto, no de represión, sino más bien de prevención. De este modo, Gäfgen estaba como perturbador (*Störer*) obligado a suministrar información según lo establecido en el § 12 apartado 1 frase 1 HSOG.<sup>315</sup>

No obstante, en el ámbito de la legislación policial existe, como se ha dicho, un derecho a negarse a declarar cuando la información facilitada aumenta el peligro para el sujeto detenido de verse expuesto a un procedimiento penal por la comisión de un

---

<sup>315</sup> ZIEGLER, cit., p. 53.

delito. Ello se deriva del principio fundamental de que nadie puede ser obligado a autoinculparse (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Este principio se encuentra recogido en el § 12 apartado 2 frase 2 HSOG, cuyo tenor literal queda establecido en los siguientes términos: «Si se dan las condiciones establecidas en los párrafos § 52 a § 55 de la Ordenanza Procesal, la persona afectada tiene derecho a rehusar la información».<sup>316</sup>

Ahora bien, dicho principio no se aplica cuando la información resulta necesaria para la protección de una serie de valores o bienes jurídicos que se consideran fundamentales, tal y como establece al respecto el § 12 apartado 2 frase 3 HSOG: «Esto [el derecho a rehusar la información] no es válido cuando la información resulta necesaria para la prevención de un peligro para la integridad física, la vida o la libertad de una persona».

Es decir, frente al derecho a no declarar y rehusar la información que tiene un sujeto que ha sido detenido por la policía, fundamentado como se ha dicho en el principio procesal-penal relativo a la libertad de no imputarse a sí mismo, la Ley de Policía del *Land* de Hessen obliga, en determinadas situaciones, a facilitar una información que puede ser de relevancia para conjurar un peligro de cierta entidad.<sup>317</sup> A partir de lo establecido en el analizado § 12 HSOG hay que concluir afirmando que Magnus Gäfgen no podía negarse a facilitar la información, sino que en virtud del mencionado § 12 apartado 2 frase 1 HSOG estaba obligado a declarar. Sin embargo, con ello todavía no se ha dicho si la amenaza con utilizar la violencia para imponer esa obligación de información resultaba admisible en el caso «Jakob von Metzler» y se ajustaba por tanto al Derecho policial vigente en el *Land* de Hessen.

En contra de la posibilidad de aplicar la amenaza con o la violencia física o psíquica por parte de la autoridad policial se encuentra el tenor literal contenido en el apartado 4 del repetido § 12 HSOG, según el cual «[E]l § 136a de la Ordenanza Procesal resulta analógicamente aplicable». En virtud de la mencionada disposición procesal-penal, y como emanación de lo establecido en el Art. 1 apartado 1 frase 1 GG,

---

<sup>316</sup> Dichos preceptos de la Ordenanza Procesal germana regulan entre otras cosas el derecho que tienen determinadas personas a rehusar la información en sede policial y/o judicial.

<sup>317</sup> Hay que decir al respecto que el § 12 apartado 2 frase 4 HSOG señala sin embargo de forma expresa que los medios de prueba conseguidos únicamente pueden ser utilizados para finalidades relativas a la defensa frente a peligros, no siendo por el contrario admitidos en el marco de un procedimiento penal. En este sentido, un sector doctrinal apunta al respecto no sin razón que resulta «absolutamente inverosímil» que informaciones conseguidas a través de la obligación de declarar de forma amplia no puedan posteriormente ser utilizadas en un proceso penal. Véase, por todos: KRETSCHMER, cit., p. 103.

se protege ampliamente la libertad en la formación y manifestación de la voluntad del inculcado frente a posibles menoscabos en el contexto de un interrogatorio.<sup>318</sup>

Paralelamente hay que señalar también que la legislación policial del *Land* de Hessen considera ilícita la aplicación de la coerción física para conseguir «la prestación de una declaración» (§ 52 apartado 2 HSOG), incluyéndose también la amenaza con la utilización de esos métodos. Por consiguiente, de las normas contenidas en el Derecho policial alemán hay que forzosamente concluir que la amenaza con la violencia en el marco de un interrogatorio resulta contraria a Derecho.<sup>319</sup> A partir de estas consideraciones, la opinión del agente Daschner, según la cual la Ley de Policía del *Land* de Hessen constituía la base jurídica para la utilización de la amenaza de torturas en el marco de la denominada «defensa frente a peligros», carece de fundamento alguno, ya que la mencionada disposición normativa prohíbe tajantemente el empleo de la tortura o su amenaza en el contexto de los interrogatorios policiales.

## 5. Conclusiones

No puede desde luego sorprender que el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt, así como muchos de sus defensores, tanto en el proceso penal abierto contra aquél como en la literatura, se opongan al reproche de haber infringido la dignidad humana de la Constitución, la prohibición de la tortura prevista en la CEDH, así como las reglas contenidas en la Ley de Policía de Hessen en lo relativo a los interrogatorios. Estos últimos señalan en su argumentación que Wolfgang Daschner y Ortwin Ennigkeit emplearon únicamente una coerción directa ajustada al Derecho policial según lo establecido en el § 54 HSOG. Mientras que, como es sabido, una persona inculpada no

---

<sup>318</sup> Tal y como se indicó anteriormente, el § 136a apartado 1 frase 1 StPO prohíbe de forma tajante el menoscabo de «la libertad de formación y manifestación de la voluntad del inculcado (...) mediante maltrato, agotamiento, agresión corporal, administración de sustancias, coacciones, engaño o hipnosis», prohibiéndose también en el § 136a apartado 1 frase 2 StPO la amenaza con dicha medida. Según se establece en el apartado 3 del repetido precepto, una declaración que se lleva a cabo como consecuencia de la utilización de esos métodos prohibidos no puede ser valorada en juicio, incluso en aquellos casos en los que el inculcado permite posteriormente su valoración judicial. Un análisis en profundidad de dicho precepto de la Ordenanza Procesal alemana se lleva a cabo en el Capítulo X del presente trabajo.

<sup>319</sup> De la misma opinión, entre otros: ANDERS, cit., p. 31; ZIEGLER, cit., p. 54. Véase también las interesantes reflexiones en torno a los conceptos «tortura» y «coacción (policial) directa» en: SCHARNWEBER, Hans-Uwe (2005): «Warum Daschner sich strafbar gemacht hat», *Kriminalistik*, núm. 3, pp. 162-163.

está obligada a declarar sobre la conducta objeto de investigación (§ 136 StPO), en el Derecho policial existe en cambio una obligación de declarar por parte de la persona detenida (§ 12 HSOG). Magnus Gäfgen era ciertamente en aquel momento un «perturbador» (*Störer*) desde la perspectiva del Derecho policial (§ 6 apartado 1 HSOG) y, por tanto, estaba obligado a facilitar información en virtud del § 12 apartado 2 HSOG. Pero, al mismo tiempo, era un sujeto imputado en el marco de una instrucción sumarial por la presunta comisión de un delito de secuestro y extorsión; algo de lo que por otra parte habido sido instruido.

La colisión entre la obligación a informar de naturaleza policial y el amplio derecho a guardar silencio como sujeto imputado, desde una perspectiva procesal-penal, es algo que ha sido vislumbrado por el legislador germano, habiéndolo aparentemente solucionado a través de lo dispuesto en el apartado 4 del § 12 HSOG. En virtud del mencionado precepto, lo establecido en el trascendental § 136a StPO resulta también de aplicación en el Derecho policial del *Land* de Hessen. Esto significa ni más ni menos que la información en el marco de la prevención de peligros no puede ser obtenida mediante los medios prohibidos por el mencionado § 136a StPO, utilizando por ejemplo la amenaza con la causación de un daño de carácter físico. Y cuando el Estado prohíbe la tortura, no puede lógicamente amenazar con algo que ha prohibido, tal y como establece de forma expresa el § 136a apartado 1 frase 2 StPO. Su razón se encuentra en el hecho de que ya la amenaza despliega un efecto coactivo que conlleva a atacar la autonomía personal y, con ello, la dignidad humana del sujeto pasivo. La norma relativa a los métodos de interrogatorio prohibidos en todas sus posibles variantes se encuentra por tanto vigente también en el ámbito de la prevención frente a peligros. En consonancia a lo previsto en el § 12 apartado 4 HSOG se sitúa el § 52 apartado 2 HSOG, según el cual se prohíbe la coerción inmediata o directa para la obtención de una declaración.

A modo de conclusión debe por tanto afirmarse que la aplicación de las disposiciones pertenecientes al Derecho policial –en este concreto caso la HSOG– no suponen desde luego una base jurídica que autorice la imposición mediante la fuerza de una declaración, sino que la misma se encuentra más bien prohibida. Como se ha podido observar a lo largo de este capítulo, las legislaciones de los distintos *Länder* en materia policial, si bien se diferencian entre ellas en algunos aspectos puntuales, con

respecto a la materia que aquí se discute muestran sin embargo una destacable concordancia. La obligación de protección por parte del Estado con la finalidad de salvar vidas humanas existe siempre dentro de los límites que han sido impuestos a la actividad estatal, enmarcada en este caso en la actuación policial. El no cumplimiento de las normas jurídicas por parte del Ejecutivo no sólo constituye una mera violación del Derecho policial en virtud de lo previsto en el Art. 20 apartado 3 GG, sino que también resulta contrario a la propia Ley Fundamental.

# CAPÍTULO VIII. VALORACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA «TORTURA DE RESCATE» EN ALEMANIA

## 1. Introducción

Lo primero que hay que señalar es que la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*, GG) no contiene ninguna definición expresa del término «tortura». Con todo, en el Art. 104 apartado 1 frase 2 GG se señala que las personas detenidas «no podrán ser maltratadas ni física ni psíquicamente». Además, a lo largo del articulado existen una serie de preceptos a partir de los cuales se pueden extraer sin duda puntos de referencia más o menos precisos para lograr formular un concepto de tortura.<sup>320</sup> En los próximos epígrafes, y centrandó ya el análisis de la tortura de rescate en un contexto exclusivamente jurídico, se va a hacer referencia al ámbito constitucional, ya que al fin y al cabo el resto del ordenamiento jurídico alemán se orienta hacia los principios contenidos en la Norma Fundamental.

En el caso de la amenaza estatal o de la aplicación efectiva de la tortura hay que presumir el menoscabo del ámbito de protección de varios derechos fundamentales o derechos de naturaleza semejante pertenecientes al imputado. Teniendo en cuenta que, según lo señalado por la dogmática de la injerencia, la norma especial (*lex specialis*) tiene preferencia sobre la norma general (*lex generalis*), a la hora de analizar los derechos constitucionales potencialmente afectados por la tortura hay que hacer referencia junto a las normas generales del Art. 2 apartado 2 frase 1 GG y el Art. 1 apartado 1 frase 1 GG, de un modo particular al «precepto especial» del Art. 104 apartado 1 frase 2 GG.<sup>321</sup>

---

<sup>320</sup> BAMBERGER, Georg/MOLL, Dietmar (2007): «Folter im Rechtsstaat», *Recht und Politik*, p. 142.

<sup>321</sup> Partiendo de la rúbrica contenida en el amplio Título primero de la Constitución alemana, se denominan por regla general «derechos fundamentales» (*Grundrechte*), a aquellos que se encuentran recogidos en los Arts. 1 a 19 GG. Sin embargo, esta consideración de carácter formal resulta ciertamente problemática, ya que por un lado no todos los preceptos contenidos en ese Título se consideran derechos fundamentales *strictu sensu* (por ejemplo, Art. 18 GG: privación de los derechos fundamentales); por otro, porque tras el Art. 19 GG se encuentran regulados «derechos de naturaleza semejante a los derechos fundamentales», como lo es sin duda el Art. 104 apartado 1 frase 2 GG.

Puede por tanto afirmarse que la *Grundgesetz* transmite la protección frente a la tortura estatal a través del Art. 104 apartado 1 frase 2 GG, Art. 2 apartado 2 frase 1 GG y, sobre todo, mediante el Art. 1 apartado 1 GG. Tanto el Art. 104 apartado 1 frase 2 GG como el Art. 1 apartado 1 GG fueron incorporados al texto constitucional a raíz de los acontecimientos vividos en Alemania durante el Tercer *Reich* y su ideología a todas luces atentatoria de la dignidad humana.<sup>322</sup>

En consecuencia, y antes por tanto de entrar a analizar la posible adecuación constitucional de la llamada «tortura de rescate» (*Rettungsfolter*), conviene estudiar a fondo los preceptos de la GG que afectan directamente a la temática en cuestión.

## **2. Preceptos constitucionales relacionados con la «tortura de rescate»**

### **2.1. Art. 104 apartado 1 frase 2 GG**

Como ya se indicó en el epígrafe anterior, el Art. 104 apartado 1 frase 2 GG determina que las personas detenidas no pueden ser maltratadas ni física ni psíquicamente.

Según considera la mayoría de la doctrina constitucionalista alemana, este precepto constituye esencialmente una concreción de la protección de la dignidad humana que se lleva a cabo en el Art. 1 apartado 1 GG.<sup>323</sup>

Del tenor literal del Art. 104 apartado 1 frase 2 GG hay que interpretar que dicho precepto está dirigido a proteger de una tortura tanto de naturaleza física como psíquica, prohibiendo además cualquier trato inhumano o degradante, así como, en general, cualquier lesión que afecta a la dignidad humana. Por tanto, en la mencionada prohibición hay que incluir la mera amenaza con torturar a un sujeto. De este modo, el concepto de «maltrato» (*Mißhandlung*), el cual sirve de base a este derecho de naturaleza semejante a un derecho fundamental, ha de ser interpretado de manera extensiva, de tal manera que la aplicación de la tortura concebida como la causación

---

<sup>322</sup> Véase al respecto: WEILERT, cit., p. 164. Efectivamente, mientras que durante la vigencia del Tercer *Reich* la llamada comunidad del pueblo (*Volksgemeinschaft*) disfrutó de una mayor consideración que el propio individuo, ahora debía otorgarse al sujeto individualmente considerado una mayor importancia. Por ello se llegó a un acuerdo en imbuir al Art. 1 apartado 1 GG con una formulación la cual, como se analizará a continuación, no permite en modo alguno una restricción de la dignidad humana.

<sup>323</sup> KINZIG (2003), cit., pp. 802-803, con bibliografía complementaria.

consciente de un mal con el objetivo de quebrantar la voluntad del sujeto pasivo, ya incluso su mera amenaza, son conductas que «en todo caso» se encuentran comprendidas en el concepto de «maltrato» utilizado en el Art. 104 GG.<sup>324</sup>

Teniendo en cuenta que tanto el Art. 104 apartado 1 frase 2 como el Art. 1 apartado 1 GG no están sometidos a reserva de ley alguna –algo que también sucede en el caso de la normativa internacional que prohíbe todo acto de tortura y maltrato–,<sup>325</sup> la opinión mayoritaria considera que los derechos allí regulados están garantizados sin restricción posible.<sup>326</sup>

Debido a la estrecha relación existente entre la prohibición especial de maltrato con la garantía de la dignidad humana y el derecho fundamental a la integridad física, no sorprende que la amenaza o la aplicación de la tortura por parte del Estado también se cualifique como un menoscabo de los ámbitos de protección previstos en el Art. 1 apartado 1 frase 1 GG y el Art. 2 apartado 2 frase 1 GG.

## **2.2. Art. 2 apartado 2 frase 1 GG**

Según se dispone en el Art. 2 apartado 2 frase 1 GG: «Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad corporal». En este caso se protege por tanto la salud física como la mental. A partir de la definición que se acaba de reproducir, la tortura va siempre asociada a la causación de intensos dolores de naturaleza física o psíquica, por lo que dicho maltrato supone en todo caso una injerencia en el ámbito de protección del Art. 2 apartado 2 frase 1 GG.

---

<sup>324</sup> MERTEN, cit., p. 405; KINZIG, Jörg (2005): «Not kennt kein Gebot?», en: GEHL, Günter (Ed.), *Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht? Ein internationaler Vergleich*, Weimar: Bertuch, p. 20, nota núm. 50.

<sup>325</sup> Baste recordar en este sentido que el Art. 15 CEDH establece que determinadas garantías pueden verse limitadas «[E]n caso de guerra o de otro peligro público que amenaza la vida de la nación». Sin embargo, el apartado 2 del propio Art. 15 CEDH señala que «en ningún caso» puede derogarse la prohibición de la tortura contenida en el Art. 3 CEDH.

<sup>326</sup> WEILERT, cit., p. 116. En principio, aquellos derechos fundamentales que carecen de reserva de ley pueden ser sometidos a límites a través de otros bienes con rango constitucional. Una tal restricción parece necesaria en el sentido de la unidad de la Constitución, para que con ello los derechos fundamentales individualmente considerados puedan ser armoniosamente conciliados entre ellos (concordancia práctica). Dicha restricción conduce incluso a una mejor protección, ya que el tipo puede ser concebido de forma amplia precisamente a través de la posibilidad de esa restricción.



En opinión de un importante sector doctrinal en Alemania, en el caso «Jakob von Metzler» se estaba realmente ante una transgresión del ámbito de los derechos protegidos en el Art. 2 apartado 2 frase 1 GG, ya que el objeto de protección relativo a la integridad corporal –de forma análoga a una interpretación extensiva del concepto de maltrato– no sólo se refiere a una dimensión biológico-fisiológica, sino que también abarca «la exención de sufrir dolores, estados de ansiedad y deformaciones de la estructura psíquica del ser humano».<sup>327</sup> Por consiguiente, no sólo el maltrato directo de naturaleza física o psíquica, sino ya incluso su amenaza en el sentido de una causación de dolor psíquico constituyen un menoscabo de los derechos fundamentales previstos en el Art. 2 apartado 2 frase 1 GG. La ampliación del ámbito de protección de la integridad corporal a la condición psíquica se deriva de la conexión existente entre el Art. 2 apartado 2 frase 1 GG con la dignidad humana, la cual no limita ciertamente la preservación de la identidad personal y la integridad a un ámbito estrictamente físico.

Sin embargo, si se tiene en cuenta que el mal característico de la tortura va más allá de la mera lesión del cuerpo, y considerando, además, que el Art. 2 apartado 2 GG – en contraposición al Art. 104 apartado 1 frase 2 GG y al Art. 1 apartado 1 GG– está sometido de forma *expresa* a una reserva de ley,<sup>328</sup> entonces el punto esencial para comprobar la eventual inconstitucionalidad de la tortura de rescate se encuentra lógicamente en el examen de una eventual lesión del Art. 1 apartado 1 GG.

### **2.3. Art. 1 apartado 1 frase 1 GG**

Como ya se señaló expresamente en el Capítulo VI, la Ley Fundamental alemana entiende al Estado no sólo como una organización destinada a proteger al individuo y a la comunidad. Tras la dolorosa experiencia vivida con la dictadura nacionalsocialista y su fundamental desprecio a la propia condición del ser humano, la Constitución germana decidió colocar a la persona en primer lugar de su articulado, disponiendo ni más ni menos en el Art. 1 que «[L]a dignidad del ser humano es intangible».<sup>329</sup> Con esta frase comienza precisamente el Título dedicado a los derechos

---

<sup>327</sup> Véase, entre otros: LAMPRECHT, cit., pp. 104-105. WEILERT, cit., p. 117.

<sup>328</sup> Art. 2 apartado 2 GG: «Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad corporal. La libertad de la persona es inviolable. En estos derechos únicamente se podrá intervenir en virtud de una ley».

<sup>329</sup> En opinión de BRAUM, el Art. 1 apartado 1 GG se presenta como «la expresión directa de las experiencias históricas de carácter negativo en relación a los excesos y abusos por parte del poder

fundamentales, el cual inicia de forma programática la obra constitucional. A través de un mecanismo bastante original desde una perspectiva histórico-constitucional, la *Grundgesetz* va al fondo de su ya afamada tradición de los derechos humanos y civiles: Si bien formulado como una mera locución declarativa, el Art. 1 apartado 1 frase 1 GG establece el axioma central de todo el texto constitucional: La dignidad única e irrenunciable que sólo le corresponde al ser humano le distingue a éste como un fin en sí mismo, como un sujeto capaz de ponerse objetivos por sí mismo y de considerarse a sí mismo como un objetivo. La dignidad es, por tanto, la encarnación que se encuentra en la disposición que tiene toda persona a ser capaz de autodeterminarse, cuya forma externa de naturaleza jurídica se muestra en su facultad para ser un sujeto de derecho, es decir, como portador de derechos y obligaciones tanto en su relación con los otros individuos como con el Estado. «Por ello», como así establece el apartado 2 del Art. 1 GG, se reconocen a la persona, por razones evidentes, una serie de «derechos humanos». Y también por ello, la Ley Fundamental, en un pasaje posterior del mismo Art. 1 GG, decide atribuir al ser humano otros derechos de carácter fundamental (apartado 3), convirtiéndose estos derechos humanos de carácter ideal en una serie de garantías que vinculan a todo el ordenamiento jurídico.<sup>330</sup>

A partir de lo explicado, ENDERS considera que el enunciado de la Ley Fundamental relativo a la dignidad humana positiviza mediante un acto de reconocimiento con naturaleza constitucional el originario «derecho a derechos» que se le atribuye al ser humano por el mismo hecho de serlo.<sup>331</sup>

Por si esto fuera poco, la en Alemania denominada «cláusula de perpetuidad» (*Ewigkeitsklausel*) convierte a la dignidad del ser humano en un principio indisponible para el Estado. En este sentido, los padres de la Constitución alemana tenían muy claro que la actividad estatal no podía llevar una segunda vez a que el Estado sucumbiera a las tentaciones del poder político, aunque las mismas tuvieran como objetivo una aparente justicia. Debido por tanto a la experiencia histórica que todavía se encontraba

---

estatal». Véase: BRAUM, Stefan (2005): «Erosionen der Menschenwürde – Auf dem Weg zur Bundesfolterordnung (BFO)? – Anmerkungen zum Urteil des Landgerichts Frankfurt Main im “Fall Daschner”», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, p. 295.

<sup>330</sup> Art. 1 apartado 1 GG: «La dignidad del ser humano es intangible y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección». Apartado 2: «El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo». Apartado 3: «Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable».

<sup>331</sup> ENDERS, cit., pp. 135-136.

muy presente al elaborar el texto constitucional, el legislador decidió cimentar adicionalmente el valor otorgado a la dignidad humana a través de lo dispuesto en el Art. 79 apartado 3 GG, cuyo tenor literal reza de la siguiente manera: «No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte (...) a los principios enunciados en los artículos 1 y 20». Esta decisión histórica tuvo como resultado la intangibilidad de la dignidad humana y su indisposición por parte del Estado. Por consiguiente, no existe en principio posibilidad alguna de abrir un proceso de ponderación en el marco de lo establecido en el Art. 1 GG.<sup>332</sup>

Sin embargo, y en contraposición a las otras dos normas jurídicas de naturaleza constitucional analizadas anteriormente, el ámbito de protección de la dignidad humana, recogida como se sabe en el trascendental Art. 1 GG, resulta marcadamente más difícil de determinar. Esto es algo que se muestra, por ejemplo, en la siguiente formulación establecida por el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG): «A dicho concepto [la dignidad] se encuentra vinculado el derecho de respeto y valoración social del ser humano, el cual prohíbe convertir a la persona en un mero objeto del Estado, o bien someterlo a un trato que ponga en entredicho su cualidad como sujeto».<sup>333</sup>

A día de hoy, la doctrina constitucional alemana mayoritaria –y a pesar del aumento de las críticas– suele acudir a la denominada «fórmula del objeto» (*Objektformel*) –la cual procede de Günther DÜRIG y que recuerda al principio *kantiano* de la finalidad en sí mismo que ostenta el ser humano– a la hora de interpretar y determinar aquellos menoscabos del ámbito de protección de la dignidad humana: «La dignidad humana resulta afectada cuando el sujeto en concreto se degrada a un objeto, a un simple medio, a una magnitud reemplazable».<sup>334</sup> Así pues, una injerencia en el

---

<sup>332</sup> LG Frankfurt a.M., *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, p. 694; Cfr. también: SALIGER, cit., pp. 48-49.

<sup>333</sup> BVerfG, 1 BvR 698/89, BVerfG 87, 209, 228.

<sup>334</sup> DÜRIG, cit., marginal núm. 28. Asimismo, el Tribunal Constitucional alemán –por ejemplo, en la BVerfGE 27: 1 (6)– y la jurisprudencia posterior han asumido esta fórmula para, entre otras cosas, determinar ataques al ámbito de protección del Art. 1 apartado 1 GG. Véase, por ejemplo, haciendo precisamente referencia al caso «Jakob von Metzler»: BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, p. 657: «La utilización de la tortura transforma a la persona interrogada en un mero objeto de la lucha contra el crimen, lesionando su derecho social de respeto y valoración de su persona, protegidos constitucionalmente, y destrozando requisitos fundamentales de la existencia individual y social del ser humano». Véase también: PAWLIK, cit., p. 35. Dicho autor parte acertadamente de la base de que la tortura da lugar a suprimir la personalidad de un sujeto debido al ataque físico-psíquico que se produce.

ámbito de protección del Art. 1 apartado 1 GG se produce siempre que un ser humano se convierte en un mero objeto, siendo cuestionada su cualidad como sujeto. Si bien la mencionada «fórmula del objeto» no constituye un mecanismo de subsunción de carácter general, parece evidente partir de un ataque en el ámbito de protección del Art. 1 apartado 1 GG en los casos de aplicación de una tortura preventivo-policia,<sup>335</sup> al considerarse que la misma niega al destinatario de la violencia estatal su condición de persona, degradándola más bien a un mero objeto de información en manos del Estado.

Por consiguiente, el Art. 1 apartado 1 GG abre el camino a un ámbito de protección el cual está exclusivamente reservado al ciudadano que, llegado el caso, puede encontrarse expuesto al poder coercitivo del Estado. A partir de estas consideraciones habría en principio que señalar que la denominada «tortura de rescate» se encuentra terminantemente prohibida desde una perspectiva constitucional, y ello con independencia de que únicamente se amenace con su utilización o bien sea realmente aplicada. La persona afectada por esta medida ve lesionado su derecho a la vida y a la integridad física, su derecho general de la personalidad y su dignidad como persona. El intentar justificar la amenaza de la tortura con eventuales obligaciones de protección del Estado derivadas del propio Art. 1 GG supondría ni más ni menos que invertir los fundamentos del Estado de Derecho; significaría una nueva y anacrónica inversión del Derecho si se tienen en cuenta las experiencias históricas vividas en Alemania en relación a la autoridad estatal.<sup>336</sup> Ahora bien, debido a la constelación personal de carácter triangular que aparece en el contexto de la «tortura de rescate», cabría preguntarse si la dignidad humana de la víctima de la tortura estatal podría estar enfrentada a la dignidad humana de la/s víctima/s de la acción delictiva cuyo responsable es el sujeto que se encuentra en dependencias policiales; dignidad esta última la cual, a nadie escapa, también debería ser susceptible de protección *ex* Art. 1 GG.

---

De la misma opinión: SALIGER, cit., p. 47, el cual, apoyándose para ello también en la terminología *kantiana*, considera que «[E]l sujeto torturado ya no constituye un fin en sí mismo, sino más bien un medio para otros y para la consecución de otro fin».

<sup>335</sup> Así, entre otros: MERTEN, cit., p. 406. De opinión contraria, sin embargo, HERDEGEN, cit., marginal núm. 90.

<sup>336</sup> En los mismos términos: BEUTLER, cit., pp. 123-124 y 128.; BRAUM, cit., p. 295.

### 3. ¿Derechos fundamentales que colisionan?

Teniendo en cuenta que una justificación constitucional de la tortura estatal se excluye definitivamente en Alemania debido a la regulación especial (sin sujeción a límites) de la prohibición de maltrato de las personas detenidas (Art. 104 apartado 1 frase 2 GG), la cual se fortalece de manera adicional mediante su respaldo a través del Art. 2 apartado 2 frase 1 GG y, sobre todo, el Art. 1 apartado 1 frase 1 GG, en la sistemática del análisis de los derechos fundamentales sólo resta la posibilidad de legitimar eventualmente ese ataque a través de un «Derecho constitucional que colisiona» o de «derechos fundamentales de terceras personas que colisionan» (*kollidierende Grundrechte Dritter*).

Así, cuando en el transcurso de una actuación preventivo-policial se amenaza o se utiliza la violencia contra un sospechoso que se encuentra detenido, para con ello salvar la vida de una tercera persona (caso «Jakob von Metzler»), podría afirmarse en principio la existencia de una colisión entre el derecho a la integridad corporal del sujeto inculcado con el derecho a la integridad corporal y, eventualmente, el derecho a la vida de la víctima de la acción delictiva (presuntamente) llevada a cabo por la persona destinataria de la violencia estatal. No obstante, a nadie escapa que la utilización de la tortura o su amenaza menoscaba derechos fundamentales de la persona que van más allá de su integridad física, psíquica, o su derecho a la vida. Precisamente porque a través de la amenaza estatal con utilizar la violencia se afecta, además, al ámbito de protección de la dignidad humana de un sujeto, y teniendo en cuenta que la dignidad humana constituye un objeto de protección central, hay una cuestión fundamental que se coloca con razón en un primer plano de la discusión: ¿Está abierta la dignidad humana contenida en el Art. 1 apartado 1 GG a una eventual ponderación de naturaleza constitucional cuando la misma choca, se enfrenta por decirlo así a otros derechos fundamentales de entidad, como puede ser la vida o incluso dignidad humana de las potenciales víctimas?

A partir de estas consideraciones, un primer grupo de posicionamientos de carácter científico sitúan en un mismo nivel valorativo los bienes jurídicos relativos a la dignidad humana y a la protección de la vida, por lo que ambos podrían potencialmente colisionar entre sí en una determinada situación. El postulado de la intangibilidad –y,

por consiguiente, imponderabilidad– de la dignidad humana se traduce en opinión de este sector doctrinal en que de haber una colisión entre la dignidad humana y la protección de la vida, esta última no dispondría en ningún caso de un valor normativo autónomo. El partir de una primacía total y absoluta de la dignidad humana –en tanto que uno la considere como «el bien jurídico entre bienes jurídicos»– tendría en realidad como consecuencia que el valor de la totalidad del resto de bienes jurídicos –incluido el derecho a la vida– sería prácticamente aniquilado. Por todo ello, algunos críticos con la prohibición absoluta de la tortura intentan una especie de *de-construcción* del concepto de la dignidad humana con el fin de abrir la dignidad de la persona a una eventual ponderación con otros bienes jurídicos, especialmente con la –obligada– protección de la vida humana. En este sentido, NITSCHKE señala lo siguiente: «El derecho a asegurar la existencia de un ser humano es también un derecho fundamental. Incluso quizá el más importante: Sin la seguridad en la existencia humana no pueden entrar en acción el resto de derechos. Cuando los portadores personales de la dignidad del ser humano son extinguidos, esa dignidad ya no puede hacer nada».<sup>337</sup>

En virtud de un segundo modelo, las medidas de tortura por parte de instancias policiales en el contexto de la prevención frente a peligros que dan lugar a una lesión del Art. 1 apartado 1 GG sólo podrían estar justificadas cuando existe realmente un conflicto de los denominados «dignidad contra dignidad» (*Würde gegen Würde*), es decir, «cuando las fuerzas de seguridad se encuentran ante la alternativa de lesionar la dignidad del secuestrador o bien dejar que perdure una lesión de la dignidad humana de la víctima de un secuestro atribuible al autor, y con un más que previsible resultado de muerte».<sup>338</sup> Hay que recordar que a dicha cuestión ya se hizo referencia explícita en el epígrafe 6 del Capítulo VI.

En este sentido, ya se indicó en su momento que fue BRUGGER el primer autor en mostrarse a favor de admitir la tortura en situaciones excepcionales perfectamente delimitadas, argumentando ese punto de vista de forma exhaustiva a lo largo de diversos

---

<sup>337</sup> NITSCHKE, Peter (2005): «Die Debatte über Folter und die Würde des Menschen – eine Problemskizze», en: EL MISMO (Ed.), *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Eine Verortung*, Bochum: Kamp, p. 11. También de esta opinión, entre otros: LENZEN, cit., p. 215: «La ominosa dignidad humana no constituye en modo alguno el bien más importante, más intangible y más digno de protección». Véase también, en sentido semejante: TRAPP (2006), cit., p. 143.

<sup>338</sup> WITTECK, Fabian (2005): «Menschenwürde als Foltererlaubnis? Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG», en: GEHL, Günter (Ed.), *Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht? Ein internationaler Vergleich*, Weimar: Bertuch, pp. 56-57. Véase también: BRUGGER (2000), cit., p. 169.

trabajos científicos.<sup>339</sup> Para el mencionado autor pueden plantearse situaciones en las cuales el Estado se ve confrontado con la opción de, bien tener que lesionar la dignidad de un sujeto concreto, bien sacrificar su obligación de proteger a otros sujetos con la consecuencia de que tanto la vida como la dignidad de personas no causantes del peligro sean lesionadas. En estos casos, el Estado interviene, independientemente de cómo se comporte –de forma inmediata a través de su actuación o mediata como consecuencia de su omisión– en los derechos fundamentales relativos al respeto de la dignidad humana, la integridad corporal y la vida. En opinión de BRUGGER, en este supuesto hay que partir de la existencia de un «vacío de valoración» (*Wertungslücke*) o bien de «contradicciones valorativas» (*Wertungswidersprüche*). La contradicción más grave en el contexto descrito sucede con la admisión en Alemania del llamado «disparo mortal final» o «disparo de rescate final» (*finaler Rettungsschuss*): La posibilidad que en Alemania ostenta la policía de acabar, por ejemplo, con la vida de un secuestrador para con ello salvar la de los rehenes que son objeto de una amenaza grave, concreta y directa por parte del autor de la conducta delictiva. Pues bien, BRUGGER admite en estos casos la existencia de una contradicción valorativa sobre la base de la siguiente pregunta: ¿Por qué se prohíbe la tortura aplicada con la finalidad de conseguir una determinada información, mientras que al mismo tiempo se permite la muerte del autor de un atraco que mantiene retenida a una víctima amenazándola con una pistola? En su opinión, esta contradicción valorativa únicamente puede ser cerrada mediante la adopción de límites inmanentes desde el punto de vista constitucional en lo relativo al respeto de la dignidad humana y la prohibición de un maltrato físico o psíquico.<sup>340</sup>

BRUGGER considera por tanto que en aquellos casos en los que existe un peligro para la dignidad de una o varias personas, el cual proviene de un sujeto que ha sido detenido por la policía, debe permitirse poner en un segundo plano la protección de la

---

<sup>339</sup> BRUGGER (1995), cit., pp. 446-455; EL MISMO (1996), cit., pp. 67-97; EL MISMO (2000), cit., pp. 165-173. Los planteamientos de BRUGGER con respecto a la «tortura de rescate» son expuestos en el Capítulo II y, sobre todo, en el Capítulo VI del presente trabajo.

<sup>340</sup> BRUGGER (2000), cit., p. 169. En la misma dirección apunta la argumentación realizada por Michael KLOEPFER en el marco de la discusión en torno a la inclusión de una «Constitución de emergencia» en la Norma Fundamental. KLOEPFER partía de la base de que la vida, concebida como la base vital de la dignidad humana, era el bien constitucional de más alto rango. Sin embargo, el derecho a la vida se encuentra sometido a una reserva de ley en virtud del Art. 2 apartado 2 frase 3 GG, lo cual, por consiguiente, justificaría una «restricción cautelosa» del principio de la dignidad humana, al ser ésta un sustrato de un valor absoluto como es la vida. Véase: KLOEPFER, Michael (1975): «Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde», en: STARCK, Christian (Ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Vol. II, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), pp. 412-413. La formulación de la vida como la base vital de la dignidad humana la adoptó KLOEPFER de la sentencia del Tribunal Constitucional BVerfGE 39, 1.

dignidad del autor de la fuente de peligro. Esto es el resultado de consideraciones de justicia material. En el caso de que la policía no se pusiera de parte de la/s víctima/s, entonces el ordenamiento jurídico perdería su pretensión de legitimidad y respeto a la ley.<sup>341</sup> Por consiguiente, la dignidad de un sujeto sospechoso debe pasar a un segundo término, priorizándose en su lugar la dignidad de la víctima. Según se establece en el Art. 1 apartado 1 frase 2 GG, el poder público tiene la obligación de respetar y proteger la dignidad del ser humano. Pues bien, si a la hora de considerar la admisión de la tortura de rescate se encuentran enfrentadas la dignidad del sospechoso autor del secuestro y la dignidad de la víctima, BRUGGER entiende que aquí debe prevalecer en todo caso la obligación del Estado de proteger la dignidad de la víctima, ya que la dignidad de un ser inocente tiene más peso que la dignidad de un sospechoso potencialmente culpable de una acción delictiva. Es por ello que la prohibición de la tortura debe sufrir una especie de reducción teleológica en los casos de tortura de rescate.<sup>342</sup>

Siguiendo con este segundo modelo, resulta de fundamental importancia señalar que el proceso dirigido a desbaratar el carácter intangible de la dignidad humana plasmado en el Art. 1 apartado 1 GG vivió su punto más álgido en el año 2003 a través del nuevo comentario realizado a la mencionada disposición por parte de Matthias HERDEGEN, y que precisamente se encontraba recogido en la obra de referencia del Derecho constitucional alemán: el Comentario a la Norma Fundamental alemana editado por MAUNZ-DÜRIG.<sup>343</sup> Así, el análisis del Art. 1 apartado 1 GG, cuyo primer autor fue Günther DÜRIG y el cual había marcado durante más de 50 años tanto el discurso constitucional en Alemania sobre la garantía de la dignidad humana como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, fue sustituido y modificado por el nuevo comentario realizado por Matthias HERDEGEN, Profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Bonn. Como ya se señaló en el Capítulo VI, este autor rompe por decirlo así con la garantía absoluta de la dignidad humana, estableciendo en su lugar una vía abierta a la ponderación. En concreto, HERDEGEN se

---

<sup>341</sup> Véase al respecto, haciendo en este caso referencia explícita al caso «Jakob von Metzler»: BRUGGER (2003), cit., p. 8

<sup>342</sup> *Ibidem*, p. 8; EL MISMO (2000), cit., p. 169.

<sup>343</sup> HERDEGEN, Matthias (2003): «Art. 1 Abs. 1», en: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günther, *Grundgesetz. Loseblatt Kommentar*, 42. Ergänzungslieferung, München: Verlag C.H. Beck. A este controvertido comentario del Art. 1 apartado 1 GG ya he hecho referencia expresa en el Capítulo VI, a la hora de analizar la tortura de rescate desde una perspectiva ético-jurídica.



posiciona en contra de una interpretación de la dignidad humana como una «garantía intangible». De ello se deriva que, en una concreta situación, «la amenaza o la causación de un daño de carácter corporal, la superación de cualquier forma del control de la voluntad o bien la exploración de procesos de carácter instintivo no lesionan el derecho a la dignidad cuando ello se lleva a cabo con la finalidad de salvar una vida».<sup>344</sup>

Utilizando un modelo de protección de la dignidad escalonado o en fases, HERDEGEN distingue por un lado entre ataques al «núcleo de la dignidad» de carácter intangible, y ataques al «ámbito de protección suplementario» de la misma dignidad humana, concebida ésta como de naturaleza tangible y, por lo tanto, abierta a una eventual ponderación, por otro. Esto trae consigo que, para HERDEGEN, no todo ataque a la dignidad humana regulada en el Art. 1 GG supone obligatoriamente una lesión de la misma.<sup>345</sup> En su opinión, «en un caso particular puede resultar que la amenaza o la causación de un daño corporal (...) no supone una lesión del derecho a la dignidad cuando dicha acción tiene la finalidad de salvar una vida»,<sup>346</sup> por lo que, en este caso, el mencionado constitucionalista está poniendo en pie de igualdad la dignidad humana con el derecho a la vida. Además, para HERDEGEN, la admisión de la tortura para evitar situaciones de peligro constituye esencialmente una modalidad de tortura que diferenciaría según la «dignidad» del sujeto individual. En este sentido, HERDEGEN habla de una «concreción del derecho a la dignidad que se encuentra inmanente en la norma».<sup>347</sup> Ésta no significa una ponderación con otros bienes de rango constitucional, sino que la medida del respeto debido en virtud de la (siempre invariable) dignidad humana se determina más bien según la conducta anterior de cada sujeto en cuestión.

A pesar del aumento en las últimas fechas de aquellas pretensiones interpretativas que quieren hacer accesible la dignidad humana a una eventual ponderación con otros bienes jurídicos fundamentales, existe todavía una mayoría de autores en Alemania (tercera toma de posición), los cuales afirman que la dignidad humana contenida en el Art. 1 apartado 1 GG se sustrae al modelo corriente de ponderación dentro del proceso argumentativo en el contexto de los derechos fundamentales. Y es que la premisa en la cual se basa la argumentación presentada en los párrafos anteriores resulta ciertamente problemática. En efecto, la primacía

---

<sup>344</sup> HERDEGEN, cit., marginal núm. 45. Véase al respecto la nota núm. 275.

<sup>345</sup> HERDEGEN, cit., marginales núm. 43 y 45.

<sup>346</sup> *Ibidem*, marginal núm. 45.

<sup>347</sup> *Ibidem*, marginal núm. 45.

incondicional de la dignidad humana, la cual viene jalonada a través del concepto de la intangibilidad al que hace referencia expresa el Art. 1 GG, tiene únicamente sentido cuando uno fija el respeto de la dignidad en otro nivel categóricamente distinto. En este sentido, BIELEFELDT afirma que la dignidad humana no es un bien jurídico, sino que en realidad tiene «el estatus de una premisa no defraudable del pensamiento y el argumento jurídicos».<sup>348</sup> De esta forma, la dignidad de la persona no puede ser menoscabada a través del recurso a otros bienes de naturaleza constitucional. El respeto de la dignidad constituye, por tanto, el signo distintivo y definitorio del Estado de Derecho, el cual, ni en casos puntuales, puede despojarse de su ligazón a la dignidad del ser humano, ya que lo contrario implicaría su renuncia a ser un Estado de Derecho. La imponderabilidad de la dignidad humana trae consigo que el Estado de Derecho, a la hora de implicarse en la protección tanto de la vida humana como de otros derechos fundamentales, siempre debe hacerlo partiendo de la premisa del absoluto respeto a la dignidad de la persona.

En el caso objeto de estudio en el siguiente trabajo, así como en todos aquellos en los cuales podría eventualmente tener cabida la tortura preventivo-policial en las denominadas «*ticking time bomb situations*», se encuentran enfrentados el derecho a la dignidad humana de la persona detenida (Art. 1 apartado 1 frase 1 GG) y, eventualmente, el derecho a la vida de la/s víctima/s (Art. 2 apartado 2 frase 1 GG). Por tanto, en estas situaciones, un sector mayoritario de la doctrina constitucionalista germana considera que no podría admitirse un conflicto «dignidad contra dignidad», ya que, según señala por ejemplo JAHN, «la explosión de la bomba (...), lo mismo que no lesiona la dignidad de las víctimas, tampoco lo hace en los casos en los que se ocasiona la muerte de la víctima como consecuencia de la acción u omisión del autor».<sup>349</sup> Si se admite una clara relación de jerarquía entre la dignidad humana y la protección de la vida, en ese caso la primera constelación de derechos fundamentales que colisionan entre sí puede claramente decidirse a favor de la dignidad humana. Aquí, la primacía de la dignidad humana frente a la vida se fundamenta en primer lugar a través de la singular posición de ambas dentro de la jerarquía de normas del Texto Constitucional. En segundo lugar, mediante la cláusula de reserva de ley contemplada en el propio Art. 2 GG; cláusula que permite justificar el menoscabo de la vida de una persona en determinadas situaciones.

---

<sup>348</sup> BIELEFELDT (2007), cit., p. 9.

<sup>349</sup> JAHN, cit., p. 48. En parecidos términos: MERTEN, cit., p. 407.

Pero es que incluso la opinión mayoritaria dentro de la doctrina constitucionalista germana rechaza razonadamente el modelo relativo al cálculo ponderativo entre la lesión de la dignidad del autor y la lesión de la dignidad de la víctima, con la consecuencia de priorizar la protección de la víctima por encima del autor. Siguiendo la concepción mayoritaria que se ha posicionado en contra de la admisión de la tortura de rescate, en virtud del Art. 1 apartado 1 frase 2 GG el Estado, junto a su obligación de *respetar* la dignidad humana, tiene también encomendada la tarea fundamental de *proteger* esa misma dignidad humana y otros derechos fundamentales, sin que no obstante del tenor literal del Art. 1 apartado 1 frase 2 GG pueda deducirse una primacía de la dimensión protectora («Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público»). Aun teniendo en cuenta que una tal primacía no puede inferirse sin más del texto de la norma, el absoluto y vigente derecho a que se respete la garantía de la dignidad humana supone por lo menos un límite indispensable con respecto a la elección de los medios por parte del Estado para cumplir con su obligación de protección. La obligación de protección por parte de los órganos estatales debe ser cumplida de forma eficaz y eficiente, pero siempre y cuando ello no conduzca a menoscabar la dignidad humana. El Estado no puede por tanto cumplir con su obligación de protección a cualquier precio. Considerando que la amenaza y/o la aplicación de la tortura, concebida como un trato que menosprecia la dignidad del autor del delito, resulta incompatible con el incondicional derecho al respeto que también le incumbe al Estado según lo señalado en el Art. 1 apartado 1 frase 2 GG, entonces hay que decir que incluso en situaciones extremas, en las cuales junto a la dignidad del autor se encuentra amenazada la dignidad y la vida de terceras personas, debe partirse de una absoluta obligación de respeto (*Achtungspflicht*) por parte del Estado, no así de una incondicional obligación de protección (*Schutzpflicht*).<sup>350</sup>

---

<sup>350</sup> De la misma opinión: KRETSCHMER, cit., p. 108; SCHILD, Wolfgang (2005a): «Folter einst und jetzt», en: NITSCHKE, Peter (Ed.), *Rettungsfolter in modernem Rechtsstaat? Eine Verortung*, Bochum: Kamp, p. 83; WELSCH, cit., pp. 484-485. De opinión contraria: BRUGGER (2003), cit., p. 8. El mencionado autor vislumbra una obligación de protección por parte del poder estatal fundamentado en la jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional; obligación que interpreta como un límite immanente a la propia Constitución, el cual afectaría no sólo al derecho fundamental relativo al respeto de la dignidad humana, sino también a la prohibición de un maltrato físico y psíquico. De este modo, lo que hace BRUGGER no es ni más ni menos que transformar en categorías constitucionales la de cuando en cuando exigencia planteada por la opinión pública.

#### 4. Conclusiones

Está fuera de toda duda que la amenaza y la utilización de la tortura por parte de la autoridad estatal da lugar a una injerencia masiva en derechos fundamentales. Esto es algo que resulta especialmente aplicable con respecto al derecho a la protección de la dignidad humana recogido en el Art. 1 apartado 1 frase 1 GG. Cuando el Estado amenaza con utilizarla, o bien aplica directamente la violencia para obligar a una persona a emitir una declaración, el torturado pierde su cualidad como sujeto y se convierte en un objeto de la actuación estatal. Esto lesiona el núcleo fundamental de la dignidad de la persona. Al mismo tiempo, la tortura menoscaba por regla general el derecho fundamental a la integridad física y moral según el Art. 2 apartado 2 frase 1 GG, afectando también a la prohibición contenida en el Art. 104 apartado 1 frase 2 GG de maltratar física o psíquicamente a una persona detenida.

La propia Norma Fundamental declara la intangibilidad de la dignidad humana en el Art. 1 apartado 1 frase 1 GG. De esta declaración deduce la amplia mayoría de la doctrina alemana que cualquier intromisión en el núcleo fundamental de la dignidad humana está terminantemente excluida. La intangibilidad tampoco está sujeta a ningún límite de naturaleza constitucional. Esta concepción se fundamenta, junto al tenor literal del Art. 1 apartado 1 GG, en el hecho de que el propio legislador constitucional germano, como reacción al régimen de terror vigente durante el Tercer *Reich*, se decidió conscientemente por evitar cualquier tipo de debilitamiento en la protección de la dignidad de la persona. La especial importancia que ostenta la dignidad humana dentro del texto constitucional se muestra no sólo en su posición al comienzo del catálogo de los derechos fundamentales, sino también en su inclusión dentro de la «cláusula de perpetuidad» del Art. 79 apartado 3 GG. Por consiguiente, la intangibilidad de la dignidad humana se encuentra sustraída a cualquier reforma constitucional.

El derecho a la integridad corporal, según lo establecido en el Art. 2 apartado 2 frase 1 GG, está sometido a una reserva de ley en virtud de la frase 3 del mencionado apartado, lo cual hace posible la existencia de un límite constitucional con respecto a su aplicación. Sin embargo, el Art. 104 apartado 1 frase 2 GG se presenta como una regla de carácter especial, ya que en dicha disposición se prohíbe cualquier maltrato físico o psíquico de una persona detenida. A partir de su tenor literal, este derecho de naturaleza semejante a un derecho fundamental no conoce ciertamente ningún tipo de límite constitucional. Al mismo tiempo constituye una emanación directa de la protección de

la dignidad humana del Art. 1 apartado 1 frase 1 GG, por lo que también hay que considerarlo como intangible.

Como se ha podido observar a lo largo de los epígrafes anteriores, la doctrina mayoritaria considera que ni el Art. 1 apartado 1 frase 1 GG ni tampoco el Art. 104 apartado 1 frase 2 GG permiten excepción alguna en su aplicación.

Si el legislador constitucional germano, teniendo en cuenta razones históricas, especialmente la todavía presente huella del horror desplegado por el Nacionalsocialismo, así como el más que posible peligro de abuso, se decidió por la exclusión categórica de la tortura, ello sucedió también con la esperanza de que los órganos estatales se sirvan por regla general de otras opciones para acatar su obligación de protección. Si ése no es excepcionalmente el caso, entonces deben admitirse menoscabos en los derechos de terceras personas.

Por otra parte, la inclusión de la tortura o su amenaza como eventual instrumento del poder estatal, aunque quedara reducida a situaciones excepcionales, daría lugar a que debieran tenerse en cuenta los siguientes aspectos: (1) La delimitación de una frontera o límite para su admisión resultaría poco menos que imposible; (2) El peligro de un abuso de dicho instituto sería considerable; (3) En no pocas situaciones, el agente encargado del interrogatorio podría ser llevado a una situación de evidente conflicto de conciencia en los casos en los que no sólo le estuviera permitida la aplicación de la tortura, sino sobre todo cuando tuviese la obligación de acudir a dicho recurso; (4) El impacto en la conciencia jurídica general de la población sería considerable si el Estado tuviese permitido aplicar la tortura. Por consiguiente, todas estas posibles consecuencias negativas se oponen abiertamente a la eventual admisión de la denominada «tortura de rescate» desde una perspectiva constitucional.

Sin embargo, puede afirmarse sin miedo equivocarse que el legislador constitucional alemán, a la hora de prohibir terminantemente el menoscabo de la dignidad del ser humano mediante la aplicación de la violencia estatal, tenía en mente un concepto de tortura tradicional, de naturaleza inquisitoria y/o punitiva y absolutamente rechazable; un tipo de tortura cuyos protagonistas eran únicamente dos instancias: el Estado, personificado en el funcionario de policía, y la víctima de la violencia estatal, en manos de los designios de los agentes. Por el contrario, la

denominada «tortura de rescate» presupone la existencia de una constelación triangular, ya que en el contexto descrito no sólo están implicados el Estado y la persona detenida, sino el propio Estado, la persona detenida y la víctima del delito objeto de investigación. Y, en este sentido, resulta ciertamente difícil de rechazar que la dignidad del ser humano, protegida de forma incondicional en el analizado Art. 1 apartado 1 GG, también le corresponde a la/s víctima/s de la acción delictiva que se imputa al destinatario de la eventual violencia estatal. Dignidad humana que el Estado tiene también la obligación de proteger y respetar.

Por todo ello, resulta de tremenda importancia averiguar si esta concreta constelación, la cual –como se ha visto– resulta en principio rechazable desde una perspectiva tanto policial como constitucional, podría sin embargo resultar admitida de forma excepcional por parte del Derecho penal, particularmente acudiendo a las causas de justificación y/o exculpación previstas en el *Strafgesetzbuch*. Dicha cuestión es analizada de forma exhaustiva en el siguiente Capítulo.

## CAPÍTULO IX. SOLUCIÓN DEL CASO «JAKOB VON METZLER» DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL

### 1. Introducción. Preceptos del Código Penal alemán que entrarían en consideración

Tras haber analizado la eventual justificación de la tortura de rescate desde la perspectiva del Derecho policial y el Derecho constitucional germanos, en los siguientes epígrafes se va a llevar a cabo un análisis penal-sustantivo de las consecuencias derivadas de la utilización de la amenaza de tortura con fines preventivos en situaciones excepcionales, es decir, con el objetivo de evitar la muerte de víctimas inocentes, partiendo para ello también de los acontecimientos vividos en Frankfurt a.M. en el año 2002 al hilo del caso «Jakob von Metzler».

El estudio de naturaleza penal-sustantiva que se va a realizar a continuación no pretende desde luego responder a la pregunta de si el Estado puede torturar –pregunta que, como no podría ser de otra manera, ha sido respondida de forma negativa en los capítulos anteriores–, sino que, de forma prioritaria, se plantea la cuestión relativa a si un funcionario policial que amenaza a un sujeto con el empleo de torturas, o bien las aplica directamente, debe ser castigado penalmente, o si, por el contrario, podría quedar eventualmente exonerado de responsabilidad penal.

Lo primero que hay que señalar es que en el ordenamiento jurídico alemán –al contrario de lo que sucede, por ejemplo, en el Código Penal español– no existe ciertamente un concepto jurídico-penal que haga referencia explícita a la «tortura», lo cual significa que el Texto Punitivo germano (*Strafgesetzbuch*, StGB) no contiene un tipo autónomo que penalice este tipo de conducta.<sup>351</sup> Por consiguiente, si se quiere llevar a cabo un análisis penal-sustantivo de la temática en cuestión, lo lógico es adaptar dicho concepto a la definición legal de tortura contenida en los distintos Convenios

---

<sup>351</sup> Únicamente los párrafos § 7 apartado 1 núm. 5 y § 8 apartado 1 núm. 3 del Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*, VStGB), creados en su día para incorporar al ordenamiento jurídico alemán las disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma con respecto al Tribunal Penal Internacional, hablan de forma expresa de «tortura». El VStGB, el cual se considera en Alemania como un texto punitivo independiente del tradicional StGB, y que se encuentra en vigor desde el 30 de junio de 2003, está destinado a regular las consecuencias de los delitos contra el Derecho Internacional.

internacionales que han sido ratificados por Alemania. A partir de estas consideraciones, y siguiendo en este caso a SCHILD, la tortura en general podría definirse como «la causación dolosa de graves dolores o sufrimientos de carácter físico o psíquico con el objetivo de conseguir una declaración».<sup>352</sup> A continuación, uno debe en todo caso poner en relación la tortura así definida con los tipos penales contenidos en el Texto Punitivo (StGB), lo cual significa básicamente lo siguiente: De una acción que se considere *a priori* como tortura debe resultar la imputación de un delito de lesiones, de coacciones, etc., cuya eventual existencia debe demostrarse a partir del análisis de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de la concreta acción en principio punible.

Para responder a la pregunta de hasta qué punto la aplicación de la tortura o su amenaza por parte de un funcionario público germano supone, desde una perspectiva penal, la existencia de un delito que tiene que ser sancionado, debe en primer lugar dilucidarse la cuestión relativa a bajo qué concreta tipología penal debería subsumirse la conducta de la tortura: ¿Qué tipos de los contemplados en el StGB podrían servir de base jurídica para la mencionada acción? A partir de la definición de tortura expuesta en el párrafo anterior entrarían en consideración fundamentalmente tres tipologías delictivas contenidas en el StGB: (1) Delito de lesiones dolosas (§ 223 y ss. StGB, en relación al § 340 StGB); (2) Delito doloso de obtención de una declaración mediante la fuerza (§ 343 StGB); (3) Delito doloso de coacciones (§ 240 StGB). Incluso en determinados casos podría entrar en consideración una tentativa de homicidio o asesinato (§ 212, § 211, § 22 y § 23 StGB).

*Lesiones dolosas (§ 223 y ss. StGB en relación con el § 340 StGB).* A la hora de la determinación de los elementos del tipo puede afirmarse que una acción de tortura en el sentido de ocasionar de forma dolosa graves dolores corporales cumple en un principio con el tipo de las lesiones dolosas según lo previsto en el § 223 apartado 1 StGB.<sup>353</sup> Y ello sin tener en cuenta la intención que sirve de base a la acción en concreto. Cuando un funcionario público, a partir de lo establecido en el § 11 apartado 1 núm. 2 StGB, comete o hace cometer un delito de lesiones en el ejercicio de su cargo, o

---

<sup>352</sup> SCHILD (2005), cit., p. 61.

<sup>353</sup> «Quien inflija a otro malos tratos corporales o dañe su salud, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa». Si además la conducta constituye un tratamiento peligroso para la vida del sujeto pasivo, o bien aquélla se realice con un arma o con otro partícipe conjuntamente, se cumple con el tipo agravado de «lesiones corporales peligrosas» previsto en el § 224 StGB.



bien en relación con el mismo, el § 340 StGB (lesión corporal en el ejercicio de un cargo, *Körperverletzung im Amt*) establece incluso una mayor penalidad (pena de prisión entre tres meses y cinco años, sin posibilidad de aplicar una sanción pecuniaria).

Sin embargo, gran número de autores señalan que un acto de tortura consistente en la causación dolosa de graves dolores de carácter *psíquico* es únicamente susceptible de subsumirse en los parágrafos § 223 y ss. y § 340 StGB, cuando aquélla conduce a un daño para la salud, entendiéndose por tal un estado de enfermedad que requiere un proceso de recuperación. A partir de estas consideraciones, las interpretaciones de estas conductas realizadas en la mayoría de los comentarios al Código Penal alemán señalan que la mera amenaza con causar graves daños corporales o psíquicos en el sentido de un «maltrato psicológico» –como en principio habría que considerar en el caso «Jakob von Metzler»– no puede interpretarse jurídico-penalmente como un delito de lesiones en virtud de lo previsto en los parágrafos § 223 y ss. y § 340 StGB.<sup>354</sup>

*Obtención de una declaración mediante la fuerza (§ 343 StGB).* Una segunda posibilidad de inclusión de la amenaza o utilización de la tortura se encuentra en el § 343 StGB. En el mismo se contiene el tipo «especial» de la obtención de una declaración mediante la fuerza, cuyo contenido típico se encuentra recogido en los siguientes términos: «Quien como funcionario público (...) maltrate a otro físicamente o de otra manera utilice contra él violencia, le amenace con violencia, o le atormente psíquicamente, para constreñirlo a afirmar o declarar algo o para omitir algo, será castigado con pena privativa de la libertad de uno hasta diez años».

Además de por establecer un mayor marco punitivo, este tipo se diferencia del delito de lesiones dolosas y de las coacciones (también dolosas) sobre todo porque va dirigido de forma exclusiva a la actuación de funcionarios públicos. Además, y al contrario que los otros dos tipos penales mencionados, el § 343 StGB comprende asimismo en su tenor literal la amenaza con la utilización de la violencia y el tormento psíquico. Si bien por razón de estos elementos parece sin duda vislumbrarse un precepto específico para penalizar la tortura en general y la tortura de rescate en particular, el cual entraría en acción junto al § 136a de la Ordenanza Procesal alemana (*Strafprozeßordnung*, StPO),<sup>355</sup> hay que señalar sin embargo que el tipo relativo a la

---

<sup>354</sup> Véase al respecto: LAMPRECHT, cit., p. 118, nota núm. 246, con bibliografía complementaria.

<sup>355</sup> Como ya se indicó anteriormente, dicho precepto de naturaleza procesal prohíbe de forma tajante el menoscabo de «la libertad de formación y manifestación de la voluntad del inculpaado (...) mediante

obtención de una declaración mediante la fuerza, debido al determinante tenor literal contenido en el apartado 1 del § 343 StGB, únicamente es susceptible de aplicarse en situaciones procesales de carácter *represivo* y no –como así ocurre sin embargo con los otros dos tipos mencionados– en el contexto de una actuación *preventiva* de la policía para la evitación de peligros.<sup>356</sup> Efectivamente, tal y como señala el inequívoco tenor literal del § 343 StGB, las conductas allí mencionadas deben llevarse a cabo con el objetivo de constreñir al sujeto pasivo a afirmar o declarar algo, o bien a omitir algo en un procedimiento penal.

En este punto hay que decir que la doctrina penal alemana no mantiene una posición unánime a la hora de aplicar el mencionado precepto al caso «Jakob von Metzler». Así, mientras que un sector de la misma, poniendo para ello sobre la mesa la difícil delimitación entre una tortura de naturaleza preventivo-policial y aquella de carácter procesal-penal-represivo, así como considerando la doble funcionalidad de la actividad policial, estima concluyente considerar cumplido el tipo objetivo del § 343 StGB en el caso de la utilización preventiva de la tortura para salvar vidas humanas,<sup>357</sup>

---

maltrato, agotamiento, agresión corporal, administración de sustancias, coacciones, engaño o hipnosis», prohibiendo también en el apartado 1 frase 2 la amenaza con dicha medida. Según se establece en el § 136a apartado 3 StPO, una declaración que se lleva a cabo como consecuencia de la utilización de esos métodos prohibidos no puede ser valorada en juicio, incluso en aquellos casos en los que el inculpado permite posteriormente su valoración judicial. Dicho precepto es objeto de análisis en el Capítulo X del presente trabajo.

<sup>356</sup> En este punto debe recordarse de nuevo que en el ordenamiento jurídico alemán, la policía tiene fundamentalmente dos ámbitos de actuación que deben ser separados entre ellos: La misma actúa por un lado de forma preventiva para la defensa frente a peligros (*Gefahrenabwehr*); por otro, de forma represiva con el fin de esclarecer delitos que han sido cometidos (*Strafverfolgung*). La inclusión de las distintas medidas en los dos ámbitos de actuación representa el flanco que da lugar a la cuestión relativa a qué competencias de intervención ostenta la policía para cumplir con las funciones que tiene encomendadas. Cuando se trata de una actuación de naturaleza preventiva, la regulación se produce a través de las leyes de policía y seguridad de los distintos *Länder*; en cambio, en el ámbito represivo dirigido a la investigación delictiva hay que acudir ante todo a los preceptos contenidos en la Ordenanza Procesal (StPO). No obstante, a menudo sucede que una actuación policial de carácter preventivo no se puede separar nítidamente de una actuación represiva.

<sup>357</sup> De esta opinión, entre otros: KINZIG (2003), cit., pp. 795-796; KRETSCHMER, cit., p. 103: «Si uno tiene presente el contexto del interrogatorio en el “caso Daschner”, puede observarse claramente cómo en modo alguno es posible mantener una nítida separación entre un procedimiento preventivo y otro de naturaleza represiva. Como si en una jefatura central de policía hubiera salas dedicadas a llevar respectivamente a cabo interrogatorios preventivos y represivos, con agentes que, sin tener contacto entre ellos, operaran en uno u otro ámbito. A buen seguro resulta digna de crédito la afirmación policial de que, en la noche de autos, el objetivo prioritario del interrogatorio era salvar la vida del menor secuestrado. Sin embargo, hay que reiterar de nuevo que no resulta posible separar de la forma que se pretende un procedimiento de naturaleza preventiva de otro de carácter penal, tratándose más bien de un procedimiento con una doble función, ya que resulta del todo punto inverosímil que la información conseguida no hubiera sido posteriormente utilizada en un proceso penal contra el sujeto imputado»; MAIHOLD, Harald (2004): «Folterknechte im Dienste des Rechtsstaats? Die „Präventivfolter“ vor dem Forum des Strafrechts», *Humboldt Forum Recht*, núm. 11, p. 3; NEUHAUS, cit., pp. 522-523; ROXIN (2005), cit., p. 462; SALIGER, cit., p. 62; SCHILD (2005), cit., p. 66: «Si uno tiene presente por ejemplo el contexto del interrogatorio en el caso Daschner, entonces es evidente que no se puede diferenciar o

otro sector doctrinal considera, por el contrario, que el contexto procesal en el cual se enmarca la conducta recogida en el § 343 StGB impide la aplicación de este precepto a los sucesos ocurridos en Frankfurt a.M. en el año 2002.<sup>358</sup>

Lo que despierta dudas a efectos de una eventual aplicación del § 343 StGB en el caso «Jakob von Metzler» es si la amenaza proferida por Daschner tenía como objetivo provocar una declaración por parte de Gäfgen, la cual desplegara efectos «en el procedimiento penal» seguido contra este último. Desde un punto de vista formal, Gäfgen era un sujeto imputado en un procedimiento penal por la presunta comisión de los delitos de secuestro (§ 239a StGB) y extorsión mediante violencia (§ 255 StGB). No obstante, de forma prioritaria debía salvarse la vida del niño, hallándose para ello el lugar donde éste permanecía retenido. Y esto era precisamente lo único que pretendían tanto Daschner como el agente Ennigkeit. Si los datos suministrados por Gäfgen podrían ser utilizados posteriormente en su contra en el transcurso de la vista oral, era algo que en absoluto interesaba a los funcionarios de policía. El interrogatorio policial (y, por tanto, la amenaza de tortura) tenía como único objetivo salvar la vida del niño, sin que al mismo tiempo se pretendiese inscribir aquél en un procedimiento penal.<sup>359</sup> Tal y como de forma acertada señala JEROUSCHEK, la disposición del § 343 StGB presupone, desde el punto de vista subjetivo y como tendencia interna intensificada, la cuanto menos concomitante intención de la posterior utilización procesal-penal de la

---

separar de forma rigurosa entre un procedimiento de persecución de carácter represivo y una actuación de naturaleza preventiva. Esta afirmación queda demostrada si se tiene en cuenta que la declaración de la víctima de las coacciones fue realizada en el expediente de investigación para el proceso penal».

<sup>358</sup> JEROUSCHEK, cit., p. 297: «Este precepto presupone desde el punto de vista subjetivo, y como tendencia interna intensificada, la cuanto menos concomitante intención de la posterior utilización procesal-penal. Si, por el contrario, la policía motiva su actividad coactiva únicamente en el objetivo de evitar una situación de peligro, en ese caso no puede acudir a la vía del § 343 StGB. Algo así sucedió ciertamente en el caso Daschner. Lo que pudiera ocurrir desde un punto de vista procesal-penal con la información facilitada por el imputado con respecto al paradero de la víctima era algo que le resultaba completamente indiferente a Daschner»; JEBBERGER, cit., p. 712; PRITTWITZ, cit., p. 527; ZIEGLER, cit., pp. 51-52: «De lo que precisamente se trataba es de que el agente policial que actuó descubriese el lugar donde se hallaba secuestrado Jakob von Metzler. Por tanto, no se pretendía conseguir una confesión de Magnus Gäfgen, el cual en aquel momento se encontraba bajo fundada sospecha de ser el autor del secuestro. Se trataba así de una medida encuadrable en el ámbito de la prevención, no de la persecución penal (represión). Desde la perspectiva del funcionario de policía, su conducta estaba dirigida a proteger la integridad física del pequeño Jakob, al cual se consideraba todavía con vida. Sin embargo, el éxito de las coacciones previstas en el § 343 StGB debe referirse en todo caso a un procedimiento penal en curso, por lo que hay que concluir que aquellas investigaciones dirigidas a determinar y eliminar una situación contraria al Derecho policial no pueden quedar incluidas en el tipo previsto en el § 343 StGB».

<sup>359</sup> Del informe redactado por el propio Daschner se desprende que ambos agentes implicados directa o indirectamente en el interrogatorio sabían ya de antemano que la declaración de Gäfgen no podría ser valorada posteriormente en un procedimiento penal, al infringir lo establecido en el § 136a StPO.

declaración obtenida mediante coacciones.<sup>360</sup> Por consiguiente, en el caso «Jakob von Metzler» no puede decirse que existiese una intención de coaccionar a un sujeto en el transcurso de un procedimiento penal, tal y como expresamente establece el § 343 StGB. De este modo, la utilización de técnicas de interrogatorio contrarias a la ley con el fin de prevenir policialmente la comisión de delitos es una conducta no contemplada por el mencionado § 343 StGB.<sup>361</sup> A partir de los argumentos expuestos, hay que concluir por tanto que la amenaza de torturas llevada a cabo en el caso «Jakob von Metzler» es una conducta únicamente susceptible de ser incluida en el tipo de las coacciones de naturaleza dolosa.

*Coacciones dolosas (§ 240 StGB).* En los casos de amenaza de violencia física o psíquica situados extramuros de un procedimiento de carácter penal hay que considerar por tanto aplicable el tipo general de las coacciones previsto en el § 240 apartado 1 StGB,<sup>362</sup> cuyo tenor literal reza de la siguiente manera: «Quien coaccione a una persona antijurídicamente con violencia o por medio de amenaza con un mal considerable, a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa». En este particular contexto hay que hacer referencia también a un tipo agravado de coacciones previsto en el § 240 apartado 4 núm. 3 StGB, el cual regula las coacciones dolosas en relación con el abuso de las competencias del autor o con su posición como funcionario público (por ejemplo, un funcionario de policía). Los agentes Daschner y Ennigkeit amenazaron al sospechoso Magnus Gäfgen con un mal considerable, a saber, la causación de graves dolores, para con ello inducirle a revelar el lugar donde se encontraba retenido Jakob von Metzler. Como consecuencia de la amenaza, Gäfgen comunicó dónde se podía encontrar el cadáver del niño. Por tanto, ambos agentes cometieron de forma dolosa el tipo de las coacciones previsto en el § 240 StGB, uno como autor y otro como inductor.

---

<sup>360</sup> JEROUSCHEK, cit., p. 297.

<sup>361</sup> En este sentido, el *Landgericht* Frankfurt a.M., encargado de enjuiciar la conducta de Wolfgang Daschner y Ortwin Ennigkeit, rechazó la existencia de un delito de obtención de una declaración mediante la fuerza (*Aussageerpressung*), ya que, en su opinión, no se daba la intención «de coaccionar a la víctima a que realizara una declaración en el marco de un procedimiento penal». Más bien al contrario, los Magistrados consideraron que los agentes de policía tenían «únicamente como objetivo salvar la vida del niño secuestrado». Véase: LG Frankfurt a.M., *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, p. 695. Ya en su momento, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*, BGH) estableció que aquellas pesquisas que lleva a cabo un funcionario de policía para únicamente eliminar una situación contraria al Derecho policial, es decir, medidas de naturaleza meramente preventiva, no suponen un delito de obtención de una declaración mediante la fuerza. Véase al respecto: BGHSt, 6, 144, 146.

<sup>362</sup> De la misma opinión, por ejemplo: HERBST, cit., pp. 267-268, con bibliografía complementaria; LAMPRECHT, cit., p. 118.

Tal y como se analizará en un epígrafe posterior, tanto la Fiscalía como el propio *Landgericht* Frankfurt a.M., a la hora de enjuiciar la conducta desplegada por la Policía de Frankfurt en el caso «Jakob von Metzler, consideraron aplicable el delito de coacciones previsto en el repetido § 240 StGB; llegando la Fiscalía incluso a afirmar que Wolfgang Daschner abusó de su condición de funcionario público, por lo que éste realizó el contenido típico previsto en el apartado 4 núm. 3 del § 240 StGB.

## **2. Causas de justificación**

### **2.1 Introducción: ¿Aplicación de las causas de justificación a los funcionarios de policía?**

Con el cumplimiento de un determinado tipo penal todavía no puede aclararse de manera definitiva hasta qué punto una determinada conducta se considera realmente como una infracción delictiva contraria a Derecho y si, por tanto, debe ser sancionada penalmente. De este modo, hay todavía que examinar si la amenaza o la utilización de la denominada tortura para prevenir un peligro (tortura de rescate) son actos que podrían estar legitimados por la concurrencia de una causa de justificación o de exculpación; y ello a pesar de ser una conducta penalmente típica *ex* § 240 StGB.

No obstante, antes de discutir sobre la eventual aplicación de las mencionadas causas de justificación o exculpación a una actuación estatal en los casos de tortura de carácter preventivo-policial, es necesario subrayar que hasta el día de hoy resulta una cuestión jurídica tremendamente polémica y todavía no aclarada en Alemania el hecho de si los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones, pueden recurrir eventualmente a las causas de justificación de la legítima defensa, el auxilio necesario y el estado de necesidad: Mientras que algunos autores niegan la aplicabilidad al Estado y a sus funcionarios públicos de las cláusulas generales de los parágrafos § 32 y ss. StGB, utilizando para ello el argumento según el cual las acciones ejecutivas de carácter estatal únicamente resultan admisibles en el marco de las especiales (y generalmente ceñidas) competencias de intervención jurídico-públicas (en este caso, sobre todo, las leyes de policía), de modo que un eventual recurso a las disposiciones generales del Derecho penal quedaría excluido en virtud del principio de la *lex specialis* (solución jurídico-

*pública o de Derecho policial*), otros en cambio se mantienen firmes a la hora de permitir la invocación de las causas de justificación de carácter penal para la actuación de funcionarios públicos, ya que, en su opinión, estos funcionarios no pueden ser discriminados con respecto al resto de ciudadanos (*solución penal, denominada también «teoría de la diferenciación»*).<sup>363</sup>

Según los argumentos expuestos por la «solución jurídico-pública o de Derecho policial», debe excluirse una eventual justificación de naturaleza jurídico-penal a las actuaciones de instancias estatales, ya que los funcionarios públicos no pueden invocar para su actuación la concurrencia de causas de justificación previstas en el Texto punitivo para las personas privadas. Según este punto de vista, el Derecho penal no puede justificar aquello que el Derecho policial no sólo simplemente no permite, sino que prohíbe de manera explícita. De lo contrario, las competencias de naturaleza jurídico-pública serían debilitadas por el Derecho penal, ya que una causa de justificación prevista en el StGB traería como resultado «una base jurídica fáctica» para el funcionario público que actúa,<sup>364</sup> lo cual, a la larga, conduciría a dismantelar aquellas competencias policiales de intervención que se encuentran estrechamente orientadas al principio de proporcionalidad. Por consiguiente, la solución jurídico-pública o de Derecho policial considera que la autorización jurídico-penal de lesionar bienes jurídicos ajenos en el contexto de una legítima defensa o un estado de necesidad es válida únicamente en las relaciones de los ciudadanos entre ellos. Por el contrario, el Estado y sus funcionarios, a la hora de inmiscuirse en los derechos fundamentales, se encuentran sometidos a reglas más estrictas que en el caso de la relación entre particulares. Bajo qué condiciones y mediante qué medios puede el Estado actuar para prevenir peligros, es algo que está reglamentado de forma previa, y ello especialmente en el ámbito del Derecho policial.

En el polo opuesto, los defensores de extender la aplicación de las causas de justificación jurídico-penales a los funcionarios públicos señalan que las medidas de

---

<sup>363</sup> Una exposición pormenorizada de las distintas posiciones doctrinales puede encontrarse en: WILHELM, Jens Philipp (2003): «Folter – verboten, erlaubt ode gar geboten? Rechtliche Anmerkungen zum Fall „Wolfgang Daschner“», *Polizei Sachsen*, pp. 10-11. Véase también: KINZIG (2005), cit., pp. 8-9; KRETSCHMER, cit., pp. 104 y ss.; MAIHOLD, cit., p. 8.

<sup>364</sup> De esta opinión, entre otros: BRAUM, cit., pp. 288-289; HECKER, cit., p. 214; MAIHOLD, cit., p. 4. De un modo general, véase: JAKOBS, Günther (1993): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª Ed., Berlin, New York: de Gruyter, 12/41 y ss.

defensa adoptadas por un funcionario público que se encuentran respaldadas por lo establecido en el § 32 StGB (legítima defensa/auxilio necesario), no suponen por regla general la comisión de un injusto típico en los casos en los que se carece de una autorización de intervención de naturaleza jurídico-pública. Por un lado, en el § 32 StGB no se encuentra prevista una restricción del efecto justificativo a actuaciones exclusivamente de carácter privado. Por otro lado, los legisladores de los distintos *Länder* han introducido de forma expresa lo que se conoce como «reservas del Derecho de emergencia» (*Notrechtsvorbehalte*) en las distintas leyes de policía.<sup>365</sup> La circunstancia de que el agente Daschner actuó en el ejercicio de competencias de carácter estatal no impediría por tanto la justificación penal de su conducta. Además, los defensores de la solución penal o de la teoría de la diferenciación ponen sobre la mesa un argumento de carácter decisivo: Si las causas de justificación *generalmente* resultan aplicables a los funcionarios públicos, ello desde luego no significa todavía que sus requisitos se den, además, *en el caso concreto*, de tal forma que pueda considerarse que la conducta del funcionario está en todo caso justificada. El examen de los requisitos de las causas de justificación permite no obstante la diferenciación, la cual, en el caso de una denegación general de aquéllas, no resultaría posible.<sup>366</sup>

En el marco de la discusión planteada en los párrafos anteriores hay que decir que la solución penal o la teoría de la diferenciación puede alegar para sí el siguiente argumento digno de tener en cuenta: Del ordenamiento constitucional contenido en la Ley Fundamental se deduce que el Derecho penal, según lo previsto en el Art. 74 apartado 1 núm. 1 GG, pertenece a lo que en Alemania se conoce como «legislación

---

<sup>365</sup> Resulta conveniente recordar en este punto que el Derecho policial constituye en Alemania una materia de cuya legislación resultan competentes los distintos territorios regionales (*Länder*) que forman parte de la Federación (*Bund*). De ahí que cada uno de ellos disponga de una legislación policial que resulta aplicable en sus respectivos territorios.

<sup>366</sup> En los mismos términos: HERBST, cit., p. 273; JEROUSCHECK/KÖLBER, cit., p. 619; JEBBERGER, cit., p. 713; WILHELM, cit., p. 11. Para ERB, mientras que el ordenamiento policial regula la actuación de los funcionarios en su condición de autoridad pública, una eventual justificación en virtud de los parágrafos § 32 y § 34 StGB debe redundar en provecho de la persona privada que se encuentra detrás de la actuación estatal, ya que los funcionarios públicos no pueden quedar situados en peor posición que el resto de ciudadanos. ERB (2005a), cit., p. 29. Fervientemente en contra de esta opinión: ROXIN (2006), cit., p. 210: «En una situación (...) en la cual de forma demostrativa se hace uso de la soberanía estatal, no resulta posible considerar que un funcionario de policía pueda “salirse de su papel” y sustraerse de las obligaciones asociadas a su condición de agente de la autoridad, actuando por el contrario como un aparente defensor privado que auxilia a una tercera persona. La sujeción de la actividad policial al Derecho internacional, a los Convenios internacionales y a las leyes internas se convertiría en una farsa si un agente de policía que ejerce soberanía estatal pudiera unilateralmente declararse como un defensor privado para así desprenderse de sus obligaciones como funcionario público».

concurrente de la Federación». <sup>367</sup> Y la Federación (*Bund*) ha hecho uso de esta competencia precisamente a través de la regulación de las causas de justificación. Por todo ello, el legislador de los distintos *Länder* carece de la competencia para declarar inaplicables a los funcionarios públicos las causas de justificación de naturaleza penal. Esto es algo que queda confirmado a través de la reserva de acudir a las causas de justificación que se encuentra contenida en las distintas Leyes de Policía de los *Länder*, como así sucede por ejemplo en el párrafo § 54 apartado 2 de la Ley de Policía del *Land* de Hessen (*Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, HSOG), según el cual las disposiciones relativas a la legítima defensa y al estado de necesidad permanecen intactas. <sup>368</sup>

Además, en el contexto descrito hay que señalar que el propio Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*, BGH) ha establecido a lo largo de su jurisprudencia que también el Estado puede invocar, por ejemplo, un estado de necesidad justificante en una situación extraordinaria e imprevisible y cuando existe un peligro real para bienes jurídicos relevantes. De este modo se estaría reconociendo por el Alto Tribunal la eventual existencia de situaciones excepcionales en las cuales los órganos encargados de la persecución penal no deberían tener bloqueada la posibilidad de recurrir a los Derechos de urgencia (*Notrechte*). Así, la trascendental decisión mediante la cual el BGH avaló en el año 1977 la imposición de la «suspensión de los contactos» (*Kontaktsperre*) en el tristemente famoso «caso Schleyer» –una discutida medida que atentaba contra lo dispuesto en el § 148 apartado 1 StPO (= comunicación del imputado

---

<sup>367</sup> Hay que recordar que el principio básico establecido en la Ley Fundamental de Bonn es el de que la legislación es tarea de los distintos *Länder*, salvo que en la propia Ley Fundamental se disponga otra cosa (Art. 70 GG), y que la ejecución de las leyes, sean federales o sean de los *Länder*, corresponde, con carácter general, también a estos últimos (Arts. 83 a 85 GG). La Ley Fundamental atribuye expresamente a la Federación la competencia legislativa exclusiva (Art. 71 GG) sobre las materias enumeradas en el Art. 73 GG y sobre algunas más que se encuentran repartidas por toda la Constitución. También le reconoce la posibilidad de legislar sobre las materias objeto de la denominada «competencia legislativa concurrente» (*konkurrierende Gesetzgebung*), del Art. 74 GG, excluyendo con ello, desde ese momento y en esa medida, la posibilidad de que los *Länder* puedan legislar sobre ellas (Art. 72.1 GG). Hay que señalar también que a partir de lo establecido en el Art. 31 GG, las leyes de policía de los distintos *Länder* no pueden restringir la legislación penal federal.

<sup>368</sup> En este sentido, el Parlamento regional del *Land* de Hessen –territorio al cual se encontraban adscritos los agentes policiales en el caso «Jakob von Metzler»– ha dejado claro que los funcionarios de policía de Hessen están legitimados para recurrir en su favor a las causas de justificación de carácter general en el marco de una instrucción sumarial. Los párrafos § 32 y § 34 StGB no resultan por tanto aplicables únicamente en el Derecho penal, sino que, partiendo del principio de la unidad del ordenamiento, también en el resto de ámbitos jurídicos, incluido el Derecho policial. Por tanto, los mencionados preceptos pueden cubrir también una actuación de naturaleza estatal. En consecuencia, el derecho a la legítima defensa y el correlativo al estado de necesidad constituyen derechos de carácter individual, los cuales corresponden también a los funcionarios de policía. Véase al respecto: STEINKE, Wolfgang (2005): «Das Urteil gegen Wolfgang Daschner. Aus der Verteidigerperspektive», *Kriminalistik*, núm. 4, p. 231.



con su abogado defensor)–, vino precedida del asesinato del Fiscal General Federal Siegfried Buback y del banquero Jürgen Ponto por parte de terroristas de la *Rote Armee Fraktion* (RAF). Tras el secuestro del Presidente de la Patronal alemana, Hanns-Martin Schleyer, se pudieron confirmar indicios que apuntaban a que dicho secuestro fue dirigido y sustentado desde la cárcel por los miembros históricos de la RAF que se encontraban cumpliendo condena en la prisión de Stammheim, apoyados en todo momento por sus respectivos abogados defensores. Por consiguiente, los Ministros de Justicia de los distintos *Länder* decidieron imponer una «suspensión de los contactos» con respecto a los terroristas encarcelados, tanto entre sí como con sus abogados, acudiendo para ello a lo dispuesto en el § 34 StGB (estado de necesidad). A la hora de avalar dicha medida, el BGH se apoyó entonces en el principio jurídico general contenido en el mencionado § 34 StGB, así como en los párrafos § 228 y § 904 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), según los cuales la lesión de un determinado derecho –en este concreto caso el § 148 apartado 1 StPO– debía ser aceptada cuando ésa era la única posibilidad de salvar un bien jurídico de carácter superior.<sup>369</sup>

Por tanto, a partir de los argumentos expuestos en los párrafos anteriores, debe afirmarse la posibilidad de que un portador de soberanía estatal (funcionario de policía) pueda invocar el recurso a una causa de justificación o de exculpación en favor de terceras personas (caso «Jakob von Metzler»). El Derecho penal tiene en cuenta únicamente la eventual responsabilidad penal del sujeto que actúa. Tanto los tipos penales, las causas de justificación, así como las causas de exclusión de la culpabilidad dirigidas a cualquier individuo se encuentran también vigentes para los agentes de policía. A aquellos que en estos casos niegan el recurso a una causa de justificación se les debe objetar que dicho impedimento conduciría a perjudicar de forma ilícita a los funcionarios públicos en relación con el resto de ciudadanos, sobre todo si se tiene en cuenta que los primeros pueden encontrarse en la misma situación de conflicto que un ciudadano normal. El hecho de que el funcionario puede haber actuado durante su ejercicio profesional no es un argumento capaz de llevar eventualmente a renunciar a aplicarle las causas de justificación generales. De lo contrario se exigiría a los funcionarios públicos una actuación inhumana, aunque estos de forma particular suelen

---

<sup>369</sup> BGHSt 27, 260, *Neue Juristische Wochenschrift* 1977, p. 2172. Véase al respecto, en detalle: FAHL, cit., pp. 187-188.

estar confrontados con situaciones extremas. Además, la imposibilidad de que un funcionario de policía pudiera beneficiarse de una causa de justificación como la legítima defensa, en su variante de auxilio necesario, podría dar lugar a que el particular que no es defendido por la policía de forma necesaria, sino proporcionada, tendría que soportar en alguna medida las consecuencias negativas de la agresión, mientras que cuando la intervención defensiva proveniese de otro particular podría ser defendido en toda la medida necesaria para rechazar el ataque. Dicho con otras palabras: el ciudadano objeto de una agresión podría ser protegido más eficazmente por un particular que por la propia policía. Si el legislador federal germano hubiera realmente querido tratar con más severidad a los funcionarios públicos, en ese caso podría haber establecido expresamente en los parágrafos § 340 y § 343 StGB la imposibilidad de que aquellos pudieran recurrir en su beneficio a las causas de justificación legalmente previstas, o bien limitar la aplicación de esas causas de justificación a personas ajenas a la actividad estatal. Por tanto, la ausencia de esas limitaciones o restricciones permite concluir que un funcionario público puede invocar para sí la aplicación de las causas de justificación generales que contempla el Derecho penal. Los funcionarios ejecutivos tanto del *Bund* como de los *Länder*, dentro o fuera del servicio de policía, deben disfrutar de los derechos cívicos de carácter general que corresponden a cualquier ciudadano, por lo que pueden invocar las causas de justificación previstas en el Código Penal cuando lo consideren oportuno.

## **2.2. Auxilio necesario (§ 32 StGB)**

La primera causa de justificación a la que eventualmente podrían acogerse tanto Wolfgang Daschner como Ortwin Ennigkeit en el caso «Jakob von Metzler» es la legítima defensa, en su modalidad de auxilio necesario, la cual está contemplada en el parágrafo § 32 StGB. Su tenor literal reza de la siguiente manera:

«(1) Quien cometa un hecho que está requerido por legítima defensa no actúa de forma antijurídica; (2) Legítima defensa es la defensa que es necesaria para conjurar una agresión actual antijurídica para sí mismo o para otro».

De este modo, el recurso al § 32 StGB se justifica en Alemania jurídico-penalmente señalando que en el caso de la legítima defensa y el auxilio necesario existe siempre una agresión actual antijurídica, la cual puede ser conjurada por uno mismo (legítima defensa) o por otra persona (auxilio necesario) a través de un hecho (defensa *necesario*). Sobre la base de estos requisitos, para que concurra una acción justificada por legítima defensa o por auxilio necesario en el caso de la llamada «tortura de rescate» debe aclararse si: (1) la situación de peligro amenazante en cuestión constituye ciertamente una «agresión actual antijurídica» en los términos previstos en el § 32 apartado 2 StGB; (2) la amenaza o utilización de la coerción física contra la persona detenida supone una actuación que resulta *necesaria* a través de la legítima defensa; (3) la conducta desplegada por los agentes podría considerarse como *requerida* en el sentido establecido por el apartado 1 del § 32 StGB.

En lo que hace referencia al primer requisito, a saber, la concurrencia de una agresión actual antijurídica, puede partirse de la existencia de la misma en el caso «Jakob von Metzler». En este sentido, Magnus Gäfgen había encerrado en su apartamento al pequeño Jakob. Es evidente que aquí se da un ataque antijurídico a la libertad del pequeño. Esa agresión ilegítima se mantenía todavía en el momento del interrogatorio (aunque de forma putativa, ya que los agentes desconocían absolutamente que el pequeño había fallecido), por lo que aquélla seguía siendo «actual». Por todo ello, y siguiendo en este caso a ROXIN, debería por tanto interpretarse que el silencio del presunto autor del secuestro supondría en esencia un ataque por omisión contra la víctima, de modo que la amenaza con utilizar la tortura sería, en principio, una defensa necesaria para conjurar esa agresión ilegítima, actual y a todas luces antijurídica.<sup>370</sup>

El punto fundamental a la hora de verificar la eventual concurrencia de una legítima defensa/auxilio necesario se encuentra precisamente en determinar la «necesidad» de la medida que ha escogido el defensor para conjurar el ataque antijurídico. El concepto de «necesidad» (*Erforderlichkeit*) significa básicamente que no puede disponerse de otro medio menos lesivo con el cual uno podría hacer frente a esa

---

<sup>370</sup> ROXIN (2005), cit., p. 464.

concreta agresión de forma igual de segura y efectiva.<sup>371</sup> Pues bien, si la amenaza o la utilización de la violencia contra un secuestrador podrían en este sentido considerarse *in concreto* como «necesarias», es una cuestión que debe responderse en cada supuesto en particular. En el caso «Jakob von Metzler», tanto la Fiscalía como el propio Tribunal encargado de enjuiciar la conducta de los agentes Daschner y Ennigkeit se esforzaron intensamente en demostrar que la amenaza con utilizar la tortura contra Magnus Gäfgen no resultaba «necesaria» en el sentido previsto en el § 32 StGB, ya que, desde la perspectiva de los sujetos acusados, todavía se encontraban a disposición otras medidas menos intromisivas. Sin ir más lejos, en los Fundamentos de derecho de la sentencia dictada por el *Landgericht* de Frankfurt a.M. en diciembre de 2004 tras el juicio seguido contra ambos agentes de policía, se hizo en repetidas ocasiones referencia a un «plan por etapas», en el cual, al parecer, habían depositado sus esperanzas tanto otros agentes como el propio psicólogo de la policía. En virtud del mencionado plan se debía en primer lugar confrontar al secuestrador sucesivamente con distintas personas (entre ellas con la hermana de la víctima), tomándole posteriormente de nuevo declaración para con ello conseguir que revelara el lugar donde mantenía retenido al menor. Hay que decir que dicho plan no fue finalmente llevado a la práctica en su totalidad.

Pues bien, a partir del contexto descrito en el párrafo anterior, un sector de la doctrina, encabezado por ERB, considera que en el caso «Jakob von Metzler» no puede de ningún modo mantenerse el argumento según el cual la necesidad *ex* § 32 StGB de amenazar o eventualmente aplicar la violencia física contra el secuestrador no procedería en este caso debido precisamente a la existencia de ese esperanzador «plan por etapas». Así, en opinión de ERB, la actuación de Daschner el día 1 de octubre de 2002 debía considerarse en todo caso como «necesaria» en el sentido establecido por el Código Penal germano –es decir: sin alternativa posible–. Para el mencionado autor, si uno tiene en cuenta el considerable lapso temporal que en los sucesos de Frankfurt a.M. la policía había utilizado en vano con el objetivo de convencer al secuestrador para que diera una información veraz sobre el paradero del pequeño Jakob, en ese caso las expectativas de éxito de una ulterior persuasión benévola –da igual, de qué forma–

---

<sup>371</sup> Al contrario que el § 34 StGB, precepto que regula el estado de necesidad, el § 32 StGB no contiene por lo demás ninguna cláusula relativa a la «adecuación» (*Angemessenheit*), según la cual uno podría *per se* calificar determinadas medidas como inadmisibles a pesar de su necesidad.

deberían considerarse como condenadas al fracaso.<sup>372</sup> Al mismo tiempo, cualquier demora en la actuación policial hubiera necesariamente conducido a una intensificación del sufrimiento del niño, dando lugar a que su vida estuviese expuesta a un mayor peligro. En las circunstancias descritas llegó un momento en el cual debía afirmarse sin ambages la necesidad de una actuación policial sin contemplaciones contra el autor del secuestro, para con ello lograr una protección efectiva de la víctima.<sup>373</sup>

En realidad, Daschner partía del hecho de que Gäfgen conocía el paradero de Jakob, estando además convencido de que la presión ejercida sobre el detenido daría lugar a descubrirlo. Desde el punto de vista del Vicepresidente de la Policía de Frankfurt, la amenaza resultaba una medida necesaria para evitar una agresión a la vida y a la integridad física del pequeño Jakob. Otros medios de defensa menos invasivos en la esfera personal del detenido no estaban disponibles. Por tanto, la utilización en este caso de la tortura de rescate para evitar un ataque antijurídico a la vida o la integridad física de la víctima resultaría una medida necesaria (*erforderlich*) ex § 32 StGB.

Sin embargo, lo discutible en el caso «Jakob von Metzler» es determinar si la conducta del agente de policía debería considerarse requerida (*geboten*) o admisible en los términos establecidos en el § 32 apartado 1 StGB, para con ello repeler satisfactoriamente la agresión llevada a cabo contra la víctima.<sup>374</sup> Según señala la doctrina alemana, la característica de la «admisibilidad» funciona como una especie de «concepto genérico dirigido a restringir el recurso a la legítima defensa» desde consideraciones tanto ético-sociales como de carácter jurídico superior.<sup>375</sup> En el caso

---

<sup>372</sup> De hecho, las expectativas de éxito del mencionado «plan por etapas» eran del todo punto inciertas. Así, tras un encuentro de Gäfgen con su madre en las primeras horas del día 1 de octubre de 2002 – encuentro que había sido propiciado por la propia policía –, el joven secuestrador no facilitó dato alguno sobre el paradero del niño.

<sup>373</sup> ERB (2005a), cit., pp. 25-26; EL MISMO (2004), cit., p. 15. EL MISMO (2008): «Zur strafrechtlichen Behandlung von “Folter” in der Notwehrlage», en: SCHNEIDER, Hendrik, *et al.* (eds.), *Festschrift für Manfred Seebock zum 70. Geburtstag am 15. September 2008*, Berlin: De Gruyter Recht, pp. 101 y ss. También tremendamente críticos con el mencionado «plan por etapas»: JEROUSCHECK, cit., pp. 296 y 301; WAGENLÄNDER, cit., p. 121: «Podría afirmarse sin miedo a equivocarse que en la madrugada del 1 de octubre de 2002 se había alcanzado el punto en el que existía la necesidad de una actuación sin contemplaciones contra el sospechoso del secuestro del menor para con ello proteger la vida de este último de forma efectiva».

<sup>374</sup> Los conceptos de la «necesidad» y de la «admisibilidad» son tratados frecuentemente como sinónimos, de tal forma que una legítima defensa necesaria para repeler un ataque, pero que en cambio no se considera admisible por razones ético-sociales, no puede caracterizarse como «necesaria» en los términos del § 32 StGB. Véase al respecto: WAGENLÄNDER, cit., pp. 122.

<sup>375</sup> A la hora de perfilar de la forma más concreta posible la «admisibilidad» o el carácter «requerido» de la acción en legítima defensa a la que hace referencia el apartado 1 del § 32 StGB, el Derecho penal alemán ha cristalizado determinados grupos de casos referidos todos ellos a la restricción ético-social del derecho a la legítima defensa. Así, por ejemplo, el recurso a la legítima defensa se veta cuando existe un

que es aquí objeto de análisis, una restricción a la posibilidad de invocar un auxilio necesario podría fundamentarse en el argumento relativo a la prohibición de la tortura. Tal y como se señaló anteriormente, la tortura afecta al núcleo fundamental de la garantía de la dignidad humana recogida en el Art. 1 apartado 1 frase 1 GG, siendo por tanto una conducta que en todo caso resulta contraria a la Ley Fundamental. Además, la dignidad humana se encuentra garantizada en el mencionado Art. 1 GG sin restricción alguna, encontrándose en la cúspide del orden de valores recogido en la Constitución, y ocupando incluso un lugar más importante que la vida humana.<sup>376</sup> Tanto la CEDH (Art. 3) como la CAT (Art. 1) prohíben de forma expresa cualquier acto de tortura. A partir de estos argumentos, y siguiendo en este punto a ROXIN, en el caso «Jakob von Metzler» debería producirse una restricción de carácter ético-social en lo relativo a la posibilidad de acudir al auxilio necesario; dicha restricción se derivaría del principio de la preservación del orden jurídico (*Rechtsbewahrung*), uno de los principios fundamentales del derecho a la legítima defensa. Ya que el Derecho no puede resultar eficaz mediante acciones que contravengan el Ordenamiento internacional o constitucional, un auxilio necesario a través de la aplicación de la tortura nunca puede resultar «requerido» (*geboten*) en el sentido previsto en el § 32 apartado 1 StGB.<sup>377</sup>

Ahora bien, si la amenaza proferida por Wolfgang Daschner –y ejecutada por Ortwin Ennigkeit– puede considerarse realmente como un acto de tortura, eso es algo que debe dilucidarse a partir de la definición contenida en el Art. 1 CAT. El hecho de

---

burdo e insoportable desequilibrio entre el bien jurídico que se pretende proteger y la lesión del bien jurídico que se produce como consecuencia de la acción de defensa. Esa burda desproporción podría darse en el caso de la tortura, ya que aquí muchos consideran que la dignidad humana se encuentra por encima del derecho a la vida. Esto es algo que –tal y como se analizó en el Capítulo anterior– se encuentra corroborado en la Ley Fundamental alemana en virtud de la posición preponderante de la que goza la dignidad humana. Efectivamente, tras la traumática experiencia vivida en el país germano como consecuencia de la dictadura Nacionalsocialista, el legislador constitucional germano decidió colocar conscientemente a la dignidad humana al comienzo de la Ley Fundamental, mientras que el derecho a la vida aparece regulado en el Art. 2 apartado 2 GG. Junto al mencionado burdo desequilibrio tampoco se considera admitida la legítima defensa en el caso de ataques llevados a cabo por niños o por personas que manifiestamente actúan en una situación de error o sin culpa. Lo mismo sucede en aquellos ataques realizados en el contexto familiar más cercano, o bien como consecuencia de la previa e intencionada provocación del sujeto que invoca la legítima defensa. Véase al respecto: WEILERT, cit., p. 201.

<sup>376</sup> Precisamente el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) ha venido destacando de forma especial en su jurisprudencia la eminente importancia que tiene el respeto de la dignidad del individuo. Véase, entre otras: BVerfGE 6, 32 (enunciado directo): «principio constitucional de carácter fundamental»; BVerfGE 45, 187 (directriz oficial): «valor jurídico más importante»; BVerfGE 75, 369: «eficacia absoluta sin posibilidad de realizar una ponderación de bienes». Véase también al respecto: NIEBLER, Engelbert (1989): «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum obersten Rechtswert der Menschenwürde», *Bayerische Verwaltungsblätter*, p. 737.

<sup>377</sup> ROXIN (2006), cit., pp. 210-211. En parecidos términos: WAGENLÄNDER, cit., pp. 122 y ss.

que Magnus Gäfgen revelase el lugar donde se encontraba el pequeño Jakob von Metzler antes de que Daschner hiciera efectiva su amenaza con utilizar la violencia física no se opone en principio a la consideración de la existencia de un acto de tortura. Efectivamente, tal y como se analizó en el Capítulo V, ésta no presupone necesariamente un ataque a la integridad corporal de la víctima. Por el contrario, la causación de daños o sufrimientos de carácter psíquico se equiparan en todo caso al maltrato corporal. Como consecuencia de la amenaza proferida, Gäfgen se encontraba en una situación personal de un miedo atroz, perdiendo literalmente los estribos y no estando en situación de formar libremente su voluntad. Por consiguiente, la amenaza efectuada por los agentes Daschner y Ennigkeit, consistente en infligirle daños físicos de consideración, podría eventualmente considerarse como un acto de tortura de carácter psicológico, lo cual desde luego impediría justificar esa conducta mediante la vía del § 32 StGB.<sup>378</sup>

A partir de todas estas consideraciones, un sector importante de la doctrina penal alemana niega la posibilidad de aplicar en el caso «Jakob von Metzler» la disposición del § 32 StGB en su vertiente de auxilio necesario.<sup>379</sup> La razón estriba en que la lesión en la dignidad humana de la víctima de la amenaza de torturas no puede en ningún caso resultar admitida o requerida, sino que la misma se encuentra precisamente prohibida. Para este sector doctrinal, el legislador germano quiso a través de la cláusula de la admisibilidad (*Gebotenheit*) restringir el derecho a la legítima defensa teniendo para ello en cuenta aspectos de naturaleza ético-social. Y precisamente el respeto a la dignidad humana constituye, sin duda alguna, uno de los principios más relevantes de la ética social. La misma no es susceptible de someterse a una ponderación, sino que es, lisa y llanamente, «intangible» (Art. 1 apartado 1 GG).

Considerando por tanto que la dignidad humana que se garantiza en el Art. 1 apartado 1 GG tiene el carácter de «intangible», la misma no puede ser restringida debido precisamente al mandato constitucional. La dignidad humana no se encuentra sometida a una reserva de ley, estando incluso excluida de una eventual reforma constitucional, tal y como al respecto establece el Art. 79 apartado 3 GG. Por consiguiente, teniendo en cuenta su posición preeminente al comienzo de la Ley Fundamental, hay que afirmar que la dignidad de la persona constituye el valor más

---

<sup>378</sup> De esta opinión, entre otros: JEBBERGER, cit., p. 714; KINZIG (2003), cit., p. 811.

<sup>379</sup> ANDERS, cit., p. 32; GUCKELBERGER, cit., pp. 124-125; ROXIN (2005), cit., pp. 464-465.

importante de la Constitución, no permitiendo restricción alguna. De este modo hay que convenir con el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) en que la dignidad humana se presenta como el valor más importante del conjunto de derechos fundamentales, no pudiendo por tanto ser objeto de ponderación con ninguno de ellos. La intransigencia en lo relativo a la prohibición de la tortura tiene en cuenta que cualquier relajación en su consideración como derecho fundamental de carácter intangible podría dar lugar a permitir un aumento de los casos donde se permitirían excepciones a dicha prohibición.

Ahora bien, ¿no puede una categórica prohibición de la tortura lesionar también la dignidad humana de personas inocentes que han sido secuestradas o se encuentran amenazadas por terroristas y que, por tanto, son abandonadas a su suerte por parte del Estado? ¿Es que el Estado no tiene la obligación de defender activamente la dignidad humana de estas personas? La Ley Fundamental germana responde a estas preguntas de forma clara en el Art. 1 apartado 1 frase 2, donde establece que el poder estatal debe no sólo «respetar» la dignidad humana (del secuestrador, del terrorista), sino también «protegerla» (= por ejemplo, la dignidad de la/s víctima/s). Con todo, la Constitución no señala qué debe suceder cuando el respeto de la dignidad humana de un sujeto únicamente resulta posible pagando el precio de la lesión de la dignidad humana de otra u otras personas. Es evidente que en ambos casos se lesiona la dignidad humana. No cabe duda de que en el caso «Jakob von Metzler», el agente Daschner se dejó llevar en su actuación por la preocupación de que el pequeño Jakob se encontraba encerrado en algún lugar en unas condiciones *indignas* y sometido a un miedo atroz. A partir de estas consideraciones, la dignidad del (presunto) autor del delito estaría confrontada con la dignidad de la víctima, debiendo esta última ser tenida en cuenta desde una perspectiva no sólo ética, sino también jurídico-penal. Ahora bien, el Estado, partiendo de la «resistencia» de la dignidad humana a una eventual ponderación, no puede en ningún caso lesionar la dignidad de un determinado sujeto, incluso cuando dicha medida tenga como objetivo proteger la dignidad de uno o varios individuos. Un delincuente no pierde nunca su derecho a que se respete su dignidad como persona, incluso en los casos en que sea responsable de los delitos más execrables. Además, conviene aquí de nuevo recordar que el Estado de Derecho únicamente puede cumplir con sus obligaciones – entre ellas la protección de sus ciudadanos– a través de los medios que le proporciona su ordenamiento jurídico-constitucional.



En definitiva, mientras que la cuestión relativa a la presencia de una situación de peligro sólo puede ser respondida caso por caso, un sector considerable de la doctrina penal alemana niega sin embargo la necesidad y, sobre todo, la admisibilidad de la tortura de rescate como eventual causa de justificación en la modalidad de auxilio necesario.<sup>380</sup> Para ello se señala que la amenaza o la causación de torturas, aunque dicha acción se ejecute con la finalidad de salvar vidas humanas, choca frontalmente contra la intangibilidad de la dignidad humana (Art. 1 apartado 1 GG), contra el derecho fundamental de naturaleza procesal recogido en el Art. 104 apartado 1 frase 2 GG, concebido como concretización procesal-penal del principio de la dignidad humana,<sup>381</sup> y lesionando al mismo tiempo los Arts. 3 y 15 apartado 2 CEDH y el Art. 2 apartado 2 CAT.<sup>382</sup>

Hay que decir por último que el propio *Bundesverfassungsgericht* –aludiendo expresamente al caso «Jakob von Metzler»– ha señalado que la amenaza con causar daños físicos a un presunto secuestrador para con ello obligarle a realizar una declaración, no sólo constituye un método de interrogatorio prohibido según el Derecho nacional germano, sino que también contraviene lo dispuesto en el Art. 3 CEDH. En este sentido, el Alto Tribunal ha fundamentado la prohibición absoluta de la tortura utilizando para ello el argumento según el cual la aplicación de la tortura convierte a la persona interrogada en un mero objeto de la lucha contra el crimen, lesionando su constitucionalmente protegido derecho a que se le respete y valore como individuo social, y destruyendo por tanto presupuestos fundamentales de la existencia individual y social del ser humano.<sup>383</sup>

---

<sup>380</sup> Véase, entre otros: ELLBOGEN, cit., pp. 340-341; JÄGER, cit., p. 679; ROXIN (2006), cit., pp. 214-215.

<sup>381</sup> Según se señala en la mencionada disposición: «[L]as personas detenidas no podrán ser maltratadas ni física ni psíquicamente».

<sup>382</sup> En el contexto descrito conviene reproducir –por su importancia– los argumentos expuestos por AMBOS al hilo de la eventual justificación de un acto de tortura sobre la base de una eventual legítima defensa/auxilio necesario: «[L]a legítima defensa como una causa de justificación haría al acto de tortura legal, es decir, negaría la antijuricidad de la tortura. Esto lógicamente crearía una contradicción irreconciliable entre sostener la prohibición de la tortura a nivel estatal y abandonarla a nivel de justificación individual. La prohibición legal de la tortura sería minada de forma irrefrenable, rodando pendiente abajo sin poder ser parada». Véase: AMBOS, cit., p. 47,

<sup>383</sup> BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, p. 657.

### 2.3. Estado de necesidad justificante (§ 34 StGB)

La siguiente causa de justificación de naturaleza penal que podría entrar en consideración en relación a los hechos que se analizan en el presente trabajo es el estado de necesidad justificante, el cual se encuentra regulado en el § 34 StGB en los siguientes términos:

«Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa de forma antijurídica si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados y del grado del peligro que les amenaza, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige sólo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro».

A diferencia de la legítima defensa, analizada en el epígrafe anterior, el § 34 StGB no presupone un ataque del portador del bien objeto de la injerencia ajena, sino más bien la existencia de un peligro actual que no puede ser repelido de otra manera que no sea a través de la utilización precisamente del bien objeto de la injerencia.

En primer lugar, la situación de necesidad a la cual se hace referencia en el mencionado § 34 StGB puede sin duda alguna admitirse en los sucesos de Frankfurt que aquí se discuten, si bien, también aquí, de forma análoga a la situación de legítima defensa, el peligro debe ser real y no únicamente aparente.<sup>384</sup> Ciertamente, en el caso «Jakob von Metzler» existía una situación de peligro actual para la vida de la víctima del secuestro; peligro que en principio sólo podía ser conjurado a través de la amenaza proferida por Daschner contra el presunto autor de ese secuestro.

No obstante, los defensores de la llamada «tortura de rescate» pasan a menudo por alto que para recurrir al § 34 StGB deben cumplirse, además, obligatoriamente, otros requisitos los cuales resultan bastante más severos que los previstos para una acción realizada en legítima defensa.

---

<sup>384</sup> De la misma opinión, entre otros: SCHILD (2005a), cit., p. 90.

Así, en un principio, dentro de la ponderación de intereses a la que hace referencia de manera explícita el § 34 StGB, juega un papel de fundamental importancia la eventual relación jerárquica entre los bienes jurídicos en conflicto en el concreto caso «Jakob von Metzler». Aquí podría defenderse razonablemente la tesis según la cual la finalidad de salvar una vida humana debería prevalecer por encima de la eventual lesión de la integridad física que se produce cuando se obliga por la fuerza a que un sujeto emita una declaración. Sin embargo, el llevar a cabo semejante ponderación da lugar a que se ignoren una serie de prerrogativas de naturaleza constitucional, entre las que se encuentra el hecho de que la aplicación de la tortura de rescate no supone «únicamente» una lesión de la integridad física, sino que también afecta a la dignidad humana contemplada en el Art. 1 apartado 1 GG. Lógicamente, esto es algo que no puede dejar de tenerse en cuenta a la hora de determinar la relación jerárquica entre los bienes jurídicos afectados. Por consiguiente, sólo tras una ponderación que considere también los principios de orden constitucional, puede determinarse de forma definitiva el rango entre los distintos bienes jurídicos. Al igual que sucede con respecto a la legítima defensa, también en el caso del estado de necesidad contenido en el § 34 StGB, la eventual justificación de la actuación de un funcionario público está determinada por una valoración constitucional de la tortura de rescate.<sup>385</sup>

Pues bien, teniendo en cuenta la posición preeminente de la que goza la dignidad humana en el sistema normativo de la Ley Fundamental, resulta ciertamente difícil pensar en qué casos y con respecto a qué bien fundamental resultaría posible sacrificar la dignidad del ser humano. En el concreto caso «Jakob von Metzler», una cuestión fundamental a determinar es si a la hora de ponderar entre, por un lado, la vida que se intenta salvar y, por otro, la dignidad humana de la persona torturada, el interés en proteger la vida «prevalece esencialmente» sobre el interés menoscabado, consistente, como se sabe, en la protección contra la tortura. En este sentido, la doctrina jurídica mayoritaria en Alemania considera no sin razón que el interés en preservar la vida del pequeño Jakob no debería prevalecer esencialmente sobre el interés de Magnus Gäfgen en que fuera respetada su dignidad humana. La razón fundamental para esta conclusión se encuentra en que también un delincuente tiene derecho a que sea respetada su dignidad como persona. Y ese derecho no puede desde luego decaer, es decir, desaparecer, por el hecho de que un sujeto sea responsable del peligro que amenaza a la

---

<sup>385</sup> WAGENLÄNDER, cit., pp. 133-134.

víctima.<sup>386</sup> Además, si de forma notoria se encuentra vigente el principio según el cual nunca puede ser ponderada la vida de un sujeto con respecto a la de otro en el marco del § 34 StGB, en ese caso es evidente que debe estar igualmente prohibido poner en la balanza el bien jurídico de la dignidad humana, el cual, sobre la base del propio texto constitucional, se encuentra asentado por encima incluso del principio de protección absoluta de la vida.<sup>387</sup>

En el polo opuesto, otro sector doctrinal considera que nadie en el caso «Jakob von Metzler» sería capaz de defender seriamente que el bien jurídico «dignidad humana» debería prevalecer sobre el bien jurídico «vida»; y, en caso contrario, debería modificarse la constelación de intereses afectados para afirmar que, con respecto a la víctima del secuestro, también se encontraría en peligro su dignidad como ser humano. Y es que, según señala al respecto FAHL, «resulta ciertamente inadmisibles cualificar los sufrimientos de una víctima de torturas como una violación de su dignidad humana, y en cambio considerar que los sufrimientos –iguales o incluso más graves– de una o centenares de víctimas suponen únicamente una lesión contra un bien jurídico inferior como es la vida».<sup>388</sup> Sin embargo, y aun considerando que, efectivamente, los sucesos de Frankfurt del año 2002 daban lugar a menoscabar la dignidad humana del pequeño Jakob, tampoco en este caso la actuación de los agentes de policía podría quedar justificada a partir del § 34 StGB, ya que en la ponderación de los intereses en conflicto en esa concreta situación no cabría afirmar una prevalencia absoluta de la dignidad de la víctima del secuestro frente a la dignidad de la víctima de la tortura estatal.

Con todo, el argumento decisivo que, según una concepción mayoritaria, se opone a una eventual apelación al § 34 StGB en los casos de la «tortura de rescate», se encuentra fundamentado esencialmente en la *inconveniencia* de la acción como medida dirigida a la prevención del peligro. Efectivamente, la no aplicación de la disposición penal relativa al estado de necesidad resulta del segundo inciso contenido en el § 34 StGB, donde se señala lo siguiente: «Esto [la justificación de la conducta a través de la

---

<sup>386</sup> JEBBERGER, cit., pp. 711 y 714; WEILERT, cit., p. 204.

<sup>387</sup> WEILERT, cit., p. 204, con bibliografía complementaria.

<sup>388</sup> FAHL, cit., pp. 185-186. En parecidos términos: JEROUŠCHECK/KÖLBER, cit., pp. 613-614. Hay que decir que este principio de prevalencia absoluta de la dignidad humana por encima incluso del derecho a la vida ha sido recientemente cuestionado con motivo de la nueva amenaza terrorista. Véase al respecto: JAHN, cit., pp. 29-30, así como el controvertido § 14 apartado 3 de la Ley de Seguridad Aérea (*Luftsicherheitsgesetz*, LuftSiG), el cual autorizaba a derribar un avión de pasajeros para proteger la vida de otras personas. Como se sabe, esta disposición fue declarada nula por la BVerfGE 115, 118 (165). A dicha problemática se hace referencia explícita en el epígrafe 8 del Capítulo VI.

ponderación de intereses] rige sólo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro». Según señala la doctrina mayoritaria, la adecuación del medio empleado supone en esencia un correctivo adicional, es decir, una restricción ético-social de la conducta llevada a cabo en un estado de necesidad. Y es que a más tardar en este punto del análisis de la eventual concurrencia de un estado de necesidad justificante aparecen con toda su fuerza las consideraciones que desde el Derecho constitucional y, particularmente, desde la normativa internacional, prohíben de forma absoluta la tortura, lo cual hace imposible la justificación de la violencia estatal debido precisamente a la falta de adecuación por lesionar aquélla la dignidad humana. Por consiguiente, el § 34 StGB debe excluirse como causa de justificación en los casos de amenaza y utilización de la tortura debido a la mencionada falta de adecuación del medio (*kein angemessenes Mittel*) para la evitación de la situación de peligro.<sup>389</sup>

Resulta por tanto indiscutible que la tortura, o incluso su simple amenaza, se presentan como una violación de la dignidad humana, ya que dichas acciones no tratan al torturado o amenazado como una persona, sino que más bien lo convierten en un mero objeto en aras a la consecución de una declaración. La dignidad humana está en todo caso excluida de una ponderación *ex* § 34 StGB, siendo más bien un derecho fundamental de carácter intangible. Por tanto, se entiende por sí sola la necesidad de llevar a cabo restricciones de la causa de justificación relativa al estado de necesidad cuando razones especiales no sólo lo exigen, sino también cuando un Derecho de alto rango, como lo es el Derecho constitucional, lo demanda de forma positiva. En este sentido hay que tener nuevamente en cuenta la obligación normativa prevista en el Art. 1 apartado 1 frase 1 GG, según la cual el poder estatal debe siempre respetar y proteger la dignidad del ser humano.<sup>390</sup> Además debe hacerse referencia al Art. 104 apartado 1 frase 2 GG, en virtud del cual se encuentra prohibido el maltrato corporal y psíquico de las personas detenidas. De este modo puede considerarse como un hecho indiscutido

---

<sup>389</sup> Véase al respecto: ANDERS, cit., pp. 33-34; KINZIG (2005), cit., p. 11; KRETSCHMER, cit., p. 106; LÜDERSEN, cit., pp. 702-703; NEUHAUS, cit., p. 535; ROXIN (2005), cit., pp. 464-465; SALIGER, cit., pp. 48-49. En sentido contrario: HERBST, cit., pp. 314-315, quien considera que «la dogmática penal puede y debe diferenciar de forma selectiva entre una coerción física para conseguir una declaración que salve una o varias vidas humanas y actuaciones como, por ejemplo, las llevadas a cabo en EE.UU., en Abu Ghraib o Guantánamo. Una justificación mediante la invocación de un estado de necesidad sólo entraría en consideración con respecto a la clásica constelación de la coerción física dirigida a salvar una vida. (...) Sólo en estos casos la acción llevada a cabo en un estado de necesidad resulta adecuada, de modo que los bienes jurídicos de la víctima prevalecen con respecto a los del autor de la infracción».

<sup>390</sup> El poder del Estado se encuentra representado en este caso por la conducta desplegada por el agente de policía encargado del interrogatorio.

que la persona susceptible de facilitar una determinada información, independientemente de que se trate de un imputado o de un simple testigo, se convierte en un mero objeto de la lucha contra el crimen al ver menoscabada su dignidad como ser humano desde el momento en el que se le amenaza con la violencia física para que lleve a cabo una declaración.

#### **2.4. Excurso: El estado de necesidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo israelí**

Si se analiza la discusión científica llevada a cabo en Alemania en las últimas décadas en toda la temática relativa a la tortura o su amenaza, puede observarse cómo al respecto ha venido existiendo una postura ambivalente: Mientras que la ciencia jurídica se ha ocupado intensamente –y ha admitido– que la policía pueda en casos extremos como los representados por una toma de rehenes matar de un disparo al autor de los hechos, llegando incluso a debatir en profundidad la existencia de un estado de necesidad o un auxilio necesario en relación a la actividad estatal, en cambio ha negado vehementemente la eventual justificación jurídico-penal de la amenaza y/o utilización de la tortura por parte de las instancias estatales, no entrando ni siquiera a analizar la solución planteada en otros países. Motivos para haber abordado un tema tan delicado no han faltado.

En el año 1978, Aldo Moro, antiguo Primer Ministro de Italia, fue secuestrado por un comando de la organización terrorista Brigadas Rojas, la cual amenazó con matarlo. Uno de los presuntos autores fue detenido y se planteó la posibilidad de torturarlo para con ello obtener información. Como describe un sumario del caso, «un investigador de los servicios italianos de seguridad propuso al general Carlo della Chiesa [de la policía del Estado] que se torturara al preso que parecía tener información sobre el caso». Sin embargo, «el general rechazó la idea replicando: “Italia puede sobrevivir a la pérdida de Aldo Moro, pero no puede sobrevivir a la introducción de la tortura”». Finalmente, los terroristas asesinaron a Moro.<sup>391</sup>

---

<sup>391</sup> Episodio referido por DERSHOWITZ (2004), cit., p. 157.

Ahora bien, aunque hay que calificar tal decisión como jurídicamente intachable, no ha sido precisamente ésta la opción acogida por otros gobiernos, sobre todo los que más de cerca han sufrido las consecuencias del terrorismo. En concreto, en Israel, después de saltar a la luz pública que sus servicios de seguridad habían usado la violencia para interrogar a sospechosos de terrorismo, se formó en el año 1987 una comisión de investigación con el fin de clarificar su legalidad. Así, la conocida como *Landau Commission* estableció que el uso de la fuerza moderada por parte de los miembros del GSS (*General Security Service*) era permisible en virtud de un estado de necesidad (*necessity defence*) previsto en la ley penal, especialmente en aquellos casos en los que ese uso de la fuerza podía servir para conocer los modos de organización de una banda armada o para prevenir un acto terrorista en estado de incubación. Según indicó la mencionada Comisión, tal excepción no dependía de la inminencia del ataque a evitar, sino más bien de la comparación entre el daño causado (por el uso de la tortura) y el daño que (a raíz de actos terroristas) ocurriría más pronto o más tarde.<sup>392</sup> De este modo, la eufemísticamente denominada «presión física moderada» («*Pression physique modérée*») en los interrogatorios se convirtió en una práctica expresamente aceptada por directivas ministeriales sobre interrogatorios (pero no por una Ley) en Israel.

En este sentido, hay que hacer referencia a una trascendental sentencia dictada por el Tribunal Supremo israelí el 14 de noviembre de 1996, en la cual admitió la aplicación de la tortura contra presuntos terroristas detenidos, basándose para ello en la existencia de una legítima defensa que fundamentaría la tortura para con ello evitar un acto terrorista contra la población israelí.<sup>393</sup>

Por tanto, y hasta el año 1999, en Israel no sólo se practicaba la tortura de manera sistemática contra detenidos por parte del GSS, sino que, además, se hacía de manera *prácticamente* legal, al menos abiertamente. Según informes de varias ONG's, sobre la base de dicha autorización, cada año se practicaban más de 850 interrogatorios con torturas a presos palestinos sospechosos de terrorismo.

Pues bien, en la segunda mitad de la década de 1990 fueron presentadas ante la Corte Suprema hebrea una serie de demandas contra el Estado de Israel y el GSS por

---

<sup>392</sup> Véase al respecto: AMBOS, cit., pp. 21-22, nota núm. 3.

<sup>393</sup> Sentencia del *Supreme Court* israelí de 14 de noviembre de 1996 (caso Muhammad Abd Al-Aziz vs. General Security Service).

parte de diversas entidades, en las que se denunciaban como ilegales ciertas prácticas habituales en los interrogatorios.

Esto dio lugar a que en el año 1999, la Corte Suprema de Israel estableciera en su famoso pronunciamiento, dictado el 6 de septiembre, que la ley de su Estado no preveía explícitamente una autorización que permitiera al GSS utilizar fuerza física como método de investigación.<sup>394</sup> En opinión del Tribunal, esta situación hacía inadmisibles la remisión a una eventual legítima defensa o incluso a un estado de necesidad, exigiendo por el contrario una autorización legal expresa que avalase *ex ante* la aplicación de la violencia física contra personas detenidas.<sup>395</sup> Por tanto, este histórico pronunciamiento declaró ilegales esas prácticas que tanto el Estado como el propio GSS consideraban indispensables para luchar y ganar la guerra contra el terrorismo. Para el Alto Tribunal, dichas prácticas eran degradantes y atentatorias contra la dignidad básica del ser humano.

En consecuencia, la *Supreme Court* hebrea dejó sin efectos el contenido establecido por la Comisión Landau. Esta en general admirable sentencia, tanto por la forma como por el fondo en lo que se refiere a la cuestión central –la ilegalidad absoluta de las prácticas de tortura denunciadas y su incompatibilidad con el sistema de valores de la ley del Estado de Israel–,<sup>396</sup> unido a que la misma se dictó en un contexto en el que el Estado hebreo era continuamente amenazado por continuos ataques terroristas, supuso sin duda un punto de inflexión en el debate sobre la legitimidad de la tortura en Israel, si bien, como se verá a continuación, no lo cerró definitivamente.

Efectivamente, una buena parte de la Sentencia del año 1999 (sin duda la más controvertida y jurídicamente la menos convincente) se dedicó a analizar si, en casos

---

<sup>394</sup> Supreme Court of Israel: *Judgment Concerning the Legality of the General Security Service's Interrogation Methods*, 38, I.L.M. 1471, 1481 (1999).

<sup>395</sup> Véase al respecto, BRUGGER (2000), cit., p. 165, especialmente las notas núm. 2 y 13. JAHN, cit., p. 45: «Aludiendo de forma expresa al caso ocurrido en Irlanda del Norte y que fue enjuiciado por el TEDH (sentencia de 18 de enero de 1978), en la sentencia del Tribunal Supremo israelí de 6 de septiembre de 1999 se enfatiza la protección de la dignidad humana. Según el Alto Tribunal, una ponderación de bienes jurídicos no puede tener lugar ni en los escenarios denominados “*ticking-time-bomb*”». Véase también: GEBAUER, cit., p. 1405, nota núm. 1: «En la mencionada sentencia expone el Tribunal Supremo israelí que la aplicación de “presión física moderada” por parte de las fuerzas de seguridad hebreas no resulta posible sin una base jurídica especial, incluso en los casos en los que está en juego la vida de seres humanos».

<sup>396</sup> La firme decisión a favor de la dignidad del hombre y de la prevalencia del Derecho impregna toda la sentencia, que con rotundidad proclama que «es el destino de la democracia que no todos los medios son aceptables»; «una democracia debe luchar a veces con una mano atada a la espalda». Supreme Court of Israel: *Judgment Concerning the Legality of the General Security Service's Interrogation Methods*, 38, I.L.M. 1471, 1481 (1999), punto 39.



excepcionales, cabría apreciar un estado de necesidad, regulado expresamente en el art. 34 del Código Penal hebreo en los siguientes términos: «Una persona no será criminalmente responsable por cometer cualquier acto que sea inmediatamente necesario para salvar la vida, libertad, integridad o propiedad propia o de otra persona frente a un peligro sustancial de serio daño, en respuesta a particulares circunstancias durante un periodo determinado y ausencia de vías alternativas para evitar el daño».

En este sentido, los acusados de llevar a cabo prácticas de tortura invocaron reiteradamente esta disposición, expresión del principio del mal menor, que no sólo concedería una autorización para realizar estas prácticas, sino que incluso impondría el deber de actuar de esa manera si fuera necesario en caso de graves amenazas terroristas inmediatas, en particular en los casos conocidos como «*ticking bomb scenario*» (escenario de la bomba de relojería), esto es, situaciones en las que es detenido un terrorista que sabe dónde está oculta una bomba controlada por un mecanismo automático y que puede explotar en cualquier momento, con el consiguiente riesgo para la población. Resulta indudable que el Alto Tribunal hebreo era consciente de que la invocación del estado de necesidad podría dar al traste con su detallada argumentación contra la tortura legal, pero a la vez no encontró el camino adecuado para impedir este efecto, reconociendo que, eventualmente, sería aplicable si se dieran sus requisitos. El problema es que si por un lado se acepta la aplicabilidad general del estado de necesidad a cualquier delito –y los códigos penales no parecen hacer restricciones al respecto– y a la vez se procede a una ponderación de intereses, todo parece apuntar a que en algunos casos, como los del «*ticking bomb scenario*», el mal menor podría aparentemente ser la tortura, si con ella se consigue evitar la muerte de víctimas inocentes.

De este modo, y al igual que hizo en su día la Comisión Landau, el Tribunal Supremo israelí, a la hora de admitir técnicas de interrogatorio fundamentadas en la violencia estatal, basó su argumento en la excepción de la necesidad, si bien la entendió en un sentido de inmediatez y a constatar *ex post*; es decir, si un investigador del GSS fuera criminalmente acusado, dicha excepción podría serle aplicada en caso de cumplirse los requisitos establecidos en la ley penal. Por tanto, lo que sí resultaba admisible *ex post* era la apelación al principio de estado de necesidad por parte de los sujetos responsables del interrogatorio, en caso de que se abriese contra ellos un procedimiento penal. Así, en los últimos años, Israel ha permitido abiertamente que los miembros de sus servicios de seguridad empleen métodos de interrogatorio

«excepcionales» y «presión física» contra los palestinos detenidos en las llamadas «situaciones de *ticking bomb*».<sup>397</sup>

Como a nadie escapa, la argumentación realizada por la Sentencia del año 1999 dictada por la Corte Suprema de Israel resulta ciertamente contradictoria. Así, por un lado, estableció la ilegalidad absoluta de las prácticas de tortura llevadas a cabo por los miembros de los servicios de seguridad y su incompatibilidad con el sistema de valores de la ley israelí. Sin embargo, por otro lado aceptó la posibilidad de apreciar un estado de necesidad en casos excepcionales. Según indicó el Alto Tribunal hebreo, existe una gran diferencia entre estas dos soluciones, puesto que «el estado de necesidad no ofrece una autorización legal *ex ante* para actuar de una determinada manera, sino que, a lo sumo, ofrece una posibilidad de exclusión de la punibilidad *ex post*, limitada al caso concreto de quien se beneficia de ella y no expresable mediante una regla general».<sup>398</sup> Ahora bien, ¿cómo puede un juez, *a posteriori*, determinar que concurre esta circunstancia si teóricamente no se puede fijar *ex ante* en qué casos será aplicable? Después de la decisión del Tribunal Supremo israelí del año 1999, en la cual siguió dejando abierta una puerta a la tortura –apoyándose para ello en una más que cuestionable caracterización del estado de necesidad– varios informes pusieron de relieve que los investigadores del GSS calificaron a docenas de detenidos como casos de *ticking bomb*. Así, excepcionales técnicas de interrogatorio fueron usadas sobre ellos y justificadas bajo la doctrina de la necesidad.

### **3. Causas de exclusión de la culpabilidad**

#### **3.1. Estado de necesidad exculpatorio (§ 35 StGB)**

En aquellos casos en los que «el interés protegido», según el § 34 StGB, no prevalece esencialmente sobre el interés que resulta menoscabado, podría como última opción acudir a una exoneración de la responsabilidad penal en el ámbito de la

---

<sup>397</sup> Conviene recordar en este punto que también en el Reino Unido se utilizaron en su día procedimientos de privación sensorial en interrogatorios efectuados contra sospechosos de pertenecer al IRA. Dicha cuestión es analizada en profundidad en el Capítulo V del presente trabajo.

<sup>398</sup> Supreme Court of Israel: *Judgment Concerning the Legality of the General Security Service's Interrogation Methods*, 38, I.L.M. 1471, 1481 (1999), punto 36.

culpabilidad. Como causa de exculpación eventualmente aplicable en el caso «Jakob von Metzler» habría que hacer referencia especialmente al «estado de necesidad exculpante» previsto en el § 35 StGB, cuyo apartado 1 reza de la siguiente manera:

«Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él, para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, en concreto porque él mismo ha causado el peligro o porque se encontraba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 apartado 1 cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica».

Como puede observarse en el texto contenido en el mencionado § 35 StGB, también la exculpación allí prevista está sujeta a unos márgenes relativamente estrechos, ya que un estado de necesidad exculpatorio sólo entra en consideración cuando la situación de necesidad («peligro actual») existe para la propia persona amenazada, para un pariente de ésta u otra persona allegada, de modo que la conducta antijurídica se cometería «sin culpabilidad». Por el contrario, un tercero, con respecto al cual la persona que se pretende salvar no es ni pariente ni tampoco persona allegada, no puede por tanto acogerse a esta causa de exculpación. En el caso de los funcionarios públicos que aplican la tortura para salvar la vida de un sujeto que no es ni pariente ni tampoco una persona allegada, no podría entonces acudirse a la causa de exculpación contemplada en el mencionado § 35 StGB. De este modo, al carecer de un vínculo afectivo de los contemplados en el mencionado precepto, ni Daschner ni Ennigkeit podrían acudir a una eventual exculpación por la vía de este estado de necesidad situado en el ámbito de la culpabilidad.<sup>399</sup>

*A sensu contrario*, y en el caso de que, por ejemplo, entre las víctimas –piénsese en la situación en la que una bomba nuclear amenaza a los habitantes de una gran

---

<sup>399</sup> En los mismos términos: JEBBERGER, cit., pp. 714; LAMPRECHT, cit., pp. 126-127; NEUHAUS, cit., p. 535 (en relación al caso «Jakob von Metzler»): «El párrafo § 35 StGB queda excluido como causa de exculpación, ya que en este caso no existe un peligro para el círculo de personas al que se hace referencia en el apartado 1 del § 35 StGB; la víctima del secuestro no es ciertamente una “persona allegada” para el autor de las coacciones, ya que –debido a la equiparación que en el mencionado precepto se hace con los parientes– debe tratarse de una relación interpersonal concebida con una cierta duración; algo que no ocurre en la “relación” entre el agente encargado de la investigación y el sujeto secuestrado».

ciudad– se encontrasen personas allegadas al funcionario de policía, entonces sí que podría invocarse sin problemas el § 35 apartado 1 StGB. Con todo, conviene recordar que el § 35 StGB excluye expresamente una eventual exculpación del autor cuando éste se encuentra en una «especial relación jurídica», de modo que se le puede exigir tolerar el peligro para el familiar o la persona allegada. En opinión de SCHILD, esta restricción puede afirmarse en relación a un funcionario de policía cuando la eventual actuación consiste precisamente en anular la prohibición absoluta de la tortura, de modo que aquí quedaría excluida una exculpación.<sup>400</sup>

### **3.2. El denominado «estado de necesidad suprallegal»**

Para los casos en los que se pretende salvar la vida de personas fuera del círculo previsto en el § 35 StGB, pero cuya salvación se asemeja a lo contemplado en el estado de necesidad justificante del § 34 StGB, afectando por tanto a la evitación de un peligro actual para la vida, un sector de la doctrina penal alemana invoca la figura del denominado «estado de necesidad suprallegal de naturaleza exculpante» (*übergesetzlicher entschuldigender Notstand*); figura que, hay que decir, no goza de base legal en el Derecho penal alemán.

El instituto del estado de necesidad suprallegal de naturaleza exculpante, el cual ha sido desarrollado por la doctrina penal alemana, tiene el cometido fundamental de llenar el vacío existente en aquellas constelaciones de casos en los que el estado de necesidad justificante no puede entrar en acción, ya que los bienes jurídicos que se encuentran enfrentados no son susceptibles de ser ponderados entre sí desde una perspectiva cuantitativa o cualitativa, o bien porque el estado de necesidad exculpante previsto en el § 35 StGB no resulta tampoco aplicable, ya que el autor no actúa con el objetivo de evitar un determinado peligro que le amenaza a él, a un pariente o a otra persona allegada.

El estado de necesidad suprallegal fue desarrollado por la ciencia jurídico-penal germana con el objetivo de analizar y resolver los denominados «casos de la eutanasia»,

---

<sup>400</sup> SCHILD (2005), cit., pp. 78-79. Véase también: KINZIG (2003), cit., p. 812.

los cuales se dieron durante la dictadura nacionalsocialista en Alemania.<sup>401</sup> En los últimos años, la discusión llevada a cabo incluso a nivel internacional suele poner como ejemplo de estado de necesidad supralegal las denominadas «*ticking time bomb situations*». En este sentido, el caso del sujeto que, por ejemplo, esconde una bomba en el centro de una gran ciudad, tiene en común con el que aquí es objeto de análisis en que aquel agente policial que no respeta una estricta prohibición legal (sea la tortura, sea la prohibición de matar) actúa estando convencido de que no sólo su acción tiene como objetivo prioritario el salvar una o varias vidas y, con ello, el respetar los bienes jurídicos de uno o varios sujetos, sino que también escoge la única vía que muy probablemente dará lugar a lograr el objetivo pretendido. También actúa con la certeza de encontrarse en una situación del todo punto singular y excepcional que difícilmente se volverá a repetir, de modo que su eventual exculpación no dará lugar a debilitar el efecto preventivo-general de la prohibición en cuestión.<sup>402</sup> Por todo ello, lo típico de este instituto jurídico viene marcado porque el autor de una conducta en principio delictiva merece sin embargo la indulgencia del Derecho, ya que, si bien aquél no ha realizado una acción *jurídicamente* permitida, sí que puede en cambio defenderse su carácter *ético* debido a que su objetivo era salvar una, varias o muchas vidas. La omisión de una actuación como la llevada a cabo le hubiera reportado al autor una grave culpabilidad de carácter ético y moral. Por consiguiente, está acción a todas luces antijurídica merece sin embargo una exculpación.

---

<sup>401</sup> Así, algunos de los médicos alemanes que fueron acusados en la posguerra de eventuales crímenes contra la población civil se habían encontrado durante el Tercer *Reich* en la difícil situación de, bien cumplir de forma *limitada* con la orden emitida por Hitler de matar a todos los enfermos mentales – «seleccionando» para ello a un número concreto de víctimas y sacrificando su vida para con ello salvar a la mayoría de ellas–, bien renunciar a su cooperación con semejante barbarie, lo cual hubiera dejado abiertas las puertas para aquellos facultativos sin escrúpulos afines al régimen nazi que, a buen seguro, hubieran matado a la totalidad de enfermos mentales. Mediante dicha actuación, aquellos facultativos lograron falsear las listas en las que estas personas se encontraban inscritas, al anotar como «fallecidos» hombres y mujeres que en realidad habían logrado ser salvados. Ciertamente, en el juicio oral se consideró injusto reprochar a los médicos su conducta, ya que únicamente a través de su disposición de causar la muerte a varios sujetos –los cuales, con toda probabilidad, hubieran fallecido como consecuencia de la acción de otros facultativos– se consiguió mantener con vida a un número considerable de seres humanos. Finalmente, la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia para la Zona Británica, en una Sentencia dictada el 5 de marzo de 1949, negó la existencia de un estado de necesidad supralegal que había sido apreciado por el jurado en la sentencia dictada en Primera instancia, si bien concedió a los acusados una causa personal de exclusión de la pena en atención al móvil ético que había guiado su conducta. Para un análisis exhaustivo de este caso véase: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (2011): «Caso de los dos psiquiatras en el III Reich», en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Madrid: La Ley, pp. 177-192.<sup>402</sup> ROXIN (2005), cit., pp. 468-469.

<sup>402</sup> ROXIN (2005), cit., pp. 468-469.

Los requisitos del estado de necesidad supralegal resultan controvertidos individualmente considerados, ya que en este caso se trata de la valoración jurídica de casos singulares, los cuales, precisamente, debido a su singularidad no han sido contemplados por el Derecho.<sup>403</sup> Con todo, existe acuerdo unánime en lo relativo a que lo típico de este instituto jurídico viene marcado –como se ha señalado– porque el autor de una conducta en principio delictiva merece sin embargo la indulgencia del Derecho, ya que, si bien aquél no ha realizado una acción *jurídicamente* permitida, sí que puede defenderse su carácter *ético* debido a que su objetivo era salvar una o varias vidas. Si bien los contornos de esta particular causa de exculpación siguen siendo a día de hoy bastante controvertidos, puede decirse que los requisitos fundamentales para invocar su aplicación son los siguientes: (1) En primer lugar debe existir una situación de estado de necesidad caracterizada por un peligro actual; peligro que en el caso de la llamada «tortura de rescate» podría por lo menos vislumbrarse cuando el autor de un secuestro mantiene realmente retenida a la víctima en un determinado lugar, estando esta última abandonada a su suerte y, por lo tanto, expuesta a morir; (2) En segundo lugar, la evitación del peligro únicamente puede llevarse a efecto a través del ataque a un bien jurídico, el cual ciertamente (debido a la prohibición de ponderación de la vida de un ser humano con la vida y/o la dignidad de otro) no puede resultar justificado por la vía del § 34 StGB, ni tampoco disculpado en virtud del § 35 StGB (por razón del círculo de personas que se encuentra en peligro).<sup>404</sup> Según la opinión mayoritaria, los casos a los que aquí se está haciendo referencia están comprendidos dentro de lo que se conoce como «estado de necesidad vital cuantitativo» (*quantitativer Lebensnotstand*), es decir, casos en los que muchas personas se encuentran expuestas a una situación de peligro y por lo menos una parte de ellas pueden ser salvadas a través de la actuación en estado de necesidad. De este modo, uno o varios bienes jurídicos se sacrifican, ya que éste constituye el único camino para, por lo menos, salvar al resto;<sup>405</sup> (3) En tercer lugar, el sujeto que actúa parte de la existencia de una situación absolutamente excepcional, encontrándose además aquél ante un supuesto dilema no refutable por la ley, el cual coarta considerablemente su libertad de motivación; (4) En cuarto y último lugar, una valoración global de carácter ético debe dar lugar a concluir que el grave daño

---

<sup>403</sup> *Ibidem*, p. 469.

<sup>404</sup> Véase al respecto, en detalle: LENCKNER, Theodor (2010), en: SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst/LENCKNER, Theodor, *et al.*, *Strafgesetzbuch*, 28ª Ed., München: C.H. Beck, previo al comentario a los parágrafos §§ 32 y ss., marginales núm. 115 y ss., con bibliografía complementaria.

<sup>405</sup> ROXIN, Claus (1997): *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Vol. I, 3ª Ed., München: C.H. Beck, § 22, marginal núm. 146.

ocasionado por el autor con su acción ha de considerarse como el mal menor en relación a los bienes que han sido salvados.

En un primer momento podría decirse que los requisitos del estado de necesidad supralegal confluyen cuando se amenaza con torturar a un sujeto para con ello salvar la vida de una víctima: La persona secuestrada se encuentra en un actual peligro para su vida como consecuencia del silencio del secuestrador. La actuación del agente de policía no puede quedar *justificada* en virtud del § 34 StGB, ni tampoco *exculpada* por la concurrencia del § 35 StGB. Al mismo tiempo resulta comprensible el conflicto en el que puede encontrarse el agente policial, el cual está convencido de que la víctima del secuestro puede morir en cualquier momento si el (presunto) autor del delito se niega a desvelar su paradero. Por último, podría considerarse desde un punto de vista ético que el menoscabo de la integridad física y/o psíquica del destinatario de (la amenaza de) torturas, aun afectando a su dignidad como ser humano, constituiría un mal menor en relación a la vida de una, varias o muchas personas.

Pues bien, tal y como señala la mayoría de la doctrina penal alemana, tampoco resulta acertada la remisión a un eventual estado de necesidad supralegal en los casos de amenaza o utilización de la tortura con el objetivo de la prevención de peligros y la salvación de vida humanas (tortura de rescate). Así, en primer lugar se señala que el caso del secuestrador que resulta detenido en el momento de la entrega del dinero del rescate, pero que sin embargo mantiene retenida a la víctima, no supone desde luego una constelación singular, sino que, por el contrario, suele desgraciadamente ocurrir con cierta frecuencia.<sup>406</sup> En segundo lugar, la amenaza con aplicar la tortura en el concreto caso «Jakob von Metzler» no era una medida que abrigase esperanzas de conseguir el propósito perseguido, no siendo tampoco la única medida disponible para salvar la vida de la víctima.<sup>407</sup> En tercer lugar se considera que el Derecho de ningún modo había

---

<sup>406</sup> ROXIN (2005), cit., p. 469.

<sup>407</sup> *Ibidem*, p. 469-470. Para el maestro alemán, en el caso «Jakob von Metzler» resultaba desde un principio poco probable que el menor secuestrado se encontrase todavía con vida. Si ése hubiera sido el caso, a buen seguro su (presunto) secuestrador hubiese tenido gran interés en desvelar –libremente y sin violencia– el lugar donde mantenía retenido al pequeño Jakob. Teniendo en cuenta que su plan había fracasado por completo, su declaración hubiese tenido como contrapartida evitar la imputación de un delito de asesinato consumado o incluso de tentativa de asesinato. Por el contrario, su negativa a informar a la policía sobre el paradero del menor únicamente podía explicarse por la circunstancia de que el autor del secuestro sabía que dicha información hubiera dado lugar a, por decirlo así, confesar la muerte de Jakob von Metzler. Véase también: SCHRÖDER, Friedrich-Christian (2003): «Meinungen zur „Folterdiskussion“», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 5, p. 180.

dejado abandonados a los autores de la amenaza de torturas en un insoluble conflicto de conciencia, sino que más bien aquél le había sustraído a los agentes policiales de Frankfurt cualquier responsabilidad para la decisión debido fundamentalmente a la prohibición de la tortura, la cual resulta inmune a cualquier situación de necesidad.<sup>408</sup> En cuarto y último lugar, y siguiendo en este caso los sugerentes argumentos expuestos por JÄGER, la necesaria «valoración global de carácter ético», a la que se ha hecho referencia anteriormente, impediría acudir en el caso de la tortura de rescate a la figura del estado de necesidad supralegal para con ello exculpar la acción del autor. Por un lado no se está delante de los casos denominados como «comunidades de peligro»; por otro, y como consecuencia precisamente de esa valoración moral de carácter global, el Estado, de admitir la amenaza o la utilización de la tortura, perdería ciertamente su propia dignidad, de tal manera que no resulta admisible hablar de una solución del conflicto defendible desde un punto de vista ético.<sup>409</sup>

«Supralegal» puede y debe únicamente significar que se está delante de una causa de exculpación que se encuentra fuera de la ley escrita, la cual, sin embargo, necesita de un tratamiento «análogo» debido a su cercanía con el caso regulado por la ley. Con todo, en principio nunca puede afirmarse la existencia de un estado de necesidad «supralegal» que se encuentra situado por encima de la Constitución o de su bien jurídico más importante: la dignidad humana.<sup>410</sup> A partir de lo explicado, el propio *Landgericht* Frankfurt a.M. llegó a la conclusión de que en el caso «Jakob von Metzler» no podía entrar en consideración la aplicación de los principios del estado de necesidad supralegal de carácter exculpatório.<sup>411</sup>

Ahora bien, aunque sostener la prohibición de la tortura sea necesario para preservar la integridad y legitimidad de un Estado respetuoso de sus leyes, esto no es justo con respecto a los oficiales de policía o agentes de seguridad individuales que pudieran encontrarse a sí mismos en situaciones donde la tortura constituye el único medio disponible para evitar un peligro serio para la vida humana. En un contexto como el descrito no puede desde luego esperarse que la voluntad del agente supere siempre las presiones y evite cometer errores. En este nivel individual, interesado en las categorías

---

<sup>408</sup> JEBBERGER, cit., pp. 714-715; KINZIG (2003), cit., p. 812; KRETSCHMER, cit., p. 113; NEUHAUS, cit., pp. 536-537; SCHILD (2005), cit., pp. 78-79; WELSCH, cit., p. 488.

<sup>409</sup> JÄGER, cit., p. 683.

<sup>410</sup> NEUHAUS, cit., pp. 536-537.

<sup>411</sup> LG Frankfurt a.M., *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, p. 695.



de culpa personal y culpabilidad, podría llegado el caso ser tenida en cuenta esa situación excepcional en la que puede encontrarse un agente policial, concediendo a éste una excusa (falta de culpabilidad) en lugar de una justificación. Es en este punto donde un sector minoritario de la doctrina penal alemana se muestra a favor de invocar una causa de exculpación. El caso modelo, similar a una situación de coacción extrema – como sin duda sucede en los acontecimientos de Frankfurt del año 2002– demuestra de forma llamativa la ventaja de esta distinción para las situaciones en que la ilegalidad del acto debe sostenerse por *raison d'état*, pero el autor individual, por razones de culpa personal, debería ser eximido de responsabilidad. Como se ha visto anteriormente, en el Derecho penal alemán el recurso al estado de necesidad exculpante, regulado en el § 35 StGB, está normalmente bloqueado por el requisito de una estrecha vinculación entre la persona que actúa en estado de necesidad y la persona que se encuentra en peligro. Con todo, se ha argumentado de forma convincente que, en circunstancias excepcionales, podría ser invocada una causa de exculpación de naturaleza supralegal.<sup>412</sup> El acusado podría de esta forma ser absuelto en lugar de ser condenado con una sentencia moderada; o bien ser condenado pero eximido de pena como en el «caso Daschner».<sup>413</sup>

En opinión de AMBOS, aún en estas situaciones, la prohibición absoluta de la tortura no debe hacerse más flexible *ex ante* ni *in abstracto* en virtud de la postura inequívoca en la ley internacional y las negativas implicaciones políticas que un enfoque flexible podría acarrear.

Sin embargo, esto no necesariamente conlleva la responsabilidad penal individual *ex post* ni *in concreto* del investigador autor de un delito de torturas, dados los deberes en conflicto que éste tiene que afrontar: respetar la dignidad humana del sujeto sospechoso (terrorista, secuestrador), a la vez que proteger activamente a potenciales víctimas de las acciones de este sospechoso.

A partir de estas consideraciones, sólo se puede encontrar una solución justa a este dilema si se distinguen, por un lado, los niveles estatal e individual y, por otro, si se diferencia entre la (no)-justificación (antijuricidad) del acto de tortura y la excusa (culpabilidad personal) del torturador. De este modo, un agente de policía puede llegado el caso ser excusado, pero su conducta no justificada, ya que esto convertiría a la tortura

---

<sup>412</sup> Así, por ejemplo: ROXIN (2005), cit., pp. 468-469, pero sólo para los casos de la bomba de relojería, y no para los de secuestro como en el caso «Jakob von Metzler». A favor de aplicar también en este caso el instituto del estado de necesidad supralegal: WITTECK (2005), cit., p. 44.

<sup>413</sup> De esta opinión, por ejemplo: AMBOS, cit., pp. 61-62.

en algo legal o incluso en algo socialmente aceptable, minando así el carácter absoluto de la prohibición de torturar.<sup>414</sup>

En consecuencia, en el concreto caso «Jakob von Metzler» podría tener cabida la figura del estado de necesidad supralegal de naturaleza exculpante.

### 3.3. Error (§ 17 StGB)

En aras a un análisis completo de la eventual admisibilidad de la «tortura de rescate» desde una perspectiva jurídico-penal debe por lo menos hacerse referencia también al «error de prohibición» previsto en el § 17 StGB, y que es concebido como una tercera causa de exculpación. Su tenor literal señala lo siguiente:

«Si al autor, en la comisión de un hecho, le falta la comprensión de lo injusto de su acción, en ese caso actúa sin culpa si no pudo evitar ese error. Si el autor pudo evitar el error, entonces puede atenuarse la pena conforme al § 49, apartado 1».

En el caso «Jakob von Metzler» confluía un error sobre la existencia de una situación de necesidad –el pequeño Jakob estaba ya muerto en el momento en que la policía amenazó al autor de los hechos con torturarlo si no desvelaba el paradero del pequeño– con un error sobre los límites del auxilio admisible en una situación de necesidad: Daschner invocó en su informe la concurrencia del § 34 StGB; es decir, el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt creía que se daban los requisitos legales del estado de necesidad (error de permisón o, en la terminología penal alemana, *Erlaubnisirrtum*).<sup>415</sup> Por consiguiente, Daschner se encontraba ante un error por partida doble. Si una parte de la teoría de la culpabilidad de carácter estricto, el error sobre la existencia de los requisitos de una causa de justificación debe ser analizado en virtud de lo establecido en el § 17 StGB. Lo mismo cabe decir en relación al error sobre los límites legales de esa causa de justificación. Es decir, en ambos casos sólo puede acudir al § 17 StGB.

---

<sup>414</sup> AMBOS, cit., pp. 63-64.

<sup>415</sup> Como se sabe, Daschner estaba convencido de que en esa concreta situación debía llevarse a cabo una ponderación de bienes jurídicos, y que como consecuencia de dicha ponderación tenía que prevalecer en todo caso el derecho a la vida de la víctima del secuestro, por lo que se consideraba legitimado para ordenar la amenaza con utilizar la violencia contra el autor del secuestro. De este modo, el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt erró sobre los requisitos que fundamentan una actuación policial.

A la hora de considerar en primer lugar la eventual evitabilidad (vencibilidad) del error hay que analizar de forma prioritaria si el sujeto autor del interrogatorio podía percibir la ilicitud de su actuación a partir de un conveniente esfuerzo de su capacidad de discernimiento.<sup>416</sup> Esta es una cuestión que en el concreto caso «Jakob von Metzler» debe responderse de forma afirmativa. Efectivamente, aquí, la medida de ese esfuerzo necesario viene determinada por el círculo vital y profesional del autor. En el ámbito policial, los casos de secuestro no son investigados por agentes recién llegados al cuerpo, sino que más bien se confían a funcionarios con experiencia. Pues bien, de estos agentes hay que esperar que conozcan los derechos y obligaciones de la persona a quien se interroga, así como los límites de la actuación policial. Y todo ello con independencia de que el interrogatorio se lleve a cabo con finalidades represivas o preventivas. Por consiguiente, resulta indudable que Wolfgang Daschner, en su condición de Vicepresidente de la Policía de Frankfurt, disponía de una formación en este sentido.<sup>417</sup> En consecuencia, son muchos los factores que llevarían en este caso a afirmar la evitabilidad (vencibilidad) de un error de prohibición (indirecto).<sup>418</sup>

Pero es que, además, la doctrina mayoritaria considera no sin razón que la posibilidad de invocar un eventual error por parte de los agentes de policía queda ya excluida desde un principio en el caso de la amenaza o utilización de la tortura, ya que un error de estas características no puede en modo alguno aceptarse debido al claro tenor literal de los distintos preceptos que prohíben tajantemente la tortura y al conocimiento de que la utilización de amenazas para la obtención de una declaración

---

<sup>416</sup> Desde una perspectiva jurídico-penal, un error es vencible cuando el autor, teniendo en cuenta sus capacidades y conocimientos, hubiera debido considerar la eventual antijuricidad de su propósito, o bien dichas capacidades y conocimientos le hubieran dado pie a informarse, para de ese modo lograr tener conciencia de la ilicitud de su acto. En el concreto caso de Wolfgang Daschner puede decirse que éste estaba en disposición de conocer y estar familiarizado con el alcance de los preceptos legales por razón precisamente del cargo que ocupaba como Vicepresidente de la Policía de Frankfurt, unido a la experiencia de la que disponía tras numerosos años de servicio policial.

<sup>417</sup> De hecho, la antijuricidad de su orden de amenazar al detenido con utilizar la violencia física se derivaba de manera clara del inequívoco tenor literal del § 12 apartado 4 HSOG en relación con el § 52 apartado 2 HSOG. Según la primera de ambas disposiciones, «[E]l § 136a de la Ordenanza Procesal resulta analógicamente aplicable». Por su parte, el apartado 2 del § 52 HSOG prohíbe la coerción inmediata o directa para la obtención de una declaración.

<sup>418</sup> En los mismos términos: NEUHAUS, cit., pp. 537-538; ZIEGLER, cit., p. 64. El hecho de que el propio Daschner elaborara con posterioridad un informe por escrito en el cual detallaba –y justificaba– su actuación, confirma que el mencionado agente llegó a la conclusión de que su conducta podría resultar contraria a la ley.

mediante la fuerza no es una conducta permitida por el § 343 StGB.<sup>419</sup> Si bien por regla general resulta necesario llevar a cabo un análisis de cada caso en concreto, apenas se pueden imaginar situaciones en las que un funcionario público podría apelar a su total desconocimiento de que la tortura no está bajo ningún concepto permitida en los interrogatorios. En puridad, a los funcionarios de policía se les enseña durante su formación sobre todo aquello que se encuentra permitido y lo que está absolutamente prohibido en el contexto de las pesquisas policiales, ya que de todos es conocido el eventual peligro de una escalada de tensión en la situación en la que precisamente se desarrolla un interrogatorio.<sup>420</sup>

#### **4. El proceso seguido contra Wolfgang Daschner y Ortwin Ennigkeit ante el *Landgericht* Frankfurt a.M.**<sup>421</sup>

El 20 de diciembre del año 2004, el *Landgericht* Frankfurt a.M. consideró al agente de policía Ortwin Ennigkeit responsable de un delito de coacciones, mientras que Wolfgang Daschner fue declarado culpable de la comisión de un delito de inducción a un subordinado a cometer un delito de coacciones.<sup>422</sup> Ambos fueron condenados

---

<sup>419</sup> Cfr. JEBBERGER, cit., p. 715; KINZIG (2005), cit., p. 27; SCHILD (2005), cit., pp. 78-79; WEILERT, cit., pp. 213-214.

<sup>420</sup> Cfr. de manera particular en relación a la formación de Daschner: WEIHMANN, Robert (2005): «Das Daschner-Urteil. Die Rechtsunsicherheit und die Folgen», *Kriminalistik*, núm. 6, p. 342.

<sup>421</sup> En sentencia dictada el 28 de julio del año 2003 por el *Landgericht* Frankfurt a.M., Magnus Gäfgen fue declarado culpable de un delito de asesinato en concurso ideal con un delito de secuestro con resultado de muerte, así como de un delito de denuncia falsa en concurso ideal con dos delitos de detención ilegal. Por todo ello se le impuso una pena de cadena perpetua, dictaminándose en el pronunciamiento judicial la «especial gravedad de la culpabilidad» (§ 57a apartado 1 núm. 2 StGB), lo que impide una eventual puesta en libertad tras 15 años de condena. Hay que decir que el propio Gäfgen recurrió dicha sentencia al considerar, entre otras cosas, que las pruebas obtenidas como consecuencia de su declaración efectuada mediante la amenaza de torturas no deberían haber sido valoradas en el correspondiente juicio. Sin embargo, tanto la justicia alemana como incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminaron que el juicio contra Magnus Gäfgen fue del todo punto imparcial, no dando por tanto lugar a las pretensiones aducidas por el sujeto condenado. A los –controvertidos– aspectos procesal-penales del caso «Jakob von Metzler» se hace referencia explícita en el Capítulo X.

<sup>422</sup> LG Frankfurt/Main, 20.12.2004 - 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04). El parágrafo § 357 StGB regula en Alemania el delito de inducción de un subordinado a un hecho punible (*Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat*). Hay que decir que este precepto constituye en esencia una disposición de carácter especial con respecto a lo establecido en los parágrafos § 25 y ss. StGB (autoría y participación). Efectivamente, dicho parágrafo castiga entre otras cosas de forma autónoma la inducción de un subordinado a la comisión de un hecho delictivo, teniendo por tanto prioridad con respecto a la instigación/inducción (*Anstiftung*) prevista en el § 26 StGB. Hay que decir que el hecho delictivo realizado por el subordinado no tiene por qué tratarse exclusivamente de un delito cometido por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones en el sentido previsto en el Título 30 del Código Penal alemán, sino que, por el contrario, también entra en consideración cualquier otra infracción cometida en el desempeño de su actividad.

penalmente a una amonestación con reserva de pena, que en el caso de Ennigkeit se estableció en una sanción de 60 días-multa a razón de 60 euros diarios, mientras que Daschner recibió una pena de 90 días-multa a razón de una cuota diaria de 120 euros. En la mencionada sentencia, la cual, por cierto, fue declarada firme el mismo día en que fue hecha pública, la Audiencia Provincial de Frankfurt consideró que los métodos de interrogatorio empleados por ambos agentes no podían estar amparados por un estado de necesidad justificante, ni tampoco por un estado de necesidad supralegal de carácter exculpatario, ya que dichos métodos atentaban contra la dignidad humana prevista en el Art. 1 GG. En palabras del Tribunal, el respeto a la dignidad humana constituía, además, «la idea esencial» de lo establecido tanto en el Art. 104 apartado 1 frase 2 GG como en el Art. 3 CEDH. La protección de la dignidad humana debía ser por tanto total y absoluta.

El *Landgericht* Frankfurt a.M. apoyó la condena de los agentes Daschner y Ennigkeit de manera decisiva en el argumento según el cual la amenaza con la utilización de la tortura por parte del Vicepresidente de la Policía de Frankfurt –y la ejecución de dicha amenaza por el agente Ennigkeit– no constituyó ni la única ni la última medida disponible. Así, el psicólogo policial, y después de que se pusiese de relieve que la información facilitada por el sospechoso del secuestro no había dado ningún resultado positivo, propuso en la tarde del 30 de septiembre de 2002 confrontar a Magnus Gäfgen en primer lugar con su madre, seguidamente con la hermana de Jakob von Metzler y, llegado el caso, incluso con los padres del menor secuestrado. De modo particular se consideró esperanzadora la reunión del joven secuestrador con la hermana de Jakob, ya que se sabía que Gäfgen la admiraba, habiendo en su día buscado su cercanía y reconocimiento. Por el contrario, el psicólogo policial consideró que la amenaza con la coerción física no era una medida en la que pudieran depositarse expectativas de éxito. Pues bien, en opinión de la Audiencia Provincial de Frankfurt, la realización de ese plan por fases debería en todo caso haber precedido a una eventual amenaza con la utilización de la violencia.<sup>423</sup>

Con todo, a la hora de determinar la pena aplicable, el *Landgericht* tuvo especialmente en cuenta que los dos acusados únicamente pretendían con su actuación

---

<sup>423</sup> LG Frankfurt a.M., *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, pp. 692-693.

salvar la vida del niño, encontrándose al mismo tiempo bajo una fuerte presión al tener que responder, no sólo frente a sus superiores, sino también ante la opinión pública.

En este sentido, la Magistrada de la Audiencia Provincial de Frankfurt, Bärbel Stock, señaló en los Fundamentos de derecho de la sentencia que la amenaza con utilizar la violencia contra Magnus Gäfgen suponía una violación de la dignidad del ser humano consagrada en el Art. 1 de la Constitución alemana. Sin embargo, al mismo tiempo consideró como circunstancia atenuante los «honorable motivos y la conciencia de la responsabilidad» de ambos acusados, ya que su actuación se había dirigido única y exclusivamente a salvar la vida del pequeño secuestrado.<sup>424</sup> El resto de magistrados también tuvo en cuenta en su sentencia la enorme presión bajo la que se encontraban ambos acusados en el momento de tomar la decisión, sobre todo considerando «la conducta provocativa y sin escrúpulos» mostrada por el detenido.

Por todo ello, y partiendo de la existencia de un delito de coacciones en el caso «Jakob von Metzler», una cuestión adicional a aclarar era si –tal y como consideraba la acusación y el auto de procesamiento– se trataba de un supuesto especialmente grave del delito de coacciones previsto en el apartado 4 del § 240 StGB. El marco punitivo del tipo básico de coacciones (pena de prisión de un mes a tres años o pena de multa) se ve agravado de forma considerable, al preverse una pena de prisión de seis meses a cinco años. Un supuesto especialmente grave de coacciones se da por regla general cuando el autor abusa de sus competencias o de su condición de funcionario público (§ 240 apartado 4 frase 2 núm. 3 StGB).<sup>425</sup> Hay que decir que en la sentencia del *Landgericht* de Frankfurt en el caso «Jakob von Metzler» –y contrariamente al informe del Ministerio Fiscal– se negó con razón la existencia de ese supuesto especialmente agravado. Tal y como ha señalado al respecto un sector de la doctrina penal alemana, una decisión en sentido contrario hubiera resultado del todo punto contradictoria. Y es que no puede considerarse la existencia de una culpa agravada cuando, al mismo tiempo, se reconoce que los acusados eran unas personas intachables que en esa trágica situación de carácter excepcional no veían otra salida para salvar la vida de un niño –al cual todavía se suponía con vida– que la de utilizar la amenaza de la tortura contra el

---

<sup>424</sup> LG Frankfurt a.M., *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, p. 696.

<sup>425</sup> Conviene en este punto recordar nuevamente que, en su informe, Daschner documentó que la toma de declaración de Magnus Gäfgen no tenía como objetivo el esclarecimiento de un hecho delictivo, sino exclusivamente el salvar la vida del niño secuestrado. Este hecho lo tuvo muy en cuenta el escrito de acusación al no invocar la posible comisión de un delito de obtención de una declaración mediante la fuerza (§ 343 StGB), sino que se apoyó en el § 240 apartados 1 y 4 StGB (tipo básico de coacciones y coacciones en un caso especialmente grave) y el § 357 apartado 1 StGB (inducción de un subordinado a la comisión de un hecho punible).

sujeto detenido; debiendo también tener presente que los agentes involucrados creían que su actuación estaba justificada.<sup>426</sup>

## 5. Conclusiones

A la vista de lo explicado a lo largo de los epígrafes anteriores, hay que concluir afirmando que los hechos acaecidos en el caso «Jakob von Metzler» tienen una relevancia penal más que evidente, por lo que la conducta desplegada por los agentes Daschner y Ennigkeit debía ser objeto de investigación para, llegado el caso, depurar una eventual responsabilidad criminal.

Lo primero que debe hacerse es concretar la tipología delictiva que entraría en consideración. En ese sentido, un sector de la doctrina alemana se inclina acertadamente por apreciar la concurrencia de un delito de coacciones dolosas previsto en el § 240 StGB, del cual sería responsable el agente Ennigkeit en concepto de autor, mientras que Wolfgang Daschner lo sería a título de inductor (§ 240 en relación con el § 357, ambos del StGB). A pesar de que el Código Penal alemán contempla en el § 343 StGB (obtención de una declaración mediante la fuerza), un tipo delictivo dirigido específicamente a castigar el maltrato físico o psíquico cometido por un funcionario público, así como su amenaza, lo cierto es que el mencionado parágrafo hay que insertarlo en aquellas situaciones en las que la conducta típica en él recogida se dirige a obtener una declaración del sujeto pasivo, la cual debe desplegar efectos en un procedimiento penal seguido contra este último. Sin embargo, si uno analiza el contexto en el que se produjo el interrogatorio del, por aquel entonces, presunto –aunque altamente sospechoso– secuestrador de Jakob von Metzler, lo cierto es que las amenazas –contrarias a la ley– no tenían como objetivo prioritario el conseguir una declaración formal en el transcurso de un procedimiento penal. Si los datos suministrados por Gäfgen podrían ser utilizados posteriormente en su contra en el transcurso de la vista oral, eso era algo que en absoluto interesaba a los funcionarios de policía. El interrogatorio policial y, por tanto, la amenaza de torturas, tenían como único y exclusivo objetivo salvar la vida del niño de once años. De hecho, y tal y como se indicó anteriormente, ambos agentes implicados en el interrogatorio sabían ya de

---

<sup>426</sup> Véase, por todos: KREUZER (2005), cit., p. 49.

antemano que la declaración del joven detenido no podría ser valorada en un procedimiento penal, al infringir lo establecido en el § 136a StPO.

Confirmada por tanto la tipicidad de la conducta, el siguiente paso sería analizar su eventual antijuricidad. Pues bien, tal y como se ha señalado en los epígrafes anteriores, en el caso «Jakob von Metzler» no concurre ninguna causa de justificación de las previstas en el *Strafgesetzbuch*, y ello debido fundamentalmente a la entidad del bien jurídico que resulta menoscabado con la conducta consistente en amenazar con torturas a una persona que se encuentra en dependencias policiales. Efectivamente, al considerarse como «intangible» la dignidad humana que se garantiza en el Art. 1 GG, ello conduce a que su lesión a través de un acto de torturas no pueda resultar admisible (*geboten*) para afirmar la concurrencia de un auxilio necesario *ex* § 32 StGB, ni tampoco adecuada (*angemessen*) para apreciar un eventual estado de necesidad justificante, en los términos previstos en el § 34 StGB.

Por consiguiente, la única vía susceptible para, eventualmente, exonerar de responsabilidad penal a los agentes Daschner y Ennigkeit, se sitúa en el ámbito de la culpabilidad. En este estadio del análisis dogmático-penal, y una vez excluida la posibilidad contemplada en el § 35 StGB (estado de necesidad exculpatorio), resta únicamente la opción de acudir al instituto del estado de necesidad suprallegal de naturaleza exculpante, el cual, desarrollado por la ciencia jurídico-penal alemana, carece sin embargo de un respaldo legal. Pues bien, una vez se han analizado los requisitos de esta causa suprallegal de exculpación, podría decirse que los mismos confluyen sin duda en el caso «Jakob von Metzler». Así, en primer lugar, la situación absolutamente excepcional que se vivió en la Jefatura de Policía de Frankfurt en la noche del 30 de septiembre al 1 de octubre del año 2002, con la vida de un menor de 11 años secuestrado que pendía de un hilo como consecuencia de una acción delictiva cometida a todas luces por el sujeto que había sido detenido, hacía que los agentes policiales, en segundo lugar, se vieran por decirlo así en la obligación de realizar una ponderación entre dos bienes jurídicos, los cuales, a nadie escapa, no eran susceptibles de ser puestos en la balanza por la vía del estado de necesidad justificante. Finalmente, en tercer lugar, había que tener en cuenta el conflicto moral y jurídico en el que se encontraban ambos funcionarios, los cuales estaban convencidos de que el pequeño Jakob podía morir en cualquier momento si el (presunto) autor del delito, tras horas de interrogatorio, se seguía negando a desvelar su paradero. Por todo ello, en este concreto caso debería



apreciarse la concurrencia de un estado de necesidad supralegal de naturaleza exculpante. La conducta de los agentes Daschner y Ennigkeit podría afirmarse que resulta antijurídica en todo caso, si bien, no obstante, era susceptible de ser disculpada, y ello no porque se causó un mal que, desde luego, no era superior al que evitaba (se amenazó con torturar al sujeto detenido para con ello salvar la vida de un menor), sino porque, en todo caso, se pretendía evitar un mal superior al que causaba.

Todo ello daría lugar a seguir considerando, en todo caso, la tortura o su amenaza como una conducta típica, antijurídica y, por consiguiente, contraria a Derecho, si bien, en el caso particular, los agentes Daschner y Ennigkeit podrían ser excusados –pero su conducta no justificada– ya que lo contrario convertiría a la tortura en legal; algo desde luego incompatible con los principios rectores de un Estado social y democrático de Derecho, respetuoso con los derechos humanos de cualquier persona, incluso del más execrable de los criminales; como era éste el caso.

# CAPÍTULO X. SOLUCIÓN DEL CASO «JAKOB VON METZLER» DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL-PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA VALORACIÓN DE LA CONFESIÓN

## 1. Introducción. El parágrafo § 136a StPO

A nadie escapa que el caso «Jakob von Metzler» plantea una serie de problemas que van más allá de un análisis criminológico o penal-sustantivo. Así, un aspecto central en el proceso abierto en su día contra el autor del secuestro radicaba en la cuestión relativa a si la declaración de Magnus Gäfgen obtenida bajo la amenaza de torturas podía ser judicialmente valorada. A la hora de plantear dicho análisis de naturaleza procesal-penal, resulta en primer lugar necesario recurrir a lo establecido en la Ordenanza Procesal alemana (*Strafprozeßordnung*, StPO) en lo relativo a la valoración de las pruebas.

En este sentido, el § 136a apartado 1 frase 1 StPO prohíbe de forma tajante el menoscabo de «la libertad de formación y manifestación de la voluntad del inculpado (...) mediante maltrato, agotamiento, agresión corporal, administración de sustancias, coacciones, engaño o hipnosis», prohibiendo también en el § 136a apartado 1 frase 2 StPO la amenaza con dichas medidas. Según se establece en el apartado 3 del mismo precepto, una declaración que se lleva a cabo como consecuencia de la utilización de esos métodos prohibidos no puede ser valorada en juicio, incluso en aquellos casos en los que el inculpado permite posteriormente su valoración judicial. Por consiguiente, la declaración realizada fruto de una extorsión o una amenaza con utilizar la violencia física por parte de funcionarios de policía no puede utilizarse para condenar a un secuestrador o un asesino. Dicha condena sólo puede tener lugar cuando se encuentran a disposición del Tribunal otros medios de prueba suficientes y que, lógicamente, no se encuentran *contaminados* por esa inicial declaración emitida bajo amenazas o violencia.

Esta regulación de carácter procesal a la que se ha hecho mención en el párrafo anterior, cuya inserción en la StPO es consecuencia directa de la experiencia vivida

en Alemania durante el Nacionalsocialismo, tiene su origen en la Constitución alemana, así como en tratados internacionales. En este sentido, hay que recordar de nuevo que el Art. 104 apartado 1 frase 2 GG señala lo siguiente: «Las personas detenidas no podrán ser maltratadas ni psíquica ni físicamente».

Con todo, el párrafo § 136a apartado 1 frase 1 StPO va más allá de la prohibición de la tortura prevista en la Constitución, al prohibir sin excepción el menoscabo de la libertad de formación y manifestación de la voluntad por parte del inculcado a través de las distintas formas de actuación contenidas en el mencionado precepto. Incluso la amenaza con la utilización de alguna de estas medidas se encuentra prohibida según señala el § 136a apartado 1 frase 2 StPO. Tanto el Tribunal Constitucional alemán como el Tribunal Supremo deducen el mencionado § 136a apartado 1 StPO del principio general según el cual en el proceso penal la verdad no se puede investigar a cualquier precio, cueste lo que cueste, sino únicamente a través de un procedimiento ajustado a Derecho.<sup>427</sup>

Ciertamente, la consecuencia procesal-penal de una infracción contra el § 136a StPO es «únicamente» una prohibición de valoración de aquella información obtenida a través de medios ilícitos. Con todo, el legislador germano ha sometido la denominada «obtención de una declaración mediante la fuerza» a la correspondiente conminación penal en el § 343 StGB; disposición la cual, como se dijo en su momento, va dirigida de forma exclusiva a la actuación de funcionarios públicos en el contexto relativo a una investigación de naturaleza procesal-penal. Por consiguiente, cuando una declaración por parte de un imputado es obtenida mediante maltrato físico, otro tipo de violencia, la amenaza de torturas o el tormento psíquico, ello no sólo supone una infracción de carácter procesal-penal, sino que, además, los autores de ese tipo de medidas incurren en responsabilidad penal, sin que puedan invocar un auxilio necesario o un estado de necesidad.

---

<sup>427</sup> BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* 1984, p. 428; BGHSt 14, 358; 31, 304.

Pues bien, en el concreto caso «Jakob von Metzler» resulta en primer lugar una cuestión ciertamente discutible si la Ordenanza Procesal alemana, y más concretamente el parágrafo § 136a StPO, debían ser aplicadas de forma directa.<sup>428</sup>

Así, tanto el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt como los partidarios de la actuación policial en el caso «Jakob von Metzler» niegan esa posibilidad: Para estos, la amenaza con utilizar la tortura debía considerarse como una mera medida dirigida a la defensa frente a peligros, cuya admisibilidad no podía, por tanto, ser valorada en virtud de la StPO –la cual está dirigida a la persecución penal–, sino más bien a partir del Derecho policial, y en el concreto caso objeto de estudio considerando lo establecido en la Ley de Policía del *Land* de Hessen (*Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, HSOG). Por consiguiente, la cuestión a dilucidar es si la amenaza policial con torturar era una medida subsumible en el ámbito de la persecución penal, en la defensa frente a peligros, o bien en ambas a la vez, lo que otorgaría a dicha medida un doble carácter funcional.<sup>429</sup>

A favor de considerarla como una medida destinada a la defensa frente a peligros habla el hecho de que mediante la amenaza de la violencia, la policía estaba convencida de poder salvar la vida del niño, con lo cual se pretendía fundamentalmente una finalidad de carácter preventivo. Si los datos suministrados por Gäfgen podrían ser utilizados posteriormente en su contra en el transcurso de la vista oral, era algo que en absoluto interesaba a Daschner. El interrogatorio policial (y, por tanto, la amenaza de tortura) tenía como único objetivo salvar la vida del niño, sin que al mismo tiempo se pretendiese inscribir aquél en un procedimiento penal.<sup>430</sup> Frente a ello, su catalogación como una medida consustancial a la persecución penal se fundamenta en el hecho de que, en el momento en que tuvieron lugar las amenazas, ya se había iniciado una investigación judicial donde se partía de la (fundada) sospecha de que la persona detenida podría haber cometido los delitos de secuestro extorsivo y toma de rehenes,

---

<sup>428</sup> Aunque dicha problemática ya fue abordada en el Capítulo VII del trabajo a la hora de analizar la tortura de rescate desde el ámbito del Derecho policial, la misma adquiere también importancia en un contexto procesal-penal.

<sup>429</sup> Resulta necesario recordar de nuevo que en el ordenamiento jurídico alemán, la policía tiene fundamentalmente dos ámbitos de actuación que deben ser separados entre ellos: La misma actúa por un lado de forma preventiva para la defensa frente a peligros (*Gefahrenabwehr*); por otro, de forma represiva con el fin de esclarecer delitos que han sido cometidos (*Strafverfolgung*). Cuando se trata de una actuación de naturaleza preventiva, la regulación se produce a través de las leyes de policía y seguridad de los distintos *Länder*; en cambio, en el ámbito represivo dirigido a la investigación delictiva hay que acudir ante todo a los preceptos contenidos en la Ordenanza Procesal (StPO). Véase al respecto la nota núm. 356 del trabajo.

<sup>430</sup> De esta opinión, por ejemplo: BRUGGER (2003), cit., p. 8; PRITTWITZ, cit., p. 527.

por lo que la amenaza con utilizar la tortura en su contra se estaba llevando a cabo dentro de un procedimiento penal en curso, del cual debería haber sido informado el Ministerio Fiscal (cosa que no ocurrió).<sup>431</sup> Además, la revelación por parte del imputado del lugar donde se hallaba el cadáver del niño no hacía sino intensificar las sospechas de criminalidad en torno a su persona. Por todo ello, la opinión mayoritaria dentro de la doctrina alemana considera que la medida empleada por la policía presentaba en puridad un doble carácter funcional.<sup>432</sup>

Ciertamente, con el inicio de la instrucción del sumario, a más tardar, sin embargo, con el comienzo de las tomas de declaración de carácter procesal, se actualiza esa escala de poder institucional entre el Estado y los ciudadanos, dentro de la cual el § 136a StPO pretende asegurar un ámbito de protección procesal a favor del imputado. En consecuencia, la policía no puede a discreción abandonar esa esfera de protección. Por todo ello no pueden ponerse reparos a la decisión de la Audiencia Provincial de Frankfurt a.M. de aplicar la Ordenanza Procesal en el caso «Jakob von Metzler», ya que en el mismo existía una situación en la que se estaba produciendo un interrogatorio de naturaleza procesal,<sup>433</sup> si bien, conviene reiterar, ese interrogatorio al que fue sometido el detenido no tenía como objetivo prioritario el obtener una declaración que desplegara sus efectos en un posterior procedimiento penal, sino más bien lograr saber el paradero del menor de once años.

En un principio no resulta por tanto problemático afirmar una prohibición de valoración de aquellas pruebas obtenidas mediante infracción de lo establecido en el § 136a StPO. Como ya se indicó en un párrafo anterior, el § 136a apartado 3 frase 2 StPO determina que aquellas declaraciones que se han llevado a cabo mediante infracción de las prohibiciones contenidas en los apartados 1 y 2 de la mencionada disposición no pueden ser posteriormente valoradas en juicio, incluso cuando el inculpado consiente esa valoración. En el caso «Jakob von Metzler», esta prohibición de valoración debería en principio abarcar todas aquellas declaraciones que tuvieron lugar bajo el efecto producido por la amenaza de torturas. Algo así sucede, por ejemplo, con respecto a la

---

<sup>431</sup> Véase al respecto: KRETSCHMER, cit., p. 103.

<sup>432</sup> ANDERS, cit., pp. 29-30; KINZIG (2003), cit., pp. 795-796; KRETSCHMER, cit., p. 103; SALIGER, cit., pp. 43.

<sup>433</sup> SALIGER, cit., p. 44. En este sentido, KRETSCHMER señala de forma atinada que en el caso «Jakob von Metzler» resulta del todo inverosímil que la información conseguida en ese supuesto ámbito de «defensa frente a peligros» no hubiera sido posteriormente utilizada en un proceso penal contra el sujeto imputado. KRETSCHMER, cit., p. 103.

declaración de Magnus Gäfgen en la cual insinuó la posibilidad de que el niño estuviese muerto, nombrando al mismo tiempo el lugar donde éste podría encontrarse. Además, esa prohibición de valoración debería también extenderse a todas aquellas pruebas obtenidas como consecuencia de la declaración emitida bajo la amenaza de torturas. En todos estos supuestos se está haciendo referencia a lo que en Derecho procesal suele denominarse como «efecto ulterior» y «efecto lejano» de una declaración en el marco de una investigación de naturaleza procesal-penal. Ambas cuestiones son analizadas en los siguientes epígrafes.

## 2. El denominado «efecto ulterior»

Una cuestión tremendamente controvertida en el caso «Jakob von Metzler» es si la prohibición de valoración de las pruebas, según lo establecido en el § 136a apartado 3 frase 2 StPO, debía abarcar también a ulteriores declaraciones realizadas por el imputado tras los acontecimientos sucedidos en la Jefatura Superior de Policía de la ciudad de Frankfurt el día 1 de octubre del año 2002; es decir, si esa prohibición debía subsistir y tener por lo tanto una ultraactividad (*Fortwirkung*, en la terminología procesal germana). Lo problemático aquí es que el imputado confesó en varias ocasiones los hechos, semanas e incluso meses después de habersele amenazado con torturarlo, y sin que posteriormente se ejerciese sobre él presión física o psíquica alguna. En concreto, Magnus Gäfgen, confirmando una declaración de su abogado defensor, señaló al final de un interrogatorio judicial llevado a cabo en enero de 2003 lo siguiente: «La situación amenazante para mi persona se dio en la mañana del 1 de octubre de 2002. En las audiencias posteriores no se me volvió a amenazar, por lo que en ningún momento me sentí una persona amenazada».<sup>434</sup>

Tanto en el ámbito de la jurisprudencia como en la doctrina científica alemanas se admite que la prohibición de valoración de pruebas establecida en el § 136a apartado 3 frase 2 StPO únicamente abarca aquellas declaraciones realizadas por el inculcado que han sido originadas por el empleo de los métodos de interrogatorio prohibidos. Una declaración posterior que se ha llevado a cabo sin la utilización de esos métodos de

---

<sup>434</sup> Véase: LG Frankfurt, *Strafverteidiger* 2003, p. 326.

interrogatorio prohibidos puede por tanto valorarse en su totalidad.<sup>435</sup> Ahora bien, al mismo tiempo se reconoce que esa declaración posterior debe quedar en todo caso comprendida dentro la mencionada prohibición cuando la infracción del § 136a StPO todavía persiste y la libertad de declarar por parte del inculpado ha sido menoscabada de forma jurídicamente relevante.

Pues bien, en el concreto caso «Jakob von Metzler», el *Landgericht* Frankfurt a.M. señaló en el proceso penal celebrado para juzgar la conducta de Magnus Gäfgen que aquellas confesiones del acusado realizadas tras el 1 de octubre de 2002, las cuales, aun habiéndose producido sin presión alguna por parte de la policía, se habían no obstante llevado a cabo «sin haberle indicado expresamente [al imputado] que sus declaraciones emitidas con anterioridad no resulta[ba]n en ningún caso valorables en juicio», no podían ser objeto de valoración.<sup>436</sup> Considerando que en el caso «Jakob von Metzler» no se había producido una «instrucción cualificada» (*qualifizierte Belehrung*) a Magnus Gäfgen en las sucesivas tomas de declaración, en ese caso todas ellas no podían ser objeto de valoración, admitiendo por tanto un efecto ulterior o subsiguiente de la amenaza con utilizar la violencia.<sup>437</sup>

No cabe duda de que la interpretación llevada a cabo por la Audiencia Provincial de Frankfurt merece un juicio positivo. Con la exigencia de una instrucción cualificada como requisito para subsanar eventuales violaciones del § 136a StPO, el Tribunal pretendía fundamentalmente proteger de forma efectiva la libertad de declarar por parte del imputado, cumpliendo al mismo tiempo con el «objetivo personal» que emana del propio § 136a StPO. Una libertad absoluta a la hora de formar y manifestar su voluntad es conseguida por un sujeto imputado únicamente cuando se le hace saber de forma inequívoca que sus anteriores declaraciones son nulas de pleno derecho al haberse infringido el parágrafo § 136a StPO. Además, la instrucción cualificada supone un

---

<sup>435</sup> SALIGER, cit., p. 51, nota núm. 72, con bibliografía complementaria.

<sup>436</sup> LG Frankfurt, *Strafverteidiger* 2003, p. 325. Véase al respecto, en detalle: WEIGEND, Thomas (2003): «Anmerkung zur Frage eines Verwertungsverbots», *Strafverteidiger*, p. 438.

<sup>437</sup> En el Derecho procesal penal alemán se entiende por «instrucción cualificada» la indicación expresa que se le hace al imputado de que aquellas declaraciones/confesiones anteriores realizadas como consecuencia de la utilización de métodos de interrogatorio prohibidos no pueden ser valoradas judicialmente si el imputado decide en adelante guardar silencio o negar lo dicho anteriormente. Si esa «instrucción cualificada» se produce únicamente tras darse comienzo a la fase del juicio oral y entonces el acusado repite su confesión, en ese caso los métodos prohibidos utilizados durante la fase instructora no tienen consecuencia alguna. Favorable a esta interpretación: ROXIN (2005), cit., p. 471; SALIGER, cit., p. 52.

mandato dirigido a la imparcialidad procesal. Desde el momento en que el Estado se ha colocado en una intolerable situación de ilicitud al contravenir lo dispuesto en el § 136a StPO, resulta razonable permitirle valorar únicamente aquellas declaraciones que ha realizado el imputado una vez se le ha hecho saber a este último de forma inequívoca que todas las anteriormente realizadas no iban a ser valoradas.

### 3. El «efecto lejano»

De la cuestión relativa al efecto ulterior o subsiguiente de una lesión del § 136a StPO en el caso «Jakob von Metzler», debe diferenciarse aquélla referente a si los medios de prueba obtenidos de forma mediata como consecuencia de la declaración del imputado, es decir, sobre todo el cadáver del niño y los resultados de la autopsia realizada al mismo, podían ser valorados a la hora de dictar sentencia. En este caso se está haciendo referencia a lo que se conoce como «efecto lejano» (*Fernwirkung*) del § 136a apartado 3 frase 2 StPO.

La problemática en torno al efecto lejano resulta ciertamente controvertida en el Derecho procesal-penal alemán. En este sentido pueden distinguirse tres sectores de opinión dentro de la doctrina: (1) El primero, apoyándose para ello en la doctrina norteamericana del «*fruit of the poisonous tree*» (doctrina de los frutos del árbol envenenado), afirma por regla general un efecto lejano, ya que de lo contrario se echaría por tierra la finalidad de prohibición de valoración de pruebas ilícitas contenida en la StPO (doctrina del efecto lejano, *Fernwirkungslehre*, también denominada doctrina del fin protector, *Schutzzwecklehre*).<sup>438</sup> Sólo en el caso de que, tras la investigación correspondiente, dichas pruebas se hubiesen conseguido con una alta probabilidad, de forma autónoma, y sin tener que recurrir a medios ilícitos, entonces sería admisible una valoración de las mismas;<sup>439</sup> (2) El segundo grupo de opinión rechaza en general un

---

<sup>438</sup> BEULKE, Werner (2005): *Strafprozeßrecht*, 8ª Ed., Heidelberg: C.F. Müller, marginales núm. 482-483; ROXIN, Claus (1998): *Strafverfahrensrecht*, 25ª Ed., München: C.H. Beck, § 24, marginal núm. 44. En opinión de este último autor, y haciendo referencia expresa al caso «Jakob von Metzler», la no utilización en contra del imputado de la declaración emitida, pero sí en cambio el descubrimiento del cadáver como consecuencia de dicha declaración, supondría eludir lo dispuesto en el 136a StPO. De este modo, la declaración obtenida por la fuerza sería valorada por lo menos de forma mediata. ROXIN (2005), cit., p. 471.

<sup>439</sup> Esta interpretación se corresponde básicamente con la *hypothetical clean path doctrine* del Derecho norteamericano.



efecto lejano, ya que de lo contrario acecharían una serie de insoportables vacíos político-criminales; además resultaría prácticamente imposible solucionar el problema causal de carácter práctico relativo a si los medios de prueba no se hubieran podido obtener de un modo conforme a Derecho;<sup>440</sup> (3) Finalmente, el sector más numeroso de la doctrina decide utilizar un camino intermedio, ponderando en cada caso concreto la infracción procesal originaria y la gravedad del delito objeto de investigación (doctrina de la ponderación, *Abwägungslehre*).<sup>441</sup> En este caso todo dependería de la gravedad y relevancia constitucional del ataque a los derechos fundamentales del imputado por un lado, y el peso específico del delito objeto de investigación, por otro. De esta forma, si por ejemplo el delito objeto de investigación es un asesinato y la infracción contra el § 136a StPO a la hora de llevar a cabo el interrogatorio no es muy grave, entonces podría tomarse en consideración la valoración de las pruebas conseguidas de forma mediata. Si por el contrario se trata de un delito de hurto y la violación del § 136a StPO se presenta como grave, en ese caso debería afirmarse el efecto lejano de la prohibición de la valoración. Con todo, no puede dejarse de lado el considerable peligro inherente a una forma de proceder como la descrita: Cualquier restricción del efecto lejano puede dar lugar a que los órganos encargados de la persecución penal acepten de forma consciente una eventual violación del § 136a StPO, para con ello obtener, por lo menos de forma mediata, medios de prueba que, de lo contrario, resultaría imposible conseguirlos. Por esta razón no son pocos los que consideran que la restricción del efecto lejano del § 136a StPO debería aceptarse sólo en casos excepcionales, y no convertirla por el contrario en regla general.<sup>442</sup>

En todo lo explicado hay que decir que la jurisprudencia alemana presenta ciertamente un carácter ambivalente. Efectivamente, hasta el día de hoy resulta una

---

<sup>440</sup> En este sentido, MEYER-GÖBNER, tomando como base el tenor literal del § 136a StPO, considera que únicamente debe resultar prohibida la valoración de la «declaración» como medio de prueba, no sin embargo la valoración de aquellas pruebas conseguidas de forma mediata como consecuencia de esa declaración. Por consiguiente, las pruebas obtenidas de forma mediata o indirecta no quedarían afectadas por una eventual lesión del § 136a StPO. En ese caso si, por ejemplo, la confesión conseguida de forma ilícita da lugar a que se logre localizar el cadáver de la víctima, en el proceso penal subsiguiente no se podría actuar como si ese medio de prueba fuera inexistente. La razón básica que se expone es que la solución contraria daría lugar a resultados intolerables desde una perspectiva político-criminal. Véase: MEYER-GÖBNER, Lutz (1997): «Comentario al § 136a StPO», en: KLEINKNECHT, Theodor/MEYER-GÖBNER, Lutz, *Strafprozeßordnung*, 43ª Ed., München: C.H. Beck, §136a, marginal núm. 31.

<sup>441</sup> HELLMANN, Uwe (2006): *Strafprozeßrecht*, 2ª Ed., Berlin: Springer, p. 276; SALIGER, cit., pp. 56 y 60.

<sup>442</sup> SALIGER, cit., pp. 56-57; SEEBODE, Manfred (2007): «Strafrechtliche Bemerkungen zum Folterverbot», en: GOERLICH, Helmut (Ed.), *Staatliche Folter. Heiligt der Zweck die Mittel?*, Paderborn: Mentis, p. 57.

cuestión controvertida si posteriores resultados fruto de la investigación (medios de prueba mediatos), los cuales fueron conseguidos a partir de un medio de prueba (inmediato) no susceptible de ser valorado, quedan asimismo sometidos a la mencionada prohibición de valoración *ex* § 136a StPO. De un modo general, el Tribunal Supremo alemán ha venido negando el denominado «efecto lejano».<sup>443</sup> Las razones que se exponen por el Alto Tribunal es que una irregularidad procesal no puede dar lugar a paralizar el procedimiento en su conjunto, no pudiéndose tampoco determinar a ciencia cierta que la policía no hubiera podido encontrar ese medio de prueba de no haber tenido lugar esa infracción procesal (*hypothetical clean path doctrine* o *inevitable discovery exception*).<sup>444</sup>

En lo que respecta al caso «Jakob von Metzler», el Tribunal adoptó claramente la doctrina de la ponderación: A la hora de realizar dicha ponderación en el supuesto concreto debían considerarse por un lado la gravedad y cualidad del menoscabo del ordenamiento jurídico, concretamente de las normas que protegen derechos fundamentales (en este caso, la amenaza al detenido con infligirle violencia física por parte de agentes de policía), y, por otro, la gravedad del hecho delictivo objeto de investigación (secuestro y asesinato consumados). Pues bien, al ponderar la amenaza de torturas contra el imputado con el secuestro y posterior asesinato de un niño, el *Landgericht* Frankfurt a.M. llegó a la conclusión de que la asunción de la no valoración en juicio de los medios de prueba (mediatos o indirectos) obtenidos como consecuencia de las declaraciones efectuadas por Magnus Gäfgen, constituía una decisión en modo alguno proporcional, argumentando para ello que resultaba del todo punto desproporcionado no valorar los resultados obtenidos a partir de la declaración del imputado obtenida mediante la simple amenaza de emplear la violencia física, cuando de lo que se trataba era de esclarecer un asesinato consumado. Por todo ello, el Tribunal rechazó de plano un efecto lejano de la violación del § 136a StPO.<sup>445</sup>

Para un sector importante de la doctrina procesalista alemana, la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Frankfurt no puede ser compartida, ya que ante

---

<sup>443</sup> Así: BGHSt 34, 362.

<sup>444</sup> Véase, por ejemplo: BGHSt 32, 68 y ss. (71); 34, 362. En opinión de SEEBODE, esta fundamentación se basa en una tesis equivocada y carente absolutamente de una base procesal, según la cual el Derecho procesal penal, al contrario de lo que sucede en el Derecho penal material, permite que los cursos causales hipotéticos ganen significado, de modo que el hipotético desarrollo de una investigación o simples presunciones sobre eventuales éxitos que ciertamente no se han obtenido del trabajo criminalístico podrían dejar sin efecto algunos medios de prueba prohibidos legalmente. Véase: SEEBODE, cit., p. 58.

<sup>445</sup> LG Frankfurt, *Strafverteidiger* 2003, p. 327.

todo hay que señalar que en el caso «Jakob von Metzler» existía un efecto lejano del resultado de las pruebas obtenidas de forma inmediata, el cual, sin duda, debía transmitirse a las pruebas logradas de forma mediata. En este sentido, WEIGEND ha apuntado con respecto al caso «Jakob von Metzler» que la increíble diversidad de criterios de ponderación a la hora de aplicar el Derecho otorga una absoluta libertad para legitimar de forma arbitraria, imprevisible e incontrolable cualquier resultado que se pretenda conseguir.<sup>446</sup> En opinión del mencionado autor podría llegar a afirmarse que la doctrina de la ponderación desliga al Ejecutivo y a los órganos judiciales de su sujeción al ordenamiento procesal-penal y, a la larga, constitucional.

Hay que decir por último que los defensores tanto de la doctrina de la ponderación como de la relativa al fin protector niegan la existencia de un efecto lejano cuando los resultados probatorios obtenidos de forma mediata se basan en una actuación cognitiva autónoma, independiente y no intoxicada de origen («*actual clean path*»), o bien cuando, en virtud de una concreta hipótesis, podría considerarse de forma objetiva que los órganos encargados de la persecución penal hubieran podido casi con total seguridad conseguir esos resultados probatorios de naturaleza mediata («*hypothetic clean path*»). Hay que decir que ambas excepciones proceden, como se verá posteriormente, de la jurisprudencia norteamericana. Pues bien, en el caso «Jakob von Metzler», enjuiciado por el *Landgericht* Frankfurt a.M., no se detecta ciertamente una actuación cognitiva autónoma, independiente y no viciada desde un principio que tuviera como objetivo encontrar a la víctima del secuestro. Además, de las circunstancias en las que se llevó a cabo la amenaza con utilizar la tortura hay que deducir que la policía, en el momento de tomar la decisión, no disponía de una hipótesis concreta y fiable dirigida a avanzar en la investigación.<sup>447</sup>

Con todo, una condena de la persona imputada por el secuestro en el caso «Jakob von Metzler» sería posible utilizando para ello los mecanismos procesal-penales

---

<sup>446</sup> WEIGEND (2003), cit., pp. 439-440. En los mismos términos: SEEBODE, cit., 61: «La doctrina de la ponderación, la cual resulta muy difícil de justificar desde el punto de vista del Estado de Derecho, mantiene el estímulo para llevar a cabo investigaciones contrarias a la Constitución y al ordenamiento procesal-penal, basándose para ello en una comprensión de la ley, la cual no sólo contrasta de forma negativa con el mandato de una protección jurídica efectiva contra la tortura y el trato denigrante de sujetos meramente sospechosos, menospreciando por tanto el principio relativo al *nemo tenetur*. Además, la misma conduce a una jurisprudencia del todo punta adversa a la administración de justicia penal, ya que dicha doctrina acepta *producta sceleris* incluso los frutos de un hecho delictivo que es por ella misma penado».

<sup>447</sup> De la misma opinión: SALIGER, cit., p. 55.

de forma correcta, ya que en los acontecimientos de Frankfurt existían medios de prueba suficientes, así como una confesión obtenida tras haberse efectuado por parte del Tribunal una «instrucción cualificada» al acusado; circunstancia a la que se hará especial referencia en un epígrafe posterior.

#### **4. El proceso seguido contra Magnus Gäfgen ante el *Landgericht* Frankfurt a.M.**

El 9 de abril del año 2003, primer día del juicio oral contra Magnus Gäfgen en el caso «Jakob von Metzler», la defensa del acusado interpuso una petición de sobreseimiento del procedimiento, fundamentando el mismo en el hecho de que el agente Ennigkeit, a instancias del Vicepresidente de la Policía de Frankfurt, Wolfgang Daschner, había amenazado a Magnus Gäfgen con la causación de graves dolores físicos, así como con una agresión sexual por parte de terceras personas. En opinión de la defensa, dicha actuación policial suponía una flagrante infracción del § 136a StPO y del Art. 3 CEDH, lo cual debía dar lugar al sobreseimiento del caso al concurrir un impedimento procesal en virtud de lo establecido en el § 260 apartado 3 StPO. Además, el apelante solicitó que el Tribunal señalase que todas aquellas declaraciones sucesivas que el imputado había realizado a la policía hasta el comienzo de la vista oral, no podían ser valoradas en el proceso como consecuencia de un «efecto ulterior» (*Fortwirkung*) de la amenaza con utilizar la violencia proferida por la policía el 1 de octubre de 2002. En opinión del abogado de Gäfgen, todas las declaraciones y confesiones hechas por su cliente con posterioridad al día de autos no podían ser valoradas en juicio, ya que las mismas se habían realizado en todo caso como consecuencia de la impresión causada en el acusado por la amenaza de torturas. Por último, la defensa solicitó también que se determinase la prohibición de valorar la totalidad de las pruebas, tanto inmediatas (confesión), como mediatas (por ejemplo, el cadáver del niño) que los órganos encargados de la instrucción habían hallado como consecuencia de la declaración del imputado obtenida por la fuerza, ya que ello no sólo suponía una infracción del § 136a StPO, sino que, además, concurría un «efecto lejano» (*Fernwirkung*) de la prohibición de valoración de la prueba, lo que en el Derecho anglosajón se denomina «*fruits of the poisonous tree*».

Pues bien, el mismo 9 de abril de 2003, el *Landgericht* Frankfurt a.M. rechazó de plano la petición de la defensa de Gäfgen de sobreseimiento del proceso.<sup>448</sup> El Tribunal declaró al respecto que, si bien al acusado se le amenazó con ocasionarle dolores físicos de gravedad en el caso de que aquél se negase a revelar el lugar donde se encontraba la víctima, lo cierto es que no se había podido demostrar la existencia de una amenaza con una agresión sexual o que se intentara influir en él de otra manera. Para los Magistrados de la Audiencia Provincial, la mera amenaza con infligir a Magnus Gäfgen dolores de carácter físico atentaba sin duda contra lo dispuesto tanto en el § 136a StPO como contra los principios consagrados en el Art. 1 y Art. 104 apartado 1 frase 2 GG y el Art. 3 CEDH. Sin embargo, esta infracción constitucional y de Derecho internacional no resultaba un impedimento para el proceso penal en su conjunto. De este modo, y siempre en opinión del Tribunal, el sumario no se encontraba afectado por impedimentos de tal envergadura que de ellos hubieran de inferirse lesiones insoportables del Estado de Derecho, las cuales, en su conjunto, dificultarían enormemente el desarrollo del procedimiento penal en curso.<sup>449</sup>

A partir de lo señalado en el párrafo anterior, en una resolución especial dictada por el *Landgericht* Frankfurt a.M. el mismo 9 de abril de 2003, los miembros del Tribunal decidieron que la totalidad de declaraciones y confesiones realizadas por Magnus Gäfgen no podían ser objeto de valoración por infringir lo dispuesto en el § 136a apartado 3 frase 2 StPO (efecto ulterior o subsiguiente). Para ello señalaron que todas las declaraciones emitidas por Magnus Gäfgen hasta ese momento había que considerarlas como nulas, ya que el imputado no había sido instruido de forma cualificada en los interrogatorios posteriores al celebrado el día 1 de octubre de 2002, por lo que éste desconocía la no validez procesal de las declaraciones y confesiones realizadas hasta ese instante.<sup>450</sup> Sin embargo, paralelamente el Tribunal rechazó de forma contundente la petición presentada por la defensa de que no se valorasen todas las pruebas que los órganos encargados de la investigación habían obtenido mediante la infracción del mencionado § 136a StPO, como por ejemplo el cadáver del niño. Para fundamentar su rechazo, los miembros del Tribunal señalaron que la gravedad de la

---

<sup>448</sup> LG Frankfurt, 5/22 Ks. 3490 Js 230118/02, *Strafverteidiger* 2003, pp. 327-328.

<sup>449</sup> LG Frankfurt, *Strafverteidiger* 2003, pp. 327-328.

<sup>450</sup> Una vez que esa instrucción cualificada se había llevado a cabo en sede judicial, Gäfgen confesó su autoría en las siguientes sesiones del juicio. Con respecto a esto hay que señalar que el abogado de Gäfgen había hecho público a través de la prensa su intención de abandonar la defensa del acusado en caso de que éste se hubiese negado a confesar los hechos. Cfr.: BEUTLER, cit., p. 11.

intromisión en los derechos fundamentales del acusado –la amenaza con utilizar la violencia física– debía ser objeto de ponderación con la gravedad de los delitos que a aquél se le imputaban –el secuestro y posterior asesinato de un niño–. Como consecuencia de esa ponderación resultaba una medida proporcionada la valoración en el proceso de las pruebas obtenidas a partir de la confesión realizada por el imputado bajo la amenaza de la tortura, en especial el cadáver del niño y los resultados de la autopsia.<sup>451</sup>

En opinión de SALIGER, el resultado al que llega la mencionada resolución judicial ha de aceptarse sin reservas.<sup>452</sup> Si bien el § 136a StPO se considera en general como una especie de derivación procesal del principio de respeto a la dignidad humana, sin embargo los métodos de interrogatorio prohibidos que se enumeran en dicho precepto no constituyen en su conjunto ataques a la dignidad humana (por ejemplo, el engaño), no mostrando tampoco aquellos métodos que menoscaban la dignidad humana, y que, por ejemplo, se encuentran contenidos en el Art. 1 CAT, la misma intensidad y gravedad que algunas de las medidas contenidas en el § 136a StPO. Esto se vislumbra por ejemplo a la hora comparar el maltrato y el tormento con el agotamiento y la hipnosis: Los dos primeros constituyen ciertamente los métodos de interrogatorio más graves contenidos en el § 136a StPO, y en todo caso resultan más graves e intensos que los dos últimos. Pues bien, a partir de esa distinta gravedad y cualidad de lesión de la dignidad humana a través de los métodos de interrogatorio prohibidos, SALIGER considera que deben exigirse consecuencias para la cuestión relativa a la eventual concurrencia de un impedimento procesal. Si la amenaza con torturar a una persona detenida supone una «menor» injerencia en la dignidad humana que en el caso de su aplicación efectiva, en ese caso no puede en modo alguno objetarse que en relación a la imputación de los delitos de secuestro y asesinato, el *Landgericht* Frankfurt a.M. no divisara la existencia de una lesión insuportable del Estado de Derecho, la cual hubiera sin duda originado un impedimento procesal considerado como la sanción procesal de mayor peso. Algo distinto debe no obstante suceder en los casos graves de tortura, particularmente cuando se utiliza un maltrato o un tormento de carácter grave.<sup>453</sup>

---

<sup>451</sup> Véase al respecto, en detalle: MEYER-LADEWIG, Jens/PETZOLD, Herbert (2007): «Androhung von Folter im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren – Fall Daschner», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 2461-2462.

<sup>452</sup> SALIGER, cit., p. 60.

<sup>453</sup> *Ibidem*, pp. 60-61.

Como ya se apuntó en el epígrafe anterior, el rechazo del denominado «efecto lejano», en todo o en parte, a la hora de valorar en juicio los resultados de una declaración obtenida mediante la amenaza o el empleo de la tortura, da lugar a abrir de forma consciente –a la vez que peligrosa– una importante brecha en la amplia salvaguardia legal de la protección procesal-penal frente a la tortura. En último término, esta interpretación crea incluso para los órganos de la persecución penal un acicate para, llegado el caso, aclarar una sospecha de criminalidad utilizando para ello medidas de tortura, cuando se sabe que, aun infringiendo lo establecido en el § 136a StPO, se va a poder tener acceso a pruebas de carácter mediato susceptibles de ser valoradas en el correspondiente juicio. De ahí que la doctrina que se muestra partidaria de limitar considerablemente el efecto lejano de aquellas pruebas obtenidas de forma ilícita deba ser observada y, eventualmente, compartida con mucha cautela.

## 5. El recurso ante el TEDH

Como cabía esperar, la sentencia condenatoria dictada por el *Landgericht* Frankfurt a.M. el 28 de julio del año 2003<sup>454</sup> fue objeto de recurso de revisión ante el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*, BGH). No obstante, en su pronunciamiento dictado el 24 de mayo de 2004, el Alto Tribunal confirmó la condena a Magnus Gäfgen, señalando que la sentencia dictada en Primera instancia no mostraba ningún defecto jurídico que redundase en perjuicio del acusado.<sup>455</sup>

Posteriormente, Magnus Gäfgen elevó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG), alegando nuevamente que los métodos utilizados por la policía de Frankfurt en el interrogatorio practicado el 1 de octubre de 2002 habían menoscabado de forma evidente su dignidad como ser humano, así como la prohibición de maltrato contenida en el Art. 104 apartado 1 frase 2 GG. Sin embargo, en una resolución adoptada el 14 de diciembre de 2004, la Sección Tercera de la Sala Segunda del BVerfG ni siquiera admitió a trámite el recurso, alegando que el

---

<sup>454</sup> Magnus Gäfgen fue declarado culpable de un delito de asesinato en concurso ideal con un delito de secuestro con resultado de muerte, así como de un delito de denuncia falsa en concurso ideal con dos delitos de detención ilegal. Por ello se le impuso una pena de cadena perpetua, dictaminándose en el pronunciamiento judicial la «especial gravedad de la culpabilidad» (§ 57a apartado 1 núm. 2 StGB), lo que impide una eventual puesta en libertad tras 15 años de condena.

<sup>455</sup> 2. StR 35/04. Véase al respecto: «Revision abgelehnt: BGH bestätigt Urteil gegen Metzler-Mörder», *Der Spiegel*, edición online de 24 de mayo de 2004.

apelante en amparo no había fundamentado suficientemente el por qué la posible lesión de la StPO, como consecuencia del interrogatorio practicado el día de autos, constituía necesariamente un impedimento procesal.<sup>456</sup>

Declarada por tanto la firmeza de la sentencia en Alemania, Gäfgen decidió entonces acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para denunciar las amenazas proferidas contra su persona por parte de la Policía de Frankfurt, argumentando que dicha actuación policial había tenido un peso decisivo en el proceso penal seguido en su contra.

Así, en un primer pronunciamiento, la Pequeña Sala del TEDH, compuesta por siete magistrados pertenecientes a la 5ª Sección del propio TEDH, señaló a través de la sentencia dictada el 30 de junio de 2008 que el recurrente –Magnus Gäfgen– no había sido víctima de una infracción del Art. 3 CEDH como consecuencia de la amenaza de torturas proferida contra su persona por la Policía de Frankfurt. Asimismo, se rechazó también la eventual infracción del Art. 6 CEDH como consecuencia de la valoración de las pruebas efectuada en su día por el *Landgericht* Frankfurt a.M.<sup>457</sup> Pues bien, en absoluto satisfecho con la decisión tomada por el Tribunal de Estrasburgo, Gäfgen decidió recurrir a una instancia superior del propio TEDH.

Ante la Gran Sala del TEDH, Magnus Gäfgen consiguió una victoria pírrica en su batalla judicial en torno a la amenaza de torturas. En la sentencia dictada el 1 de junio de 2010, el mencionado Tribunal, compuesto por un total de 17 magistrados, declaró que el recurrente «*may still claim to be the “victim” of a violation of Article 3 of the Convention*».<sup>458</sup> No obstante, el reconocimiento de su estatus de víctima fue fundamentado en razones ciertamente irrelevantes, no dando tampoco lugar a una indemnización digna de mención. Por el contrario, Gäfgen salió derrotado en el punto que resultaba más importante para él: La Gran Sala del TEDH no vislumbró que en el proceso seguido en su contra por la justicia alemana se hubiese lesionado su derecho a un *fair hearing* en los términos establecidos en el Art. 6 apartado 1 CEDH. Únicamente una violación de este principio le hubiese garantizado a Gäfgen la reapertura del

---

<sup>456</sup> Resolución de 14 de diciembre de 2004. 2 BvR 1249/04.

<sup>457</sup> TEDH núm. 22978/05 (5ª Sala) – Sentencia de 30 de junio de 2008 (*Gäfgen vs. Germany*).

<sup>458</sup> TEDH núm. 22978/05 (Gran Sala) – Sentencia de 1 de junio de 2010 (*Gäfgen vs. Germany*).



proceso seguido contra él en Alemania, en los términos previstos en el § 359 núm. 6 StPO; proceso que, como se sabe, había ya concluido con una sentencia firme condenatoria.<sup>459</sup>

En la sentencia dictada en el denominado «caso Gäfgen» por parte del TEDH, debía entre otras cosas decidirse si (1) la actuación policial contra el autor del asesinato de Jakob von Metzler debía ser considerada como una «tortura» *strictu sensu*; y (2) el procedimiento penal seguido contra Gäfgen en Alemania había sido «imparcial» en el sentido establecido en el mencionado Art. 6 apartado 1 CEDH. Y ello teniendo en cuenta que, en su día, el *Landgericht* Frankfurt a.M. decidió admitir y valorar los medios de prueba que habían sido encontrados como consecuencia de la declaración emitida por Gäfgen bajo amenaza de torturas.

Con respecto a la primera cuestión, y para la valoración del caso concreto, la Gran Sala tomó como base la argumentación defendida por el TEDH en su continua jurisprudencia, según la cual la «tortura» y el «trato inhumano» a los que hace referencia el Art. 3 CEDH designan diversas clases de maltrato en lo relativo a su gravedad.<sup>460</sup> Según señala la Gran Sala del TEDH, la tortura causa «*very serious and cruel suffering*», estando además marcada por la persecución de determinados objetivos por parte del torturador (obtención de información, punición o intimidación). Según este criterio, la amenaza con causar daños de carácter físico podría considerarse realmente como una «*mental torture*»; sin embargo, en opinión del Tribunal, en el concreto «caso Gäfgen» la actuación de los agentes de policía contra el acusado no alcanzó ciertamente el grado de crueldad que resulta necesaria para hablar de la existencia de una «tortura».<sup>461</sup>

Pues bien, para un sector doctrinal en Alemania, el resultado al que llega la Gran Sala del TEDH debe ser sin duda aceptado: En comparación con casos en los que se dan

---

<sup>459</sup> De los 17 magistrados procedentes a su vez de diecisiete países distintos, seis de ellos no vieron la existencia de una lesión permanente de los derechos fundamentales que tenía Magnus Gäfgen en virtud de la CEDH.

<sup>460</sup> La diferenciación entre tortura y trato inhumano en el marco del Art. 3 CEDH puede parecer en un primer momento un tanto académica o también inadecuadamente relativa; sin embargo, y según la jurisprudencia emanada por el TEDH, dicha diferenciación es importante para determinar las consecuencias procesales de una violación del Art. 3 CEDH, en concreto en relación al alcance de la prohibición de valoración de los medios de prueba obtenidos a través de la correspondiente medida de carácter ilícito. Véase al respecto, en detalle: WEIGEND, Thomas (2011): «*Folterverbot im Strafverfahren*», *Strafverteidiger*, p. 326.

<sup>461</sup> TEDH (Gran Sala), Sentencia de 1 de junio de 2010 (*Gäfgen vs. Germany*), núm. 108.

maltratos graves y duraderos, en los cuales el TEDH ha afirmado tajantemente la existencia de tortura, el menoscabo psíquico que sufrió Gäfgen a través de los diez minutos de miedo que le produjo la amenaza con sufrir dolores físicos debería tener una entidad valorativa menor que los conceptos manejados en el Art. 3 CEDH. Por tanto, el Tribunal llegó a la conclusión de que en el «caso Gäfgen» se estaba delante de un trato inhumano, pero no de un acto de torturas, si bien no podía discutirse el hecho de la aplicabilidad del Art. 3 CEDH y la circunstancia de que la amenaza de maltrato lesionó la mencionada disposición.<sup>462</sup>

En relación a la segunda cuestión referente a la «imparcialidad» del proceso penal seguido en Alemania contra Magnus Gäfgen, la Gran Sala decidió partir del planteamiento seguido en su día por el propio TEDH, según el cual una única infracción procesal no podía conducir a que la totalidad del procedimiento hubiera de calificarse como «*unfair*», sino que, por el contrario, debía llevarse a cabo una valoración global del mismo, teniendo eso sí en cuenta que los derechos de defensa deben garantizarse en todo caso. Si el imputado ha sido torturado, en ese caso el procedimiento seguido contra él debe considerarse siempre como «*unfair*» desde el momento en que aquellos medios de prueba obtenidos a partir de la declaración emitida bajo tortura son utilizados en su contra durante la vista oral. Pues bien, en este sentido se ha mantenido hasta ahora abierta la cuestión relativa a si esa misma regla de carácter estricto debe aplicarse también con respecto a aquellos medios de prueba que fueron obtenidos a partir de medidas que «únicamente» debían calificarse como un trato inhumano. Una excepción a la ausencia de imparcialidad procesal se daría en aquellos casos en los que la lesión del Art. 3 CEDH no hubiera tenido influencia alguna en la terminación del procedimiento, en particular en la sentencia condenatoria y el marco punitivo aplicable. Pues bien, en el «caso Gäfgen», la amplia mayoría de magistrados de la Gran Sala consideró la existencia de esa excepción: A la hora de dictar sentencia, el *Landgericht* Frankfurt a.M. se apoyó de manera decisiva en dos confesiones de los hechos que Magnus Gäfgen había llevado a cabo al principio y a la finalización de la vista oral; los medios de prueba que se encontraban a disposición del Tribunal (entre los que se encontraban por ejemplo las huellas de neumático procedentes del vehículo de Gäfgen que habían sido halladas en las inmediaciones del lugar donde se encontró el cadáver, o una máquina de

---

<sup>462</sup> Véase, por todos: GRABENWARTER, Christoph (2010): «Androhung von Folter und fairen Strafverfahren – Das (vorläufig) letzte Wort aus Straßburg», *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3128.

escribir localizada en el domicilio del acusado) se consideró que no fueron utilizados como prueba de culpabilidad del sujeto imputado, sino únicamente para comprobar la credibilidad de las confesiones. En este contexto, la Gran Sala se remite asimismo al hecho de que el propio Gäfgen declaró en el juicio que su confesión realizada en la primera sesión de la vista oral estaba exclusivamente guiada por motivos de arrepentimiento, y que en el momento de llevarla a cabo ya sabía que el Tribunal había declarado admisibles los controvertidos medios de prueba. Por todo ello, en opinión de la Gran Sala del TEDH, había de considerarse que en el referido «caso Gäfgen» no se había producido una lesión de su derecho a la libertad de no autoinculparse como consecuencia de presiones externas.

Pues bien, en este punto hay que señalar que un total de seis Magistrados mostraron un enérgico disenso con la opinión de la mayoría. Así, estos lamentaron el hecho de que la Gran Sala hubiera desaprovechado la ocasión para declararse partidaria de establecer una regla clara según la cual todos los frutos de un interrogatorio que se ha producido violando lo preceptuado en el Art. 3 CEDH nunca deberían ser valorados en el marco de un procedimiento imparcial. Y ello con independencia de que esos frutos pudieran tener o no relevancia a la hora de dictar sentencia. En opinión de WEIGEND, este punto de vista debe ser sin duda compartido. Efectivamente, si el Tribunal de Frankfurt hubiese decretado una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas, Gäfgen hubiera podido tener buenas razones para confiar en que el objeto de reproche penal en su contra se hubiese limitado exclusivamente al secuestro del niño y a la extorsión de la familia del pequeño Jakob, ya que las confesiones realizadas con anterioridad al juicio oral y las pruebas obtenidas por la policía como consecuencia de las mismas (especialmente el cadáver del niño y las huellas que situaban a Gäfgen en el lugar donde se halló al menor), no podrían haber sido valoradas por el Tribunal. Por todo ello, no era cierto que la admisión de los controvertidos medios de prueba fuera un asunto banal para el desarrollo posterior del procedimiento y para la sentencia dictada a su conclusión. Justo lo contrario: Su admisión por parte del Tribunal dio lugar a que Gäfgen se viese, por decirlo así, obligado a realizar una confesión «llena de arrepentimiento» como última estrategia para evitar que el Tribunal acreditase en su sentencia la «especial gravedad de la culpabilidad».<sup>463</sup>

---

<sup>463</sup> WEIGEND (2011), cit., p. 329.

A partir de la premisa que la propia Gran Sala del TEDH tomó por base de sus argumentaciones (a saber, inexistencia de un proceso imparcial cuando los medios de prueba conseguidos como consecuencia de la infracción del Art. 3 TEDH «*had a bearing on the outcome on the proceedings against the defendant*»), el Tribunal debería haber admitido el recurso y considerar lesionado el Art. 6 apartado 1 CEDH. En opinión de WEIGEND, este resultado no hubiese sido equivocado desde una perspectiva de derechos humanos, aunque el mismo a buen seguro hubiera gozado de escasa popularidad.<sup>464</sup> Y es que, teniendo en cuenta el desarrollo concreto del procedimiento en el «caso Gäfgen», los medios de prueba jugaron un papel de fundamental importancia a la hora de dictar sentencia contra Magnus Gäfgen, ya que la condena por asesinato estuvo sensiblemente marcada por los frutos provenientes de la amenaza con torturar al acusado. En un proceso penal ajustado a Derecho y de naturaleza imparcial –como el que garantiza la CEDH– no puede admitirse bajo ningún concepto el resultado alcanzado por la Gran Sala del TEDH a la hora de valorar el «caso Gäfgen».<sup>465</sup>

Los complicados problemas de delimitación en lo relativo a los presupuestos y consecuencias jurídicas de las infracciones contra el Art. 3 CEDH se solucionarían de un plumazo en el caso de que se siguiese la argumentación expuesta por los magistrados disidentes en la Sentencia dictada por el TEDH en el año 2010 en el «caso Gäfgen» y con ello se implantase la siguiente regla no sujeta a excepciones: «Cuando en un interrogatorio se emplee la tortura o un trato inhumano, todos aquellos frutos mediatos e inmediatos conseguidos con ese interrogatorio no pueden ser objeto de valoración en el posterior transcurso del procedimiento». A favor de una regla como la aquí presentada se encontrarían aspectos tales como el efecto pedagógico y el impacto intimidatorio que la misma tendría entre los funcionarios encargados de la investigación. Al mismo tiempo, dicha regla se correspondería con el carácter «absoluto» de la prohibición de la tortura y del trato inhumano, el cual es resaltado de manera persistente por la jurisprudencia tanto germana como internacional.

---

<sup>464</sup> *Ibidem*, p. 329.

<sup>465</sup> De opinión contraria: GRABENWARTER, cit., pp. 3131-3132, el cual considera, no sin razón, que la decisión adoptada en su día por la Gran Sala del TEDH, siguiendo para ello en sus puntos fundamentales los argumentos expuestos en el año 2008 por la Pequeña Sala, debe ser aplaudida. Para el mencionado autor «[l]a cadena causal que debería haber entrelazado los métodos de investigación prohibidos y la posterior condena del autor del secuestro y asesinato de Jakob von Metzler fue interrumpida por la segunda confesión de los hechos realizada por Magnus Gäfgen».

El tener que respetar la prohibición absoluta de la tortura o su amenaza, así como la eventual valoración de medios de prueba directos o indirectos provenientes de una confesión o declaración obtenida mediante la aplicación o la amenaza de la violencia física, puede suponer tener que pagar un precio muy alto en un caso concreto, pero uno de los pilares fundamentales de la democracia consiste precisamente en limitar el poder que el Estado puede ejercer sobre los ciudadanos. Por tanto, constituye un mérito de la Audiencia Provincial de Frankfurt –refrendada posteriormente por el Tribunal de Estrasburgo– el que en su trascendental sentencia pusiera en claro que aquél que no acata la prohibición absoluta de la tortura –por muy comprensibles que puedan resultar los motivos aludidos– nunca puede afirmar que su actuación ha sido conforme a Derecho.

## 6. Conclusiones

Los métodos de interrogatorio utilizados por los agentes de policía en el caso «Jakob von Metzler» no sólo tenían una relevancia penal-sustantiva, sino también desde una vertiente procesal-penal. Así, e independientemente de que las amenazas con torturar al joven detenido no tuvieran como objetivo el lograr una confesión, sino única y exclusivamente salvar la vida del pequeño Jakob, lo cierto es que las mismas suponían una lesión evidente del § 136a StPO, por lo que, en virtud de lo establecido en el apartado 3 de la mencionada disposición, la declaración obtenida como consecuencia de la utilización de esos métodos de interrogatorio prohibidos no podía ser valorada por el Tribunal en las sesiones del juicio oral; y ello aun en el caso de que el acusado permitiese posteriormente su valoración.

En lo que hace referencia al denominado efecto ulterior o subsiguiente (*Fortwirkung*), la prohibición de valoración de las pruebas debía extenderse con respecto a las posteriores declaraciones del imputado, las cuales, aun habiendo sido obtenidas sin la utilización de la coacción estatal, estaban sin embargo contaminadas como consecuencia de la primera declaración emitida bajo amenaza de torturas. Únicamente una instrucción cualificada (*qualifizierte Belehrung*) en sede judicial, a través de la cual se le hubiese indicado expresamente a Gäfgen que sus declaraciones emitidas con anterioridad no resultaban en ningún caso valorables en juicio, hubiera

permitido «partir de cero», con lo que esa nueva declaración no viciada de origen sí que podría haber sido valorada en las sesiones del juicio oral (como así ocurrió).

Por lo que respecta al denominado «efecto lejano», resulta tremendamente complicado el dilucidar si los medios de prueba mediatos encontrados como consecuencia de la declaración realizada por Gäfgen la noche de autos podían ser valorados a la hora de dictar sentencia. En este sentido, la denominada doctrina de la ponderación (*Abwägungslehre*) resulta en principio coherente ya que, para admitir eventualmente la valoración de esas pruebas indirectas o mediatas, pone en la balanza la gravedad y relevancia constitucional del ataque a los derechos fundamentales del imputado por un lado, y la entidad del delito o delitos objeto de la investigación, por otro. A partir de estas consideraciones, es evidente que la (presunta) comisión de un delito de secuestro extorsivo de un menor de edad (y su posterior asesinato), son conductas ciertamente más graves que la amenaza proferida por la policía de aplicar métodos de tortura al sujeto detenido, los cuales, sin duda, no suponían un considerable menoscabo de su integridad física. Sin embargo, y aunque la mencionada doctrina de la ponderación resulte en principio atractiva de cara a evitar el bloqueo de un procedimiento penal por infracciones del § 136a StPO de escasa entidad, lo cierto es que cualquier restricción del efecto lejano puede dar lugar, como se ha visto, a que los órganos encargados de la persecución penal acepten de forma consciente una eventual violación del repetido § 136a StPO, para con ello obtener, por lo menos de forma mediata, medios de prueba que, de lo contrario, resultaría imposible conseguirlos.

Finalmente, y haciendo en este caso referencia a la importante sentencia pronunciada por el TEDH en el caso «Jakob von Metzler», no se puede estar de acuerdo en considerar que la actuación policial contra el (presunto) secuestrador del menor de once años suponía un trato inhumano, pero no un acto de (amenaza de) tortura. Como ya se dijo en su momento, la conducta desplegada por los agentes Daschner y Ennigkeit (el primero como inductor, el segundo como autor directo), cumplía con las características que se asocian a la tortura en el ámbito del Derecho internacional (graves sufrimientos mentales, cometidos de forma dolosa por un funcionario de policía y con el objetivo de obtener una información).

Por otro lado, la discusión planteada en sede de la Gran Sala del TEDH sobre la imparcialidad o no del *Landgericht* Frankfurt a.M., al decidir éste valorar las pruebas mediatas conseguidas como consecuencia de la declaración inicial viciada por

infracción del § 136a StPO, carece por completo de fundamento. Así, la confesión de los hechos realizada por Magnus Gäfgen en la primera sesión del juicio oral, una vez el Presidente del Tribunal le había indicado que la totalidad de declaraciones realizadas con anterioridad resultaban nulas de pleno derecho al no haberse producido una instrucción cualificada, daba lugar a que se rompiera la cadena causal que –de no haber mediado esa ulterior confesión– debería haber entrelazado la declaración primigenia realizada bajo amenaza de torturas y la posterior sentencia condenatoria. Por consiguiente, los medios de prueba que se encontraban a disposición del Tribunal no resultaban en modo alguno decisivos para condenar a Gäfgen por un delito de secuestro extorsivo y asesinato consumado, bastando para ello su confesión de los hechos realizada libremente y sin ningún tipo de coacción. Además, debían tenerse en cuenta aquellos medios de prueba (como, por ejemplo, la máquina de escribir con la que se redactó la carta de extorsión a la familia del pequeño, cinta adhesiva y cuerdas, o parte del dinero del rescate; objetos todos ellos hallados en el domicilio del autor del secuestro) que fueron obtenidos por la policía con escrupuloso respeto de las garantías constitucionales y procesal-penales.

# CAPÍTULO XI. SOLUCIÓN DEL CASO «JAKOB VON METZLER» DESDE EL DERECHO POLICIAL ESPAÑOL

## 1. Introducción: La Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

Al tratar el tema de la dignidad humana asociada al caso «Jakob von Metzler», de su posible menoscabo mediante el instituto de la denominada «tortura de rescate», y todo ello en relación con el Derecho policial español en general y las Fuerzas de Seguridad en particular, conviene en primer lugar hacer referencia a lo establecido en el art. 104 de la Constitución española (CE), cuyo tenor literal reza de la siguiente manera:

«1. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. 2. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

En este sentido, a nadie escapa que, en ocasiones, graves atentados contra los derechos humanos tienen su origen en la eterna correlación entre criminalidad y abuso de poder. Así, cuando se habla de tortura, de tratos inhumanos o de tratos degradantes, muchas veces se está haciendo referencia a conductas relacionadas –quizá en demasiadas ocasiones– con el ejercicio abusivo del poder por parte de representantes del Estado. Esto es algo de lo que España no constituye desde luego una excepción, como así lo demuestra desgraciadamente la historia más reciente (casos Lasa y Zabala, el Nani, «caso Almería», etc.).<sup>466</sup> Se trata de conductas que, sin duda, suponen una flagrante lesión no sólo del ordenamiento jurídico-penal, sino también de la legislación que regula las competencias y líneas de actuación de las fuerzas policiales.<sup>467</sup>

---

<sup>466</sup> Sobre el caso «El Nani» véase, ampliamente: RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> Ángeles (2011): «Caso “El Nani”», en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Madrid: La Ley, pp. 391 y ss.

<sup>467</sup> El Estado español cuenta con dos fuerzas policiales con un ámbito de actuación nacional, ambas sujetas al control del Ministro del Interior a través del Secretario de Estado de Seguridad. Por un lado, el Cuerpo Nacional de Policía (CNP) es responsable para la seguridad en las áreas urbanas, conduciendo las investigaciones policiales a nivel nacional. La llamada Policía Nacional está bajo los auspicios del Ministro del Interior. Por otro lado se encuentra la Guardia Civil (GC), un cuerpo policial que presenta un



La remisión que el apartado 2 del referido Art. 104 CE hace a una «ley orgánica» encargada de regular «las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad» hace que en este punto sea necesario resaltar la importancia que tiene la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS), cuyo art. 1 reitera que la seguridad pública es competencia exclusiva del Estado, correspondiendo su mantenimiento al Gobierno de la nación, sin perjuicio de la participación de las Comunidades Autónomas (CCAA) y de las Corporaciones Locales en el mantenimiento de la seguridad pública, que se ejerce a través de las repetidas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FFCCSS).

Por otro lado, no menos importante es el art. 126 CE, el cual establece que la Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.<sup>468</sup>

Pues bien, de los dos preceptos constitucionales que se acaban de mencionar en los párrafos anteriores se infieren, por tanto, las dos funciones esenciales que tienen encomendadas las FFCCSS en el ordenamiento jurídico español, y a las cuales se hará referencia explícita en un epígrafe posterior: (1) Policía Administrativa (art. 104 CE); (2) Policía Judicial (art. 126 CE).

En lo que a este trabajo interesa, hay que destacar sobre todo la función que se asigna a las FFCCSS en orden a «investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos

---

carácter y organización más militarizados. Su ámbito de actuación se reserva a las áreas rurales y al control de las vías de comunicación por carretera, estando sometido al control conjunto de los Ministerios de Defensa e Interior. Hay que decir que el control fronterizo se encuentra repartido entre ambos cuerpos policiales. Así, la Policía Nacional se encarga de la entrada de personas en territorio nacional, mientras que los funcionarios de la Guardia Civil llevan a cabo patrullas de vigilancia en territorio fronterizo, incluido el marítimo. Además, la Guardia Civil tiene encomendada la tarea de velar por la seguridad en aquellas infraestructuras de carácter crítico como puertos y aeropuertos, así como el control de armas de fuego y sustancias explosivas. Tanto el CNP como la GC cuentan con unidades especiales antiterroristas, así como con cuerpos de inteligencia. Por su parte, la Policía local, un instituto armado de naturaleza civil con estructura y organización jerarquizada y sujeta asimismo a las disposiciones de la LOFCS, actúa en cada uno de los municipios existentes en España. Por último, hay que hacer referencia a los dos cuerpos policiales existentes en las dos Comunidades Autónomas históricas existentes en territorio español: el País Vasco (con la policía autonómica vasca, *Ertzaintza*) y Catalunya (con el cuerpo policial de los *Mossos d'Esquadra*).

<sup>468</sup> Un estudio pormenorizado de la Policía Judicial se lleva a cabo en el epígrafe 4 del presente Capítulo.

a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales pertinentes» (art. 11.1 g) LOFCS).<sup>469</sup> Siempre que sea preciso, tanto el Cuerpo Nacional de Policía (CNP) como la Guardia Civil (GC) tendrán competencia en esta materia a lo largo de todo el territorio nacional. Además, las FFCCSS podrán adscribirse a las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial con funciones de averiguación del delito y descubrimiento del delincuente.

En lo referente a la Policía Autónoma y Local, el art. 4 del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre Regulación de la Policía Judicial (RDPJ), les encomienda, por su propia iniciativa y según sus respectivas atribuciones, la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento así que tengan noticia de la perpetración de un hecho presuntamente delictivo. Junto a ello, ambos Cuerpos podrán también formar parte de la Policía Judicial con el carácter de colaboradores de las FFCCSS integradas en Unidades Orgánicas de Policía Judicial.

Por tanto, cualquiera de los miembros integrantes de las FFCCSS ostenta una competencia genérica para la participación en los procedimientos públicos investigadores y/o sancionadores. En todos estos casos resulta evidente que la policía tiene –dentro de tales funciones– la facultad-obligación de obtener confesión, testimonio o información de la/s persona/s que ha/n sido detenida/s por su presunta implicación en un hecho delictivo, utilizando, eso sí, aquellos medios que sean acordes con las normas nacionales e internacionales en lo relativo al respeto de la integridad física y psíquica de la persona objeto de investigación policial. En este contexto resulta de trascendental importancia la disposición del art. 174 del Código Penal español (CP), la cual será objeto de un análisis exhaustivo en el Capítulo XIII y que castiga el delito de torturas en el ámbito policial.

Tal y como acertadamente señala ALONSO PÉREZ, la elaboración de un código de ética profesional sobre la conducta policial en las sociedades democráticas modernas debe representar algo más que una utopía; ha de reflejar la firme voluntad de las autoridades políticas y policiales de devolver a la organización y al funcionamiento de

---

<sup>469</sup> Digno de mención es también el art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), donde se señala la obligación que tiene la Policía (Judicial) de «averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación y practicar (...) las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes».

las fuerzas del orden la transparencia y la receptividad social que siempre hubieran debido tener.<sup>470</sup>

Pues bien, en este sentido, el Preámbulo II de la referida LOFCS señala que los principios básicos de actuación policial se establecen como un auténtico «Código Deontológico», que vincula a los miembros de todos los colectivos policiales, imponiendo el respeto a la Constitución, el servicio permanente a la comunidad, la adecuación entre fines y medios, como criterio orientativo de actuación, el secreto profesional, el respeto al honor y a la dignidad de la persona, la subordinación a la autoridad y la responsabilidad en el ejercicio de su función. No cabe duda de que esta auténtica declaración de principios contenida al comienzo de la LOFCS afecta y de qué manera a las líneas de actuación de los agentes de la autoridad a la hora de investigar y esclarecer la comisión de conductas delictivas, independientemente de su gravedad. Dichos principios básicos de actuación van a ser objeto de análisis en el siguiente epígrafe.

## **2. Principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado**

Tal y como se ha indicado anteriormente, el art. 104.1 CE circunscribe la función general de la Policía en la «misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana». En este sentido, DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA señala que la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y la garantía de la seguridad ciudadana exigen una doble tarea de las FFCCSS: (1) Evitar la realización de conductas que atenten contra los mencionados valores; (2) Reaccionar contra tales conductas cuando ya se han producido, aun de forma imperfecta.<sup>471</sup> Tradicionalmente, y al igual que se vio en el Capítulo VII con respecto al Derecho policial alemán, las dos actividades enunciadas suelen recibir las denominaciones de función de prevención y función de represión.

Al campo de la prevención corresponden toda una gama de acciones de muy diversa índole y naturaleza (campañas de información, patrullas, controles, ya incluso la

---

<sup>470</sup> ALONSO PÉREZ, Francisco (Coord.) (2003): *Manual del Policía*, 3ª Ed., Madrid: La Ley, p. 39, con bibliografía complementaria.

<sup>471</sup> DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio (1997): *Derecho Procesal Penal*, 2ª Ed., Valencia: Tirant lo blanch, pp. 72-73.

sola presencia policial en la vía pública). Se trata en definitiva de medidas concebidas como medios disuasorios para el potencial infractor de la ley.

Por su parte, la represión supone una actividad encaminada a la investigación, esclarecimiento y sanción de las contravenciones ya cometidas, mediante el descubrimiento de sus responsables y el aseguramiento de sus personas y de las pruebas de la infracción, a fin de ponerlas a disposición de las autoridades competentes para reprimir y castigar tales conductas, según se trate de infracciones administrativas o criminales.

En definitiva, lo expuesto en los párrafos anteriores permite sin duda distinguir una doble clasificación de la actividad de las FFCCSS: Atendiendo al objetivo inmediato de la actividad policial, puede hablarse de una actividad de policía preventiva y de otra reactiva o represiva. Atendiendo a la clase de normas cuya eficacia se pretende garantizar, puede hablarse de una actividad de policía administrativa y de otra de policía criminal.

A nadie escapa que la actuación de las FFCCSS suele entrañar en no pocas ocasiones limitaciones o intervenciones en los derechos de los ciudadanos. Sin ir más lejos, la detención de un sujeto constituye una intervención sobre su derecho a la libertad personal en virtud de lo señalado en el art. 17 CE. Por esta razón, tal actividad policial en un Estado democrático de Derecho como es España no puede quedar simplemente confiada a la discrecionalidad policial, sino que necesariamente ha de estar prevista y regulada por una norma de Derecho objetivo, como es la repetida LOFCS. Mientras que el ciudadano puede en principio hacer todo aquello que la Ley no le prohíba, la Policía, en cuanto parte de la Administración, sólo puede actuar en la medida en que la Ley se lo autorice.

En este sentido, la llamada «potestad de coerción» en el ámbito del Derecho policial español supone la habilitación para hacer uso de la fuerza física y de la violencia cuando ésta resulta necesaria para restablecer e incluso mantener la seguridad ciudadana; por ejemplo, para lograr la detención de una persona o para disolver una manifestación ilegal. Esta potestad es la que a veces también se ha denominado de «coacción directa», por cuanto los miembros de las FFCCSS, en ocasiones, se hallan habilitados legalmente para hacer cumplir o ejecutar sus órdenes o decisiones. El impedimento y la eliminación de infracciones penales y administrativas contra la seguridad ciudadana pueden reclamar el empleo de la coacción directa por parte de las

FFCCSS, y de hecho suele reclamarla, por lo que el ordenamiento jurídico prevé actos de policía en tal sentido. Así, por ejemplo, la LOFCS habilita a las FFCCSS para realizar una serie de intervenciones que tradicionalmente suelen identificarse con la coacción directa o uso de la fuerza. Evidentemente, dicha actuación policial puede menoscabar bienes jurídicos y derechos fundamentales de las personas.

A partir de lo explicado en los párrafos anteriores, los denominados «principios básicos de actuación» de las FFCCSS son, por decirlo así, los ejes fundamentales en torno a los cuales gira el desarrollo de las funciones policiales.

En este sentido, el trascendental art. 5 LOFCS agrupa los principios básicos de actuación de los miembros de las FFCCSS en los siguientes apartados: (1) Adecuación al ordenamiento jurídico; (2) Relaciones con la comunidad; (3) Tratamiento de los detenidos; (4) Dedicación y secreto profesional; (5) Responsabilidad. A continuación se va a hacer especial referencia a aquellos principios que guardan relación directa con la temática tratada en el siguiente trabajo, a saber, la utilización de la (amenaza de) violencia física contra personas detenidas en el contexto de la «tortura de rescate».

Así, en primer lugar, el art. 5.1 LOFCS dispone que los miembros de las FFCCSS habrán de adecuar sus actuaciones al ordenamiento jurídico, especialmente: Ejercer su función con absoluto respeto a la CE y al resto del ordenamiento jurídico (letra a)); Sujetarse en su actuación policial a los principios de jerarquía y subordinación (letra d)). Ahora bien, la mencionada disposición establece con respecto a esta segunda actuación que «en ningún caso» la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes;<sup>472</sup> Colaborar con la Administración de Justicia y auxiliarla en los términos establecidos en la Ley (letra e)).

En segundo lugar, dispone el art. 5.2 LOFCS que las FFCCSS, en sus relaciones con la comunidad, habrán de observar, entre otros, los siguientes principios: Impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o

---

<sup>472</sup> A diferencia del CP 1973, el cual contemplaba la obediencia debida como una causa de exención de la responsabilidad criminal en su art. 8.12, en el CP 1995 ha desaparecido esta circunstancia eximente, si bien se mantiene en el art. 410 CP como una causa de justificación con respecto al delito de desobediencia del funcionario a la autoridad superior cuando la orden constituya una infracción clara, manifiesta y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general.

discriminatoria que entrañe violencia física o moral (letra a)); En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable, rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance (letra c)); Solamente deberán utilizar las armas en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior (letra d)). Todas estas actuaciones que entrañan de una u otra manera el ejercicio de la fuerza física son objeto de análisis en el siguiente epígrafe.

En tercer lugar, y haciendo en este caso referencia al tratamiento de los detenidos, el art. 5.3 LOFCS dispone que los miembros de las FFCCSS deberán entre otras cosas velar por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia, respetando el honor y la dignidad de las personas (letra b)).<sup>473</sup>

Pues bien, en opinión de GRIMA LIZANDRA, en lo establecido en el art. 5.3.b) LOFCS no cabe vislumbrar en principio una prohibición absoluta del uso de la tortura (indagatoria) o su amenaza, ni mucho menos una solución al conflicto de intereses presente en el supuesto al que hace referencia el mencionado autor en su obra (= actuar para impedir la comisión o continuación de una infracción). A este respecto cabe recordar que el art. 5.2.c) LOFCS dispone que los miembros de las FFCCSS «en el ejercicio de sus funciones (entre las cuales el art. 11.1.f) LOFCS incluye la de «prevenir la comisión de actos delictivos») deberán actuar con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance».<sup>474</sup> Trasladando estas argumentaciones al caso «Jakob von Metzler», podría afirmarse la existencia de un daño «grave, inmediato e irreparable» *ex* art. 5.2 c) LOFCS, personificado en el menor de once años secuestrado, lo cual justificaría la actuación «con la decisión necesaria y sin demora» por parte de las FFCCSS, aunque dicha actuación conlleve un menoscabo de la integridad física de la

---

<sup>473</sup> Ya en la propia Exposición de Motivos (II-a) de la LOFCS se dice que «en torno al tratamiento de los detenidos se articulan obligaciones terminantes sobre la protección de su vida, integridad física y dignidad moral».

<sup>474</sup> GRIMA LIZANDRA, cit., p. 166.

persona detenida. No obstante, y como se señalará a continuación, en España existen razones jurídicas de peso para afirmar que, en la generalidad de los casos, no puede justificarse la mencionada tortura indagatoria.

Por último, y haciendo en este caso referencia a la responsabilidad, el art. 5.6 LOFCS establece que los funcionarios policiales son responsables «personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente, y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones Públicas por las mismas».

Por tanto, en el ejercicio de sus competencias, los miembros de las FFCCSS pueden incurrir en tres tipos de responsabilidad: (1) disciplinaria; (2) civil y (3) penal, en función de las circunstancias que concurran en cada caso concreto, sin olvidar eso sí la responsabilidad subsidiaria de la Administración en los casos en que proceda su aplicación.<sup>475</sup>

### **3. El ejercicio de la violencia por parte de las fuerzas policiales**

A la hora de, llegado el caso, justificar la tortura de rescate desde la perspectiva del Derecho policial español, es evidente que resulta necesario hacer referencia al eventual uso de la fuerza por parte de los agentes de la autoridad, ya sea en un ámbito estrictamente preventivo, ya sea en el marco de una actuación represiva dirigida a la persecución y esclarecimiento de una infracción delictiva que se acaba de cometer (aunque la misma no tiene por qué haberse consumado).

Como ya se señaló anteriormente, el art. 5.2.c) LOFCS dispone que los miembros de las FFCCSS, en el ejercicio de sus funciones, deberán actuar con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable, rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance. Por su parte, el art. 3 del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley (Resolución

---

<sup>475</sup> Véase al respecto: ALONSO PÉREZ, cit., pp. 45-46.

169/34 de 1979, de la Asamblea General de las Naciones Unidas) establece que «los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas».

Los miembros de las FFCCSS realizan a veces, en el desempeño de sus funciones, acciones que están comprendidas en un determinado tipo penal (detenciones ilegales, lesiones o incluso homicidios dolosos o imprudentes); acciones que serían antijurídicas si no estuvieran comprendidas en la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber, recogida en el art. 20.7 CP.<sup>476</sup> De este modo, las contusiones o lesiones que, por ejemplo, se causan al detenido por su contumaz resistencia, o la propia privación de libertad que supone la detención misma, son comportamientos que, aunque lesivos para determinados bienes jurídicos del sospechoso, resultan finalmente adecuados al ordenamiento jurídico si el agente no se excede en el uso de sus atribuciones.

Con todo, estas acciones deben ajustarse en todo caso a los principios de actuación establecidos en el art. 5 LOFCS y ser por tanto congruentes, oportunas y proporcionadas a las exigencias del mantenimiento de la autoridad y el orden público en la situación concreta. Además, la doctrina mayoritaria afirma que el principio de menor lesividad debe orientar en todo caso la actividad de las FFCCSS, considerándose este principio el criterio esencial, es decir, la guía de toda actuación policial, mientras que los otros tres que se acaban de aludir –y que se encuentran contenidos en el repetido art. 5.2.c) LOFCS– suponen meras derivaciones de aquél.<sup>477</sup> En opinión de CEREZO MIR, no es preciso que haya precedido una agresión ilegítima a los agentes o a un tercero para el empleo de la «coacción legítima», si la misma se ajusta a los principios básicos de actuación y el sujeto obra con voluntad o ánimo de cumplir con su deber.<sup>478</sup>

---

<sup>476</sup> Se ha indicado no sin razón que, en realidad, a quien actúa en el cumplimiento de un deber se le plantea una «colisión de deberes». Y ello porque la obligación que le impone cualquier norma del ordenamiento jurídico entra en disputa con el deber de omitir la acción descrita en el tipo penal, o bien con la acción debida, si se está delante de un delito de omisión.

<sup>477</sup> De esta opinión, entre otros: CEREZO MIR, José (1987): «La exigencia de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XL, Fasc. II, pp. 279 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (1987): «El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Prof. José Antonio Sainz Cantero*, núm. 13, Vol. II, p. 147.

<sup>478</sup> CEREZO MIR, cit., p. 281.



Tal y como indica PORTILLA CONTRERAS, la limitación del marco de actuación e intervención estatal «es un imperativo del Estado de Derecho, donde el concepto de garantía individual debe subordinar la práctica de cualquier función pública. El cumplimiento de este objetivo requiere la concreción, no sólo de los medios aplicables, sino también de los principios que regulan el uso de la fuerza en las diligencias policiales». <sup>479</sup> Pues bien, es precisamente en el ejercicio de la coacción estatal donde mejor se deben perfilar los límites a la intervención de los poderes públicos, dada la mayor importancia de los derechos de la persona que hay en juego y la eventual trascendencia de los derechos fundamentales que pueden ser objeto de lesión, como sucede, por ejemplo, con la dignidad humana en los casos de tortura estatal.

A continuación se van a analizar de forma escueta los tres principios que deben orientar el uso de la fuerza por parte de las FFCCSS, los cuales, hay que reiterar, se encuentran recogidos expresamente en el art. 5.2.c) LOFCS. También hay que mencionar en este contexto el principio de menor lesividad, siendo este último –como se ha dicho– el criterio esencial que debe guiar la actuación del agente de autoridad.

*Menor lesividad.* Este principio viene recogido con carácter general en el art. 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), con respecto a la práctica de la detención, señalando que ésta debe llevarse a cabo en la forma que menos perjudique al detenido. Asimismo, el repetido art. 5.3 LOFCS, dentro de los principios básicos de actuación, impone a los funcionarios policiales la observancia de una serie de requisitos con respecto al tratamiento de los detenidos, a saber, velar por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieron o tuvieron bajo su custodia, así como respetar su honor y dignidad como seres humanos. Todo esto constituyen desde luego emanaciones del principio de menor lesividad.

*Congruencia.* La práctica violenta de la privación de libertad, o bien el uso de la coacción directa, deben ser adecuadas al hecho que trata de impedirse, lo que exige la idoneidad del medio empleado y la previa llamada de atención a los sujetos a los que va dirigida la fuerza, pues no será congruente la utilización de cualquier medio, por inofensivo que sea, cuando la simple intimidación haría inviable e innecesario el uso de

---

<sup>479</sup> PORTILLA CONTRERAS (1987), cit., p. 147,

la violencia. Con todo, el desarrollo de esta garantía se encuentra con un grave inconveniente en el ordenamiento jurídico español: la falta de regulación de los medios que pueden utilizar las FFCCSS a la hora de hacer uso de la mencionada «coacción directa» sobre un sujeto, lo que posibilita una amplia valoración que excede lógicamente del margen de discrecionalidad propio del funcionario en el momento de seleccionar aquel medio.<sup>480</sup> Ello lleva a insistir en la necesidad de prestar especial cuidado en la formación que reciben los funcionarios policiales, especialmente en esta materia en particular.

*Oportunidad.* No es suficiente que el ejercicio de la fuerza por parte de los agentes de la autoridad se lleve a cabo utilizando el método más congruente respecto al hecho que se pretende evitar o perseguir, sino que es preciso, además, que su utilización sea en abstracto necesaria, es decir, se requiere un uso estrictamente necesario de la violencia cuando lo exija el desempeño de la función pública, debiendo abstenerse de ejercer la fuerza cuando tal circunstancia no concurra. Además, se requiere una necesidad en concreto de la violencia que debe ser, en todo caso, proporcional a la acción realizada o que se pretende evitar.

*Proporcionalidad.* Analizando el uso de la fuerza por parte de los funcionarios de Policía, el Tribunal Supremo español estima que sólo estarán legitimados cuando sea necesario para mantener el orden público y cumplir con los deberes estrictos del cargo, pero el uso de la fuerza «nunca debe ir más allá de lo necesario y guardando siempre la debida proporción en los medios empleados».<sup>481</sup> Por tanto, si los criterios de congruencia y oportunidad permiten al funcionario un amplio margen de actuación sin que ello corresponda a un exacto desarrollo objetivo de la situación contemplada, el principio de proporcionalidad va a condicionar dicha actividad al exigirle que el bien infringido (libertad, integridad física o moral, vida) no sea mayor que el que se pretende evitar o sancionar. No cabe duda de que el criterio de la proporcionalidad constituye en sí mismo un límite *ex lege* a la hora de permitir la utilización de la tortura de rescate en casos excepcionales, donde –como se ha señalado anteriormente– se enfrentan por un lado la integridad física y moral, así como la dignidad del destinatario de la violencia

---

<sup>480</sup> ALONSO PÉREZ, cit., p. 51.

<sup>481</sup> SSTs de 22 de noviembre de 1970 y 8 de marzo de 1974.

estatal, y la vida –eventualmente también la dignidad– de las potenciales víctimas de la acción delictiva que se imputa al destinatario de las torturas, por otro.

Por otra parte, y tal y como se indica en el Preámbulo II de la LOFCS, a través de las FFCCSS se ejerce el monopolio, por parte de las Administraciones públicas, del uso institucionalizado de la coacción jurídica, lo que en ocasiones hace imprescindible la utilización de armas por parte de los funcionarios de policía. Ello, por su indudable trascendencia sobre la vida y la integridad física de las personas, exige el establecimiento de estrictos límites y la consagración de principios sobre moderación y excepcionalidad en dicha utilización, debiéndose señalar los criterios y los supuestos claros que legitiman excepcionalmente su uso.

Sobre este particular, el Art. 2.2 CEDH, después de consagrar el derecho de toda persona a la vida, dispone que la muerte no se considerará infligida con infracción del mencionado precepto cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: (1) para asegurar la defensa de cualquier persona contra la violencia ilegal; (2) para efectuar una detención legal o para impedir la evasión de una persona detenida legalmente, y (3) para reprimir, de conformidad con la ley, una revuelta o una insurrección.

Pues bien, siguiendo lo establecido en la normativa internacional, el art. 5.2.d) LOFCS establece que los miembros de las FFCCSS únicamente deben utilizar el arma de fuego en dos situaciones: (1) cuando exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas (legítima defensa) o (2) en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana (cumplimiento del deber), y siempre de conformidad con los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, los cuales se acaban de analizar en los párrafos anteriores.

En parecidos términos, la Circular 12/1987, de 3 de abril, de la Subdirección General Operativa de la Dirección General de la Policía, tras recordar lo dispuesto en el art. 5.2., apartados c) y d) LOFCS, cita expresamente la STS de 18 de enero de 1982, en la que se señala que los funcionarios de policía deben utilizar las armas de fuego «solamente en aquellos casos en que las circunstancias que concurren en las situaciones con que se enfrenten hagan racionalmente presumir una situación de peligro o riesgo

real para ellos o terceras personas, únicamente superable mediante esta utilización, y lo hagan en la forma adecuada para evitar consecuencias irreparables que no vengan justificadas por la gravedad del contexto en que se encuentran», añadiendo asimismo que «la simple y pura huida de una persona, desatendiendo las órdenes de “alto policía” no autoriza sin más a ésta para utilizar sus armas de fuego...».

Por otra parte, y siguiendo con el análisis del uso de las armas de fuego por parte de los agentes de autoridad, hay que hacer referencia a la adecuación al ordenamiento jurídico de la hipótesis extrema del uso de esas armas, a saber, la orden de tirar a matar. En este sentido conviene recordar que un sector doctrinal en Alemania, partidario de justificar la actuación de los agentes Daschner y Ennigkeit, acude al instituto del «disparo mortal final» para legitimar la utilización de la «tortura de rescate» en supuestos excepcionales. La eventual justificación de un mandato de tales características ha sido sustentada en España sobre todo por parte de QUERALT JIMÉNEZ. Este autor parte, ante todo, de la premisa básica de que la función que desarrollan los agentes de la autoridad al hacer uso de sus armas reglamentarias consiste en el aseguramiento de los presuntos culpables pero no en su aniquilación. De lo contrario carecería de sentido el mandato contenido en el art. 496 LECrim,<sup>482</sup> pues sería imposible la puesta a disposición de la autoridad judicial del sospechoso.<sup>483</sup> Sin embargo, el mencionado penalista afirma que en ciertos acontecimientos extraordinarios tales como la ejecución de delitos donde hay toma de rehenes, «lamentablemente, el disparo doloso mortal sobre los delincuentes es la única forma de ponerlos fuera de combate». Ello no implicaría, sin embargo, que se pueda poner en marcha, sin más, esta respuesta gravemente lesiva. De este modo, la negociación con los delincuentes, el pago del rescate e, incluso, la liberación de los presos detenidos debe ser aceptada y llevada a efecto si de ese modo se consigue la libertad de los rehenes. De esta forma, la orden de tirar a matar no sería sólo «*el último recurso, sino el recurso remoto*».<sup>484</sup>

---

<sup>482</sup> «El particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma».

<sup>483</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep (1983): «Tirar a matar», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 21, p. 740.

<sup>484</sup> *Ibidem*, pp. 742-743, con cursivas en el original. De la misma opinión: PORTILLA CONTRERAS (1987), cit., pp. 153 y 163, quien estima adecuado a los criterios legales de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, el disparo con la finalidad de matar en los supuestos en los que, existiendo un peligro inminente para la vida o salud de alguien, no quede otra alternativa y, simultáneamente, no se ponga en peligro la integridad de terceros. En este punto conviene recordar que la Instrucción de la Dirección de la Seguridad del Estado, de 14 de abril de 1983, establece que los miembros de las FFCCSS pueden utilizar

QUERALT JIMÉNEZ concluye sosteniendo que, además, ni el art. 15 CE ni tampoco el Art. 2.2 CEDH resultan infringidos en estas hipótesis, «ya que ponderados los bienes en juego, las vidas y la libertad de (los) rehen(es) constituyen un bien *jurídico* superior al de la vida de los agresores, que por la cualidad de agresores quedan, en esa medida, *fuera del marco de protección del Derecho*».<sup>485</sup> Puede así observarse cómo la postura adoptada por QUERALT JIMÉNEZ con respecto a estas constelaciones de casos concuerda básicamente con los argumentos expuestos por BRUGGER en el contexto del en Alemania denominado «disparo mortal final», el cual fue analizado anteriormente.

En opinión de OLMEDO CARDENETE, son muchos los matices y objeciones que deben realizarse a la postura que se acaba de exponer. Y así, el mencionado autor no comparte que, en la actualidad, el ordenamiento jurídico español ampare, bajo la exigencia del art. 20.7º CP (cumplimiento de un deber), la orden intencionada de tirar a matar. Ante todo porque, como planteamiento general, por muy crítica que sea la situación en concreto, precisamente la especial cualificación de los miembros de las FFCCSS que deben intervenir en estas situaciones determina que su actuación intente ser lo suficientemente idónea como para neutralizar al delincuente y, simultáneamente, lo racionalmente menos lesiva o peligrosa para la vida o salud de éste.<sup>486</sup>

Lo que para OLMEDO CARDENETE no resulta admisible es defender que «las vidas y la libertad de (los) rehen(es) constituyen un bien *jurídico* superior al de la vida de los agresores» o que, por su condición de tales, sus vidas o cualesquiera otros bienes jurídicos (¿dignidad humana?) quedan fuera del marco de la protección del Derecho.

A partir de estas consideraciones, el mencionado autor entiende, por tanto, que la orden o la intervención dirigida a matar al delincuente no puede resultar encuadrable en

---

sus armas de fuego ante una agresión ilegítima que se lleva a cabo, bien contra el propio Agente de la Autoridad, bien contra terceras personas, y siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias: (1) Que la agresión sea de tal intensidad y violencia que ponga en peligro la vida o integridad física de la persona o personas atacadas; (2) Que el Agente de la Autoridad considere necesario el uso del arma de fuego para impedir o repeler la agresión; (3) El uso del arma de fuego ha de ir precedido, si las circunstancias concurrentes lo permiten, de conminaciones dirigidas al agresor para que abandone su actitud y de la advertencia de que se halla ante un Agente de la Autoridad, cuando este carácter fuere desconocido para el atacante; (4) Si el agresor continúa incrementando su actitud atacante, a pesar de las conminaciones, se debe efectuar, por este orden, disparos al aire o al suelo, para que deponga su actitud; (5) En última instancia, ante el fracaso de los medios anteriores, o bien por la rapidez, violencia y riesgo que entrañe la agresión no haya sido posible su empleo, se debe disparar sobre partes no vitales del cuerpo del agresor, atendiendo siempre al principio de que el uso del arma cause la menor lesividad posible.

<sup>485</sup> QUERALT JIMÉNEZ (1983), cit., p. 744. Cursivas en el original.

<sup>486</sup> OLMEDO CARDENETE, Miguel (1999): «Artículo 20.7», en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Madrid: Edersa, p. 544.

el cumplimiento de un deber.<sup>487</sup> Sí podrá serlo, sin embargo, si ante una situación extremadamente crítica donde existe un inminente peligro para la vida de la víctima, el agente interviene con la intención de neutralizar al delincuente sin causarle la muerte, pero ésta finalmente sobreviene por lo arriesgada o difícil que resultaba su ejecución. La causación intencionada de la muerte podría, eso sí, verse amparada por la legítima defensa (propia o de terceros), puesto que en esta eximente la actuación del que se defiende a sí mismo o a otro se configura como un derecho y no como un deber. Para OLMEDO CARDENETE, en un Estado de Derecho donde la vida se configura como el primero de los derechos fundamentales (art. 15 CE) y donde la pena de muerte ha desaparecido, ningún funcionario público tiene el deber de matar a nadie.<sup>488</sup>

Pues bien, a la vista del estudio realizado en su día por QUERALT JIMÉNEZ con respecto a una institución a todas luces subsumible en la constelación del «disparo mortal final» (*finaler Rettungsschuss*), analizado con anterioridad en el ámbito del ordenamiento jurídico alemán, ¿podría defenderse la tesis de la ponderación de bienes jurídicos en el contexto de la tortura de rescate y en el ámbito del Derecho policial español?

En este sentido hay que hacer referencia en primer lugar a dos Resoluciones de carácter internacional que consagran la prohibición absoluta de la tortura por parte de las fuerzas policiales. Se trata, respectivamente, de instrumentos legislativos que han sido aprobados en el seno de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, a saber, el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, aprobado por Resolución 169/34, de 1979, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y la Declaración sobre la Policía, (Resolución 690 de 1979, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa).

El art. 5 del Código de Conducta de las Naciones Unidas prohíbe de modo absoluto la tortura, señalando al respecto lo siguiente: «Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la

---

<sup>487</sup> *Ibidem*, p. 545.

<sup>488</sup> *Ibidem*, pp. 545-546.

seguridad nacional, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes».<sup>489</sup>

Por su parte, la Declaración sobre la Policía del Consejo de Europa prohíbe también la tortura en el apartado 3 de sus normas de Deontología: «Las ejecuciones sumarias, la tortura y las otras penas o tratos inhumanos o degradantes quedan prohibidos en todas circunstancias. Todo funcionario de Policía tiene el deber de no ejecutar o de ignorar toda orden o instrucción que implique estos actos». Hay que decir que ambos instrumentos legislativos han sido aprobados por el Estado español, por lo que han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno, vinculando por tanto a la totalidad de las fuerzas policiales.

En este punto conviene recordar de nuevo que el art. 5.3. b) LOFCS dispone que los miembros de las FFCCSS deberán entre otras cosas velar por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia, respetando el honor y la dignidad de las personas. Ello, lógicamente, impide ya en sede policial la aplicación de la coacción física o psíquica con finalidades indagatorias, punitivas o intimidatorias.

La protección contra todas estas actuaciones tiene un doble contenido para los miembros de las FFCCSS en el Derecho interno español: penal y disciplinaria. Así, por una parte, los arts. 174 y ss. CP tipifican el delito de torturas por parte de autoridad o funcionario público. Por otro lado, en el ámbito disciplinario, el art. 27 LOFCS considera como faltas muy graves «cualquier conducta constitutiva de delito doloso», así como «la práctica de tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios y vejatorios a las personas que se encuentren bajo su custodia», contemplándose preceptos similares en las disposiciones que regulan el régimen disciplinario de los demás Cuerpos de Seguridad.

Por si fuera poco, el art. 24.2 CE reconoce el derecho de toda persona a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable; derechos que evidentemente se reconocen al presunto responsable de la comisión de un hecho delictivo. Por otra parte,

---

<sup>489</sup> Puede observarse cómo esta disposición recuerda a lo establecido en el Art. 2 apartado 2 CAT.

el art. 17.3 CE consagra el derecho del detenido a no declarar; derecho que reitera el art. 520.2 LECrim. Con todo ello lo que se quiere indicar es que las personas detenidas no podrán ser obligadas a declarar por medio de (amenaza de) torturas, penas, tratos inhumanos o degradantes, o bien mediante el empleo de hipnosis o drogas. Y ello aún en los casos en que la actividad indagatoria por parte de la policía tenga como objetivo primordial la salvación de la vida de una, varias o muchas personas.

#### **4. Especial referencia a la Policía Judicial en el ámbito procesal-penal**

A la hora de insertar la tortura de rescate en el ámbito competencial propio de las fuerzas de seguridad encargadas de la evitación y persecución de infracciones delictivas, resulta necesario fijar la atención en las funciones y competencias de la Policía Judicial, ya que, en la mayoría de los casos, van a ser agentes adscritos a esta unidad los que eventualmente se vean confrontados con la situación fáctica que sirve de base al siguiente trabajo.

De entrada, y desde un punto de vista conceptual, en España existen dos clases de Policía Judicial: en sentido genérico y en sentido restringido. En sentido genérico, y a tenor de lo establecido en el art. 443 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), así como el art. 1 del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre Regulación de la Policía Judicial (RDPJ), la Policía Judicial está constituida por todos los miembros de las FFCCSS, ya dependan del Gobierno Central, de las CCAA o de las Corporaciones Locales, que tienen la obligación de practicar las primeras diligencias de prevención de infracciones penales, aseguramiento de los efectos e instrumentos relacionados con el delito y, en su caso, detener a los presuntos responsables. En sentido restringido, la Policía Judicial está constituida por las Unidades Orgánicas a que se hace referencia en los arts. 444 LOPJ, 30 LOFCS y 7 RDPJ, integradas por funcionarios especializados del CNP y de la GC que se dedican de forma permanente y exclusiva a la investigación criminal, teniendo carácter colaborador de las mismas en el ejercicio de estas funciones los miembros de las Policías de las CCAA y de las Corporaciones Locales, así como los demás miembros de las FFCCSS no integrados en estas Unidades.<sup>490</sup>

---

<sup>490</sup> Para más detalle, véase: ALONSO PÉREZ, cit., pp. 157-158.



Puede por tanto afirmarse que, en el caso de España, la idea de Policía Judicial supone, en principio, la existencia de un cuerpo o cuerpos de policía dedicados a auxiliar a los Juzgados y Tribunales, así como al Ministerio Fiscal (MF), en sus funciones relacionadas con el ejercicio del *ius puniendi* estatal, tal y como al respecto establece de forma taxativa el art. 126 CE.<sup>491</sup> En consecuencia, la Policía Judicial no se presenta en el ordenamiento jurídico español como un Cuerpo de Policía autónomo, diferenciado de los demás Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, y llamado a desempeñar esa función con carácter exclusivo y, menos aún, excluyente, sino que constituye en esencia una función policial encomendada por el ordenamiento a la generalidad de los distintos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad existentes, aun cuando se atribuya de modo preferente a ciertos organismos policiales por razones de especialización. Pero la función de la Policía Judicial no es más que una de las posibles manifestaciones de la función general de Policía.

Hay que decir que los miembros de las Policías Autonómicas y Locales, así como igualmente los miembros del CNP y de la GC no integrados en las Unidades de Policía Judicial o Policía Judicial Especializada, están habilitados y, al tiempo, tienen el deber legal de practicar, por propia iniciativa o siguiendo órdenes de las autoridades judiciales o fiscales, las oportunas diligencias encaminadas a averiguar los delitos y descubrir y asegurar a los delincuentes. En este sentido, el art. 4 RDPJ señala que «[T]odos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cualquiera que sean su naturaleza y dependencia, practicarán por su propia iniciativa y según sus respectivas atribuciones, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento así que tengan noticia de la perpetración del hecho presuntamente delictivo, y la ocupación y custodia de los objetos que provinieren del delito o estuvieren relacionados con su ejecución, dando cuenta de ello, en los términos legales a la Autoridad Judicial o Fiscal, directamente o a través de las unidades orgánicas de Policía Judicial».

A tenor de lo establecido en el art. 282 LECrim, los miembros de la Policía Judicial tienen la obligación de «averiguar los delitos públicos que se cometen en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias

---

<sup>491</sup> «La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca». La expresión constitucional «en los términos que la ley establezca» supone una remisión a las Leyes procesales (LECrím y LOPJ) y a la legislación policial (LOFCS y el RDPJ).

para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial». Por otro lado, el anteriormente mencionado art. 443 LOPJ señala que la función de Policía Judicial comprende el auxilio a los Juzgados, Tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes, función que competirá, cuando fueren requeridos para ello, a todos los miembros de las FFCCSS.

Conforme se establece en los arts. 126 CE, 446 LOPJ, 4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) y 2 RDPJ, la Policía Judicial depende de los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Más concretamente, la propia LECrim recoge esta dependencia funcional de la Policía Judicial para con la Autoridad Judicial y el Ministerio Fiscal en los arts. 284 y ss.

La Policía Judicial actúa en la investigación, bien de oficio para averiguar la comisión de los hechos delictivos cometidos en el territorio de su demarcación (arts. 284, 770 y 796 LECrim), o bien actúa de acuerdo con las órdenes recibidas por parte del órgano judicial y del Ministerio Fiscal (arts. 286 y ss. y 773 LECrim). En el primer caso, la Policía Judicial lleva a cabo lo que en el ámbito del Derecho procesal penal se conoce como investigación preliminar; en el segundo, conduce verdaderas diligencias instructoras si actúa bajo las órdenes del juez de instrucción; si lo hace bajo las órdenes del MF su investigación es igualmente preliminar (art. 773 LECrim).<sup>492</sup>

En conclusión puede afirmarse por tanto que la función de Policía Judicial en España no es sino la función de policía criminal represiva o encaminada a la persecución de las infracciones criminales. Y, en términos de la LOFCS, la función de investigación de los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes (art. 11.1 g) LOFCS). Podría por tanto establecerse un paralelismo entre la Policía Judicial que actúa en el Estado español con el ámbito de actuación de carácter represivo

---

<sup>492</sup> Véase al respecto: MORENO CATENA, Víctor/CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (2011): *Introducción al Derecho Procesal*, 5ª Ed., Valencia: Tirant lo blanch, p. 163.

(*Strafverfolgung*) que compete a las fuerzas policiales en Alemania. Recuérdese en este caso y con respecto a este último país que, en el ámbito represivo dirigido a la investigación delictiva, hay que acudir ante todo a los preceptos contenidos en el Ordenanza Procesal alemana, no así a las leyes de policía previstas en los respectivos *Länder*.

Dado que una de las funciones de las FFCCSS que actúan como Policía Judicial es la detención de los presuntos responsables de una infracción delictiva, cobra trascendental importancia lo establecido en el art. 520 LECrim; disposición que desarrolla los derechos fundamentales del detenido contenidos en los arts. 17.3 y 24.2 CE. En este sentido, el apartado 2 de la mencionada disposición procesal-penal enumera una serie de derechos que corresponden a toda persona que se encuentra «detenida o presa», estableciendo que la misma debe ser informada inmediatamente de los hechos que se le imputan y de las razones motivadoras de su privación de libertad, y especialmente de los derechos siguientes: a no declarar; a no confesarse culpable ni a declarar contra sí misma; a designar Abogado; a que se notifique la detención a la persona que designe; a ser asistida de intérprete y a ser reconocida por un médico. No obstante, algunos de estos derechos pueden ser suspendidos o limitados en aquellos casos en los que el Juez, bien de oficio, bien a solicitud de la Policía Judicial, acuerde la incomunicación del detenido. Con respecto al trato de los detenidos, conviene recordar de nuevo que el art. 15 CE prohíbe expresa y tajantemente la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Además, el art. 10 PIDCyP reconoce el derecho de toda persona privada de libertad a ser «tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano».

En el ordenamiento jurídico español, el régimen sobre el trato a las personas detenidas viene regulado en los arts. 521 a 526 LECrim. Por otra parte, conviene aquí de nuevo recordar que el apartado 3 del art. 5 LOFCS señala como principios básicos de actuación con respecto al tratamiento de los detenidos los siguientes:

- (1) Los miembros de las FFCCSS deberán identificarse previamente como tales en el momento de efectuar una detención (letra a));

- (2) Velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas (letra b));
- (3) Darán cumplimiento y observarán con la debida diligencia los trámites, plazos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico cuando se proceda a la detención de una persona (letra c)).

Dentro de las tareas encomendadas a los miembros de la Policía Judicial en aras a la persecución, investigación y esclarecimiento de las infracciones delictivas cometidas, adquiere una importancia fundamental la declaración efectuada por la persona que ha sido objeto de detención. Puede definirse la declaración del imputado ante la Policía Judicial como la diligencia policial que consiste en la transmisión de conocimiento sobre unos hechos presuntamente delictivos que emite la persona a la que se le imputan, como consecuencia de un interrogatorio policial.<sup>493</sup> La facultad para tomar declaración a los presuntos inculcados viene indirectamente autorizada en algunos preceptos de la LECrim, fundamentalmente en los arts. 282, 292 y 297.3, cuando regulan las funciones de la Policía Judicial, así como en el art. 11.1.g) LOFCS.

La declaración del imputado ante la Policía, en cuanto que forma parte del atestado, tiene el mismo valor que éste, es decir, valor de denuncia a los efectos legales, a tenor de lo establecido en el art. 297.1 LECrim. Ello es así porque la declaración ante la Policía constituye un acto de investigación tendente a averiguar el delito y descubrir al delincuente, situado fuera del proceso, o lo que es igual, anterior al proceso. En consecuencia, la declaración ante la Policía Judicial, como contenido del atestado, es una aportación indiciaria al período de instrucción, que junto a lo manifestado por el inculcado en el sumario y en el acto del juicio oral, en unión de las demás pruebas practicadas, el Tribunal valorará según su conciencia, conforme establece el art. 741 LECrim.

Como ya se ha señalado con anterioridad, los agentes de la autoridad no pueden exhortar al/los sujeto/s detenido/s a decir la verdad, debiendo por el contrario ser advertidos de que no están obligados a declarar, así como que tienen derecho a no

---

<sup>493</sup> CABO MANSILLA, Juan María (1991): *El atestado policial*, 3ª Ed., Madrid: División de Formación y Perfeccionamiento de la Dirección General de la Policía, p. 222.

declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables y, por supuesto, a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, conforme se establece en los preceptos mencionados. Es decir, el imputado tiene derecho a mentir.

Las preguntas que se le hagan al detenido deben ir dirigidas a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos del declarante y de las demás personas que hubieren contribuido a ejecutarlos o encubrirlos. Las preguntas serán directas, sin que por ningún concepto puedan hacerse de modo capcioso o sugestivo. Tampoco se podrá emplear con el imputado ningún tipo de coacción o amenaza (art. 389 LECrim). Someter a los detenidos a cualquier acto que entrañe violencia física o moral es una actividad absolutamente condenable y rechazable, de forma que todos los ordenamientos civilizados –y el Estado español no constituye desde luego una excepción– prohíben taxativamente tales prácticas, incurriendo los autores de las mismas no sólo en responsabilidad disciplinaria, sino también en responsabilidad penal según lo previsto en los arts. 174 y ss. CP.<sup>494</sup>

## 5. Conclusiones

A la vista de lo explicado en los párrafos anteriores, parece evidente que la tortura de rescate no encuentra legitimación alguna si se acude a la normativa que regula las actividades y competencias de las fuerzas policiales en España. Tal y como se indicó anteriormente, el principio de menor lesividad se encuentra en la base de la actividad de las FFCCSS, considerándose este principio el criterio esencial que debe guiar toda actuación policial. Por tanto, y teniendo en cuenta que el maltrato de una persona detenida afecta a su dignidad como ser humano, hay que concluir afirmando que la tortura, ya incluso su amenaza, en ningún caso puede considerarse como el «mal menor».

Por si esto fuera poco, el apartado 3 del art. 5 LOFCS señala en su letra b) que los miembros de las FFCCSS deberán velar por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia, estando en todo caso obligados a respetar el honor y la dignidad de las personas. Además, la policía que interroga a un sujeto que ha sido detenido por su presunta implicación en un hecho

---

<sup>494</sup> En los mismos términos: ALONSO PÉREZ, cit., pp. 268 y ss.

delictivo no puede emplear ningún tipo de coacción o amenaza, tal y como dispone al respecto el art. 389 LECrim.

Por tanto, si se analizan los acontecimientos vividos en la ciudad de Frankfurt a.M. en el año 2002 desde la perspectiva del Derecho policial español, no existe posibilidad alguna de justificar la actuación policial contra el (presunto) autor de los hechos, de modo que la utilización de la violencia o su amenaza en aras a conseguir una determinada información por parte de la persona detenida no sólo supone una infracción de la normativa policial española, sino que lleva también aparejada una responsabilidad penal del agente en virtud de lo establecido en el art. 174 CP; disposición que será analizada en detalle en el Capítulo XIII.

## CAPÍTULO XII. ANÁLISIS DEL CASO «JAKOB VON METZLER» DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

### 1. Introducción

En el caso del Derecho constitucional español, y al contrario de lo que se indicó al comienzo del Capítulo VIII con respecto al Derecho constitucional alemán, la Ley fundamental española, si bien tampoco contiene una definición expresa del concepto «tortura», sí que hace referencia al mismo, en términos de prohibición absoluta, en un precepto contenido en el Título Primero del texto constitucional («De los Derechos y Deberes Fundamentales»).

Efectivamente, de forma coherente con el contenido de su art. 10 CE, disposición que entre los fundamentos del orden político y de la paz social coloca en primer término a «la dignidad de la persona» y «los derechos inviolables que le son inherentes», el art. 15 CE declara expresamente la interdicción de la tortura y, en la línea marcada por el Art. 3 CEDH, de las demás penas o tratos inhumanos o degradantes. Como se analizará a continuación, a la doctrina española no ha pasado desde luego desapercibido el hecho de que la propia CE, en el mencionado art. 15, al determinar expresamente la prohibición de la tortura, añade de forma lapidaria la cláusula «en ningún caso», expresión que se considera suficiente base de apoyo para afirmar el carácter absoluto y sin excepción de la prohibición constitucional de la tortura en el Derecho español y, en consecuencia, su no justificación incluso desde una perspectiva penal, ya sea por legítima defensa, estado de necesidad o cumplimiento de un deber.<sup>495</sup>

En los siguientes epígrafes, y antes de estudiar la relación entre la integridad moral y la dignidad del ser humano desde una vertiente constitucional, al tratarse de bienes jurídicos directamente relacionados con la tortura estatal, se van a analizar los

---

<sup>495</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit., pp. 60-61.

dos preceptos constitucionales que, eventualmente, podrían resultar afectados mediante la aplicación de la denominada «tortura de rescate».

## 2. Preceptos constitucionales relacionados con la «tortura de rescate»

### 2.1. Art. 15 CE

El art. 15 CE, tras reconocer que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, dispone que nadie, «en ningún caso», puede ser sometido «a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». De este modo, la explícita plasmación constitucional de la prohibición de la tortura refuerza en el caso del ordenamiento jurídico español la protección internacional frente a este tipo de prácticas.<sup>496</sup>

Como puede observarse, el mencionado precepto reconoce de forma conjunta el derecho a la integridad física y moral, prohibiendo, como consecuencia de dicho reconocimiento, la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Tal y como al respecto señala RODRÍGUEZ MESA, la integridad moral viene a formar parte, junto con la integridad física, del más amplio concepto de integridad personal, lo que convierte a ésta en la piedra angular de la protección constitucional.<sup>497</sup>

La ubicación sistemática del derecho a la integridad física y moral en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero de la CE, rubricado «De los Derechos y Deberes fundamentales» implica la imposibilidad de poner en duda la naturaleza fundamental del art. 15 CE. Y, por tanto, como derecho fundamental, además de participar de las garantías propias de estos, despliega sus efectos en un doble ámbito: (1)

---

<sup>496</sup> En concreto, el contenido del mencionado art. 15 CE queda redactado en los siguientes términos: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

<sup>497</sup> RODRÍGUEZ MESA, cit., pp. 105-106 y p. 146. En el mismo sentido: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1984): *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, p. 175. Para este autor, los derechos de la personalidad han sido concebidos tradicionalmente como derechos supremos del hombre que garantizan en él el goce de sus bienes personales, debiendo distinguirse de los bienes exteriores de la persona. Según PÉREZ LUÑO, se trata de derechos que se consideran inherentes a toda persona e inviolables, y explicitan y concretan los valores de la libertad y la dignidad humana en un Estado de Derecho. La relación existente entre los derechos personales y los dos valores que se acaban de mencionar –libertad y dignidad–, da lugar a que el citado autor aún distinga entre los que afectan más directamente a la dignidad del individuo (sería el caso de la integridad moral), de aquellos otros que persiguen la protección de su integridad física y el despliegue de su libertad.



como derecho subjetivo inherente a cualquier persona; (2) como elemento esencial del ordenamiento jurídico.

(1) La consideración de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos parte de una fundamentación estrictamente individualista. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales supondrían la atribución a los ciudadanos de la facultad de sostener pretensiones frente a los poderes públicos y exigir a los mismos la protección, realización o respeto de estos derechos. Por consiguiente, el derecho a la integridad física y moral *ex art. 15 CE* supone, ante todo, una pretensión individual subjetiva que cualquier ciudadano puede hacer valer ante las instancias estatales, incluidas, lógicamente, las fuerzas de seguridad.

(2) Junto a su carácter subjetivo, el TC ha subrayado el importante papel que desempeñan los derechos fundamentales como elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica.<sup>498</sup> Desde esta perspectiva, el derecho a la integridad moral contenido en el art. 15 CE viene a constituir una especie de criterio hermenéutico preferente a tener en cuenta en todo el proceso de creación o aplicación del Derecho, resultando vinculante para el legislador tanto en su contenido esencial como en la creación, interpretación y aplicación del resto de las normas del ordenamiento jurídico. En este sentido, y desde una perspectiva jurídico-penal, la configuración de la integridad moral como un bien jurídico autónomo protegido en los arts. 173 y ss. CP evidencia la voluntad del legislador penal de desarrollar legislativamente la protección de este derecho con independencia del derecho a la integridad física y de forma conjunta con la prohibición de tortura y tratos degradantes, sin que sea posible encontrar límite constitucional alguno a esta opción legislativa.<sup>499</sup>

Sin embargo, la prohibición de la tortura prevista en la Norma Fundamental plantea dos dificultades interpretativas desde una vertiente constitucional, las cuales se proyectan sobre otros ámbitos del ordenamiento jurídico, entre los que hay que incluir el jurídico-penal. De una parte, la redacción del art. 15 CE, con la inclusión en el mismo párrafo del derecho a la vida y a la integridad física y moral, así como la prohibición de la tortura, hace discutible la propia naturaleza de la prohibición: en concreto, de si el

---

<sup>498</sup> Véase, entre otras, las SSTC 21/1981, de 15 de junio y 25/1981, de 14 de julio.

<sup>499</sup> RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 149.

derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes constituye un derecho fundamental con un valor autónomo o si, por el contrario, *forma parte del contenido esencial* de los derechos fundamentales reconocidos en el precepto.<sup>500</sup> Por otro lado, también presenta dificultades el alcance de la prohibición, pues no existe unanimidad en la interpretación que haya de darse a la expresión «en ningún caso» utilizada por el texto constitucional. A ambas cuestiones se va a hacer a continuación referencia explícita.

En primer lugar, con respecto a la naturaleza de la prohibición, hay que decir en principio, y según la opinión de la doctrina mayoritaria española, que no parece que de lo dispuesto en el art. 15 CE se desprenda la existencia de un derecho fundamental propio, es decir, independiente de los otros derechos de la personalidad protegidos asimismo por el mismo precepto, a saber, el derecho a la vida y, sobre todo, el derecho a la integridad física y moral. Más bien parece que la tortura se prohíbe por su afectación a la integridad física y moral, formando parte de este modo del contenido esencial del derecho a la integridad personal. Desde esta perspectiva, la previsión de que nadie, bajo ningún concepto, pueda ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, vendría a integrar el contenido esencial del derecho a la integridad física y moral de las personas, configurándose así como un límite expreso a la actividad del legislador en el posterior desarrollo legislativo del derecho a la integridad física y moral («límite de los límites»)<sup>501</sup>.

En segundo lugar, y haciendo en este caso referencia al significado de la expresión «en ningún caso», contenida en el art. 15 CE, y que en el citado precepto constitucional se asocia a la tortura y a las penas o tratos inhumanos o degradantes, hay que decir que la misma es susceptible de diversas interpretaciones en relación con las consecuencias que puedan derivarse de la misma en el orden jurídico-penal, y más concretamente en el ámbito propio de las causas de justificación. En este sentido es posible distinguir entre una posición restrictiva, para la que la expresión «en ningún caso» no supondría en principio la exclusión de las causas de justificación propias del

---

<sup>500</sup> El Anteproyecto de la Constitución española preveía la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes en un párrafo separado del que reconocía el derecho a la vida y a la integridad física. Cfr. art. 15 del Anteproyecto de Constitución, Boletín Oficial de las Cortes, de 5 de enero de 1978. Art. 15: «1. Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física. 2. Nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

<sup>501</sup> Véase en este sentido, por todos: RODRÍGUEZ MESA, cit., pp. 106-107.

Derecho penal; y una posición amplia, partidaria de extender la prohibición constitucional al ámbito de las causas de justificación.

Con respecto a la primera posición hay que destacar a GRIMA LIZANDRA, autor que entiende que con la locución «en ningún caso» lo que se pretende es destacar el carácter absoluto de la prohibición de la tortura, pero eso sí, limitada a un ámbito jurídico-político. En su opinión, la prohibición de tortura es inderogable no sólo en supuestos excepcionales o de guerra, sino también frente a cualquier interés general «de contenido político», aun cuando estuviese en grave peligro el sistema democrático o la propia supervivencia del Estado.<sup>502</sup> En este caso podría por tanto afirmarse que la limitación contenida en el art. 15 CE supone básicamente una extrapolación del contenido del Art. 2 apartado 2 CAT donde se señala que «[E]n ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura». Sin embargo, y siguiendo con los argumentos expuestos por GRIMA LIZANDRA, este carácter absoluto de la prohibición de torturas respecto de cualquier otro interés colectivo (incluido el de la propia existencia del Estado Democrático) no puede trasladarse directamente a la esfera jurídico-penal.<sup>503</sup>

En el polo opuesto, de acuerdo con una interpretación amplia del término, como la propuesta por DEL TORO MARZAL,<sup>504</sup> y seguida mayoritariamente por la doctrina española, la fórmula «en ningún caso» conduce a negar que la tortura pueda tener cualquier tipo de excusa jurídica, incluidas las causas de justificación expresamente previstas en el CP. Para el mencionado autor, resulta indudable que la inclusión de la expresión «en ningún caso» en el art. 15 CE sólo puede tener sentido si la misma tiene un carácter normativo. Y únicamente desde una interpretación amplia, la expresión «en ningún caso» ostenta un verdadero sentido normativo el cual, en virtud del principio de unidad del ordenamiento jurídico y de la supremacía de las normas constitucionales, se proyecta sobre el propio ordenamiento jurídico-penal. De aceptarse como válida esta interpretación se vetaría ya desde la propia Norma Fundamental cualquier posibilidad

---

<sup>502</sup> GRIMA LIZANDRA, cit., p. 159.

<sup>503</sup> *Ibidem*, pp. 159-160.

<sup>504</sup> DEL TORO MARZAL, Alejandro (1980): «El nuevo delito de tortura», en: MIR PUIG, Santiago (Ed.), *La reforma del Derecho penal*, Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, p. 281.

de aplicar las causas genéricas de justificación previstas en el Derecho penal a los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes.

Por lo demás, y siguiendo en este caso a PÉREZ LUÑO, el carácter personalísimo inherente a la integridad moral, como derecho fundamental afectado directamente por la tortura estatal, hace que a este derecho le sean predicables las siguientes características:<sup>505</sup>

(1) Inherencia a la persona. Al tratarse de un derecho esencial a la personalidad, la integridad moral nace con la persona y se extingue con ella. Como fruto de esta inherencia al individuo se trata de un derecho absoluto, oponible frente a todos con independencia de las circunstancias externas.

(2) Indisponibilidad. En la actualidad, y principalmente en el marco jurídico relativo a la eutanasia, existe un amplio debate acerca de la indisponibilidad de los derechos fundamentales. En relación con esta polémica, el TC no se ha pronunciado ni a favor ni en contra de la disponibilidad del derecho a la vida, ya que lo único que ha manifestado ha sido que el derecho a morir, a disponer de la propia vida, no forma parte del contenido esencial del derecho fundamental y, por tanto, no obliga a los poderes públicos. Una vez excluida la posibilidad de la disponibilidad o renuncia absoluta de los derechos personalísimos, y en concreto respecto al derecho a la integridad moral, habría que preguntarse si cabe su disponibilidad parcial. Según señala al respecto RODRÍGUEZ MESA, el derecho a la integridad moral no es un derecho graduable, como por ejemplo lo pueda ser la integridad física. Al igual que ocurre con el derecho a la vida, la integridad moral no admite «medias tintas», es renunciable o irrenunciable de modo absoluto, pero en ningún caso disponible a medias. Si como derecho personalísimo se excluye la posibilidad de su renuncia absoluta, se ha de llegar a la conclusión de que se está delante de un derecho no susceptible de renuncia, ni total ni parcial.<sup>506</sup>

Con respecto al art. 15 CE hay que decir por último que, frente al importante desarrollo por parte de la doctrina constitucional española de otros derechos fundamentales reconocidos en la CE, el derecho a la integridad moral apenas ha

---

<sup>505</sup> PÉREZ LUÑO, cit., p. 175.

<sup>506</sup> RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 152.

merecido la atención de los autores, y en todo caso su análisis ha ido por regla general unido al del derecho a la integridad física. Esta interpretación conjunta del derecho a la integridad física y a la integridad moral ha dificultado en gran medida la labor de la doctrina penal en la determinación del contenido de este derecho, una vez que –como se verá en el Capítulo XIII– el CP 1995 lo ha configurado como un bien jurídico dotado de autonomía propia. En todo caso, en los intentos por concretar el derecho a la integridad moral pueden distinguirse al menos dos corrientes: (1) de una parte aquélla que, partiendo de una interpretación restrictiva del término, lo entiende como sinónimo de integridad psíquica en contraposición a la integridad corporal; (2) de otra, una segunda vía de interpretación, que podría denominarse amplia, en la que se intenta establecer un contenido autónomo de la integridad moral cercano a la idea de dignidad y al propio concepto de personalidad.

## 2.2. Art. 10 CE

El art. 10 CE, disposición que hay que considerar como la piedra angular del ordenamiento jurídico de un Estado social y democrático de Derecho como es España, proclama lo siguiente: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

Este precepto, el cual abre el Título primero del Texto constitucional («De los Derechos y Deberes fundamentales»), supone el reconocimiento de un estatus especial de la persona, que se sitúa por encima de los demás seres en virtud de su racionalidad, que a su vez determina su sociabilidad, libertad, responsabilidad y dimensión trascendente.<sup>507</sup> Además, el art. 10 CE supone ni más ni menos que la consagración de la persona y de su dignidad no sólo como el fundamento de la totalidad del orden político, sino, y precisamente por ello mismo, también como el principio rector supremo del ordenamiento jurídico.

También en el caso de España, la sensibilidad por el ser humano ha teñido profundamente todo el ámbito del Derecho constitucional, lo cual ha dado lugar a

---

<sup>507</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel (1996): *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León: Universidad de León, p. 17.

consagrar la dignidad de todo individuo como un valor material central de la Norma Fundamental, derivando del mismo un amplísimo reconocimiento de los derechos de la persona, así como una multiplicidad de mecanismos de garantía.

La dignidad exige, por tanto, otorgar a todo ser humano lo que es adecuado a su naturaleza misma de hombre como ser personal distinto y superior a todo ser animal, en cuanto dotado de razón, de libertad y de responsabilidad. Justamente por ello, la dignidad debe traducirse en la libre capacidad de autodeterminación de toda persona. De acuerdo con su condición de ser racional y libre, la persona merece y necesita vivir en un entorno que permita y favorezca el desenvolvimiento, desarrollo y perfección de su naturaleza humana, de su personalidad; y ello tanto a nivel individual como social. Esta es precisamente la razón por la que la dignidad se encuentra unida, de modo indisoluble, a las ideas de libertad e igualdad. Y por ello ambas se erigen en valores jurídicos fundamentales. El reconocimiento jurídico de la dignidad de la persona supone, entonces, que el Derecho garantice el respeto a la dignidad en las relaciones interpersonales, y, al mismo tiempo, en las relaciones entre el poder estatal y los individuos.

A partir de lo explicado puede observarse cómo la dignidad, la cual es concebida como un atributo del ser humano por el hecho de serlo, adquiere también una dimensión social, colectiva y jurídica, en el sentido de que va acompañada de la necesidad de que tanto las demás personas como el poder político de la comunidad en que el individuo se integra deban respetar su libertad y sus derechos. Además, esa positivación jurídica de la dignidad se traduce en el reconocimiento de una serie de derechos de la persona; de toda persona; de cualquier persona. Los contenidos del art. 10.1 CE suponen, por tanto, la positivación de unos postulados que, como primera aproximación, pueden ser calificados de «principios básicos» o «principios fundamentales» del orden jurídico-político configurado por la Constitución de 1978.

Tanto en el orden internacional como en los Ordenamientos jurídicos estatales es frecuente el reconocimiento de derechos fundamentales, y de la dignidad como *núcleo central* de los mismos. Así, por ejemplo, como se vio en su momento, la *Grundgesetz* alemana coloca la dignidad de la persona ni más ni menos que en primer lugar de su articulado, estableciendo en el Art. 1 GG la intangibilidad de la dignidad humana. Sin embargo, ello no quiere decir que la dignidad de la persona exista sólo allí donde el

derecho la reconoce, y en la medida en que la reconoce. La dignidad forma parte esencial de la persona y, por tanto, es previa al Derecho. O, dicho de otro modo, la dignidad no sólo es lo que el Derecho dice que es, sino que tiene más bien un carácter metafísico-espiritual.<sup>508</sup>

En el caso de España, la polémica surgida en Alemania acerca de si la dignidad de la persona es o no un derecho fundamental, carece de cualquier sustento. Si bien es cierto que el art. 10.1 CE se sitúa en el frontispicio del Título primero, relativo a los derechos y deberes fundamentales, y por tanto dentro del mismo, por lo que desde este punto de vista podría aducirse que se está delante de un derecho fundamental cuando se hace referencia a la dignidad de la persona, sin embargo, el hecho de que el mencionado art. 10 CE se ubique al margen de los cinco Capítulos en que se estructura el mencionado Título revela sin duda la intención del constituyente español de enunciar más que unos derechos, unos principios rectores, no ya del conjunto de los derechos y libertades que se enuncian en los artículos subsiguientes, sino, más ampliamente, del ordenamiento jurídico en su conjunto.<sup>509</sup>

En este sentido, el TC ha corroborado esta tesis, rechazando que la dignidad de la persona pueda ser considerada *per se* como un derecho fundamental. Y así, en el recurso de amparo núm. 443/1990, frente a la argumentación del demandante en relación con la supuesta infracción, por violación de la dignidad de la persona, del art. 10.1 CE, el Alto Tribunal razona que sólo en la medida en que los derechos individuales sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquellos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración por el Tribunal como referente. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan.<sup>510</sup>

En parecidos términos, la doctrina penal española, al analizar los delitos de tortura y de tratos inhumanos y degradantes, sigue una línea argumentativa muy parecida a la sentada en sede constitucional. Así, MUÑOZ SÁNCHEZ señala que la idea de

---

<sup>508</sup> Véase, en relación al caso de Alemania: WEILERT, cit. pp. 118-119.

<sup>509</sup> De la misma opinión: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1999): «La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico», en: LÓPEZ MORENO, Ángeles, *et al.*, *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho*, Madrid: Colex, p. 55.

<sup>510</sup> STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4º.

la dignidad humana no es un bien jurídico específico y diferenciado, sino que constituye más bien «una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas o espirituales específicas de la persona humana» que inspira y fundamenta todos los derechos fundamentales. De ahí que la dignidad humana se configure como un principio regulativo que funcionaliza a todos y cada uno de los derechos fundamentales.<sup>511</sup> A partir de estas consideraciones, un atentado a la dignidad humana sólo es posible a través de la agresión a alguno de los derechos fundamentales en que aquélla se manifiesta, sin que por tanto haya espacio para una lesión a la dignidad que no conlleve algún atentado a otro bien jurídico. En este sentido, la idea de la dignidad humana no puede desempeñar el papel de bien jurídico en los delitos de tortura, sino que más bien es la idea inspiradora de la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes. Es decir, el derecho a no ser sometido a torturas ni tratos inhumanos o degradantes es corolario lógico y derivación directa de la dignidad de la persona humana.

A la hora de aproximarse al concepto de dignidad humana desde una perspectiva jurídico-constitucional, conviene tener en cuenta una serie de condiciones, presupuestos o postulados que permitan definir la dignidad a través de sus características.

En este sentido cabe señalar, en primer lugar, que todo ser humano participa por igual de la dignidad de la persona: Si el género humano goza de supremacía en cuanto tal, cada persona es igual en dignidad a cualquier otra. Por tanto, la dignidad humana no admite ni tolera discriminaciones o gradaciones; ni siquiera en atención a la conducta precedente de cada individuo en cuestión.

Si ello es así, puede decirse, en segundo lugar, que la persona conservará su dignidad desde el comienzo hasta el fin de su vida, e incluso después de su muerte; y todo ello por encima de circunstancias, tiempo y lugar. En este sentido, podrá haber conductas denigrantes, comportamientos «indignos» de la condición humana. La persona que realice tales actos se autodegrada, renuncia de algún modo a su condición al no actuar conforme a la misma. En estos casos, la dignidad de quien así se comporte, y eventualmente la de sus víctimas, podrá entenderse menoscabada, denigrada o vulnerada. Pero, al ir íntimamente unida a la condición humana, ni puede desaparecer su núcleo esencial, ni puede dejar de ir acompañada de los derechos inviolables del hombre en cuanto ser humano.

---

<sup>511</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (1999): *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia: Tirant lo blanch, pp. 22-23, con bibliografía complementaria.



En tercer lugar, cabe afirmar que la dignidad del ser humano está íntimamente relacionada con la idea de personalidad. Nadie puede atentar contra la personalidad vulnerando los derechos inviolables que resultan inherentes a la misma. Todo ser humano, en cuanto persona, goza de una personalidad, la cual, al mismo tiempo, proporciona unas características diferentes a cada uno. Los derechos inviolables inherentes a la dignidad de la persona podrían resumirse en el derecho al reconocimiento y a la realización de la propia personalidad.

A la vista de todas estas premisas, ALEGRE MARTÍNEZ considera que, desde una perspectiva jurídico-constitucional, la dignidad humana puede ser definida como «la característica propia e inseparable de toda persona en virtud de su racionalidad – independientemente del momento y por encima de las circunstancias en que se desenvuelva su vida– que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes».<sup>512</sup>

Por otro lado, la dignidad de la persona, tal y como ésta aparece reconocida en el art. 10.1 CE, presenta un triple carácter: (1) En primer lugar, la dignidad es *la base y la razón de ser* de los derechos inviolables inherentes a la persona. El reconocimiento y respeto de esos derechos resulta imprescindible para que la vida de la persona se desarrolle de modo conforme con su dignidad como ser humano; (2) En segundo lugar, la dignidad funciona *como un fin*, tanto del reconocimiento de derechos como de la previsión de garantías para la protección en el ejercicio de los mismos; (3) Por último, y como consecuencia de lo anterior, la dignidad se convierte *en un límite*. En el sentido apuntado, la propia regulación constitucional permite comprender esta idea conforme al siguiente planteamiento: Si el ejercicio de las propias libertades y el desarrollo de la personalidad a través del disfrute de los propios derechos encuentran sus límites en el «respeto a la ley y a los derechos de los demás»; si los derechos propios y los de los demás son consecuencia de su dignidad y medio para que su vida se desarrolle de acuerdo con la misma, entonces la dignidad ajena actúa como límite de los derechos propios.<sup>513</sup> De este modo, el respeto a los derechos de los demás no es sino la resultante

---

<sup>512</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, cit., pp. 29-30.

<sup>513</sup> *Ibidem*, p. 75.

obligada de la afirmación primigenia, esto es, de que la dignidad es patrimonio común de todos y cada uno de los seres humanos, sin excepción alguna.

En resumen, de lo hasta aquí expuesto se desprende, por tanto, que la dignidad, en cuanto cualidad intrínseca a todo ser humano y exclusiva del mismo, se traduce primordialmente en la capacidad de decidir libre y racionalmente cualquier modelo de conducta, con la consecuente exigencia de respeto por parte de los demás, sean particulares o instancias estatales. No muy diferente ha sido la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español, quien tras considerar a la dignidad sustancialmente relacionada con la dimensión moral de la vida humana, entiende que la dignidad es un «valor espiritual y moral inherente a la persona», que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás, incluido el Estado.<sup>514</sup>

Tal y como acertadamente señala FERNÁNDEZ SEGADO, es claro que el art. 10.1 CE, aun cuando, si se quiere, dentro de un estilo lingüístico más propio de una proposición descriptiva que de otra prescriptiva, presenta sin duda un valor que desborda el de una mera declaración rectora de la conducta social de los titulares de los poderes públicos, teñida de una alta carga didáctica, para integrar una auténtica norma jurídica vinculante, un mandato jurídico objetivo que a todos, ciudadanos y poderes públicos, vincula y que reviste una notable relevancia política y, desde luego, jurídica, como se desprende de las diversas funciones que un precepto de esta naturaleza está llamado a cumplir.<sup>515</sup>

No cabe duda de que la actuación de los poderes públicos puede, en ocasiones, generar vulneraciones de derechos inherentes a la dignidad de la persona, en cuanto que a ellos corresponde dirigir los destinos de la comunidad. De este modo, se comprende fácilmente la importancia de que no sólo los ciudadanos, sino también los poderes públicos, deben siempre tener presente la dignidad de la persona como principio rector

---

<sup>514</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8º. Para el máximo intérprete de la Constitución, la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona», la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre (también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad), constituyendo, en consecuencia, un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.

<sup>515</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, cit., p. 52.

de sus actuaciones. En este sentido, a nadie escapa que en el seno de determinadas relaciones entre las instancias estatales y los ciudadanos, existe un especial riesgo de que el poder público atente contra la dignidad de la persona, precisamente por estar implicados en dichas relaciones derechos o valores inherentes a esa dignidad. En particular, el *ius puniendi* del Estado se encuentra en constante conflicto con la libertad de la persona. En este contexto, el reconocimiento del derecho a la integridad física y moral, el rechazo de las torturas o tratos inhumanos y degradantes, así como la abolición de la pena de muerte (art. 15 CE), son también aspectos estrecha y especialmente relacionados con la posibilidad de atentados contra la dignidad humana por parte de los poderes públicos, al tratarse de derechos directamente derivados de esa dignidad.

### **3. Relación entre la integridad moral y la dignidad del ser humano desde una vertiente constitucional**

El reconocimiento a la integridad física y moral que establece de forma taxativa el art. 15 CE, unido al rechazo de la tortura o tratos inhumanos y degradantes, así como la abolición de la pena de muerte, son sin duda aspectos estrecha y especialmente relacionados con la posibilidad de atentados contra la dignidad humana por parte de los poderes públicos, al tratarse de derechos derivados directamente de esa dignidad. En concreto, la integridad moral hace referencia a una esfera del individuo que se encuentra íntimamente ligada con los aspectos más esenciales del ser humano, entre los que sin duda ocupa un lugar primordial la idea de dignidad. De ahí que una aproximación al concepto y contenido del derecho constitucional a la *integridad moral* requiera en todo caso el análisis de la específica relación existente entre este derecho y la *dignidad del ser humano*.<sup>516</sup>

La diversidad de fundamentaciones y, por ende, de significados prácticos atribuidos a la noción de dignidad dificulta sin duda la adopción de un concepto definitivo. En todo caso, y con independencia de los diversos fundamentos histórico-culturales del concepto, la idea de dignidad, desde su formulación establecida en su día por Immanuel KANT, ha ido referida en mayor o menor medida a la propia esencia del

---

<sup>516</sup> RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 157, con bibliografía complementaria.

ser humano, a su unicidad, exigiéndose desde la misma un mínimo respeto a dicha esencia. Como se sabe, dicho autor hace descansar la dignidad del ser humano sobre dos bases: (1) de un lado, en la consideración de que el hombre es un fin en sí mismo, no pudiendo por tanto ser utilizado meramente como un medio; (2) de otro, el reconocimiento de la libertad y autonomía del ser humano.<sup>517</sup>

Esta concepción dual de la dignidad humana formulada por KANT es la que ha sido aceptada desde entonces. El ser humano es sujeto de derecho y, por ello y a la vez, es autónomo para decidir sus propias opciones en desarrollo libre de su personalidad. De este modo se destaca que las dos facetas *kantianas* de la dignidad humana están íntimamente relacionadas, sin que quepa hablar de la una excluyendo la otra: ser considerado sujeto y no objeto significa y a la vez presupone que el individuo tiene autonomía y capacidad de autodeterminación; y viceversa.<sup>518</sup>

Tal y como se ha visto en el epígrafe anterior, la Constitución Española reconoce a la dignidad como un valor que tiene en sí misma la persona, con independencia de cualquier circunstancia o cualidad externa o interna, lo que implica la consideración de todas las personas iguales en dignidad.

El art. 10 CE, al emplear la expresión «dignidad de la persona», viene a reconocer la idea de unicidad e irrepetibilidad de la persona, lo específicamente humano. Además, la sitúa no sólo como fundamento del orden político y la paz social, sino al mismo tiempo como la base que sustenta los derechos personalísimos, en los que por tanto siempre se encontrará reflejada la idea de dignidad.

En cuanto a la concreta relación existente entre el derecho a la integridad moral y la dignidad de la persona, si bien es cierto que en todos y cada uno de los derechos fundamentales se manifiesta un núcleo de existencia humana derivado de la propia idea de dignidad, existen determinados derechos fundamentales en los que esa dignidad se hace quizá más patente, entre los que se encontraría sin duda el derecho a la integridad moral.

El TC, al definir el derecho a la integridad moral aludiendo entre otras cosas a la lesión, menoscabo o intervención no consentida en el espíritu de una persona (criterio

---

<sup>517</sup> La relación entre la dignidad humana y el pensamiento de KANT es expuesta en el Capítulo VI del trabajo.

<sup>518</sup> De esta misma opinión, entre otros: GRIMA LIZANDRA, cit., p. 63.

de delimitación negativa), hace una clara referencia a la dignidad, entendida ésta como valor espiritual.<sup>519</sup> Ello no significa, sin embargo, una confusión o equiparación de los términos. El reconocimiento expreso del derecho a la integridad moral en el art. 15 CE supone la existencia de un derecho autónomo y, por tanto, diferenciado de la dignidad.

Como se dijo anteriormente, la dignidad es un concepto mucho más amplio que puede y suele aplicarse como adjetivo a plurales facetas de la existencia humana. La dignidad humana se convierte por decirlo así en la fuente de los derechos, de todos los derechos –independientemente de su naturaleza– de la persona; derechos que dimanarían de esa dignidad inherente a todo ser humano. En este sentido, la integridad moral podría concebirse como una de las posibles sustantivaciones de la dignidad, cuando aquélla va referida exclusivamente al ámbito interno del individuo.

En este sentido, HERNÁNDEZ GIL pone de manifiesto que la CE, a diferencia por ejemplo del PIDCyP, no coloca a la dignidad y a los derechos fundamentales en el mismo plano, sino que «afirma como valor absoluto la dignidad de la persona, sin aludir siquiera a su reconocimiento, para luego, en plano distinto, referirse a los derechos fundamentales que le son inherentes (...). Es muy significativo y coherente con la imagen que la Constitución ofrece de la persona el hecho de que la categoría antropológico-ética de la dignidad aparezca antepuesta, afirmada *per se* y no como una derivación de los derechos (...). Los derechos le son inherentes, traen de ella su causa, son exigibles por la dignidad de la persona».<sup>520</sup> En efecto, en cuanto que la dignidad es, como se dijo anteriormente, razón de ser, fin y límite de los derechos, la misma se encuentra situada en un plano superior a los mismos.

Por consiguiente, aunque hay que descartar la posible equiparación conceptual entre la dignidad humana y la integridad moral, la estrecha relación entre ambas –derivada de su conexión con la persona en sí misma considerada– requiere una primera delimitación del contenido del derecho a la integridad moral desde la perspectiva de las mencionadas relaciones.

---

<sup>519</sup> SSTC 120/1990, de 27 de junio y 130/1990, de 19 de julio.

<sup>520</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1982): *El cambio político español y la Constitución*, Barcelona: Planeta, p. 422, citado en: ALEGRE MARTÍNEZ, cit., p. 81, nota núm. 106.

La configuración constitucional de la dignidad como valor superior del ordenamiento jurídico conlleva una doble consecuencia: de una parte implica la necesidad de que todos los derechos fundamentales –incluida la integridad moral– hayan de interpretarse conforme a la dignidad del individuo. De este modo, la dignidad del ser humano se convierte en un límite tanto a la actividad de los poderes públicos como al propio ejercicio de los derechos fundamentales, que encontrarán una barrera infranqueable en el respeto a la dignidad del otro. De otra, al no configurarse la dignidad en el CE como un derecho fundamental, los atentados contra la misma no son susceptibles de recurso de amparo. Tan sólo podrán recurrirse los ataques a la dignidad *materializados* en la lesión o menoscabo de un derecho fundamental.<sup>521</sup>

Por consiguiente, la dignidad humana ostenta en el ordenamiento constitucional español la naturaleza de valor, superior a todos los demás, pero en definitiva un valor que, como cualquier otro, requiere de una base material, en este caso proporcionada por los derechos inherentes a la personalidad, con los que se protegen de forma positiva los distintos aspectos de la dignidad del ser humano. Entre estos derechos inherentes ocupa un lugar relevante la integridad moral, que de este modo viene a proporcionar la base material de uno de los aspectos derivados de la dignidad de la persona.

Se puede afirmar, por tanto, que si bien dignidad e integridad moral son realidades diferentes, el hecho de que ésta sea consecuencia del reconocimiento de aquélla influye notablemente en el contenido de la integridad moral, haciéndole predicable una serie de características propias de la dignidad: el reconocimiento por igual a todas las personas de su integridad moral y la eventual relatividad de este derecho.<sup>522</sup>

El Tribunal Constitucional español, en sus Sentencias 120/1990, de 27 de junio, y 130/1990, de 19 de julio, conectando el derecho fundamental a la integridad moral con la dignidad del ser humano, afirma que en la tortura y en los tratos inhumanos o degradantes existe la «intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente». Se ataca a esa dignidad cuando se veja al individuo (cuando se le humilla tratándole como una cosa o un objeto y no como un sujeto) y también se vulnera cuando se doblega su

---

<sup>521</sup> Véase al respecto la nota núm. 510 del trabajo.

<sup>522</sup> La integridad moral, al igual que la dignidad, es un concepto relativo. Ello quiere decir que en algunos casos habrán de tenerse en cuenta características propias del sujeto en orden a determinar su posible lesión. Véase al respecto, en detalle: RODRÍGUEZ MESA, cit., pp. 161-162 y nota núm. 109.

voluntad (cuando se le niega su libertad y capacidad de autonomía y autodeterminación). Como puede observarse, el Máximo intérprete de la Constitución está haciendo referencia explícita, precisamente, a la dual concepción de la dignidad humana defendida en su día por KANT, y que ha sido mencionada anteriormente: (1) La consideración de que el hombre es un fin en sí mismo, no pudiendo por tanto ser utilizado como un medio en aras a la consecución de un fin; (2) El reconocimiento de la libertad y autonomía del ser humano, con capacidad para el libre desarrollo de su personalidad.

Núcleo central de los comportamientos que menoscaban la dignidad del ser humano (englobante de su integridad moral) ha de ser, por tanto, el violentar, contrariar ilegítimamente la libertad de (formación o exteriorización de la) voluntad del sujeto pasivo (obligándole a hacer u omitir lo que no quiere o a soportar una situación no deseada), mediante actos de diverso signo y características, dirigidos a instrumentalizar al sujeto, «cosificándolo». La jurisprudencia constitucional española, en su tarea de delimitación negativa, ha entendido que estos actos deben, de algún modo, provocar sufrimientos o padecimientos y ser humillantes, vejatorios, envilecedores, lo que en opinión de DE LA CUESTA ARZAMENDI resulta plenamente correcto. También parece requerir la jurisprudencia constitucional cierta violencia (con inclusión de la violencia de carácter intimidatorio).<sup>523</sup> Por consiguiente, esos actos de violencia estatal deben tener un mínimo de gravedad intrínseca para ser considerados como tortura y, de este modo, menoscabar la integridad moral y, por ende, la dignidad del individuo. Quiere esto decir que no cualquier conducta de violencia estatal podrá ser considerada *per se* como un acto de tortura, aunque, llegado el caso, sí como un trato inhumano o degradante.

Con todo, en un principio la tortura –ya incluso su mera amenaza– conlleva una agresión a la dignidad humana. No cabe duda de que al torturado se le niega su condición de persona y se le convierte en un objeto. El uso de la tortura significa degradar a la víctima de su condición humana, negarle su libertad, considerarlo «algo» sometido a leyes puramente mecanicistas: su cuerpo en manos del torturador tiene que reaccionar tal y como éste pretende. El torturado es tratado por el torturador como un simple objeto en sus manos, lo que supone negarle que es un fin en sí mismo (esencia

---

<sup>523</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit., pp. 71-72.

de la dignidad humana), menoscabando al mismo tiempo su libertad y autonomía como ser humano. Teniendo en cuenta, además, que la integridad moral prevista en el art. 15 CE no es algo independiente de la dignidad humana, sino que aquélla supone más bien una manifestación de la dignidad personal, de la que forma parte, hay que considerar menoscabado el derecho fundamental relativo a la integridad moral cuando se amenaza o se tortura a un sujeto.

Por último, conviene de nuevo recordar en este punto que la dignidad de la persona es fundamento del orden político y de la paz social, según se establece expresamente en el art. 10.1 CE. Por tanto, todo acto de tortura compromete también la existencia y consistencia del Estado de Derecho, aunque sea de un modo mediato y en abstracto. Lo cual desde luego no significa negar que el bien jurídico protegido de manera directa e inmediata sea la dignidad de la persona, materializada en su integridad moral; supone sólo destacar el componente jurídico-público de esa dignidad atacada por la tortura indagatoria cuando la misma se lleva a cabo por el aparato estatal.<sup>524</sup>

#### **4. Conclusiones**

Dignidad humana y derechos fundamentales no se hallan en el mismo plano. Como se ha podido observar a lo largo de los epígrafes anteriores, la dignidad se proclama, también en el ordenamiento jurídico español, como un valor absoluto, lo cual implica que incluso a una persona que se comporte de forma indigna debe reconocérsele igual dignidad que a cualquier otra. La dignidad humana no es por tanto un derecho más, sino más bien aquello que se le debe a la persona por su calidad de tal. Y, por lo mismo, la dignidad se convierte en la fuente de los derechos, de todos los derechos – independientemente de su naturaleza– de la persona; derechos que dimanen de esa dignidad inherente a todo ser humano. Es decir, los derechos de la persona son exigibles en razón precisamente de su dignidad. Estos derechos fundamentales son, por tanto, *inherentes* a la dignidad del ser humano y, por lo mismo, se fundan en ella y, a la par, operan como el fundamento último de toda comunidad humana, pues sin su

---

<sup>524</sup> En los mismos términos: GRIMA LIZANDRA, cit., p. 79.



reconocimiento quedaría conculcado ese valor supremo de la dignidad de la persona en que ha de encontrar su sustento toda comunidad humana civilizada.

Por lo demás, esta idea que se acaba de señalar se encuentra latente con cierta nitidez en el mismo texto del art. 10.1 CE, que deja claro que de la dignidad de la persona dimanan unos derechos inviolables que son inherentes a aquélla. En el mismo sentido, un análisis de la jurisprudencia del TC pone de relieve una constante vinculación de un grupo más o menos amplio de derechos a la dignidad de la persona. Así, en la repetida sentencia 53/1985, de 11 de abril, el Alto Tribunal entendía que la dignidad del ser humano se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), con los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), con la libertad de ideas y creencias (art. 16 CE), así como con el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen (art. 18.1 CE).

Si bien es cierto que en todos y cada uno de los derechos fundamentales se manifiesta un núcleo de existencia humana derivado de la idea de dignidad, existen determinados derechos fundamentales en los que esa dignidad se hace quizá más patente. Éste es sin duda el caso del derecho a la integridad moral. Con respecto a este concreto derecho fundamental, su ubicación en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero de la CE, rubricado «De los Derechos y Deberes fundamentales», implica la imposibilidad de poner en duda la naturaleza fundamental del art. 15 CE. Y como derecho fundamental, además de participar de las garantías propias de estos, despliega sus efectos en un doble ámbito: (1) como derecho subjetivo inherente a cualquier persona; (2) como elemento esencial del ordenamiento jurídico.

De este modo, todo acto de tortura (o su amenaza) por parte de instancias del poder estatal implica un menoscabo de la integridad moral prevista en el repetido art. 15 CE; derecho fundamental que supone ni más ni menos que una emanación de la dignidad humana consagrada como principio rector del ordenamiento jurídico en el art. 10 del propio Texto constitucional. Además, y siguiendo en este caso la opinión mantenida por la mayoría de la doctrina española, la fórmula «en ningún caso» contenida en el repetido art. 15 CE debe conducir a negar que la tortura o su amenaza pueda tener cualquier tipo de excusa de carácter jurídico, incluidas, por tanto, las causas de justificación previstas en el Código Penal. Ahora bien, como se verá en el siguiente Capítulo, dicha fórmula adoptada en sede constitucional no impide que la amenaza de torturas pueda, en determinados casos convenientemente delimitados, resultar eventualmente disculpada.

En consecuencia, un análisis del caso «Jakob von Metzler» desde la perspectiva del Derecho constitucional español debe conducir a afirmar que la conducta desplegada por los agentes Daschner y Ennigkeit contra el –en aquel momento– presunto autor del secuestro del pequeño Jakob, supone una manifiesta infracción de los arts. 10 y 15 de la Norma fundamental, por lo que aquella conducta no puede en ningún caso quedar refrendada desde la perspectiva constitucional.

# CAPÍTULO XIII. SOLUCIÓN DEL CASO «JAKOB VON METZLER» DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL APOYADA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

## 1. Introducción: Preceptos del Código Penal aplicables al caso

El Código Penal español de 1995 otorga una sistemática propia para los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes. Para ello creó en su momento el Título VII del Libro II, cuya rúbrica reza de la siguiente manera: «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral». Dentro de dicho Título VII se recoge el delito de tortura *strictu sensu* cometida por funcionario público (art. 174 CP).

La incorporación de un título dedicado a los delitos contra la integridad moral constituye sin duda un hecho sin precedentes en el Código Penal español. Y es que en otros ordenamientos jurídicos –como se ha visto anteriormente en relación al caso alemán– no resulta ciertamente habitual encontrar un apartado cuya rúbrica se refiera explícitamente al mencionado bien jurídico. En opinión de una parte de la doctrina penal española, la introducción de este Título especial de protección frente a las afecciones a la integridad moral debe reconocerse como un acierto del legislador, dada la trascendencia del bien jurídico protegido y con el objeto de zanjar toda discusión sobre el carácter pluriofensivo de la figura del delito de torturas, así como solucionar los problemas de concursos.<sup>525</sup> Sin embargo, como se verá en los sucesivos epígrafes, dicha regulación se encuentra al mismo tiempo cargada de dificultades por su cuestionada «oportunidad» y «acierto» y, desde el prisma de la tipicidad, por su carácter absolutamente abierto, lo que, además de infringir el principio de tipicidad, dificulta a la postre la aprehensión no sólo de no pocos de los términos (en sí mismos –conceptos jurídicos indeterminados– muy imprecisos), sino también hasta el marco específico de aplicación de las nuevas figuras delictivas.<sup>526</sup>

Ahora bien, para responder a la pregunta de hasta qué punto la aplicación de la tortura o su amenaza por parte de un funcionario público es susceptible, desde una

---

<sup>525</sup> Véase, por todos: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, cit., p. 889.

<sup>526</sup> De esta opinión, por ejemplo: DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit., pp. 67-68.

perspectiva penal, de integrar una conducta delictiva que debe ser sancionada, debe en primer lugar –al igual que se hizo en el Capítulo IX con respecto al Derecho penal alemán– dilucidarse la cuestión relativa a bajo qué concreta tipología penal debería subsumirse la conducta objeto de análisis en el siguiente trabajo (tortura de rescate). Si bien, como se acaba de señalar, el Código Penal español regula en su Título VII los delitos de tortura cometidos por funcionario público, existen por lo menos dos tipologías delictivas la cuales, en un principio, podrían también entrar en consideración.

*Delito de amenazas (art. 169 párrafo 1 inciso 1º CP).* El párrafo primero del art. 169 CP castiga al sujeto que «amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico (...)». Según señala el inciso primero de la mencionada disposición, la pena prevista es la de «prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años».

Dos son, básicamente, los bienes tutelados en el delito de amenazas: (1) el sentimiento de tranquilidad, el cual afecta a todos los supuestos enunciados anteriormente; (2) el ataque a la libertad en la formación de la voluntad, en la motivación, la cual es agredida fundamentalmente en los supuestos de amenazas condicionales.<sup>527</sup> La mayoría de la doctrina, a efectos de distinguir entre las amenazas y las coacciones en relación al bien jurídico protegido, considera que la figura de las amenazas persigue fundamentalmente la tutela de la libertad, considerada en su faceta *subjetiva*, como es el derecho al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida, y también en su aspecto *objetivo*, como es el derecho a comportarse y moverse libremente sin la intimidación que supone una amenaza. Por el contrario, debe ser considerada como coacción todo ataque violento a la fase de

---

<sup>527</sup> Véase al respecto: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (2011): «Delitos contra la libertad (II). Amenazas y coacciones», en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.), *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid: Dykinson, pp. 170-171, con importante bibliografía complementaria.

*ejecución* de la voluntad (mientras que, como se acaba de señalar, la amenaza constituye todo ataque a la fase de *formación* de la voluntad).

Por lo demás, en el art. 169 párrafo 1 inciso 1º CP se regulan las amenazas condicionales de un mal constitutivo de delito, cuando se exige una cantidad o se impone cualquier otra condición, aunque ésta no sea ilícita. Se trata en este caso de lo que se conoce como «amenazas condicionales básicas». Por ejemplo: Amenazar a la víctima con causarle lesiones y atentarse contra su vida exigiéndole, para no hacerlo, que desvele el lugar donde mantiene retenida a una persona. Debe subrayarse, para evitar confusiones, que lo constitutivo de delito es el mal con el que se amenaza, y no la condición que se impone, la cual puede ser perfectamente lícita. En todo caso, el mal con el que se amenaza ha de ser posible y verosímil, con apariencia de firmeza y seriedad. Si el autor consigue el propósito perseguido, se impondrá la pena de prisión de uno a cinco años. Por el contrario, si no se obtiene la condición impuesta, el hecho se castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años. A partir del contenido típico regulado en el mencionado art. 169 párrafo 1 inciso 1º CP, podría afirmarse en un principio que la conducta desplegada por los agentes Daschner y Ennigkeit en los sucesos de Frankfurt podría ser constitutiva de un delito de amenazas.

*Coacciones (art. 172 CP)*. Tras la reforma operada en el Código Penal español por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el Capítulo III del Título VI, dedicado a las coacciones, contiene un tipo básico regulado en el art. 172.1 párrafo 1 CP, mientras el párrafo 2 regula un tipo agravado.

De acuerdo con el primero, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción y de los medios empleados, quien «sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto».

De acuerdo con el segundo, la pena se impondrá en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto del Texto Punitivo, «cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental».

En cuanto al bien jurídico protegido en los delitos de coacciones, hay coincidencia doctrinal y jurisprudencial en que el mismo consiste en la libertad de obrar o libertad de ejecutar decisiones previamente adoptadas.<sup>528</sup>

La conducta típica recogida en el tipo básico (art. 172.1 párrafo 1 CP) está integrada por el hecho de impedirle a otro, «con violencia», hacer lo que la Ley no prohíbe o compelerle a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, y sin estar legítimamente autorizado para ello. A lo que este trabajo interesa, la interpretación del término «violencia» en el delito de coacciones, aplicable a las dos modalidades de conducta previstas en el repetido art. 172.1 CP («impedir» y «compeler») ha suscitado, tradicionalmente, muchas dudas interpretativas y no pocas controversias entre doctrina y jurisprudencia. En este sentido, la posición jurisprudencial ha pasado de una inicial interpretación estricta del concepto de violencia, referida sólo a la fuerza física ejercida sobre una persona, a otra más amplia, comprensiva de la fuerza moral o intimidación. Con todo, la doctrina es muy crítica con esta interpretación, excluyendo mayoritariamente del ámbito de las coacciones y remitiéndolos al ámbito de las amenazas los casos de violencia meramente intimidatoria, es decir, sin emplear la *vis compulsiva*.<sup>529</sup>

Hay que decir que el párrafo 2 del art. 172.1 CP eleva la cuantía de la pena hasta la mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto. Por ejemplo: empujar a la víctima para que entre en un vehículo impidiéndole el ejercicio de la libertad deambulatoria; o bien retener a una persona en un establecimiento de hostelería contra su voluntad. Así, la jurisprudencia ha llegado a aplicar este tipo cuando la libertad ambulatoria (derecho fundamental reconocido como tal en el art. 17 CE) ha resultado afectada por la violencia, la intimidación o la compulsión que exige el tipo de las coacciones, siempre que el hecho, obviamente, no se hubiera podido tipificar como detención ilegal.

Pues bien, también en este caso, la conducta de los agentes Daschner y Ennigkeit podría constituir en principio un delito de coacciones según lo previsto en el art. 172 CP, siempre y cuando el término «violencia» empleado en la mencionada disposición sea interpretada de forma amplia, incluyendo, por tanto, la violencia psíquica. En este

---

<sup>528</sup> *Ibidem*, p. 181.

<sup>529</sup> *Ibidem*, pp. 182-183, con bibliografía complementaria.

punto conviene recordar que, en el Derecho penal alemán, los sucesos de Frankfurt fueron catalogados en sede judicial como un delito de coacciones (*Nötigung*), contemplado como se sabe en el § 240 StGB.

Una vez analizadas las tres alternativas que, en sede penal, se ofrecen para subsumir los acontecimientos vividos en Frankfurt en el caso «Jakob von Metzler», hay que decir que aquí se está sin duda ante un concurso aparente de leyes penales, es decir, aquella situación en la cual una determinada conducta delictiva es susceptible de ser ubicada en varias normas penales, siendo una de ellas la que reúne más características de concreción y, por lo tanto, la preferentemente a utilizar. En estos casos, el art. 8 CP resuelve este conflicto a través de varios principios, debiendo destacarse aquí el principio de especialidad, según el cual un concurso aparente de leyes penales es resuelto cuando, de los varios preceptos aparentemente concurrentes, uno de ellos contempla más específicamente el supuesto de hecho que los demás, por lo que es de aplicación preferencial. El principio de especialidad se concreta en el aforismo *lex specialis derogat legem generalem*. Un precepto es más especial que otro cuando requiere, además de los presupuestos igualmente exigidos por este segundo, algún otro presupuesto adicional. Y esto es precisamente lo que ocurre con el delito de torturas previsto en el art. 174 CP. Efectivamente, en esta disposición, y siguiendo para ello la definición de torturas adoptada en el ámbito internacional, concurren los tres elementos básicos que caracterizan los actos de tortura cuando estos se llevan a cabo por parte de funcionarios públicos. Así, en primer lugar, se da el elemento subjetivo, a saber, la cualidad de funcionario público del sujeto activo, lo que convierte al art. 174 CP en un delito especial. En segundo lugar, también se da el elemento objetivo, caracterizado en este caso por el someter a la víctima a «condiciones o procedimientos» que conlleven dolores o sufrimientos físicos o mentales. En tercer lugar, también concurre el elemento teleológico, ya que la finalidad de las torturas es lograr, bien una confesión, bien una declaración, bien determinada información por parte del destinatario de la violencia estatal. Por otra parte, también hay que tener en cuenta el carácter pluriofensivo inherente al delito de torturas cometido por funcionario público, ya que –como se verá posteriormente– dicha tipología delictiva constituye no sólo un atentado a la integridad moral del sujeto pasivo, sino que, al mismo tiempo, supone un menoscabo evidente de la función pública en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

Por todo lo dicho, y acudiendo de nuevo al anteriormente mencionado art. 8 CP, el delito de torturas previsto en el art. 174 CP, llegado el caso incluso eventualmente el art. 175 CP (atentado grave contra la integridad moral cometido por funcionario público) –disposiciones ambas que se encuentran recogidas en el Título VII del Código Penal («De las torturas y otros delitos contra la integridad moral»)– deben ser de aplicación preferente a la hora de analizar los acontecimientos vividos en la ciudad de Frankfurt en el año 2002, acogiendo para ello en este caso el principio de especialidad.<sup>530</sup>

Separados inicialmente (en el Proyecto de CP) los atentados a la integridad moral cometidos por particulares de aquellos realizados por funcionarios, y colocados estos últimos entre los delitos contra las garantías constitucionales (Título XXI CP), en el curso de los debates parlamentarios se optó por reconducirlos todos al Título VII del Libro II, resaltando así en el caso de los últimos su carácter de atentado contra la integridad moral. Sin embargo, la opción unificadora no parece desde luego la mejor, ya que la misma no contribuye en modo alguno ni a la mejor tutela del bien jurídico «integridad moral», ni a la adecuada caracterización de los supuestos de tortura y demás tratos, los cuales ven por decirlo así *difuminada* su condición de ataque a las garantías constitucionales, en un sentido material, cuando ésta es quizá su característica de primer orden: constituir un gravísimo abuso de poder con ataque plural a bienes jurídicos individuales por parte de los servidores públicos, los primeros llamados a respetarlos y garantizarlos (delitos contra la Constitución).<sup>531</sup>

En la regulación contenida actualmente en el mencionado Título VII pueden distinguirse en primer lugar los atentados genéricos contra la integridad moral llevados a cabo por particular (art. 173 CP).<sup>532</sup> A continuación se contienen tres tipos especiales

---

<sup>530</sup> El tenor literal del art. 8, 1ª CP reza de la siguiente manera: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general».

<sup>531</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit., p. 76.

<sup>532</sup> Tras la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, el mencionado art. 173 CP contiene ahora también un nuevo apartado 2, el cual, concebido asimismo como un delito contra la integridad moral, castiga el ejercicio habitual de violencia física o psíquica en el ámbito familiar o asimilado. Por otro lado, la LO 5/2010, de 22 de junio, añadió un segundo y un tercer párrafo al apartado 1 del art. 173 CP, relativos respectivamente al denominado «acoso laboral» (*mobbing*) y a una segunda modalidad del impropriadamente llamado «acoso inmobiliario». Hay que decir que la recientemente



impropios que únicamente pueden ser realizados por autoridad o funcionario público. Así, en el art. 174 CP se castiga el delito de tortura *strictu sensu* con *nomen iuris* propio; en el art. 175 CP se incriminan otros atentados a la integridad moral, no comprendidos en el precepto anterior; y en el art. 176 CP se tipifican expresamente los comportamientos omisivos en este ámbito. Por último, el art. 177 CP contiene una cláusula concursal de particular relevancia.

Como ya se ha señalado anteriormente, tanto el TEDH como el TC español parten de la existencia de una gradualidad entre las diversas formas de atentado contra la integridad moral. Así, el Máximo intérprete de la Constitución, en las Sentencias 120/1990 y 137/1990, siguiendo para ello la jurisprudencia del TEDH, considera que «la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes, son en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio». Es decir, en una escala de mayor a menor gravedad del atentado contra la integridad moral, están la tortura, el trato inhumano y el trato degradante. Pues bien, en opinión de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, éste debería haber sido el criterio del legislador para la tipificación penal, de acuerdo al principio de subsidiariedad que rige la opción penal. Sin embargo, los tipos penales no se han estructurado siguiendo ese criterio de gradualidad, salvo el art. 173 CP, que tipifica la forma más leve de atentado contra la integridad moral, y el art. 174 CP, el cual tipifica las torturas propiamente, muy similar a la propuesta de la CEDH. Pero, en cambio, el art. 175 CP no es un delito consistente en trato inhumano, sino más bien una regla subsidiaria frente a los atentados no contemplados en los arts. 173 y 174 CP.<sup>533</sup>

Característica común de los delitos de tortura cometidos por funcionarios públicos es –como se ha apuntado anteriormente– su rasgo pluriofensivo. Efectivamente, además del ataque al contenido material del bien jurídico individual «integridad moral», su realización por funcionarios públicos con abuso de su cargo determina la afectación de otros bienes jurídicos no personales de gran entidad. Este es el caso de la función pública, la cual ve así pisoteados principios elementales de su

---

aprobada LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, ha modificado el apartado 2 del repetido art. 173 CP, el cual hace referencia a los delitos de violencia doméstica y en el ámbito familiar o asimilados.

<sup>533</sup> Véase al respecto, en detalle: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, cit., p. 891.

funcionamiento. Pero también la garantía constitucional que el reconocimiento formalizado del derecho a la integridad moral por parte del art. 15 CE trae consigo, y cuya función es asegurar un «marco infranqueable» para la intervención de la autoridad y del Estado como base misma del funcionamiento de una colectividad democrática. Esta garantía constitucional se ve directamente afectada cuando son los servidores públicos los que precisamente la burlan y la niegan abusando de su cargo.

Pues bien, para un sector de la doctrina penal española, es precisamente la grave afectación de las garantías constitucionales y de la función pública lo que aconsejaba el mantenimiento de estas figuras delictivas entre las comprendidas en el Capítulo V del Título XXI CP (Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales). Sin embargo, y como se ha señalado anteriormente, en el curso de los trabajos parlamentarios se consideró más oportuno el tratamiento unificado en el Título VII de todos los atentados contra la integridad moral, destacando así la violación material de este derecho fundamental frente al aspecto de negación de una garantía constitucional tan básica.<sup>534</sup>

Con todo, y a lo que a este trabajo interesa, las conductas asociadas directamente a la figura de la «tortura de rescate» son susceptibles de ser subsumidas en las tipologías previstas en el Título VII del CP, especialmente en los arts. 174 (tortura cometida por funcionario público) o bien, llegado el caso, el art. 175 CP (atentado grave contra la integridad moral cometido por funcionario público). Al análisis de ambos preceptos se dedican los epígrafes siguientes, si bien antes hay que abordar el estudio del bien jurídico protegido en estas tipologías delictivas.

## **2. La problemática del concepto «integridad moral» en el ámbito penal**

De entrada hay que decir que, si se atiende a la rúbrica del Título VII, el bien jurídico común de todos los delitos comprendidos por el mismo ha de ser forzosamente la «integridad moral». Dicha expresión trae causa del art. 15 CE, precepto que garantiza a todos, junto al derecho a la vida, el derecho «a la integridad física y moral». Por consiguiente, el legislador penal español ha querido que el concepto de «integridad moral» tenga una expresa protección en el CP 1995; y ello pese a la extrema

---

<sup>534</sup> Véase, por todos: DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit., p. 87.

imprecisión del mismo. Y es que, a la hora de enfrentarse con la cuestión relativa al bien jurídico protegido en las distintas tipologías delictivas contenidas en el Título VII CP, hay que partir en primer lugar de la distinción entre el concepto de tortura, cometida por un funcionario público (art. 174 CP), y el concepto de atentado grave contra la integridad moral, que puede ser cometido, en atención al tenor literal de los arts. 175 y 173 CP, tanto por un funcionario público como por un particular.

El problema surge a la hora de determinar cuál es realmente el bien jurídico protegido en el art. 173 CP –precepto que encabeza el Título VII–, es decir, en los atentados genéricos contra la integridad moral, y, llegado el caso, delimitarlo con respecto al bien jurídico objeto de protección en el art. 174 CP. Resulta evidente que la opción del legislador penal español por la nomenclatura de un bien jurídico común al que denomina «integridad moral» responde directamente a que se trata de la protección *penal* de un derecho *constitucional* reconocido en el mencionado art. 15 CE. Por ello, atentar contra la integridad moral consiste en infligir padecimientos físicos o psíquicos graves y vejatorios. Sin embargo, a la vista de la complejidad e imprecisión del concepto «integridad moral» y de su estrecha relación con la dignidad –concepto no menos difícil y difuso– y con otros bienes esenciales de la persona ya protegidos en el Código, no resulta tarea sencilla el delimitar lo que, desde el prisma penal, deba tenerse por «integridad moral», en cuanto bien jurídico «autónomo», esto es, como categoría conceptual propia.

En un principio, la propia naturaleza de la integridad moral dificulta enormemente su configuración como bien jurídico protegido, pues frente a los bienes en sentido material, conceptos idóneos para una representación empírica, se trata de una categoría perteneciente a la esfera espiritual, no susceptible por tanto, a causa de su naturaleza incorpórea, de una concepción naturalista, sino tan sólo de una percepción psíquico-cognitiva.<sup>535</sup>

El aludido carácter inmaterial de la integridad moral, así como su falta de precisión tanto en la doctrina constitucionalista como en la jurisprudencia del TC, ha llevado a DE RIVACOBBA y RIVACOBBA a calificarlo de «concepto valorativo sumamente

---

<sup>535</sup> En estos mismos términos: RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 144.

vago y de extraordinaria variabilidad en su sentimiento y apreciación, que de consiguiente le privan de toda claridad y fijeza».<sup>536</sup>

Sin embargo, estas críticas han de ser suavizadas en el sentido de que su configuración como derecho fundamental en el art. 15 CE evidencia la presencia de un contenido mínimo que precisa ser delimitado e interpretado, esta vez desde una vertiente jurídico-penal.

El Tribunal Constitucional se ha ocupado de delimitar este derecho en varias ocasiones. Donde más detalles se ofrecen para la interpretación del concepto de «integridad moral» es en la STC 120/1990, de 27 de junio, la cual resolvió la constitucionalidad de las medidas adoptadas por la Administración penitenciaria en orden a la alimentación forzosa de reclusos en huelga de hambre. En este pronunciamiento, el Máximo intérprete de la Constitución da una definición de tortura, en consonancia con los instrumentos internacionales ratificados por España, resaltando (1) no sólo el carácter de atentado a la voluntad de un sujeto que tiene la misma, sino añadiendo también el requisito de que esta actuación contraria a la voluntad suponga, al mismo tiempo, (2) una «humillación» o un «envilecimiento» del sujeto pasivo<sup>537</sup> (siguiendo con ello el criterio establecido por el TEDH en diversas sentencias, que exige, precisamente, para calificar la tortura, este sentimiento de «humillación o envilecimiento»). A través de la garantía de la integridad moral, la jurisprudencia constitucional ha destacado que se proscriben los «actos violentos contrarios a la voluntad de una persona» que vienen a transformarla en un «mero instrumento».<sup>538</sup>

Las características que se extraen del análisis de la jurisprudencia constitucional son fundamentalmente tres: (1) la primera, que el atentado a la integridad moral supone una intervención física que implica la disposición o la utilización de la persona, aunque –y esto es importante– no implique agresión material a la propia integridad física; (2) la segunda, que debe tratarse de actuaciones no consentidas por el titular; (3) y, por último,

---

<sup>536</sup> DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel (1995): «Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo Código Penal de España (1995)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, p. 861. Citado en: RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 144, nota núm. 72.

<sup>537</sup> Mediante el derecho a la integridad moral –dice el TC en su Sentencia 120/1990– «se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu, sino contra toda intervención que carezca de su consentimiento».

<sup>538</sup> STC de 11 de abril de 1985.

que ese atentado a la integridad moral debe provocar sufrimiento o padecimientos, implicando en la persona que los sufre una humillación y envilecimiento.<sup>539</sup>

Pues bien, la idea que le da autonomía y sirve de base a los delitos que se tipifican en el Título VII es, por tanto, la integridad moral, entendida como el derecho de la persona a ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada o vejada, cualquiera que sean las circunstancias en las que se encuentre y la relación que tenga con otras personas. La determinación del concepto de «integridad moral» debe intentar fijarse, a partir del art. 15 CE y de la jurisprudencia constitucional que lo interpreta, desde la idea de la *inviolabilidad de la personalidad humana*, como el derecho a ser tratado como persona y no como cosa, con interdicción de cualquier intento de que el individuo sea considerado como un puro y simple medio, como un objeto en manos de un particular o del propio Estado para la consecución del cualquier fin, sea éste lícito o ilícito.<sup>540</sup> La integridad moral supone en definitiva el derecho a ser tratado como un ser humano libre y digno, que conlleva la exigencia de respeto por parte de todos, y de un modo especial por parte de quienes actúan con la autoridad que proporciona la función pública.<sup>541</sup>

Por otro lado, un elemento común a todas las conductas contenidas en el Título VII, y que adquiere una especial importancia a la hora de abordar la problemática del concepto de «integridad moral», es la regla concursal prevista en el art. 177 CP, según la cual los delitos contenidos en el mencionado Título deben sancionarse sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por otros delitos o faltas cometidos cuando, «además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero». Esta regla demuestra, una

---

<sup>539</sup> Véase al respecto: MUÑOZ CONDE, Francisco (2002): *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 183-184. Véase también: STS 294/2003 (RJ 2003, 4381).

<sup>540</sup> STC 120/1990, de 27 de junio; SSTS de 31 de enero de 2007, 28 de noviembre de 2007 y 10 de octubre de 2008. Véase también: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (1996): «Delitos de tortura y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral)», en: VIVES ANTÓN, Tomás/MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (dres.), *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, Madrid: CGPJ, p. 77: «Ésta [la dignidad] supone básicamente considerar al hombre como un ser libre, en el sentido de ser capaz de elección y con voluntad de autodeterminación. [...] Por ello, la tortura y los demás atentados contra la integridad moral siempre comportan una agresión a la dignidad humana, pues al sujeto pasivo se le niega su condición de persona, convirtiéndolo más bien en un mero objeto. De suerte que la víctima queda degradada en su misma condición humana, al ser considerada como “algo” sometido a la voluntad de un tercero, de un extraño».

<sup>541</sup> Para RODRÍGUEZ MESA, la integridad moral estaría constituida por la inviolabilidad de la conciencia y el derecho de todo ser humano a recibir un trato acorde a su condición de persona. RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 172.

vez más, que en este caso se está delante de un bien jurídico (integridad moral) con autonomía plena e independiente del derecho a la vida, a la integridad física, la libertad o el honor. Esto es, para que, por ejemplo, se perfeccione el delito de tortura previsto en el art. 174 CP no se requiere un resultado constitutivo de otro delito, como lesiones, homicidios, detenciones ilegales, etc.; ni tampoco puede argumentarse que el menoscabo a la integridad moral queda absorbido por la configuración de estos delitos, ya que la lesividad de las distintas conductas prohibidas en el Título VII queda configurada por atentar contra un bien jurídico distinto y especialmente protegido, cual es la integridad moral. Por tanto, el CP español configura la «integridad moral» como un bien jurídico dotado de una realidad axiológica propia, autónoma e independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor.<sup>542</sup>

Al hilo de lo señalado en el párrafo anterior, resulta un tema de suyo relevante el determinar si en estos delitos se requiere un resultado lesivo o basta con una conducta degradante. Dada la intangibilidad del bien jurídico protegido, la indeterminación de los medios comisivos y la necesidad –en algunas tipologías– del carácter grave de la afección de la integridad moral para demostrar su concurrencia, adquiere suma trascendencia dilucidar si se está delante de un delito de mera actividad o, por el contrario, de un delito de resultado. En este sentido resulta evidente que existen torturas o malos tratos que no dejan huella, por lo que si se refiere a resultado físico constituyente de delitos, no puede considerarse como un elemento constitutivo. Abunda en esta interpretación la anteriormente mencionada regla concursal establecida en el mencionado art. 177 CP, disposición que establece la autonomía de los delitos contra la integridad moral con respecto a los otros delitos que eventualmente se pudieran ocasionar: homicidio, lesiones, injurias, violaciones, etc. Es decir, aquí se está delante de infracciones penales con sustantividad propia al margen del resultado típico constitutivo de delito. No obstante, en opinión de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ no se está delante de un delito de peligro, ni ante un delito de mera actividad, sino ante un auténtico *delito de lesión*. Quiere esto decir que la afección al bien jurídico requerirá un resultado típico, que no necesariamente es observable como un resultado material constitutivo de delito, pero sí supondrá una lesión al bien jurídico «integridad moral», en tanto que se trata de padecimientos físicos o psíquicos de carácter vejatorio, que afectan a la dignidad

---

<sup>542</sup> En los mismos términos: GONZÁLEZ CUSSAC, cit., p. 78.

humana y que en última instancia doblegan la voluntad de la persona al obligarle a hacer o no hacer algo que no decide libremente.<sup>543</sup>

De esta forma, el legislador penal español de 1995 acepta la idea expuesta tanto en la legislación internacional como en la jurisprudencia del TEDH, recogida por el Tribunal Constitucional, de que la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes son graduaciones de una misma escala, configurando entonces un objeto autónomo de tutela, cual es la «integridad moral», el cual se puede ver perjudicado tanto por la práctica de la tortura como por la de tratos inhumanos o degradantes; y ello al margen de que la valoración penal de los ataques a otros bienes jurídicos (vida, salud, libertad, etc.) que puedan ser consecuencia de la práctica de torturas o de tratos inhumanos o degradantes, merezca una consideración independiente. A partir de estas consideraciones, la nueva regulación de la tortura se distancia notablemente de la contenida en el art. 204bis CP 1973, el cual vinculaba directamente la punición de la tortura a la causación de daños a la vida, a la salud o a la libertad.<sup>544</sup>

En todos los tipos penales contra la integridad moral, el legislador español hace alusión a la gravedad del atentado. En el art. 173 CP como elemento constitutivo del delito y en los arts. 174 y 175 CP para distinguir la penalidad.<sup>545</sup> Ahora bien, la tipificación penal en España no sigue ciertamente una sistemática de gradualidad respecto a la gravedad de la afcción al bien jurídico, por lo que esa falta de sistemática en nada ayuda para interpretar qué criterios de gravedad deben ser considerados para calificar una u otra tipología delictiva de las contenidas en el Título VII.<sup>546</sup> Esto es algo

---

<sup>543</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, cit., p. 890.

<sup>544</sup> Para un análisis exhaustivo del delito de tortura en el CP 1973, véase: BARQUÍN SANZ, Jesús (1992): *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid: Edersa, pp. 147 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI (1990), cit., pp. 109 y ss.

<sup>545</sup> Efectivamente, como se verá en un epígrafe posterior, la configuración penal del delito de tortura contenido en el art. 174 CP asume como típicas tanto las afecciones graves como las no graves. En consecuencia, la tipificación española resulta más amplia que la prevista en la CAT, cuyo Art. 1 requiere explícitamente un atentado «grave» a la integridad moral.

<sup>546</sup> Tal y como al respecto señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ –con relación al Código Penal vigente antes de la reforma del año 2015– el tema no es desde luego baladí, porque en el caso de los tipos penales de los arts. 173, 174 y 175 CP ello suponía nada menos que no se configurase el delito y, en todo caso, supusiese una falta de lesiones leves del art. 617.1 CP, un maltrato de obra del art. 617.2 CP, o unas injurias leves del art. 620.2 CP. Así, por ejemplo, falló la Audiencia Provincial de Burgos, en Sentencia de 7 de junio de 1999, en el caso de un guardia civil que golpeó e insultó a los detenidos por los incidentes que presuntamente habían protagonizado en un «pub»; resolución judicial que fue recurrida y anulada por el Tribunal Supremo, el cual sí reconoció la calificación de torturas del art. 174 CP por concurrir todos sus elementos (STS 701/2001. RJ 2001, 3567). Véase: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, cit., p. 892.

que, como se verá posteriormente, resulta de capital importancia para valorar, desde una perspectiva jurídico-penal, la conducta policial en el caso «Jakob von Metzler».

No cabe duda de que el principio de subsidiariedad del Derecho penal indica que debe existir un mínimo de gravedad de la conducta para considerarla atentatoria contra la integridad moral. Por consiguiente, que la intervención del Derecho penal sea necesaria para la prevención y represión de las conductas contrarias a la integridad moral del individuo no quiere decir que cualquier ataque contra la misma haya de ser tipificado necesariamente como delito. En este sentido, el legislador penal español selecciona, de entre todos los posibles ataques al bien jurídico, las conductas que considera más graves: bien por la gravedad del resultado, bien por el especial desvalor de las circunstancias en las que se produce la lesión del bien jurídico (sería éste el caso de los arts. 174 y 175 CP, donde se castiga cualquier atentado contra la integridad moral, por llevarse a cabo en una relación Estado-ciudadano).

Por su parte, la jurisprudencia del TEDH mantiene que la gravedad depende de un conjunto de circunstancias, en concreto, de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales, y a veces del sexo, edad, estado de salud de la víctima, etc.<sup>547</sup> Asimismo, la STC de 28 de febrero de 1994 establece que «para que un trato merezca la calificación de degradante debe ocasionar al interesado, ante los demás o ante sí mismo, una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad y este nivel ha de fijarse a la vista de las circunstancias del caso» (FJ 3.B). Nótese que el TC realiza una valoración objetiva de las circunstancias que deben ser consideradas socialmente como gravemente humillantes o envilecedoras, en suma, que atacan la dignidad personal.

Haciendo finalmente referencia a la posición de la doctrina penal española con respecto al concepto de «integridad moral», hay que decir que no existe unanimidad en la misma a la hora de afrontar su definición. La imprecisión de este concepto ya fue advertida en su día por RODRÍGUEZ MOURULLO.<sup>548</sup> En su opinión, el término «integridad moral» constituye un concepto complejo que tiene conexiones con el concepto de dignidad de la persona y sus derechos inviolables. Ahora bien, observa el mencionado penalista que, al encontrar tales derechos específica acogida en otros artículos, hay que darle a la expresión «integridad moral» que utiliza el art. 15 CE «una proyección más

---

<sup>547</sup> STEDH de 18 de enero de 1978, caso «Irlanda vs. Reino Unido»; en el mismo sentido, STEDH de 25 de febrero de 1982, caso «Campbell y Cosans vs. Reino Unido».

<sup>548</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1984): «Artículo 15. Derecho a la vida», en: ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo II, Madrid: Edersa, pp. 316-317.



limitada». Tiene razón RODRÍGUEZ MOURULLO cuando señala que con esta expresión lo que se pretende regular es el «derecho de la persona a no ser atacada en su integridad psíquica ni en su salud física y mental». Con la doble alusión a la integridad «física» y «moral», que pasó al texto definitivo del art. 15 CE, se quiere, en definitiva, garantizar la «integridad personal» en el sentido de la «incolumidad».<sup>549</sup>

En parecidos términos se posiciona CONDE-PUMPIDO TOURÓN. Para el mencionado autor, la integridad moral es un bien o valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, relacionado directamente con el derecho a la dignidad pero diferenciado del mismo por su mayor concreción, dado que la dignidad de la persona está en la base de todos los derechos fundamentales, tal y como expresamente señala el art. 10 CE. La integridad moral constituye un derecho que tiene toda persona a recibir un trato acorde con su condición de ser humano libre y digno, a ver respetadas su personalidad y voluntad, a no ser rebajado o degradado a una condición inferior a la de persona. Este derecho conlleva una exigencia de respeto por parte de todos, y de un modo especial por parte de quienes actúan con la autoridad que proporciona la función pública.<sup>550</sup>

Algunos autores distinguen entre un bien jurídico protegido en los tipos atentatorios contra la integridad moral, que sería, precisamente, esa misma «integridad moral» entendida en los términos expuestos en los párrafos anteriores, y otro diferente en el caso del delito de tortura *strictu sensu*, que se concretaría en los derechos fundamentales de los ciudadanos frente al abuso del poder por parte de instancias estatales.

En opinión de DEL ROSAL BLASCO, no existe ningún inconveniente en aceptar que, en efecto, la integridad moral, valor proclamado en el art. 15 CE y que tiene una realidad axiológica propia, autónoma e independiente, del derecho a la vida, a la salud, a la libertad y al honor,<sup>551</sup> se constituye como el bien jurídico protegido a través de los delitos que integran el contenido del Título VII del Libro II del CP, aunque matizando que la integridad moral, en sí misma, no es sino el *sustrato material* sobre el que recaería la acción típica, constituyendo el derecho a la integridad moral, como conjunto

---

<sup>549</sup> *Ibidem*, p. 317.

<sup>550</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (2004): «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral (arts. 173 a 177)», en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dir.), *Código Penal Comentado*, Tomo 1, Barcelona: Bosch, p. 534.

<sup>551</sup> Véase, al respecto, entre otras: SSTS de 2 de noviembre de 2004, 31 de enero de 2007, 28 de noviembre de 2007 y 10 de octubre de 2008.

de facultades de decisión y disposición que el sujeto tiene sobre dicho substrato, la auténtica entidad valorativa objeto de tutela en dicho título. A su vez, en el caso del delito de tortura previsto en el art. 174 CP, no se debe olvidar que, además de la integridad moral, se están vulnerando las garantías legales y constitucionales del detenido.<sup>552</sup>

Por su parte, RODRÍGUEZ MESA afirma que el bien jurídico «integridad moral» tiene un contenido propio, carente de protección en otros tipos penales y, por tanto, dotado de una autonomía propia, y de la suficiente importancia como para justificar su tutela por el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho como el configurado por la CE.<sup>553</sup>

Todas las consideraciones expuestas a lo largo de los párrafos anteriores ponen de manifiesto que la idea de la «integridad moral» posee un reconocimiento constitucional (art. 15 CE) y jurídico-penal (arts. 173 a 177 CP). Que, además, supone la existencia de un bien jurídico, de un valor humano, con autonomía propia, independiente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad, y al honor; bienes que, por otro lado, disponen de sus correspondientes ámbitos de protección en el propio CP. E independiente también de la dignidad humana, la cual – hay que recordar– se considera en el art. 10 CE como el valor superior que informa todo el ordenamiento jurídico, siendo un mínimo invulnerable inherente a todos los derechos fundamentales. Se trata de un derecho, en suma, de un valor directamente relacionado con la dignidad humana pero distinto a ésta al disponer de un ámbito material que confluye con ella en algunos aspectos, pero nítidamente diferenciable de la misma en cuanto bien jurídico objeto de protección penal.

Por tanto, la integridad moral configura un espacio propio y, por consiguiente, necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este espacio o ámbito propio se define fundamentalmente, partiendo de la idea de la inviolabilidad de la personalidad

---

<sup>552</sup> Véase: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (2011a): «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.), *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid: Dykinson, pp. 191-192, con bibliografía complementaria. En parecidos términos, DE LA CUESTA ARZAMENDI considera que una característica común de los delitos de tortura cometidos por funcionarios públicos es su naturaleza pluriofensiva, ya que con dichas conductas no se ataca únicamente a un bien jurídico individual como es la integridad moral, sino que su realización por parte de funcionarios públicos con abuso de su cargo determina la afectación de otros bienes jurídicos no personales de gran entidad, como es el caso de la función pública. Véase: DE LA CUESTA ARZAMENDI, (1998), cit., p. 86.

<sup>553</sup> RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 175.

humana, en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto.

### **3. Análisis del art. 174 CP**

#### **3.1. Introducción. Ubicación sistemática**

La presencia en casi todas las legislaciones penales y procesales modernas de preceptos dirigidos a evitar los malos tratos de las personas detenidas, las coacciones y las amenazas para que declaren, así como las torturas infligidas por la autoridad o a su amparo, no ha conseguido, sin embargo, erradicar plenamente estos graves abusos de poder.

El Estado y sus representantes, en su afán por acabar a toda costa con la criminalidad y, sobre todo, con aquella delincuencia –como la terrorista– que amenaza más gravemente tanto a bienes jurídicos de especial relevancia como a la propia estructura política estatal, no siempre están dispuestos a respetar los principios generales que informan la legislación penal ordinaria, recurriendo en no pocas ocasiones a leyes de excepción, más o menos eufemísticamente llamadas «de seguridad ciudadana», que, de hecho y de derecho, suponen con frecuencia la derogación de todo el dispositivo de garantías constitucionales pensado para la protección del ciudadano.

En este sentido, cabe recordar de nuevo que la Norma Fundamental española reconoce en el art. 15 que «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», conteniendo a su vez en otros artículos una serie de declaraciones sobre plazos máximos de detención, no obligación de declarar, asistencia de abogado, presunción de inocencia, etc.

En el anterior CP 1973, el delito de tortura se encontraba regulado en el art. 204bis, cuyo tenor literal rezaba de la siguiente manera: «La autoridad o funcionario público que, en el curso de la investigación policial o judicial, y con el fin de obtener una confesión o testimonio, cometiere algunos de los delitos previstos en los capítulos I

y IV del Título VIII y capítulo VI del Título XII de este Código,<sup>554</sup> será castigado con la pena señalada al delito en su grado máximo y, además, la de inhabilitación especial». Dicho precepto fue discutido y criticado por no pocos colectivos de juristas y fuerzas policiales. Así, hubo quien incluso consideró que la existencia de un precepto así en el ordenamiento jurídico-penal español que tipificase expresamente la tortura constituía una afrenta al prestigio y al buen nombre de las fuerzas policiales. A pesar de todas estas objeciones, el artículo fue aprobado. Y esto fue sin duda un paso importante en la lucha contra la tortura en España.

Avanzando en el tiempo, el texto original del Proyecto de Ley Orgánica de CP del año 1994 recogía en el apartado 1 del art. 169 un único delito contra la integridad moral, destinándose la Sección 3ª del Capítulo V («Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales) del Título XVIII (Delitos contra la Constitución), a la regulación de la tortura y otros tratos degradantes. Así regulado, la determinación de los contornos típicos del delito resultaban muy difíciles de precisar, tildándose, con razón, de impreciso y vago el término «integridad moral». Fue en el transcurso del debate parlamentario que dio lugar al vigente Texto Punitivo cuando en el Pleno del Congreso de los Diputados se acordó la ubicación de los delitos de torturas junto a los demás delitos contra la integridad moral. Tal y como al respecto ha señalado la doctrina, la agrupación en un mismo título de los delitos de tortura y contra la integridad moral refleja desde el punto de vista político-criminal la importancia que a dicho atributo del ser humano le concede el legislador penal español, de acuerdo con las previsiones de la Constitución.<sup>555</sup>

Pues bien, lo primero que hay que señalar es que el vigente CP 1995 ha modificado sustancialmente la estructura del delito de tortura. Efectivamente, mientras que en el CP 1973 dicha conducta, integrada en el Título II (relativo a la Seguridad interior del Estado), se sancionaba como un delito cometido por funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, el delito de tortura pasa con el CP 1995 de ser un delito contra el Estado a convertirse en una más de las

---

<sup>554</sup> Las tipologías delictivas a las que hacía referencia el art. 204bis CP 1973 son los homicidios, las lesiones, las amenazas y las coacciones.

<sup>555</sup> DEL ROSAL BLASCO (2011a), cit., p. 190. En contra de esta ubicación: DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit., p. 76.

infracciones contra la integridad moral previstas en el Título VII, la cual se encuentra ubicada entre otros Títulos que protegen bienes jurídicos de carácter personal como los delitos contra la libertad y los delitos contra la libertad sexual.

En este sentido hay que decir que ningún Código Penal extranjero ubica el delito de tortura bajo el epígrafe dedicado a los delitos contra la integridad moral. Efectivamente, aquellos Códigos que regulan de forma expresa el delito de tortura, diferenciándolo de los delitos comunes, suelen incluirlo en la rúbrica de delitos cometidos en la función pública o delitos cometidos con infracción del deber del cargo. Tal es el caso, por ejemplo, del Código Penal alemán; texto que, como se vio en su momento, tipifica este delito en los párrafos § 340 y § 343 del Capítulo XVIII que alude a los «Delitos cometidos en la función pública». Así, las lesiones causadas por un funcionario en el ejercicio de su cargo se sancionan como un delito referente a la función pública del párrafo § 340 StGB (*Körperverletzung im Amt*), mientras que en el § 343 StGB se sanciona como coacción, con penas de hasta diez años, cualquier maltrato físico, violencia o tortura psíquica de una persona detenida con la intención de obtener de la misma una declaración o que la omita (*Aussageerpressung*). En el Derecho penal alemán, el bien jurídico protegido por este delito es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Por su parte, en el Código Penal italiano (CPI) no existe tampoco precepto alguno que regule expresamente la tortura, sino que el sistema utilizado, en el caso de ataques físicos o psíquicos a detenidos, es el consistente en sancionar aplicando el delito común agravado con la circunstancia del art. 61.9 CPI referente al abuso del poder inherente a una función pública. También el art. 608 CPI sanciona el abuso de autoridad contra arrestados y detenidos. La regulación sistemáticamente más próxima a la española se encuentra en el Código Penal francés (CPF), el cual sitúa la tortura y los actos de barbarie encabezando los «Delitos contra la integridad física y psíquica de las personas» (arts. 222.1 y ss. CPF).

El delito de tortura previsto en el art. 174 CP presenta por tanto una naturaleza y unas características muy diferentes a los de su predecesor (art. 204bis CP 1973), que si bien no se ciñen estrictamente a lo que es la definición de tortura en el Derecho internacional, sí incluyen como punible no sólo la llamada tortura indagatoria, sino también la punitiva (Art. 1 CAT). Además, el propio art. 174 CP distingue entre un delito de tortura grave y otro no grave, dotando a los delitos de tortura de un contenido

de injusto propio y autónomo, desvinculado así del contenido de injusto de los delitos contra la vida, la salud o la libertad. Por su parte, el art. 175 CP contempla una especie de tipo privilegiado del delito de torturas cometido por autoridad estatal.

Según un sector importante de la doctrina penal española, el delito de tortura *strictu sensu* del art. 174 CP puede ser considerado, tanto por la índole de los sujetos como por la forma en que se describe la acción típica, no sólo como un delito que afecta a un bien jurídico individual (integridad moral), sino también como una conducta que lesiona la Administración pública, y más concretamente su buen funcionamiento.<sup>556</sup> En efecto, el contexto correcto en el que hay que situar la tortura es la relación Estado-individuo, particularmente en aquellas situaciones en las que este último se encuentra en una situación de indefensión o de inseguridad frente a los representantes del Estado. Estas situaciones, sin embargo, no deben quedar restringidas (como se hacía en el CP 1973) al desarrollo de una investigación judicial o policial, ya que los contextos en los que puede tener lugar ese desvalimiento o inferioridad entre individuo y Estado son más amplios. Y así queda puesto de manifiesto en los arts. 174 y 175 CP, los cuales precinden de la expresión «en el curso de una investigación», abarcando así un mayor número de supuestos. El criterio rector para interpretar el delito de tortura debe ser ahora, por tanto, el abuso de poder por parte del funcionario pero referido a los particulares. Es decir, el ataque a los derechos fundamentales de los ciudadanos en el delito de tortura se configura como un ataque *cualificado* por la condición funcional del sujeto activo que, como tal, tiene el deber precisamente de proteger con más énfasis estos derechos fundamentales. Esa mayor gravedad se justifica, además, por el hecho de que el individuo se encuentra en una situación de inferioridad respecto del funcionario. Y esa situación no es cualquiera (como por ejemplo, una relación laboral o jerárquica), sino aquélla circunscrita a un contexto policial, judicial o, incluso, penitenciario.

A partir de lo señalado en los párrafos anteriores, el delito de torturas previsto en el art. 174 CP constituye fundamentalmente un delito pluriofensivo en el que se protege un bien jurídico de carácter individual –integridad moral del individuo– y un bien jurídico supraindividual –correcto funcionamiento de la Administración en el desempeño de sus actividades indagatorias, sancionadoras y punitivas, en cuanto interés

---

<sup>556</sup> Véase, entre otros: DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit., p. 86; DEL ROSAL BLASCO (2011a), cit., pp. 191-192; MUÑOZ CONDE (2002), cit., pp. 182-183.

de la colectividad y del Estado en el mantenimiento de los principios democráticos. Por consiguiente, podría en principio afirmarse que, en lo que se refiere al delito de tortura *strictu sensu* contemplado en el art. 174 CP, el bien jurídico protegido sería el ejercicio correcto y legítimo de la función pública por parte de sus representantes en aras de la defensa de los derechos fundamentales de los particulares protegidos por la Constitución. Como se verá posteriormente, esta defensa se ve ampliada, además, por la *extensión* del tipo de tortura a aquellas conductas atentatorias contra derechos fundamentales que pueden perseguir fines distintos a la obtención de una confesión (tortura indagatoria, art. 174 CP), como puede ser, por ejemplo, la simple causación de humillaciones o un mero ejercicio de sadismo por parte del funcionario (tortura gratuita, art. 175 CP). Sin embargo, la cuestión relativa al bien jurídico protegido en el delito de torturas recogido en el Texto Punitivo español sigue siendo a día de hoy objeto de viva controversia en el seno de la doctrina penal. Dicha problemática es objeto de un análisis exhaustivo en un epígrafe posterior del presente Capítulo. No obstante, antes de abordar esa cuestión resulta necesario delimitar el concepto de tortura que se vislumbra en la normativa jurídico-penal española.

### **3.2. El concepto de tortura que se desprende del art. 174 apartado 1 CP.**

#### **Aspectos críticos**

El inciso primero del art. 174.1 CP contiene el siguiente tenor literal:

«Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral».

Por su parte, el inciso segundo de ese mismo apartado 1, crea dos categorías dentro del delito de tortura: la primera, aquélla en el que la tortura consiste en un

«atentado grave» a la integridad moral, en cuyo caso se impondrá «la pena de prisión de dos a seis años»; la segunda, aquélla en la que la tortura consiste en un atentado no grave, lo que hace que la pena sea la «de prisión de uno a tres años». En ambos casos, se impondrá, además, «la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años».

Finalmente, en el apartado 2 del mismo art. 174 CP se castiga, con las mismas penas que las previstas en el apartado 1, a «la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior».

Como puede observarse, el nuevo CP 1995 ha configurado unos delitos de tortura de naturaleza y características muy diferentes a los de su predecesor, el art. 204bis CP 1973,<sup>557</sup> ya que ahora se incluyen como punibles no sólo la llamada «tortura indagatoria», sino también la punitiva, e incluso aquélla basada en motivos discriminatorios. Además, el art. 174 CP distingue entre un delito de tortura grave y otro no grave, dotando en general a los delitos de tortura de un contenido de injusto propio y autónomo, desvinculado por tanto del contenido de injusto de los delitos contra la vida, la salud o la libertad.<sup>558</sup>

A nadie escapa que la referencia expresa que se realiza a la tortura en el mencionado art. 174 CP se corresponde con el concepto acuñado en el ámbito internacional, en particular a través de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984 (con fecha de entrada en vigor en España de 20 de noviembre de 1987), completada en Europa por el Convenio de 26 de noviembre de 1987 para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (ratificado en España por Instrumento de 28 de abril de 1989 y con fecha de entrada en vigor de 1 de septiembre de 1989).

Lo primero que llama la atención del contenido típico del art. 174 CP es que la acción, en sí misma, debe tener en principio una cierta entidad, suficiente para suprimir

---

<sup>557</sup> Conviene recordar aquí de nuevo que el tenor literal del art. 204bis CP 1973 rezaba de la siguiente manera: «La autoridad o funcionario público que, en el curso de la investigación policial o judicial, y con el fin de obtener una confesión o testimonio, cometiere algunos de los delitos previstos en los capítulos I y IV del Título VIII y capítulo VI del Título XII de este Código, será castigado con la pena señalada al delito en su grado máximo y, además, la de inhabilitación especial».

<sup>558</sup> En los mismos términos: MUÑOZ CONDE (2002), cit., pp. 190 y 193.



o disminuir las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión de la víctima, o para que pueda ser calificada como «atentado» contra su integridad moral.

En el concepto de tortura recogido en el vigente art. 174 CP se incluye no solamente el infligir dolores y sufrimientos, ya sean físicos o mentales, sino también el someter a la víctima a cualquier condición o procedimiento que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, supongan la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión de la persona afectada, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral, por lo que, según señala CONDE-PUMPIDO TOURÓN, hay que estimar que los tratos degradantes, por ejemplo, infligidos con la finalidad típica del art. 174 CP por parte de funcionarios públicos –con abuso de su cargo– integrarían el delito de tortura.<sup>559</sup> Pues bien, en opinión de TAMARIT SUMALLA, la nueva sistemática adoptada por el CP 1995 no está exenta de inconvenientes, dada la amplitud con la que ha sido definida la esfera de los comportamientos abarcados por el tipo. Para el mencionado autor, el despropósito llega al punto de invertir los términos de la cuestión, de modo que cabe calificar como torturas supuestos que, por carecer de la nota de gravedad, no colmarían ni siquiera las exigencias del tipo de trato degradante.<sup>560</sup>

En parecidos términos, BARQUÍN SANZ señala que el concepto de tortura que se desprende del art. 174.1 CP es, en buena medida, más amplio que el previsto en el Art. 1 CAT. Mientras que en esta última disposición se exige la inflicción intencionada de «dolores o sufrimientos graves», en el art. 174.1 CP se describe el tipo en términos bastante más amplios, que incluyen hechos degradantes («atentar de cualquier modo contra la integridad moral») no necesariamente provocadores de dolores o sufrimientos, salvo que se maneje una noción muy amplia de estos últimos, y que incluyen tanto supuestos graves como no graves.<sup>561</sup> En este sentido, el art. 174 CP resulta consecuente con la inclusión, dentro del concepto de tortura de la CAT, de los denominados

---

<sup>559</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN (2004), cit., p. 542. Conviene de nuevo recordar en este punto que la doctrina del TEDH, de la cual se ha hecho eco el propio TC español, entiende que torturas, tratos inhumanos y tratos degradantes son nociones graduadas de una misma escala en cuya cima, desde el punto de vista de la gravedad, se encuentra la tortura, de modo que, conforme a tal doctrina internacional, si la reacción punitiva frente a la tortura debe ser más grave, ello es debido a que ésta implica una mayor gravedad o intensidad del sufrimiento de la víctima.

<sup>560</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep María (2001): «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2ª Ed., Pamplona: Aranzadi, p. 866. De este modo, hechos que ni tan siquiera merecerían la calificación de trato degradante conforme al art. 173 CP, por no menoscabar gravemente la integridad moral, se podrían convertir automáticamente no ya en delito de trato degradante cometido por funcionario, sino lisa y llanamente en tortura según lo establecido en el art. 174 CP, si los mismos se cometen con una de las finalidades típicas contempladas en la mencionada disposición.

<sup>561</sup> BARQUÍN SANZ, Jesús (2001): *Delitos contra la integridad moral*, Barcelona: Bosch, pp. 155-156.

«sufrimientos morales». Ejemplos de la provocación intencionada de tales sufrimientos pueden encontrarse en la jurisprudencia, en casos como la simulación de un fusilamiento o la colocación de un objeto atado al cuerpo haciendo creer a la víctima que se trataba de una bomba.<sup>562</sup> En la doctrina internacionalista se ha considerado que el concepto de sufrimiento mental permitía incluir los modernos métodos psicológicos y tecnológicamente más refinados, así como los que se basan en la desorientación sensorial.

Con todo, y desde un punto de vista sustantivo, convendría quizá concretar unos límites para la tortura un poco más estrechos que los establecidos en la actual regulación contenida en el art. 174.1 CP, si es que se sigue considerando que los tratos degradantes constituyen una categoría distinta conceptual y valorativamente. Así las cosas, tiene razón BARQUÍN SANZ cuando señala que no ayuda a la comprensión de los tipos el que se denomine *inmatizadamente* tortura a un conjunto de hechos que pueden ir desde los más graves, como tener por ejemplo a una persona días y días sin dormir, golpeándola regularmente en los sucesivos interrogatorios para terminar quebrando por completo su voluntad y haciéndole decir o confesar cualquier cosa, hasta otros que ciertamente se mueven en otro nivel de injusto, como todos aquellos que no merezcan la consideración de graves, según un criterio consagrado por el propio art. 174.1 CP.<sup>563</sup> Es evidente que las penas en uno y otro caso no serán las mismas, pues esta dicotomía gravedad/no gravedad ha sido tenida en cuenta en el propio precepto penal objeto de análisis. Sin embargo, aquí no se están valorando cuestiones penológicas, sino el de la denominación típica, a cuyos efectos la discordancia entre la expresión usada (tortura) y algunos de los supuestos incluidos en el tipo (por ejemplo, el dar varias bofetadas al detenido en el transcurso de un interrogatorio) está suficientemente acreditada. Lo que añade un nuevo argumento para dudar del acierto del nombre jurídico asignado por el CP a esta figura en el art. 174. A partir de lo explicado, debería haberse avanzado un paso más y restringir la expresión «tortura» a los atentados graves contra la integridad moral.

Resulta evidente que la tortura nunca puede considerarse admisible; los funcionarios torturadores deben ser duramente sancionados y, acaso lo más importante en términos preventivos, deben removerse los mecanismos procesales o de otro tipo que favorecen la impunidad de semejantes actos. A ello no ayuda, sin embargo, que en el

---

<sup>562</sup> TAMARIT SUMALLA, cit., p. 867.

<sup>563</sup> BARQUÍN SANZ (2001), cit., p. 155.

art. 174 CP se incluyan conductas genuinamente constitutivas de tortura junto a otras de menor gravedad. Quede claro, en definitiva, que se está plenamente de acuerdo en la necesidad de llevar a cabo una política criminal dirigida a perseguir, penar y erradicar todas estas conductas, y que la discrepancia, en este punto, queda limitada al empleo del *nomen iuris* de «tortura» para referirse a todas ellas. Pues bien, pese a la profunda reforma llevada a cabo en el Texto Punitivo español en el año 2015, el delito de torturas contenido en el art. 174 CP no ha sido objeto de modificación, por lo que el legislador sigue siendo aparentemente inmune a las críticas vertidas por la doctrina española en relación a la conceptualización penal del término «tortura».

Sin embargo, como ha sido señalado por un gran sector doctrinal en España, el mayor contenido de injusto en los delitos de tortura del art. 174 CP con respecto al delito común contra la integridad moral del art. 173 CP, así como la heterogeneidad de conductas susceptibles de ser calificadas como «tortura», no se puede fundamentar, a la vista de la regulación legal, en la mayor intensidad del sufrimiento de la víctima, sino más bien y sobre todo en la cualidad del sujeto activo y el fin perseguido por éste, porque la tortura no sólo implica una vulneración de la integridad moral, sino al mismo tiempo un abuso de poder y una vulneración de las garantías legales y constitucionales del detenido.<sup>564</sup>

Relevancia adquiere también, por último, la alternativa contenida en el art. 174.1 CP entre supuestos que significan un grave atentado contra el bien jurídico protegido y aquellos otros que no merecen esta consideración. En este último aspecto, el legislador español ha roto con la tradición internacional de distinguir tortura y trato degradante con arreglo al criterio de la gravedad o intensidad, considerando tortura cualquier atentado contra la integridad moral infligido por autoridad o funcionario público en las circunstancias o situaciones típicas previstas en el mencionado art. 174 CP, configurándose la gravedad del atentado como una circunstancia cualificadora de un subtipo agravado. Desde un punto de vista lógico, la alternativa grave/no grave referida al atentado contra la integridad moral cubre todo el espectro de posibles manifestaciones de éste. Por consiguiente, no hay duda de que los acontecimientos vividos en Frankfurt en el año 2002 en el caso «Jakob von Metzler», podrían considerarse un supuesto de

---

<sup>564</sup> Véase en este sentido, por todos: DEL ROSAL BLASCO (2011a), cit., p. 206.

tortura en virtud de lo establecido en el art. 174.1 CP; y ello sobre todo si se tiene en cuenta la cláusula de cierre establecida en el mencionado precepto, donde se considera tortura todo acto por el cual la autoridad o funcionario público someta a una persona a «condiciones o procedimientos» que «de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral». Como se ha visto en los párrafos anteriores, ello conduce desde luego a desvirtuar el concepto de tortura recogido en el Código Penal español. En este último sentido se pronuncia por ejemplo CONDE-PUMPIDO TOURÓN, para quien cualquier vejación injusta no puede integrar la conducta típica de esta disposición; en su opinión, la expresión «atentado» requiere una agresión de cierta entidad, sin que la referencia genérica a supuestos que no son graves deba interpretarse en términos tan comprensivos.<sup>565</sup> El caso es que un entendimiento literal del tipo, conforme a su construcción lógica y gramatical, permitiría calificar como tortura hechos de escasa relevancia, que probablemente sean acertadamente calificados en general como vejaciones leves, pero que ni de lejos merezcan tan grave consideración penal. En este sentido puede ser interesante traer aquí a colación una sentencia de la AP de Bilbao de 4 de enero de 1990, la cual consideró vejación injusta leve, castigada sin embargo por la vía del antiguo delito de tortura del art. 204bis CP 1973, la conducta consistente en que un mando policial de la Ertzaintza se dirigiera a un interrogado menor de veinte años en los siguientes términos: «te conviene cantar, chavalín».<sup>566</sup> A partir de los argumentos que se acaban de exponer, podría en principio resultar discutible que las amenazas proferidas contra Magnus Gäfgen por parte del agente Ennigkeit alcanzaron la cualidad de «atentado» según se establece en el art. 174 CP.

---

<sup>565</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (1997): «Art. 174», en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Madrid: Trivium, p. 2133.

<sup>566</sup> En opinión de REBOLLO VARGAS, para que el comportamiento atribuible al sujeto activo pueda ser calificado como delito de tortura debería tener la entidad suficiente para ocasionar un sufrimiento físico o mental, para suprimir o disminuir las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o para que, en realidad, pudiera considerarse un atentado contra la integridad moral. Elevar a la categoría de un delito de tortura cualquier atentado contra la integridad moral, sea de la clase o de la intensidad que sea, parece discutible que pueda responder a la ratio del propio art. 174 CP. Ello desde luego no significa que esos comportamientos tengan que ser necesariamente atípicos, sino que quizá podrían integrarse en otros comportamientos típicos previstos en el propio CP, como podría ser perfectamente el art. 175 CP. Véase: REBOLLO VARGAS, Rafael (2004): «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en: CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dres.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo 1, Madrid: Marcial Pons, p. 272.

### 3.3. Bien jurídico protegido

Lo primero que hay que señalar es que no resulta un tema pacífico en el Derecho penal español establecer el bien jurídico tutelado en el delito de tortura. Como ha puesto de manifiesto DE LA CUESTA ARZAMENDI, cuando comentaba el precedente legislativo actual, a saber, el antiguo art. 204bis CP 1973, el cual se incorporó a la legislación penal española en el año 1978, la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos tiende a preservar una variedad heterogénea de intereses y valores, tanto individuales como colectivos, dignos todos ellos de protección: la integridad física y moral, la salud, la vida, la dignidad, la función pública, las garantías procesales, las garantías constitucionales.<sup>567</sup> En suma, se estaría por tanto delante de un delito pluriofensivo, si no fuera porque varios de estos bienes jurídicos gozan ya de una protección penal propia en el CP y porque la obligación internacional de penalizar específicamente esta práctica obliga, en principio, a pensar en un solo bien jurídico que contenga todos estos ámbitos de protección.

Si se parte de una interpretación histórica del delito de torturas, teniendo para ello en cuenta la sistemática adoptada por el legislador penal, el antiguo art. 204bis CP 1973 era considerado como un delito contra la seguridad interior del Estado. Esta opción legislativa daba pie para interpretar un bien jurídico de carácter colectivo, esto es, haciendo énfasis en la conducta centrada en el «abuso de poder» por parte de los funcionarios públicos y, ligado a ello, las garantías constitucionales y legales del ciudadano frente al Estado.<sup>568</sup> De ahí que las distintas interpretaciones sobre el bien jurídico protegido en este concreto delito hayan girado en torno a la protección penal de un ámbito de seguridad personal, a las «garantías» constitucionales y procesales de la persona; en suma, a la protección de la dignidad de la persona y las garantías de la Administración de Justicia.<sup>569</sup> Sin embargo, la mayoría de autores coincidían en la naturaleza pluriofensiva del tipo, configurado en referencia a la protección de una pluralidad de bienes jurídicos, tanto de naturaleza individual como colectiva. Así, en su tipificación anterior, el delito de tortura constituía un claro ejemplo de un delito

---

<sup>567</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI (1990), cit., pp. 109 y ss.

<sup>568</sup> En este sentido, especialmente: MAQUEDA ABREU, María Luisa (1986): «La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIX, Fasc. II, p. 449.

<sup>569</sup> Véase en este sentido: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, cit., pp. 888-889.

compuesto, en el cual no sólo se violaban las garantías del ordenamiento en relación a la persona imputada por la (presunta) comisión de un delito, sino además el bien jurídico Administración de Justicia, así como bienes jurídicos microsociales como la vida, la salud individual, la libertad, etc.<sup>570</sup>

En el CP 1995, la definitiva ubicación del delito de torturas entre los delitos contra los derechos de las personas, la no exigencia típica de una determinada situación relacionada con el interrogatorio policial o la investigación judicial,<sup>571</sup> y su configuración como delito de lesión en el que se exige un atentado a la integridad moral, habrían sido razones suficientes para dar por zanjado el debate acerca del bien jurídico protegido. Sin embargo, un análisis comparativo de los distintos estudios doctrinales en los que se analiza el art. 174 CP evidencia que la cuestión sobre el bien jurídico sigue siendo un punto de desencuentro. En general pueden distinguirse tres grandes líneas doctrinales:<sup>572</sup>

En primer lugar se situarían aquellos autores que parten de la unidad del bien jurídico protegido en el Título VII del CP, al entender que la integridad moral se configura como el bien jurídico único y común a todos los preceptos integrantes del mencionado Título.<sup>573</sup> En este sentido, la ubicación actual del delito de tortura y la contundencia de la redacción del propio art. 174 CP han servido para argumentar la tutela autónoma e independiente de la integridad moral frente al delito de tortura, cuyo marco punitivo se justifica por la gravedad de las conductas sancionadas en él, por la especial indefensión de la víctima, y por la especial posición de los sujetos activos o el

---

<sup>570</sup> En contra de esta postura se manifestaba BARQUÍN SANZ, al entender que el art. 204bis CP 1973 se configuraba en torno a la protección de un único bien jurídico: la dignidad del individuo. Véase: BARQUÍN SANZ (1992), cit., pp. 230-233.

<sup>571</sup> Efectivamente, frente a lo que sucedía en el anterior art. 204bis CP 1973, el art. 174 CP no exige que los hechos se produzcan ni «en el curso de la investigación policial o judicial», ni tampoco en el «de un procedimiento penal o en la investigación de un delito».

<sup>572</sup> Véase, en lo sucesivo: RODRÍGUEZ MESA, cit., pp. 188 y ss.

<sup>573</sup> Así, por ejemplo: BARQUÍN SANZ (2001), cit., pp. 150-151, quien considera que, si bien la prohibición internacional y constitucional de la tortura implica la tutela de una variedad de bienes jurídicos en sentido amplio, ello no hay que confundirlo con el sentido penal de la mencionada expresión. Más bien la determinación del bien jurídico protegido en los delitos de tortura y contra la integridad moral deberá hacerse en relación con los concretos arts. 174 y ss. CP, y no en virtud de los caracteres generales que tiene la proscripción de estas conductas en otros órdenes normativos.

ataque indirecto a las expectativas de los ciudadanos en una Administración no corrupta.<sup>574</sup>

Una segunda línea vendría representada por aquellos autores que consideran que en los delitos de tortura y tratos degradantes cometidos por funcionario público se protege un bien jurídico *cualitativamente* diferente al enunciado en la rúbrica. De este modo, entienden que la integridad moral aparece como un bien jurídico protegido tan sólo en el delito de trato degradante cometido por particular (art. 173 CP), pero no en los restantes tipos contenidos en el Título VII. En este sentido, las tesis basadas en la diferencia cualitativa tienen como punto de partida común la consideración de la relación ciudadano-Estado como situación contextual de la tortura, lo cual les conduce a sostener que el bien jurídico protegido en el delito de tortura es el correcto ejercicio de la función pública, los derechos fundamentales frente al abuso de poder o, incluso, las garantías procesales.<sup>575</sup>

Por último, en tercer lugar existe una posición intermedia la cual admite que, si bien la integridad moral se configura como el bien jurídico común a todos los delitos regulados en el Título VII del Libro II, en el supuesto concreto del delito de tortura se estarían protegiendo, además de éste, otro u otros bienes jurídicos susceptibles de ser lesionados o al menos puestos en peligro por medio de la realización de las conductas descritas en el tipo. Con lo cual, esta última línea doctrinal estaría considerando la existencia de un delito pluriofensivo con respecto al art. 174 CP. De este modo, además de la integridad moral del sujeto pasivo, en el delito de torturas se estarían protegiendo a la vez otros bienes jurídicos susceptibles de ser afectados y que, por lo tanto,

---

<sup>574</sup> De esta opinión: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (1997): «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Civitas p. 507. Para PÉREZ MACHÍO, la individualización de la integridad moral como *único* bien jurídico protegido en el delito de tortura del art. 174 CP, disposición que absorbe la sanción de aquellos comportamientos que específicamente provoquen sentimientos de humillación, degradación y envilecimiento del sujeto pasivo, resulta, además de una novedad en la tradición penal legislativa, una solución que ha de ser acogida muy favorablemente, ya que evitará la impunidad de muchas conductas que, con anterioridad al CP 1995, por no afectar a la integridad física (en cuanto salud en general) o por no lesionarla suficientemente, no encontraban encaje en esta clase de delitos. Véase: PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel (2010): «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid: Lex Nova, p. 692.

<sup>575</sup> Así, por ejemplo: DÍAZ PITA, María del Mar (1997): «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XX, pp. 49 y 93-94. En opinión de PORTILLA CONTRERAS, hubiera sido más acertada la ubicación del delito de tortura previsto en el art. 174 CP como un delito contra la Constitución, ya que lo que se debe proteger aquí son valores como la vida, la integridad física, la integridad psíquica, la salud, la dignidad que, en definitiva, suelen ser los afectados cuando se incumplen por parte de representantes del Estado las garantías constitucionales del privado de libertad. Véase: PORTILLA CONTRERAS (1996), cit., pp. 279-280.

fundamentarían también el injusto, ya sean las garantías constitucionales, las procesales, las personales o el correcto ejercicio de la función pública.<sup>576</sup>

De la sistemática finalmente adoptada por el legislador penal del año 1995, así como de la rúbrica del referido Título VII, y, sobre todo, de la estructura de los tipos, se deduce claramente que, desde una perspectiva individual, la integridad moral constituye el objeto de protección común a todos y cada uno de los delitos del Título VII del CP – incluido el delito de torturas– y el núcleo aglutinador de todos ellos.

Efectivamente, resulta un hecho evidente que la ubicación sistemática del art. 174 CP –integrado en el mencionado Título VII, el cual, hay que recordar, se encuentra entre los Títulos que regulan los delitos contra la libertad y los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales– revela la voluntad del legislador español de castigar la tortura en cuanto afecta a un derecho individual: la integridad moral del individuo. De la estructura típica de los arts. 174 y ss. CP, así como de la regla concursal prevista en el art. 177 CP, se deduce que el delito de tortura, tal y como ha quedado configurado, con la identificación de un bien jurídico individual concreto –la «integridad moral»–, no puede seguir entendiéndose como un delito pluriofensivo en relación a distintos bienes jurídicos que afectan al sujeto individual. El posible ataque a otros bienes jurídicos de esta naturaleza, derivados de los derechos fundamentales, como pueden ser la vida, la libertad, la integridad física, etc., se contemplan en los tipos correspondientes, de modo que, de entender que en los arts. 174 y ss. CP se protegen los derechos fundamentales en general, no sería posible el concurso previsto en el art. 177 CP, además de que la pena sería totalmente desproporcionada. Distinta es sin embargo la interpretación cuando, en el concreto delito de torturas, se tiene en cuenta *el contexto* en el cual dichos actos tienen lugar, sobre todo considerando la relación ciudadano-Estado como situación típica y teniendo en cuenta, además, la restricción del círculo de posibles sujetos activos, la exigencia expresa del abuso del cargo y la presencia en el propio art. 174 CP de una finalidad específica (elemento teleológico) no exigida en los restantes delitos contemplados en el Título VII. En estos casos habría que admitir la existencia de un delito pluriofensivo, donde, además de la integridad moral, se estarían protegiendo bienes jurídicos de carácter colectivo o supraindividuales como la Administración de

---

<sup>576</sup> De esta opinión: DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit., p. 86; REBOLLO VARGAS, cit., p. 269; RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 208.



Justicia, la función pública y su correcto ejercicio o las garantías procesales del ciudadano.<sup>577</sup>

Evidentemente, esta interpretación del art. 174 CP conduce a que, haciendo referencia al sujeto pasivo del delito de torturas, éste no puede únicamente limitarse al individuo en particular que sufre un atentado contra la integridad moral, ya que si se ha sostenido que el bien jurídico protegido por el art. 174 CP es de carácter pluriofensivo con respecto a determinados bienes jurídicos de carácter colectivo, por coherencia lógica, sujeto pasivo del mismo serían, además, el conjunto de los ciudadanos, ya que estos verían perjudicadas sus legítimas expectativas que se encuentran presididas por un correcto ejercicio de la función pública, en particular las que tendrían relación con el ejercicio de actividades indagatorias, sancionadoras y punitivas por parte del Estado.

Haciendo referencia a la vertiente individual del bien jurídico protegido por el art. 174 CP, la exigencia típica en el delito de torturas de sufrimiento físico o mental concreta el derecho a la integridad moral en su aspecto de bienestar personal, en el derecho de todo individuo al equilibrio físico y psíquico necesario para lograr, al menos potencialmente, su desarrollo como persona. De esta forma, cabría entender que el valor tutelado mediante el art. 174 CP es la inviolabilidad de la persona concebida como derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre, siendo, en definitiva, la indemnidad personal, la integridad psíquica y la salud en general el bien jurídico protegido.<sup>578</sup> Con esta concreción del bien jurídico se despejan las posibles dudas que pudieran existir sobre la identidad entre el bien jurídico integridad moral *ex art.* 174 CP y el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, pues la salud y la integridad física quedan definitivamente excluidas del concepto de integridad moral.<sup>579</sup> De este modo, si como medio de causar un sufrimiento físico o mental se afecta a la salud o integridad

---

<sup>577</sup> En este sentido, MUÑOZ CONDE concreta el bien jurídico protegido en el delito de tortura en el «ejercicio correcto y legítimo de la función pública por parte de sus representantes en aras de la defensa de los derechos fundamentales de los particulares protegidos por la Constitución». MUÑOZ CONDE, Francisco (1996): *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia: Tirant lo blanch, pp. 158-159. En parecidos términos, RODRÍGUEZ MESA señala que en el fundamento específico del injusto contenido en el art. 174 CP hay que situar en condiciones de igualdad un bien jurídico individual y un bien jurídico de carácter colectivo; la integridad moral, cuyo titular coincidiría con el objeto material del delito, y el correcto ejercicio de la función pública en el desempeño de sus actividades indagatorias, sancionadoras y punitivas, en cuanto interés de la colectividad y del Estado en el mantenimiento de los principios democráticos. Véase: RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 208. Véase también: DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit., p. 86.

<sup>578</sup> Véase al respecto: PORTILLA CONTRERAS (1996), cit., pp. 278-279, con interesante bibliografía complementaria.

<sup>579</sup> En los mismos términos: RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 192.

física de la persona, estos hechos se castigarán, como indica el art. 177 CP, de forma separada.

### **3.4. La conducta típica. Elementos de la misma (objetivo, subjetivo y teleológico)**

Lo primero que llama la atención del tenor literal del art. 174 CP es que el mismo utiliza el término «tortura» y ofrece su definición, a diferencia por tanto del CP 1973, cuyo art. 204bis no utilizaba dicha acepción, limitándose a agravar determinados comportamientos típicos cuando fueran realizados por autoridad o funcionario público en el curso de una investigación judicial o policial y con el fin de obtener una confesión o testimonio.

Como se ha señalado en un epígrafe anterior, el art. 174 CP contempla el delito de tortura en consonancia con el concepto del mismo contenido en las distintas normas de carácter internacional, con especial referencia al Art. 1 CAT,<sup>580</sup> si bien –como se verá a continuación– el legislador español ha intentado concretar más los medios a través de los cuales se pueden provocar a un sujeto «dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales». Así, la configuración de la tortura en Derecho internacional exige fundamentalmente la presencia de tres elementos: (1) Un elemento material u objetivo consistente en las propias acciones que constituyen tortura; (2) Un elemento subjetivo que hace referencia a la cualificación que se produce del sujeto activo de la conducta como representante del poder del Estado; (3) Un elemento teleológico que exige una determinada finalidad para configurar autónomamente el delito.<sup>581</sup> Pues bien, a partir de estas consideraciones, hay que decir que lo establecido en el analizado art. 174 CP se ajusta a estas tres exigencias.

Así, en lo que se refiere al elemento material u objetivo, el legislador español indica que comete tortura quien someta a otro a «condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias» supongan al sujeto pasivo «sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión» o que dichas condiciones o procedimientos atenten «de

---

<sup>580</sup> Convención firmada por España el 4 de febrero de 1985 y ratificada el 19 de octubre de 1987.

<sup>581</sup> Un análisis exhaustivo de estos tres elementos se lleva a cabo en el Capítulo V del presente trabajo.

cualquier otro modo», contra su integridad moral. Por consiguiente, desde un punto de vista objetivo pueden distinguirse en el art. 174 CP varias modalidades típicas: dos de resultado –cuando la realización de la conducta produzca un sufrimiento físico o psíquico en el sujeto, o supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión–, y una modalidad de mera actividad, consistente en someter al sujeto a condiciones o procedimientos que «de cualquier otro modo» atenten contra su integridad moral.<sup>582</sup> Estas tres modalidades típicas van a ser objeto de análisis en los párrafos siguientes.

Con todo, la primera cuestión problemática que se plantea en la determinación de la conducta típica prevista en el art. 174 CP consiste en la correcta delimitación e interpretación de los términos «someter a condiciones y procedimientos». Si se relaciona el significado gramatical de estos términos con una de las finalidades atribuidas a la norma, a saber, castigar los atentados más graves contra la integridad moral, se llega a la conclusión, ya obtenida por GRIMA LIZANDRA, de que la utilización de esta fórmula por el legislador trasluce la idea de reiteración, sistemática, método o al menos permanencia.<sup>583</sup> Ello lleva a excluir del ámbito típico del delito de tortura los atentados contra la integridad moral que sean consecuencia de un acto aislado, como por ejemplo puede ser un bofetón durante un interrogatorio, que de este modo pasarían a integrarse en el art. 175 CP. Por tanto, y en virtud de esta interpretación, la expresión «condiciones y procedimientos» va a ser un criterio básico para delimitar las conductas del art. 174 CP con respecto a las previstas en el art. 175 CP: En el delito propiamente de tortura no tienen cabida aquellos atentados a la integridad moral que no sean consecuencia de ese sometimiento a «condiciones o procedimientos», es decir, que no sean sistemáticos o de cierta permanencia. A partir de lo explicado, en un principio cabría considerar las amenazas proferidas contra Magnus Gäfgen a instancias del Vicepresidente de la Policía de Frankfurt como una conducta susceptible de ser subsumida en el art. 175 CP, no así en el delito de torturas previsto en el art. 174 CP, ya que salta a la vista que el menoscabo psíquico que sufrió Gäfgen a través de los diez minutos de miedo que le produjo la amenaza con sufrir dolores físicos tiene sin duda una entidad valorativa menor que las conductas asociadas a la expresión «condiciones o

---

<sup>582</sup> Por su parte, un sector doctrinal considera que en los tres supuestos se está ante delitos de resultado. Véase al respecto: DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit., pp. 92-93; GRIMA LIZANDRA, cit., p. 115 («delitos de resultado con medios tasados»).

<sup>583</sup> GRIMA LIZANDRA, cit., p. 129. De la misma opinión: RODRÍGUEZ MESA, cit., pp. 235-236.

procedimientos». Ahora bien, resulta innegable que esta expresión contenida en el repetido art. 174 CP denota una evidente indeterminación, la cual únicamente puede ser resuelta analizando cada caso en concreto. Además, y como se verá posteriormente, en el caso «Jakob von Metzler» hay que tener en cuenta el contexto en el cual tuvieron lugar las amenazas, algo que sin duda se conecta directamente con el elemento teleológico. Para un importante sector doctrinal, es precisamente este elemento teleológico, inherente al delito de torturas, el criterio diferenciador esencial entre el tipo previsto en el art. 174 CP y aquél contemplado en el art. 175 CP.

*Someter a condiciones o procedimientos que le supongan a la víctima sufrimientos físicos o mentales.* El dolor o el sufrimiento, sea físico o psíquico, es el resultado por excelencia de la tortura, hasta el punto de que según la definición internacional de la misma, el resultado exclusivo de la tortura es el provocar dolores o sufrimientos físicos o psíquicos en la víctima. En virtud del tenor literal del art. 174 CP hay que entender por tanto que la tortura en España comprende tanto la física como la psicológica. Así se resalta la importancia que en la actualidad tiene la denominada «tortura psicológica» (merced a los avances científicos y tecnológicos), sin olvidar eso sí la realidad del sufrimiento físico. Ahora bien, a diferencia del concepto internacional, en el que se exige expresamente la gravedad de los sufrimientos, en el art. 174 CP se prescinde de la exigencia de este requisito. En este sentido, el criterio utilizado para la graduación de la pena en el art. 174 CP revela que van a considerarse típicos no sólo los sufrimientos graves, sino también los menos graves. Asimismo, es importante resaltar que mientras que en los textos internacionales la existencia del sufrimiento físico o psíquico es imprescindible para hablar de tortura, tal y como está redactado el art. 174 CP, el sufrimiento es sólo uno de los resultados propios del atentado contra la integridad moral, quizá uno de los más graves, pero no el único. Y es que cabe resaltar que el mencionado precepto, a modo de cláusula de cierre, señala que también se cometerá tortura cuando se someta a la víctima a condiciones o procedimientos que «de cualquier otro modo», atenten contra su integridad moral. Por tanto, cuando con los requisitos establecidos en el art. 174.1 CP se atente de cualquier otro modo contra la integridad moral, aunque no se cause sufrimiento, la conducta también podrá ser constitutiva de un delito de tortura. Por otro lado, el principal problema, según la doctrina, de la exigencia de sufrimiento, sobre todo cuando éste no se deriva de una actuación sobre el cuerpo, consiste en que, al no tratarse de algo externo, percible por los sentidos –como por

ejemplo ocurre con las lesiones—, el único criterio de valoración disponible será eminentemente subjetivo.<sup>584</sup> Con todo, lo importante en este punto es señalar que puede existir tortura aunque quizá no exista dolor físico; la simple amenaza de producir dolor físico, en cuanto da lugar a un sufrimiento mental o psicológico, puede ser una conducta constitutiva de un delito de torturas, eso sí, siempre y cuando la misma consista en someter a la víctima a las mencionadas «condiciones o procedimientos».

*Someter a condiciones o procedimientos que le supongan la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión.* Según señala RODRÍGUEZ MESA, la incorporación de este resultado al delito de tortura ha supuesto una notable ampliación del mismo en relación con el concepto internacional, y ha venido a cubrir el empleo de métodos que, sin producir necesariamente un dolor o sufrimiento físico o psíquico, anulen la personalidad o disminuyan la capacidad física o mental de la víctima de torturas. Del análisis de cada una de las facultades que han de quedar afectadas (conocimiento, discernimiento o decisión) se deduce que la anulación o disminución de cualquiera de ellas supone de por sí la supresión, o al menos la disminución de las posibilidades de autocontrol del individuo y de libertad del mismo en el proceso de formación de la voluntad, atentándose de este modo contra la integridad moral en cuanto se afecta al propio equilibrio emocional del sujeto.<sup>585</sup>

*Someter a condiciones o procedimientos que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral.* Una de las cuestiones más reiteradamente criticadas por la doctrina en relación con el art. 174 CP ha consistido en la utilización por parte del legislador de la expresión «o de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral», a la que se considera una fórmula residual o cláusula de cierre que viene a ampliar desmesuradamente el tipo y, de este modo, a dificultar la interpretación del mismo, haciendo prácticamente inviable su diferenciación con los otros delitos contra la integridad moral, en especial con los previstos en el art. 175 CP.<sup>586</sup> Para MUÑOZ

---

<sup>584</sup> RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 239.

<sup>585</sup> *Ibidem*, p. 240. Para GRIMA LIZANDRA, con estas tres acepciones quedan protegidas por el art. 174 CP todas las facultades que integran el proceso de formación de la voluntad del ser humano, como presupuesto de su libertad de actuación. Se trata en definitiva de impedir la introducción de cualquier factor extraño que interfiera (en mayor o menor medida) en la libertad de la voluntad, en el proceso de formación de la voluntad para su posterior ejecución libre. Véase: GRIMA LIZANDRA, cit., p. 134.

<sup>586</sup> Véase al respecto, entre otros: BARQUÍN SANZ (2001), cit., p. 161. DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit., p. 93. En contra: RODRÍGUEZ MESA, cit., pp. 244-245. Esta autora considera que mediante esta expresión no se produce necesariamente una ampliación desmesurada del tipo. Una vez excluidos los

SÁNCHEZ, tal formulación permite incluir en el tipo muy diversos comportamientos. En este sentido, no existe duda de la inclusión de los comportamientos violentos, entendiendo como tales aquellos que utilicen fuerza física sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como los golpes, maltratos físicos, etc. Sin embargo, el mencionado autor señala que también son incluibles en el art. 174 CP comportamientos que, sin ejercer fuerza física sobre el detenido, tienen no obstante virtualidad para incidir sobre su integridad moral. Este es el caso de los medios psíquicos o químicos que supongan la merma de la capacidad del detenido, como son las técnicas de desorientación sensorial, el suministro de narcóticos, el suero de la verdad, la amenaza a familiares, el sometimiento a situaciones de presión psíquica como la de presenciar el cadáver de la víctima, etc.<sup>587</sup>

En cuanto al segundo de los elementos (subjetivo) configurador del concepto de tortura a nivel internacional, el tipo del art. 174 CP exige, efectivamente, que el sujeto activo sea «autoridad o funcionario público» (apartado 1) o bien «autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores» (apartado 2).<sup>588</sup> Resulta por tanto evidente que el ámbito propio del art. 174 CP se encuentra en torno a los funcionarios con competencias específicas de investigación o custodia de detenidos, dado que los supuestos traídos a colación por el apartado primero del mencionado precepto se ubican claramente en la negra tradición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes cometidos por funcionarios policiales y

---

supuestos de atentado a la integridad moral en los que se causa al sujeto pasivo un sufrimiento físico o psíquico o se anulan o disminuyen sus facultades intelectivas, el ámbito de conductas abarcadas por la expresión «atentado de cualquier otro modo contra la integridad moral» se reduce notablemente. En efecto, si el bien jurídico «integridad moral» ha sido definido como la inviolabilidad de la conciencia y el respeto a la condición humana, los otros posibles atentados contra la integridad moral han de consistir en supuestos en los que se trate a la persona por debajo de su condición; esto es, tratos degradantes o humillantes. Por tanto, es posible restringir la expresión «atentado de cualquier otro modo contra la integridad moral» concretándola en los supuestos de tratos degradantes o humillantes que se lleven a cabo de la forma prevista por el tipo y con alguna de las finalidades previstas en el mismo. En parecidos términos, REBOLLO VARGAS señala que únicamente se incurrirá en el tipo previsto en la mencionada cláusula de cierre cuando el menoscabo grave a la integridad moral se lleve a cabo con alguna de las finalidades previstas en el tipo (elemento teleológico), ya que, de lo contrario, el comportamiento sería subsumible en el art. 175 CP y no en el delito de tortura. REBOLLO VARGAS, cit., p. 273.

<sup>587</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, cit., p. 71.

<sup>588</sup> Por consiguiente, en este caso se hace necesario acudir a la norma contenida en el art. 24 CP; precepto en el que el legislador español lleva a cabo una interpretación auténtica de lo que ha de entenderse por autoridad o funcionario público a efectos penales. Además, y según lo dispuesto en el art. 4 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCS), ostentan el carácter de tales las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación (Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil), los Cuerpos de Policía dependientes de la Comunidad Autónoma y los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales. En este punto conviene recordar que el texto de la CAT (Art. 1) señala que el sujeto activo de las conductas contenidas en dicho precepto puede ser en principio cualquiera, esto es, un particular o bien un funcionario público o autoridad.

judiciales contra ciudadanos objeto de investigación o privados de libertad. Además, tal precisión terminológica en lo referente al sujeto activo del art. 174 CP se deriva de la conexión de los dos requisitos exigidos por el tipo: (1) Por una parte se alude a que la autoridad o funcionario actúe con «abuso de su cargo»; (2) Por otra, que lo haga «con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla (...), o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación». Por consiguiente, las atribuciones o facultades que la función pública le atribuye al funcionario en cuestión deben estar enderezadas a las finalidades exigidas por el tipo, lo que implica que se refiere únicamente a aquellas funciones que le permitan al funcionario detener o practicar otras diligencias dirigidas a esclarecer los hechos o a identificar al autor, o bien custodiar al detenido. Y ello, lógicamente, sólo compete a los funcionarios que tienen encomendada la función de investigación y persecución de delitos o la custodia de detenidos.

A partir de lo señalado en el párrafo anterior, el delito de tortura se configura en el ordenamiento jurídico-penal español como un delito especial impropio.<sup>589</sup> El círculo de los posibles sujetos activos de esta conducta está circunscrito a la autoridad o funcionario público que actúa abusando de su cargo. Quiere esto decir que cometerá el hecho delictivo la autoridad o funcionario público que, estando en el ejercicio de las funciones públicas propias de su cargo que le ha sido encomendado, se aprovecha de la situación de superioridad en la que dicho cargo le sitúa para hacer un uso desviado del poder y las atribuciones inherentes al mismo.<sup>590</sup> En este sentido, la actuación del

---

<sup>589</sup> La consideración como impropio de este delito especial viene dada por la existencia de un tipo común aplicable a quienes realizan idéntica conducta pero sin poseer la condición personal exigida en el tipo especial previsto en el art. 174 CP. Así, el art. 173 CP tipifica el trato degradante, hipótesis que en teoría constituye el eslabón inferior de los diversos ataques típicos a la integridad moral, pero que de hecho no resulta suficientemente diferenciada de la tortura. Ahora bien, si en el art. 173 CP fueran subsumibles todas y cada una de las conductas típicas previstas en el art. 174 CP, no existiría duda alguna en admitir que se está en presencia de un delito especial impropio, y ello, por supuesto, con independencia de su naturaleza autónoma. Sin embargo, mientras que a los efectos del delito de tortura son típicos todos los atentados contra la integridad moral –los graves y los menos graves–, el delito común contenido en el art. 173 CP sólo castiga el menoscabo *grave* de la integridad moral. De ahí que no pueda afirmarse la total correlación entre una y otra figura delictiva. La correspondencia es, por tanto, únicamente parcial: cuando se trata de comportamientos que atentan gravemente contra la integridad moral. Por consiguiente, los atentados no graves contra la integridad moral únicamente resultan típicos cuando sean cometidos por una autoridad o funcionario público. De este opinión, entre otros: MUÑOZ SÁNCHEZ, cit., p. 59; REBOLLO VARGAS, cit., p. 270; TAMARIT SUMALLA, cit. p. 866. En el polo opuesto, DE LA CUESTA ARZAMENDI considera que el art. 174 CP constituye un delito especial propio, pues, en su opinión, el Texto Punitivo no contempla una figura paralela común que comprenda todos los supuestos previstos en el repetido art. 174 CP. Véase: DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit., p. 90.

<sup>590</sup> En opinión de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, el «abuso del cargo» al que hace referencia el art. 174 CP no puede entenderse como un elemento subjetivo, como antiguamente se hacía, sino más bien como un elemento objetivo que desvalora especialmente la acción y que suele dar lugar al concurso con otros

funcionario o autoridad «abusando de su cargo» –lo cual, lógicamente, excluirá la aplicación de la agravante prevista en el núm. 7 del art. 22 CP al estar consumida por este elemento del tipo– exigirá que el sujeto activo esté ejerciendo de manera genérica o específica sus funciones, pero, eso sí, no actuando en ningún caso por móviles privados. Un particular no puede por tanto realizar un delito de tortura según la legislación penal española, sin que ello signifique no obstante que su actuación quede impune, ya que la misma puede ser reconducida al art. 173 CP. El sujeto activo del art. 174 CP, además de atender contra la integridad moral, lo hace con infracción de los deberes especiales que le habilitan las normas que rigen el proceso de investigación policial o judicial o la custodia de presos y detenidos. Obviamente, y si bien el propio art. 174 CP se refiere genéricamente a cualquier funcionario público, el delito contenido en la mencionada disposición no lo podrá cometer cualquier autoridad o funcionario público, sino sólo aquellos que, por razón de las funciones que desempeñan o deben desempeñar, tengan encomendadas tareas de investigación judicial o policial o la custodia de detenidos, presos o sometidos a medidas cautelares o correctivas personales.

Por último, en la conducta típica contemplada en el art. 174 CP también concurre, en tercer lugar, un elemento teleológico, al exigirse que el sujeto activo actúe «con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación». El tipo se configura, por tanto, como un delito de intención o de tendencia interna intensificada. La redacción amplia de este tercer elemento coincide prácticamente en su totalidad con lo establecido en el Art. 1 CAT (faltando sólo la finalidad de «intimidar o coaccionar» al sujeto destinatario de las torturas o a otras personas). Lógicamente, la finalidad, cualquiera de estas tres descritas, cierra el círculo de conductas que pueden ser subsumibles en el tipo penal de tortura del art. 174 CP.

Para un amplio sector de la doctrina penal española, este elemento teleológico no es más que un especial elemento subjetivo del tipo que caracteriza al delito de tortura frente a otros comportamientos de parecida naturaleza pero que no persiguen la

---

delitos como detenciones ilegales, injurias, lesiones, etc. (art. 177 CP). ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, cit., p. 896. Por su parte, CONDE-PUMPIDO TOURÓN considera que la expresión «abusar del cargo» significa excederse en las atribuciones que el mismo concede, utilizar desviadamente las facultades que la función pública atribuye, aprovecharse indebidamente de la situación de subordinación en que el ciudadano se encuentra respecto del funcionario. CONDE-PUMPIDO TOURÓN (2004), cit., p. 544.



obtención de información o la aplicación de un castigo ni se realizan por motivos discriminatorios.<sup>591</sup> Este especial elemento subjetivo, sin cuya concurrencia se estaría delante del tipo regulado en el art. 175 CP, es el que constituye la esencia de la llamada «tortura indagatoria» y el que justifica la previsión de una pena de mayor gravedad al expresar no sólo el ataque contra bienes jurídicos fundamentales de carácter individual, sino también el abuso por parte del sujeto activo de su condición de funcionario, traspasando las fronteras de su legitimación para investigar un determinado hecho o atribuyéndose facultades que le son ajenas, como el poder de aplicar un castigo por un hecho cometido o que se sospeche que el sujeto pasivo ha cometido. Evidentemente, tal específica finalidad en el actuar del sujeto activo (resultando irrelevante que lo consiga o no para apreciar un delito de tortura, por lo que se está delante de un delito de resultado cortado), hace inimaginable una situación que no sea la del actuar a título de dolo directo. Ahora bien, lo que debe quedar claro es que el dolo es respecto a la afección de los malos tratos o padecimientos físicos o psíquicos vejatorios, no sobre el resultado material de los mismos: lesiones, muertes, violaciones, etc., los cuales, evidentemente, pueden ser causados a título de imprudencia. Por tanto, si de acuerdo con lo dispuesto en el art. 177 CP, las eventuales lesiones, muertes, etc. producidas como consecuencia de los actos previstos en el art. 174 CP se castigan separadamente, en caso de producirse las mismas podrán ser imputadas a título de imprudencia, siempre y cuando el tipo lo permita.

Por lo demás, la presencia de alguno de esos elementos subjetivos del tipo en el art. 174 CP diferencia cualitativamente la tortura de cualquier otro trato inhumano o degradante cometido por funcionario público,<sup>592</sup> constituyendo, como se ha visto, el principal factor de delimitación de los ámbitos propios de los arts. 174.1 y 175 CP, precepto este último que será analizado en un epígrafe posterior. A su vez, el fin de obtener una confesión o información coincide con lo que tradicionalmente se ha denominado tortura indagatoria, mientras que la finalidad de castigar viene a integrar la denominada tortura punitiva o vindicativa.

---

<sup>591</sup> Véase, entre otros: DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit., p. 95; GRIMA LIZANDRA, cit., p. 115; MUÑOZ CONDE (2002), cit., p. 189; REBOLLO VARGAS, cit., pp. 273-274; RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 246.

<sup>592</sup> Ya al analizar el concepto internacional de tortura y su distinción con los tratos inhumanos y degradantes, se puso de relieve que la diferencia entre ambos no era sólo cuantitativa, sino sobre todo cualitativa, por la presencia de determinados fines en el caso de la tortura, no exigidos en los supuestos de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Véase al respecto el Capítulo V del trabajo.

Hay que decir por último que el término «obtener información» ha venido a sustituir al anterior «testimonio», vocablo utilizado en el derogado art. 204bis CP 1973. Efectivamente, por testimonio se entendía «la declaración efectuada por el interrogado sobre determinados datos de interés para la investigación judicial o policial», con lo que quedaban fuera del concepto de tortura todos los supuestos en los que se pretendiera del interrogado una declaración distinta de la confesión. Al sustituirse por el término «información» se amplía este elemento subjetivo a cualquier tipo de declaración prestada tanto por el imputado como por un tercero, pudiéndose incluir también la aportación de datos o hechos al procedimiento. Al no exigirse ya que la conducta se lleve a cabo en el marco de un interrogatorio policial o investigación judicial, resulta indiferente que la confesión o la información que se pretende obtener haya de versar sobre hechos constitutivos de delito, siendo suficiente que tengan cierta relevancia para el procedimiento que se sigue.<sup>593</sup>

### **3.5. Causas de justificación**

#### **3.5.1. Introducción. Sobre la eventual justificación de la tortura**

Por sus particulares características que han sido analizadas en los epígrafes anteriores, la tortura no admite en principio otras causas de exención de la responsabilidad criminal que las relativas a la inimputabilidad, aunque, lógicamente, una aproximación criminológica a este delito revela que tal posibilidad sería extraña a la realidad cotidiana, dadas las características personales que presenta el sujeto activo de la conducta típica prevista en el art. 174 CP (autoridad o funcionario público).

En sentido general, el análisis de la posible justificación de la conducta típica prevista en el art. 174 CP ha venido precedido y determinado por el análisis de las normas que a nivel internacional y constitucional establecen la prohibición de la tortura.

En primer lugar, la alusión del art. 15 CE a que la tortura se prohíbe «en cualquier caso», ha sido interpretada por la amplia mayoría de la doctrina penal española como la negación de toda posible justificación o exculpación basada en el

---

<sup>593</sup> En los mismos términos: RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 248, con bibliografía complementaria.

estado de necesidad, o bien en otra causa de justificación. Ello da lugar a que se afirme con rotundidad que nunca el recurso a la tortura puede considerarse justificado; de que ningún interés, ya sea éste privado o estatal, que se encuentre en conflicto, se puede considerar prevalente, dando derecho a la utilización de este controvertido instrumento.

Por tanto, y desde una perspectiva constitucional, la tortura –o su amenaza– no puede en principio justificarse *en ningún caso*, ni siquiera cuando se actúa con la intención o expectativa de que la información proporcionada por el sujeto pasivo mediante los malos tratos pueda permitir salvar importantes bienes jurídicos como la vida o la integridad de otras personas, aunque sean centenares.<sup>594</sup> Tal y como señala al respecto TAMARIT SUMALLA, tan tajante prohibición constitucional priva de fundamento a todo intento de contextualizar la tortura (incluso con fines meramente atenuatorios) en la lucha por defender el orden público democrático frente a, por ejemplo, la subversión terrorista, permitiendo resolver sin ulteriores consideraciones supuestos académicos como la tortura infligida a un terrorista para arrancarle la información sobre el lugar donde ha colocado un artefacto explosivo.<sup>595</sup>

En segundo lugar, y en línea con lo sostenido por el legislador constitucional español, los textos internacionales que proclaman la prohibición de la tortura se han ocupado, a su vez, de señalar expresamente que no se permiten derogaciones de tal prohibición en situaciones excepcionales. Así, el Art. 2.2. CAT 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».<sup>596</sup>

Por otro lado, hay que hacer también referencia al carácter intangible de la dignidad humana, lo cual trae como resultado la imposibilidad de que un Estado democrático de Derecho pueda elaborar normas específicas que introduzcan excepciones a la prohibición de la tortura, tengan las mismas que aplicarse *ex ante* o *ex post*. Hay que recordar en este sentido que, según señala taxativamente el art. 10 CE, la dignidad de la persona es «fundamento del orden político y de la paz social». A partir de estas consideraciones, la práctica de la tortura supone negar al ciudadano su condición

---

<sup>594</sup> De esta opinión, entre otros: BARQUÍN SANZ (2001), cit., p. 177; LASCURAÍN SÁNCHEZ, cit., p. 508; REBOLLO VARGAS, cit., p. 279; TAMARIT SUMALLA, cit., p. 868; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, cit., pp. 902-903.

<sup>595</sup> TAMARIT SUMALLA, cit., p. 868.

<sup>596</sup> En prácticamente los mismos términos se establece en el Art. 15.2 CEDH y el Art. 4.2 PIDCyP.

de sujeto, utilizándolo como un mero «objeto». Ello significa negarle su dignidad como ser humano, que es la premisa sobre la que se asienta el Estado social y democrático de Derecho. Por ello, la mayoría de la doctrina española considera que, por regla general, el Ordenamiento jurídico no podrá justificar una conducta (la tortura indagatoria), la cual supone negar el fundamento del propio Estado de Derecho.<sup>597</sup>

En líneas generales, puede observarse cómo los autores que han tratado esta cuestión utilizan tres tipos de limitaciones a la posibilidad de justificar la tortura: (1) en primer lugar se acude a límites legales derivados fundamentalmente de los Convenios internacionales y de la propia Constitución, los cuales prohíben el uso de la tortura en todo caso; (2) en segundo lugar, límites deontológicos basados en la dignidad humana como frontera infranqueable a esta práctica; y (3) por último, límites utilitaristas que toman como punto de partida el argumento de la «ruptura del dique» o «pendiente resbaladiza» en los siguientes términos: optar por la tortura comporta mayores males que los que se tratan de evitar, ya que su utilización en un caso excepcional da lugar a que esa «excepcionalidad» se vaya con el tiempo generalizando. En consecuencia, las conductas descritas en los arts. 174 y ss. CP, puesto que consisten en diversas modalidades de tortura y de tratos inhumanos o degradantes de las expresamente prohibidas por el art. 15 CE, no pueden nunca en principio estar justificadas. Esto se aplica a todas y cada una de las concretas causas de justificación que admite el Derecho penal español, y que serán analizadas posteriormente.

La adhesión a la corriente doctrinal mayoritaria que entiende inadmisibles, en cualquier caso, la justificación de la tortura incluso en los casos más extremos,<sup>598</sup> sería un argumento más que suficiente para renunciar al análisis de cada una de las causas de justificación en relación al delito de tortura previsto en el art. 174 CP. No obstante, tal y como de forma atinada observa BARQUÍN SANZ, «la realidad de los hechos obliga a permanecer alerta y no despreciar ni uno solo de los muchos argumentos que se pueden emplear para rebatir a quienes de una u otra manera pretenden justificar determinados casos de tortura».<sup>599</sup>

---

<sup>597</sup> Véase al respecto, por todos: GRIMA LIZANDRA, cit., p. 167. Véase también la STS de 22 de enero de 1996.

<sup>598</sup> RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 286, con importante bibliografía complementaria.

<sup>599</sup> BARQUÍN SANZ (1992), cit., p. 267.

Y es que, en el sentido apuntado, existe un grupo de autores que consideran defendible la solución contraria, esto es, que la invocación de las causas de justificación no puede ser descartada sin más por un recurso a la prohibición internacional o constitucional de la tortura. Por consiguiente, sobre la base del derecho positivo español, esta cuestión no es desde luego plenamente pacífica, ofreciéndose en la doctrina interpretaciones contrapuestas. Es por ello que tiene sentido preguntarse sobre la posible aplicación de causas de justificación (o de exculpación) en supuestos de tortura como el que constituye la base del presente trabajo.

Hay que decir al respecto que el debate en torno a esta controvertida cuestión se ha abierto en las últimas fechas al ponerse encima de la mesa casos especialmente dramáticos. La barrera legal en buena medida firme que se erige contra una posible justificación de determinadas prácticas de tortura tiene aparentemente un resquicio por donde se han apresurado a entrar sus nuevos defensores: la justificación del hecho típico invocando un estado de necesidad y acudiendo al instituto conocido como «tortura de rescate». Y es que, ¿podría en algún caso excepcional justificarse la tortura con la finalidad de evitar un mal mayor? Tal y como se vio en el Capítulo IV con respecto a la situación en Alemania, en este tema es fácil dejarse llevar por los sentimientos. Ello explica que los debates en la opinión pública estén cuajados de afirmaciones absolutas, sin atisbo de duda, tanto a favor como en contra de la justificación de la tortura. Debate que, como se verá a continuación, se ha trasladado también a un contexto exclusivamente jurídico-penal.

Analizando en primer lugar las normas internacionales, es objeto de discusión si la tortura o su amenaza podrían estar justificadas de alguna manera, puesto que, aunque los textos en la materia prohíben que el derecho a no ser torturado sea objeto de excepción alguna, no es menos cierto que subsisten lagunas de ambigüedad. Así, para un grupo de autores, cabe imaginar supuestos de grave y masiva puesta en peligro inmediato de bienes jurídicos individuales en los que el recurso a la tortura –en su variedad inquisitiva, es decir, para obtener una información– puede plantearse como un medio de salvación. Esto suscita el problema de la aplicabilidad o no a la tortura de circunstancias como la legítima defensa de terceros, el auxilio necesario, o el estado de necesidad justificante; supuestos no aludidos, ni directa ni indirectamente, por la Convención contra la Tortura. Así, para DE LA CUESTA ARZAMENDI, y limitando en este caso el análisis a la normativa internacional, un examen atento de los apartados 2 y 3 del

Art. 2 CAT,<sup>600</sup> curiosamente y frente a lo que impulsivamente se tiende a pensar, inclina la balanza hacia la respuesta afirmativa.<sup>601</sup> Para el mencionado autor, puede defenderse que la prohibición de la tortura que establece la CAT no es tanto «una de carácter absoluto y general» (incluso para casos particulares y concretos de puesta en grave peligro de bienes jurídicos individuales), cuanto una prohibición «dirigida a impedir toda posible justificación alegable por los Gobiernos» para «prácticas» de tortura, la cual no excluiría, por tanto, la posible eficacia de circunstancias conocidas por el Derecho penal respecto de actos individuales dirigidos a lograr, a través de la tortura, la salvación de importantes bienes jurídicos individuales de terceras personas.<sup>602</sup> En efecto, a pesar de lo postulado por importantes sectores –como Amnistía Internacional– no es fácil deducir de la fórmula de la Convención una prohibición total y absoluta de la tortura desde el prisma penal. Teniendo en cuenta que la CAT ha preferido aludir sólo a la obediencia debida entre las posibles eximentes conocidas por el Derecho penal, parece dejar abierta la puerta a la posible justificación de actos de tortura en casos de grave y masiva puesta en peligro de destrucción inmediata de bienes jurídicos individuales, únicamente conjurables a través de la obtención inmediata de una información que quien la detenta se niega a ofrecer.<sup>603</sup> Esta es sin duda la situación que se dio en los acontecimientos vividos en Frankfurt a.M. en el otoño del año 2002, donde la vida del menor secuestrado se encontraba en serio peligro debido a la negativa del sujeto detenido a dar la información pertinente que permitiese la localización del pequeño Jakob.

Mucho más adecuado y estricto resulta en este sentido el Convenio de Roma de 1950 (CEDH). Así, el texto del Convenio, aun cuando en su Art. 15 autoriza que circunstancias como la guerra o peligros públicos puedan determinar la adopción de medidas contrarias al CEDH, excluye expresamente a la prohibición de la tortura de

---

<sup>600</sup> Art. 2.2 CAT: «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». Art. 2.3 CAT: «No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura».

<sup>601</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI (1989), cit., pp. 699-700.

<sup>602</sup> *Ibidem*, p. 700.

<sup>603</sup> En contra de esta interpretación se postula BARQUÍN SANZ. Para el mencionado autor, la aparente ambigüedad de las normas internacionales no es desde luego demasiado preocupante en lo que a sus efectos sobre el Derecho penal español se refiere, puesto que la CE no necesita en este punto de complemento alguno, ya que expresa claramente en su art. 15 que el derecho a estar libre de tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes no puede vulnerarse en ningún caso, lo que debe ser interpretado literalmente, aunque siempre en el ámbito normativo, en el sentido de que no cabe excepción alguna a la antijuricidad de estos hechos. Véase: BARQUÍN SANZ (2001), cit., p. 178, con bibliografía complementaria.

entre las disposiciones susceptibles de derogación por estas causas. De ahí que DE LA CUESTA ARZAMENDI considere que, en un contexto estrictamente europeo, la prohibición de la tortura es realmente absoluta, no admitiendo ninguna excepción ni justificación.<sup>604</sup>

Ante la situación descrita, el mencionado autor se pregunta si no debiera ampliarse la prohibición internacional de la tortura a todos los supuestos, incluso a los casos de ataques masivos e inmediatos a bienes jurídicos individuales, propugnando en este sentido la adopción con carácter inmediato de una resolución internacional que declarase terminantemente, «y sin excepción», la imposible justificación penal de cualquier acto de tortura.<sup>605</sup>

Otro grupo de autores centra su análisis en el tenor literal del art. 15 CE para introducir un resquicio interpretativo que permita en algunos casos justificar la aplicación de torturas por parte de instancias estatales. Así, por ejemplo, GRIMA LIZANDRA considera que la expresión «en ningún caso» del art. 15 CE no debe interpretarse del modo en que lo hace la mayoría de la doctrina penal y constitucional. En su opinión, dicha expresión tiene eficacia únicamente desde la perspectiva política, no así desde una vertiente jurídico-penal. Con dicha locución se pretende destacar el carácter absoluto de la prohibición de torturas en el ámbito jurídico-político: ninguna situación de emergencia pública (interna o internacional) justifica la práctica de torturas. Así viene establecido, por ejemplo, tanto en el PIDCyP, como en la CEDH y la CAT. Con ello se proclama que no hay intereses generales que se consideren superiores al de la prohibición de la tortura. Ni aun la más grave situación de peligro para el propio sistema democrático o la supervivencia del Estado pueden por tanto justificar la tortura. Sin embargo, y siguiendo con los argumentos aducidos por GRIMA LIZANDRA, la locución «en ningún caso» no resuelve la cuestión jurídico-penal relativa a la eventual aplicación de las causas de justificación previstas en el Texto Punitivo al funcionario

---

<sup>604</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI (1989), cit., pp. 704-705. En los mismos términos: MUÑOZ SÁNCHEZ, cit., p. 87, quien considera también que, en el ámbito europeo, la prohibición de la tortura es absoluta, no cabiendo ninguna justificación. Y es precisamente conforme a este sentido como debe ser interpretada la expresión constitucional «en ningún caso». Véase también: GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel (2008): «Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la justicia tolerable», en: GARCÍA VALDÉS, Carlos, *et al.* (coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid: Edisofer, p. 956: «[L]a prohibición general y sin excepciones de la tortura contenida en el Art. 3 CEDH, en comparación con las excepciones expresamente aludidas en el Art. 2 CEDH, relativas a la prohibición general de matar intencionalmente, debe entenderse como excluyente de cualquier causa de justificación general o específica de torturar por parte del Estado».

<sup>605</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI (1989), cit., p. 705.

público que, en un supuesto excepcional, lleva a cabo conductas subsumibles en el ámbito típico del art. 174 CP.<sup>606</sup>

Aparte de la fundamentación constitucional, la mayoría de la doctrina española estima que las distintas causas de justificación previstas en el CP resultan incompatibles con la práctica de la tortura y que en ningún caso se darían sus requisitos. Tal inaplicabilidad ha sido defendida por MAQUEDA ABREU con carácter general para todas las causas de justificación, por entender que la violencia característica de la tortura se opone a los principios de necesidad y menor lesividad posible que rigen en el marco de la justificación,<sup>607</sup> mientras que el resto de la doctrina se ha limitado a señalar que las distintas causas de justificación no son de aplicación por no concurrir sus requisitos. Así, PORTILLA CONTRERAS considera que, teniendo en cuenta la cualidad profesional de los sujetos activos del delito de torturas, el funcionario es garante de la persona privada de libertad y, por lo tanto, debe respetar por encima de todo las garantías constitucionales que la protegen, incluido, lógicamente, lo previsto en el art. 15 CE. Para el mencionado autor, lo contrario significaría poner en peligro el propio sistema democrático, puesto que se estaría concediendo al Estado la posibilidad de vulnerar las citadas garantías y los derechos fundamentales de personas que aún no han sido juzgadas.<sup>608</sup>

Con todo, en España existe también un sector doctrinal que se muestra partidario de analizar con algún detenimiento la eventual viabilidad de alegar, por ejemplo, una situación de estado de necesidad para legitimar la práctica de la tortura. Así, podría pensarse en el caso de un terrorista que dispone de determinada información sobre un próximo atentado indiscriminado o, incluso, que es él mismo quien ha dispuesto la acción para que una bomba explote en un lugar determinado cuando se encuentra concurrido de gente ¿Cabría plantear en este caso la posibilidad de someter a tortura al terrorista para obtener la información precisa y desactivar el explosivo, evitándose con

---

<sup>606</sup> GRIMA LIZANDRA, cit., pp. 159-160, si bien el mencionado autor considera que existen razones jurídicas y políticas de peso para afirmar que, en la generalidad de los casos, no podrán concurrir causas de justificación en relación a la tortura indagatoria. Por tanto, y aun admitiendo como posibilidad que en algunos supuestos excepcionales concurren causas de justificación, la misma tendría que ser mínima y tasada. De lo contrario se correría el riesgo de conceder al Estado (a través de sus funcionarios) una patente de corso para torturar a su antojo.

<sup>607</sup> MAQUEDA ABREU, cit., p. 472.

<sup>608</sup> PORTILLA CONTRERAS (1996), cit., p. 290.



ello el atentado y la muerte de ciudadanos inocentes?<sup>609</sup> Hay que decir que, al respecto, la doctrina mayoritaria se ha mostrado contraria a admitir esa posibilidad. Los argumentos para ello son distintos. Desde los que se acaban de mencionar, es decir, desde el rechazo constitucional y del derivado de los textos internacionales, a partir de los cuales se desprende la prohibición de la tortura incluso en situaciones excepcionales; a los que inciden en que se trata de una eximente que no es de aplicación a las intervenciones estatales; o los que parten del criterio de que –además– no concurren los requisitos precisos del estado de necesidad, en tanto que (en el plano estricto de la ponderación) no sólo se lesiona el bien jurídico personal de la víctima, sino igualmente los principios que inspiran el propio Estado de Derecho. Sin embargo, como se verá en los epígrafes sucesivos, esta opinión no es desde luego unánime, habiéndose abierto en las últimas fechas una vía que, en supuestos excepcionales, podría, llegado el caso, exonerar de responsabilidad penal al autor de torturas en casos verdaderamente excepcionales.

### **3.5.2 Excurso. ¿Pueden los agentes de la autoridad quedar amparados en sus actuaciones por las causas de justificación previstas en el Código Penal?**

La cuestión relativa a si los miembros de las FFCCSS, en el ejercicio de sus funciones públicas, pueden acogerse a las eximentes 4ª (legítima defensa) y 5ª (estado de necesidad) del art. 20 CP, tiene buena parte de su origen en la discusión existente en Alemania sobre si es posible que, no cumpliendo los funcionarios la normativa procesal y administrativa que fija los principios y límites del recurso a la coacción policial, podrían verse aquellos sin embargo eventualmente amparados por las eximentes contenidas en los parágrafos § 32 StGB (defensa necesaria) y § 34 StGB (estado de necesidad justificante).<sup>610</sup>

---

<sup>609</sup> Véase al respecto: REBOLLO VARGAS, cit., pp. 279-280, con bibliografía complementaria.

<sup>610</sup> Acerca del estado de la cuestión en aquel país véase: SÁNCHEZ GARCÍA, María Isabel (1995): *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad: análisis particular del ejercicio de la coacción directa por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en materia de seguridad y orden públicos*, Barcelona: Bosch, pp. 327-331. A la problemática existente en Alemania ya se hizo especial referencia en el Capítulo IX del presente trabajo.

En este punto hay que destacar que la subsidiariedad o no de las causas de justificación de naturaleza penal con respecto a los funcionarios de policía adquiere mucha menor relevancia en España que en el caso de Alemania. En este último país, y en relación a la cuestión relativa a si las causas de justificación previstas en el StGB pueden ser de aplicación a ilícitos policiales, se han desarrollado dos planteamientos diferentes: (1) Aquél en el que no se acepta la aplicación de dichas causas de justificación, pues se sostiene el carácter específico –y excluyente– de la legislación administrativo-policial y, por lo tanto, su competencia exclusiva en esta materia; (2) Una segunda tesis, ésta de carácter dominante, que sostiene la inexistencia de razón alguna que dé lugar a la exclusión del estado de necesidad justificante o la legítima defensa en dichos supuestos, y en cuyo seno se ha podido vislumbrar un movimiento alternativo que pretende limitar la excesiva amplitud de la misma. Como propuesta de la tesis amplia descrita en segundo lugar se contempla así la aplicación de los parágrafos § 32 y § 34 StGB a supuestos de ilícitos administrativo-policiales, justificando su posición en la idea de que, tanto el estado de necesidad justificante como la legítima defensa, son principios generales que no contienen restricción alguna respecto a las conductas de los representantes del Estado, de donde derivan que la infracción de la normativa procesal y administrativa por parte de un funcionario no debe condicionar ni determinar *per se* la ilicitud del hecho, que ha de hacerse depender exclusivamente de la coetánea conculcación de aquellas causas de justificación, al no darse sus requisitos en el supuesto en concreto. Para ello, estos planteamientos se fundan básicamente en la interpretación del Art. 2.2 CEDH,<sup>611</sup> como también en el hecho de que la propia legislación administrativa no excluye expresamente el juego de tales causas de justificación. En esta misma línea, y reiterando lo explicado anteriormente en el Capítulo VII, es necesario recordar que el propio Derecho policial germano acepta de forma supletoria la vigencia de la legítima defensa al funcionario de policía que ejecuta un servicio público, por lo que el uso de la violencia en general debe regirse, no sólo por las normas de la legislación policial, sino también por las del denominado «derecho de necesidad», y en especial por lo previsto en el § 32 StGB.<sup>612</sup>

---

<sup>611</sup> «2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección».

<sup>612</sup> Así sucede, por ejemplo, en el párrafo § 54 apartado 2 de la Ley de Policía del *Land* de Hessen (*Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, HSOG), según el cual las disposiciones

Frente a tales consideraciones, la tesis estricta sólo admite la utilización del estado de necesidad justificante en los supuestos en los que el funcionario precisa, en su propia defensa personal, de los requisitos que proporciona tal causa de justificación. Esta restricción obedece, según sus partidarios, a que la admisión de las causas de justificación en la actuación de los representantes del Estado es contraria a los principios del Estado de Derecho, por lo que, como afirma HIRSCH, «las intervenciones de la autoridad en el ámbito de la libertad de los ciudadanos deben juzgarse de acuerdo con los preceptos del derecho administrativo, procesal y constitucional» y no sobre la base del § 34 StGB.<sup>613</sup> El rechazo genérico de la admisión de tales causas de justificación a los supuestos de ilícitos policiales aparece fundada, según ello, en la infracción del principio de «reserva de ley», por entenderse que no sólo falta la concreción objetiva del § 34 StGB, sino, y fundamentalmente, porque en estos casos sería el Estado el que cumpliría la función del legislador mediante la extensión de sus facultades, atribuyéndose las competencias necesarias en cada caso concreto.<sup>614</sup>

La diferencia fundamental entre un sistema como el alemán y el español radica en que en aquel modelo, el ejercicio lícito de la actuación coactivo-policial puede teóricamente encuadrarse en las causas de justificación de la legítima defensa, el estado de necesidad o el auxilio necesario, y ello debido fundamentalmente a la ausencia de una causa de justificación equivalente a la del cumplimiento de un deber que, llegado el caso, justifique el desarrollo de actividades violentas en el ejercicio de una función pública. Precisamente la existencia en el ordenamiento jurídico español de la causa de justificación relativa al cumplimiento de un deber o al ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, prevista como se sabe en el art. 20.7º CP, determina la integración de toda la legislación especial a la hora de enjuiciar la legalidad de la actuación del funcionario de policía. De este modo, lejos de restar virtualidad o eficacia a las limitaciones introducidas por la legislación especial, el CP español las amplifica. El eventual reconocimiento del derecho a la legítima defensa –propia o de terceros– no impide la aplicación de la eximente mencionada para otros casos y, en consecuencia, el

---

relativas a la legítima defensa y al estado de necesidad permanecen intactas con respecto a las actuaciones policiales.

<sup>613</sup> HIRSCH, Hans Joachim: «Relaciones entre las causas de justificación reguladas en el Código Penal y las facultades de intervención acordadas a las autoridades» (documento inédito), p. 2. Citado en: PORTILLA CONTRERAS (1987), cit., p. 171.

<sup>614</sup> PORTILLA CONTRERAS (1987), cit., p. 171, con bibliografía complementaria.

juego de la normativa extrapenal para los mismos. Consecuencia de lo dicho es que la necesidad de distinción entre intervenciones puramente «administrativas» y «penales» se relativiza bastante cuando el agente realiza la conducta de algún tipo penal. La mayoría de sus comportamientos en tales casos son, pues, puramente «penales» por intervenir los efectos justificadores del cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

En el caso de España, al existir la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, los problemas surgieron en buena medida por la circunstancia de que la jurisprudencia del TS solía exigir, para la apreciación de la mencionada causa de justificación, la necesidad de que concurriera una agresión ilegítima previa. Sin embargo, dicha postura fue evolucionando hasta borrar tal requisito que contribuía a confundir esta eximente con la de legítima defensa. No es por tanto preciso, como ya sostienen doctrina y jurisprudencia, que haya precedido una agresión ilegítima a los agentes para que estos puedan hacer uso de la violencia. Ahora bien, aunque esta conclusión supone desde luego un avance en el deslinde entre la legítima defensa y el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un cargo, no soluciona todos los problemas, ya que, por ejemplo, debe resolverse también qué eximente procede aplicar en caso de que exista una agresión ilegítima y ésta se produzca con ocasión del ejercicio de las funciones públicas del agente.

Así las cosas, aunque se mantiene que en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, al igual que sucede con la legítima defensa, la necesidad del medio violento empleado ha de ser «racional», en la segunda el agredido puede ir todo lo lejos que sea necesario para impedir o repeler la agresión, mientras que en la primera la intervención del agente debe ser, como se analizó en el Capítulo XI, congruente, oportuna y proporcionada.<sup>615</sup>

Por consiguiente, puede afirmarse que en el Derecho penal español existen eximentes más específicas que regulan la actuación de la autoridad o sus agentes cuando, en el ejercicio de sus competencias, impiden o rechazan agresiones antijurídicas contra otras personas, e incluso contra sí mismos en el curso de su actuación: las causas de justificación de cumplimiento de un deber o de ejercicio legítimo de derecho, oficio o cargo (art. 20.7 CP). Pues bien, partiendo de esta situación legal, un sector doctrinal

---

<sup>615</sup> En los mismos términos: CEREZO MIR, cit., pp. 282-283; OLMEDO CARDENETE, cit., pp. 552-553.

considera que, dados los más numerosos y mejores recursos de que disponen los agentes de la autoridad, así como su mayor preparación, dichas eximentes que se acaban de mencionar les marcan unos límites de actuación más restringidos –entre otros, el de proporcionalidad– que los que, por ejemplo, la legítima defensa impone al ciudadano normal. Por ello, y acudiendo en este caso a las reglas del concurso de normas, las eximentes relativas al cumplimiento de un deber o al ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, excluyen que tal actuación de la autoridad o sus agentes se pueda amparar en una causa de justificación como la legítima defensa, que queda reservada para la actuación del particular.<sup>616</sup>

Para CEREZO MIR, los miembros de las FFCCSS no pueden ampararse bajo la eximente del art. 20.4º CP cuando se encuentren en el ejercicio del cargo y sufran una agresión ilegítima; en este caso se estaría ante un concurso de leyes que habría de resolverse por el criterio de la especialidad a favor del cumplimiento de un deber.<sup>617</sup> El mencionado autor se muestra únicamente partidario de acudir a las causas de justificación *generales* cuando el funcionario policial sea objeto de una agresión ilegítima como particular, es decir, cuando no se encuentre de servicio y la agresión se realice por motivos particulares. En parecidos términos se posiciona RODRÍGUEZ MESA. Para esta autora, la legítima defensa otorga legitimación al particular para desempeñar en nombre del Estado la función de afirmación del Derecho, como respuesta a la contradicción existente entre la facultad de autodefensa del individuo y el monopolio de la protección jurídica que en el orden social moderno corresponde fundamentalmente al Estado. Por tanto, en aquellos casos en los que el Estado, mediante uno de sus representantes, esté en condiciones de defender el ordenamiento jurídico, la legítima defensa pierde su razón de ser y, por tanto, la posible justificación de la conducta del representante del Estado habrá de ser analizada de acuerdo a los parámetros previstos en el núm. 7 del art. 20 CP, pero en ningún caso como un supuesto de legítima defensa.<sup>618</sup>

---

<sup>616</sup> Así, y haciendo en este caso referencia al marco legal existente en España con anterioridad a la aprobación del CP 1995: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (1985): «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo», en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*, Tomo V, Vol. 1º, Madrid: Edersa, pp. 250-251. Véase también, en idéntico sentido: QUERALT JIMÉNEZ, Joan (1987): *La obediencia debida en el Código Penal. Análisis de una causa de justificación (art. 8, 12ª CP)*, Barcelona: Bosch, p. 290.

<sup>617</sup> Véase: CEREZO MIR, cit., pp. 282-283.

<sup>618</sup> RODRÍGUEZ MESA, cit., pp. 287-288.

Frente a esta solución, hay quien entiende que negarle al funcionario la posibilidad de acogerse a las eximentes en cuestión y, particularmente, a la legítima defensa, significaría que aquél tendría que soportar una agresión ilegítima en un plano de desigualdad manifiesta con respecto al resto de ciudadanos, puesto que acabaría siendo sancionado en aquellas situaciones en las que, existiendo un peligro inminente para la vida o integridad física de alguien, no se da en cambio una proporcionalidad relativa respecto del bien lesionado.<sup>619</sup>

Sin embargo, un sector doctrinal aduce que no se sitúa en una peor situación al agente de policía por negarle la defensa propia o de terceros sino que, muy al contrario, al constituir la defensa de terceros su función específica, aquél se encuentra en posesión de medios y de conocimientos muy superiores a los de los particulares, lo que trae como consecuencia que su operatividad sea bastante más efectiva.<sup>620</sup> Además, se añade que si el ciudadano tuviera los mismos conocimientos y medios que un agente de policía, debería afinarse mucho a la hora de ponderar la adecuación de la necesidad racional del medio defensivo empleado a efectos de poder apreciar una legítima defensa *ex art.* 20.4 CP. En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, basándose para ello en la tesis más restringida de la doctrina alemana, ha defendido la inaplicación de las causas de justificación a las intervenciones policiales al considerar que la «actuación policial es siempre imputable al Estado y por tanto no puede actuar el policía como simple particular».<sup>621</sup> Asimismo, el mencionado autor señala que el negar la legítima defensa propia o de terceros a los representantes del Estado no significa colocarlos en una peor situación, sino que, precisamente por hacer de la defensa de terceros su profesión y su deber, están en posesión de medios y conocimientos muy superiores a los de los particulares. Para la actividad del ejecutivo frente al ciudadano, el auto-auxilio o la legítima defensa serían categorías impropias, y su posible justificación habría de ser valorada de acuerdo con la eximente del cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un cargo.<sup>622</sup>

Pero para quienes como SÁNCHEZ GARCÍA aceptan la calificación de legítima defensa a la actuación de los agentes de policía, los conocimientos y la pericia de los

---

<sup>619</sup> Cfr. OLMEDO CARDENETE, cit., p. 554, notas núm. 158 a 161, con interesante bibliografía complementaria.

<sup>620</sup> De esta opinión: QUERALT JIMÉNEZ (1983) cit., p. 736.

<sup>621</sup> *Ibidem*, p. 736.

<sup>622</sup> QUERALT JIMÉNEZ (1987), cit., pp. 289-291. En todo caso, y con respecto a las posiciones que admiten la legítima defensa por parte del Estado, habría que recordar con MAQUEDA ABREU que la propia situación de indefensión característica de la tortura hace que, en principio, resulte inviable la aplicación de esta eximente. Véase: MAQUEDA ABREU, cit., p. 472.

funcionarios públicos puede y debe tenerse en cuenta con ocasión del análisis del requisito de la necesidad de la reacción defensiva («necesidad racional del medio empleado»), ya que su examen tiene carácter empírico y se dirige a la determinación del comportamiento que *ex ante* resulta objetivamente menos peligroso para el bien jurídico. Es precisamente aquí donde debe tenerse en cuenta que «el funcionario público ejecutivo dispondrá generalmente de alternativas de defensa menos gravosas que el particular situado en idéntica situación: pues ha sido entrenado especialmente para una actuación proporcionada a los fines perseguidos, así como en un comportamiento sereno y reflexivo, también en situaciones de defensa personal».<sup>623</sup>

Para OLMEDO CARDENETE no resulta sin embargo admisible introducir requisitos que no están contemplados de forma expresa en la eximente prevista en el art. 20.4º CP. Y no lo es debido a ciertas razones político-criminales que asisten a aquellos que defienden la viabilidad de la legítima defensa en las actuaciones de los agentes de la autoridad: precisamente en los casos en los que la persona individual necesita una mayor protección pública, es decir, allí donde puede existir un riesgo inminente para la vida o salud de alguien (como ocurre en buena parte de los supuestos de legítima defensa), no se debe limitar al funcionario su capacidad operativa, sino sólo con las fronteras propias del art. 20.4º CP.<sup>624</sup> De ahí que no se pueda sino estar plenamente de acuerdo con PORTILLA CONTRERAS cuando afirma que, con carácter excepcional, se debe reconocer «al funcionario la posibilidad de actuar con los medios que le otorga la legítima defensa en aquellos supuestos en los que existiendo un peligro inminente para la vida o integridad física de alguien no se dé una proporcionalidad relativa respecto al bien lesionado».<sup>625</sup>

---

<sup>623</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, cit., pp. 335, 348-349.

<sup>624</sup> OLMEDO CARDENETE, cit., p. 556. Además, como acertadamente se ha señalado, la imposibilidad de que el funcionario se beneficiara de la eximente de la legítima defensa produciría algunas consecuencias paradójicas: «El particular que no es defendido por el policía de forma necesaria, sino proporcionada, tiene que soportar en alguna medida las consecuencias negativas de la agresión; mientras que cuando la intervención defensiva proviene de otro particular puede ser defendido en toda la medida necesaria para rechazar el ataque. Dicho en breves palabras: el ciudadano podría ser protegido más eficazmente por un particular que por la policía». Véase: SÁNCHEZ GARCÍA, cit., p. 347.

<sup>625</sup> PORTILLA CONTRERAS (1987), cit., pp. 177-178. Véase también al respecto: GÓMEZ-BENÍTEZ, cit., p. 954, nota núm. 6: «La relación entre las causas de justificación generales, como la legítima defensa y el estado de necesidad justificante, y las específicas que regulan el ejercicio del cargo por los funcionarios públicos es polémica. La conclusión más ampliamente admitida es que los funcionarios públicos también pueden estar amparados por estas causas generales, en tanto no exista una normativa específica que regule y prohíba el aspecto concreto de su actividad que se pretende amparar en la causa de justificación general. Sin embargo, la normativa específica no suele contener reservas frente a estas causas de justificación

El hecho de limitar el general empleo de las causas de justificación previstas en el Código Penal a los funcionarios de policía, debido a los conocimientos especiales de estos y a la gravedad del medio utilizado por cada agente, no significa que los mismos tengan la obligación de soportar cualquier agresión ilegítima en plano de desigualdad con respecto a los demás ciudadanos, ni que sólo puedan recurrir a los medios que les proporciona el estado de necesidad o la legítima defensa cuando estén fuera de servicio, sino que es necesario reconocer al funcionario la capacidad de actuar bajo tales causas de justificación siempre que exista un peligro actual y objetivo para la vida o integridad física de alguien, se cumplan los requisitos establecidos en cada una de las causas de justificación previstas, y en cambio no se dé el requisito de la proporcionalidad, siendo indiferente que el agente policial esté o no de servicio.

Hay que decir por último que la postura del Tribunal Supremo español con respecto a la temática tratada en el presente epígrafe ha sido hasta el día de hoy vacilante, si bien, por regla general, se ha inclinado por extender a los funcionarios públicos la posibilidad de acogerse a las causas de justificación previstas en el Texto Punitivo. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 5 de julio de 1995, el Alto Tribunal estima plenamente aplicable la eximente de cumplimiento de un deber a pesar de que existía una clara agresión ilegítima por parte del delincuente que fue repelida por el agente mediante el recurso a su arma de fuego. Pero a pesar de este criterio, el TS se ha pronunciado expresamente sobre la posibilidad de que la legítima defensa pueda ser aplicable a los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones. Es más, estima incluso que, de no ser así, se estaría vulnerando el art. 14 CE por situar a los funcionarios en una situación claramente inferior a la de los particulares. Pero incluso, yendo más allá, estima plenamente factible la aplicación simultánea de ambas eximentes: la del art. 20.4º CP porque existe una agresión ilegítima; y el cumplimiento de un deber previsto en el art. 20.7º CP porque (los agentes) sufren aquélla con ocasión del ejercicio de sus funciones públicas.<sup>626</sup>

---

generales y sirven, como máximo, para establecer la proporcionalidad o las restricciones ético-sociales específicas de los agentes en situaciones de legítima defensa».

<sup>626</sup> STS de 4 de diciembre de 1991.



En principio, pues, la defensa frente a una agresión la puede realizar cualquier sujeto, tanto un particular como un agente de la autoridad. Por eso, un importante sector doctrinal en España considera que también la actuación de las fuerzas del orden público –especialmente en lo relativo al uso de las armas de fuego– puede estar amparada por la legítima defensa, propia o de terceros. Sin embargo, tal y como se delimita la legítima defensa por parte de la doctrina y la jurisprudencia, dicha causa de justificación opera por regla general únicamente en el ámbito privado, en el que el sujeto que se defiende a sí mismo o a un tercero es un ciudadano particular y no un funcionario. Cuando el sujeto que actúa en defensa es un funcionario público en su condición de tal, la justificación de su conducta debe ser analizada en primer lugar desde la perspectiva y con los requisitos, no de la legítima defensa, sino más bien del ejercicio legítimo de un cargo (art. 20.7º CP). En tanto en cuanto al funcionario público se le ha concedido por el Ordenamiento jurídico el monopolio de la «coacción pública», la cuestión relativa a la justificación de su conducta debe analizarse, por tanto, a la luz del ejercicio legítimo del cargo.<sup>627</sup> Lo que no obsta a, de modo subsidiario, considerar la eventual concurrencia de una legítima defensa, llegado el caso incluso de un estado de necesidad.

### **3.5.3 Ejercicio legítimo de un cargo (art. 20.7º CP)**

El núm. 7 del art. 20 CP exime de responsabilidad criminal al «que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo». Tanto uno como otro supuesto son considerados unánimemente como causas de justificación, esto es, declaran la licitud de una conducta que es peligrosa o lesiva para un bien jurídico tutelado penalmente. Su existencia pone de manifiesto la unidad del ordenamiento jurídico y el carácter unitario del injusto, de tal modo que un comportamiento que es lícito para una rama del Derecho no puede ser considerado, al mismo tiempo, antijurídico por otra. Hay que decir, sin embargo, que la eximente contenida en el art. 20.7º CP no está exenta de objeciones que tratan de poner en evidencia su innecesariedad, carácter superfluo e, incluso, la inconveniencia del mantenimiento de una eximente de esta naturaleza. Así, por ejemplo, PÉREZ ALONSO defiende la reconducción al estado de necesidad de todos los supuestos que

---

<sup>627</sup> GRIMA LIZANDRA, cit., pp. 169-170; QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep (1992): *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª Ed., Barcelona: Bosch, p. 777.

tradicionalmente se solucionan por la vía del cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho. Para el mencionado autor, el art. 20.7º CP sirve de «coartada perfecta para justificar conductas lesivas, por ejemplo, en cumplimiento de un deber, que difícilmente se justificarían acudiendo al estado de necesidad».<sup>628</sup> Sin embargo, hay que afirmar que la realidad resulta contraria a estas reflexiones. Efectivamente, la solución ofrecida por el Código Penal español, que integra directamente los criterios establecidos en la normativa administrativa y procesal en el ámbito de la justificación penal (art. 20.7º CP), resulta ser mucho más garantista con los derechos fundamentales de la persona que, por ejemplo, en el caso de Alemania, donde su ordenamiento jurídico-penal no contempla una causa de justificación similar a la contenida en el mencionado precepto. En este último país, el recurso a las causas de justificación contenidas en el StGB ha conducido a soluciones mucho más complacientes con los excesos policiales, hasta el punto de que la sistemática apelación a la legítima defensa o al estado de necesidad convierte en prácticamente inaplicable la legislación especial sobre la materia donde se contienen muchos más principios, garantías y límites del ejercicio de la coacción pública.<sup>629</sup>

En primer lugar, la causa de justificación que aquí se analiza ha de comprenderse como referida al desempeño de funciones de carácter público. Se precisa por tanto la cualidad de funcionario público de quien actúa y el desempeño de funciones propias del cargo a él específicamente asignado. Para determinar estas últimas, el intérprete ha de acudir necesariamente a normas de otros sectores del Derecho, principalmente del ámbito policial, administrativo y procesal. En segundo lugar, para poder alcanzar la justificación, el ejercicio del cargo ha de tener carácter «legítimo», tal y como se contempla en el mencionado art. 20.7º CP.

Limitando en este caso el análisis dogmático-penal al poder de coacción por parte del Estado, el ejercicio legítimo del cargo supone la actuación conforme a Derecho del órgano estatal que realice el tipo contenido en un determinado precepto penal pero que, sin embargo, actúa de acuerdo a, y en el marco de los derechos propios de su cargo. En estos supuestos, la conducta realizada, aun siendo típica, es ajustada a Derecho,

---

<sup>628</sup> PÉREZ ALONSO, Esteban (1995): «La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 56, p. 639.

<sup>629</sup> En los mismos términos: OLMEDO CARDENETE, cit., p. 505; PORTILLA CONTRERAS (1987), cit., p. 170.

excluyéndose por tanto –como causa de justificación– la antijuricidad de la conducta, no así su tipicidad.

Ahora bien, sin embargo, en ocasiones hay que decir que el propio tipo penal contiene elementos normativos referidos a la tipicidad, y, por consiguiente, si estos no se dan, en ese caso se excluye ya la tipicidad misma antes de saber si el comportamiento realizado es o no antijurídico. Y ello precisamente es lo que ocurre en el art. 174 CP, el cual contempla como elemento normativo del tipo el abuso del cargo por parte de la autoridad o funcionario público; de este modo, todas las circunstancias que excluyan el abuso –entre ellas el ejercicio legítimo del cargo– impedirán la realización del tipo. Por tanto, si el ejercicio legítimo del cargo supone un uso adecuado a la ley de los derechos y deberes inherentes al mismo, su presencia en el supuesto del art. 174 CP implica consiguientemente la ausencia de un elemento típico, a saber, el abuso del cargo, y por tanto afecta al propio carácter típico de la conducta.<sup>630</sup>

Una vez delimitada la función que desempeña «el ejercicio legítimo de un cargo» en relación a los tipos regulados en el art. 174 CP, la cuestión que inmediatamente se plantea es la de su eventual incompatibilidad con las conductas constitutivas de tortura. En este contexto hay que analizar sin duda la problemática asociada al posible ejercicio de la violencia por parte de las fuerzas policiales, por ejemplo al llevar a cabo una detención o con respecto a hechos acaecidos durante la práctica de una detención.

En un Estado democrático de Derecho, el ejercicio de la violencia por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad está reglado por el principio de proporcionalidad. La coacción del Estado debe ser siempre ejercida con la mínima restricción de derechos fundamentales posible para con ello salvaguardar un bien común. Por tanto, el ejercicio de la violencia no puede ser desproporcionado, porque en ese caso deviene en ilegítimo. En casos como la detención con el uso de la fuerza sólo se admite la restricción de derechos fundamentales cuando ésta es proporcionada para salvaguardar un interés general que es preponderante, esto es, para evitar «un daño grave, inmediato e irreparable». Así lo contempla la propia Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCS), estableciendo entre otras cosas en el art. 5.2c que los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad deben regir el uso de la

---

<sup>630</sup> De esta opinión, por ejemplo: RODRÍGUEZ MESA, cit., pp. 282-283.

coacción directa, mientras que la letra d) de la mencionada disposición establece que, en el tratamiento de los detenidos, «los cuerpos de seguridad debe respetar la vida, integridad física, honor y dignidad de la persona», estando por tanto terminantemente prohibidos los malos tratos y, por supuesto, la tortura.

En todo caso, la problemática del ejercicio legítimo del cargo con respecto a la práctica de la tortura o su amenaza se va a centrar principalmente en supuestos como los del funcionario de policía que, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 5.2.c) LOFCS, debe «actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable...». En definitiva, de lo que se trata es de analizar si el funcionario de policía está legitimado, en el ejercicio de su cargo, para realizar las conductas previstas en el art. 174 CP cuando de ello dependa la evitación precisamente de un daño grave, inmediato e irreparable.<sup>631</sup>

La respuesta a esta problemática cuestión requiere un examen previo de los requisitos objetivos que han de concurrir para que el uso de la violencia por parte de un integrante de las FFCCSS quede justificado.<sup>632</sup> Como se acaba de señalar, de lo dispuesto en el art. 5.2.c) LOFCS se deduce que toda actividad policial estará sometida a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance. Los citados principios coinciden básicamente con los tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia y la doctrina para la admisibilidad del uso de la fuerza por parte de la autoridad o sus agentes. En este sentido es preciso que el uso de la fuerza sea necesario cuantitativa y cualitativamente. Así, el requisito de la necesidad exige, de una parte, que sólo pueda usarse el grado de violencia imprescindible para conseguir la salvaguarda de un interés superior, pues sólo en este supuesto se puede hablar de un conflicto de intereses; y, de otra, que la reacción o intervención estatal no rebase los límites adecuados al restablecimiento del orden jurídico en el momento de que se trate, ya que el uso de la fuerza sólo estará legitimado en cuanto no haya otro medio utilizable para conseguir el fin.<sup>633</sup>

---

<sup>631</sup> Se trataría del supuesto límite analizado por MAQUEDA ABREU, en el que la declaración del sujeto pasivo pudiera salvar la vida de numerosas personas que se encuentran en peligro. Véase: MAQUEDA ABREU, cit., p. 472; o, contextualizado en el objeto de estudio del presente trabajo, en el caso de que la declaración facilitada por Magnus Gäfgen pudiera llevar a localizar el lugar donde (aparentemente) se encontraba retenido Jakob von Metzler, estando este último expuesto a un grave peligro para su vida.

<sup>632</sup> A dichos requisitos ya se hizo referencia explícita en el Capítulo XI del presente trabajo, cuando se analizó el caso «Jakob von Metzler» desde el Derecho policial español.

<sup>633</sup> Véase, en detalle: CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1983): «El abuso de la violencia por la autoridad pública o su agente», *La Ley*, núm. 3, pp. 1025-1026: «La necesidad no sólo sería una referencia

Una vez establecidos los requisitos necesarios para que el ejercicio del cargo pueda reputarse legítimo *ex art. 20.7º CP*, es preciso comprobar si esta circunstancia es *compatible* con el delito de torturas. A estos efectos resulta sumamente válido, por tratarse de un supuesto límite, el ejemplo utilizado en su obra por GRIMA LIZANDRA, consistente en que «alguien ha puesto en diversas ocasiones varias bombas que han explotado causando muchas muertes. Antes de cada explosión, lo ha anunciado a la policía concretando la hora pero no el lugar, y siempre se ha cumplido el anuncio. Tras un nuevo aviso, y unas pocas horas antes de la anunciada para la explosión, se detiene a quien se sospecha ha hecho el aviso. Se le tortura para que confiese el lugar de colocación».<sup>634</sup>

Pues bien, en opinión del propio GRIMA LIZANDRA, incluso en este supuesto de carácter tan excepcional no sería admisible el recurso al legítimo ejercicio del cargo. En primer lugar faltaría el requisito de la *idoneidad*, ya que, aunque a veces mediante la tortura se pueda conseguir que el interrogado diga la verdad, la misma no resulta un medio objetivamente apto para ello; la tortura puede ser válida para obtener una confesión o una información, pero ello no quiere decir que sea un medio idóneo para conseguir la verdad.<sup>635</sup> No puede negarse que ante la amenaza o el propio uso de la violencia, no pocas personas detenidas están dispuestas a declarar aquello que las fuerzas policiales quieren oír, sea ello verdad o no. En segundo lugar, sería tremendamente cuestionable si en el ejemplo descrito concurre el requisito de la *necesidad*: De una parte, el Estado de Derecho ha de disponer de medios menos gravosos que la tortura para impedir que el hecho ocurra; de otra, si la ponderación de los males exige no sólo la comparación de los daños, sino también del perjuicio social de los mismos, el mal que supone la tortura, al incidir en las propias bases del Estado

---

cualitativa, sino también cuantitativa; en otros términos, tan solo se podrá usar precisamente el grado de violencia necesario para conseguir la salvaguardia del interés superior; grado de violencia y necesidad que habrán de ser medidos de conformidad a las circunstancias peculiares de cada caso» (p. 1025). «Podemos, pues, resumir las anteriores aseveraciones en el sentido que sólo en caso de absoluta necesidad puede utilizarse la violencia y, además, sólo en tanto sea necesario. Un nuevo límite ha de venir forzosamente marcado por el grado de interés que el Ordenamiento tenga en la protección del bien jurídico que resultaría quebrado por la actuación violenta de la autoridad o su agente. De esta manera, no podrá quebrarse el valor vida, cuya lesión está castigada, al menos, con reclusión mayor, por el artículo 407 del [anterior] Código Penal, para defender el orden público, cuya lesión está castigada, como máximo, por el artículo 246 del mismo cuerpo punitivo [CP 1973] con prisión menor» (p. 1026).

<sup>634</sup> GRIMA LIZANDRA, cit., pp. 168-169

<sup>635</sup> *Ibidem*, p. 172. Véase también: RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 285, con importante bibliografía complementaria.

democrático de Derecho, es un mal superior –o al menos incomparable por su distinta naturaleza– a las eventuales muertes que pudieran producirse.<sup>636</sup>

Por otra parte, la aplicación de la eximente del cumplimiento de un deber resulta inviable ya que no puede defenderse la idea de que los agentes de la autoridad tengan un deber de torturar. Ciertamente, esta cuestión conduce a cómo definir los deberes exactos que tienen las autoridades. Según se desprende de lo establecido en el art. 5.2 LOFCS, los agentes de policía tienen un deber de actuar con decisión ante determinados peligros e incluso un deber de usar las armas. Sin embargo, de tales previsiones no se deriva en puridad un deber de atentar contra la integridad física, contra la integridad moral o contra la dignidad de las personas.<sup>637</sup> Por otro lado, el obtener una información o confesión de una persona detenida no figura ciertamente entre los deberes asignados a los funcionarios encargados de la investigación de un delito o de la custodia de un detenido. Tal y como al respecto señala CEREZO MIR, quien realiza una acción típica en cumplimiento de un deber jurídico de rango superior o igual al de omitir la acción prohibida (o de realizar la acción ordenada, en los delitos de omisión) actúa lícitamente. Sólo cuando se utilice a un ser humano como un mero instrumento, o se atente de otro modo gravemente contra su dignidad, la conducta será ilícita, aunque se realice en cumplimiento de un deber de rango superior o igual. Por ello, es preciso llevar a cabo una interpretación restrictiva de esta causa de justificación, con base en el principio del respeto a la dignidad de la persona humana. Por ejemplo: el cirujano que para salvar la vida de su paciente extirpa a otra persona, contra su voluntad, un riñón con el que llevar a cabo el trasplante, realiza el tipo de lesiones corporales, y aunque el deber de salvar la vida a su paciente sea de rango superior al de abstenerse de realizar la acción prohibida, su conducta será ilícita, al menoscabar la misma la integridad física y moral, así como la dignidad de la víctima.<sup>638</sup> Por consiguiente, en ningún caso podrán estar comprendidos en la eximente de obrar en cumplimiento de un deber los tratos inhumanos o degradantes, ni por supuesto la tortura, prohibidos expresamente en el art. 15 CE, ya

---

<sup>636</sup> Como afirma MAQUEDA ABREU, «ello supondría otorgar al Estado una patente de corso para disponer a su antojo y con apariencia jurídica de los bienes individuales más trascendentales a favor de cualesquiera intereses “superiores” siempre a su alcance». MAQUEDA ABREU, cit., p. 473. A favor de considerar una eventual aplicación de la eximente relativa al ejercicio legítimo de un cargo: LLOBET ANGLÍ, Mariona (2010): «¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?», *InDret*, núm. 3, p. 34. Para ello, la mencionada autora señala que a esta eximente le deben ser aplicados los mismos límites que los elaborados para la legítima defensa.

<sup>637</sup> LLOBET ANGLÍ, cit., p. 34.

<sup>638</sup> CEREZO MIR, cit., p. 277.

que suponen un grave atentado a la dignidad de la persona humana, amén de no ajustarse estas conductas a los requisitos mencionados en la legislación policial, y muy especialmente a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad.

De lo expuesto hasta ahora debe concluirse por tanto la absoluta incompatibilidad entre el ejercicio legítimo del cargo y la tortura de rescate. Por consiguiente, siempre que se utilice la tortura (o su amenaza) como medio para obtener una confesión o información, se estará haciendo un uso abusivo del cargo, al llevarse a cabo la violencia fuera de los límites legalmente establecidos, violentando con ello derechos fundamentales de la víctima como son la integridad moral, la cual, como se sabe, se deriva directamente de la dignidad del ser humano. De este modo, y desde la perspectiva del Derecho penal español, la conducta desplegada por los agentes Daschner y Ennigkeit en el caso «Jakob von Metzler» no podría quedar justificada acudiendo a un eventual ejercicio legítimo de un cargo según lo previsto en el art. 20.7º CP.

#### **3.5.4. Legítima defensa (art. 20.4º CP)**

Descartada, pues, la posibilidad de aplicar al caso «Jakob von Metzler» la eximente relativa al ejercicio legítimo de un cargo prevista en el art. 20.7º CP, habría entonces que analizar la eventual concurrencia de una legítima defensa, en su vertiente de auxilio necesario. En este sentido, el art. 20.4º CP establece lo siguiente: «Están exentos de responsabilidad criminal: El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Agresión ilegítima (...). Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor».

Tal y como señala la doctrina, los casos de *ticking bomb* o de «Harry el sucio» verdaderamente problemáticos debido entre otras cosas a su excepcionalidad, y con los que se apela a los sentimientos –en vez de a la razón– tienen en principio una estructura de legítima defensa de terceros. Así, el caso de un explosivo con temporizador que ya está en marcha y listo para estallar, cuando su autor, detenido por la policía, es el único que conoce el código para desactivarlo, es estructuralmente idéntico a aquél en el que un sujeto está a punto de apretar el dispositivo de una bomba y un agente de la autoridad

le tiene a tiro. En este segundo supuesto, la muerte del terrorista está justificada en aplicación de la legítima defensa de terceros (*finaler Rettungsschuss*, en la terminología alemana). Por tanto, ¿es posible apreciar esta eximente en caso de concurrir un hecho típico constitutivo de un delito de tortura, del mismo modo que ocurre respecto a los homicidios, las lesiones o las coacciones? ¿O por el contrario, dicha práctica contiene unas peculiares características que dan lugar a que no pueda nunca justificarse?<sup>639</sup>

En este sentido, hay autores que aluden directamente a la dignidad humana (la cual, como se sabe, resulta menoscabada por la tortura) como un bien de tal calibre de tal manera que un ataque a la misma no es posible justificar bajo ninguna circunstancia. Sin embargo, para LLOBET ANGLÍ, tal solución plantea dos problemas. Por un lado, no se aporta ningún argumento lo suficientemente sólido e incontrovertido que demuestre que la dignidad o la integridad moral de una persona es un bien de mayor relevancia que su vida. Por tanto, si matar puede estar justificado mediante la legítima defensa, también puede estarlo torturar.<sup>640</sup> Por otro lado, si la prohibición absoluta de esta práctica se fundamenta en el mero atentado contra la dignidad de las personas, la tortura cometida por un particular debería también ser típica, puesto que la conducta en sí es idéntica y vulnera el mismo bien jurídico. Sin embargo, la tortura sólo se castiga como forma de violencia patrocinada por el Estado, esto es, cuando el sujeto activo es un funcionario público. Recuérdese en este sentido que el Art. 1 CAT establece que sólo pueden constituir actos de tortura los «infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia»; y que el art. 174 CP alude a la autoridad o funcionario público en su apartado primero, y en el segundo a la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias y de centros de protección o corrección de menores, como únicos sujetos activos de este delito. Por tanto, la tortura cometida por particulares no es punible como tal, sino como forma de lesiones, amenazas y/o delitos contra la integridad moral.

De hecho, tal configuración legal pone de relieve dónde reside el verdadero peligro de permitir esta práctica: Hay que mantener la tortura desterrada de los ordenamientos jurídicos democráticos, no tanto por el bien jurídico individual atacado

---

<sup>639</sup> LLOBET ANGLÍ, cit., p. 26.

<sup>640</sup> *Ibidem*, pp. 26-27, con bibliografía complementaria.



en sí, sino, principalmente, por quién, por cómo se vulnera y por razón de los bienes jurídicos que resultan afectados.<sup>641</sup>

Trasladando al caso «Jakob von Metzler» la problemática que se plantea en relación a la posible aplicación a los agentes de la autoridad de la causa general de justificación de la legítima defensa de terceros, los conceptos básicos sobre los que en teoría se podría apoyar la justificación de la tortura serían los siguientes: (1) La inminencia y certeza del riesgo de muerte de otra persona o, mejor, la actualidad de la agresión contra la vida de alguien (en este caso el pequeño Jakob, cuya vida se encontraba en un serio peligro a partir de los datos con los que contaba la policía de Frankfurt); (2) La limitación de la tortura a la persona del agresor, es decir la –por el momento admitida– certeza de que el destinatario de la amenaza de torturas intervino en el secuestro y, por tanto, disponía de la información adecuada para evitar a tiempo la muerte de la víctima. Así se suponía en relación al principal sospechoso (Magnus Gäfgen) ya que, hay que recordar, no sólo había sido observado por la policía mientras recogía el dinero del rescate, sino que en el posterior registro de su domicilio se encontraron pruebas evidentes que le vinculaban directamente con la desaparición del menor.

Tal y como señala GÓMEZ-BENÍTEZ al analizar el instituto de la legítima defensa, se trata básicamente de un asunto de utilidad social.<sup>642</sup> Y es evidente que, desde esta perspectiva, en el caso «Jakob von Metzler» existía en principio una utilidad social: la información arrancada al detenido mediante la amenaza con el uso de la violencia debería conducir a salvar la vida de un menor de once años, mientras que el eventual ejercicio de esa violencia por parte del Estado daba lugar a menoscabar bienes jurídicos en principio *de menor rango*, como son la integridad física y moral del detenido. Ahora bien, una vez presupuesta la eventual «utilidad social» de la tortura en un caso como el planteado en el siguiente trabajo, la cuestión a la que hay que responder es si, no obstante, existe fundamento legal y moral para que la legítima defensa de terceros justifique la tortura en sentido estricto, es decir, justifique que un funcionario público cause intencionalmente graves sufrimientos a un detenido, o bien le amenace con causárselos, para con ello obtener la información necesaria de cara a evitar la agresión o puesta en evidente peligro de bienes tan personalísimos como la vida.

---

<sup>641</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>642</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, cit., p. 955.

Con respecto a la legítima defensa, la situación típica requerida por el tipo previsto en el art. 174 CP, a saber, el hecho de que la víctima se halle bajo el poder del autor de las torturas, unido a la exigencia de un elemento subjetivo del tipo consistente en la finalidad de obtener una declaración, una información, o de castigar a la víctima, hacen que sea difícil imaginar una situación de actuación en defensa propia o de terceros. Y en aquellas situaciones en las que ciertamente exista la necesidad de la defensa del funcionario público ante una posible agresión ilegítima (como podía entenderse en el caso «Jakob von Metzler») del detenido o privado de libertad, faltaría sin embargo el requisito de la necesidad racional del medio empleado, pues el empleo de los procedimientos que se describen en el art. 174 CP no serán en ningún caso los medios menos lesivos, sino que más bien supondrán ir más allá de lo estrictamente necesario, pues no puede olvidarse que la víctima se encuentra en una situación de indefensión. En último término, también en este ámbito serían de aplicación los límites ético-sociales a la legítima defensa, los cuales ya fueron expuestos en el Capítulo IX a la hora de analizar la «tortura de rescate» desde la perspectiva del Derecho penal alemán.

Por todo lo dicho, hay que convenir con la mayoría de la doctrina penal española en que la práctica de la tortura resulta incompatible con los principios de necesidad y menor lesividad posible que rigen en la legítima defensa.<sup>643</sup> Algo que sin duda resulta aplicable a los acontecimientos vividos en Frankfurt a.M. en el año 2002 en el caso «Jakob von Metzler».

### **3.5.5. Estado de necesidad (art. 20.5° CP)**

Descartadas como se ha visto las anteriormente analizadas causas de justificación relativas al ejercicio legítimo de un cargo y la legítima defensa de terceros, en el ámbito de la antijuricidad resta únicamente por analizar la eximente relativa al estado de necesidad.

En opinión de no pocos autores, el estado de necesidad constituye la auténtica piedra angular de la justificación. Resulta significativo cómo esta circunstancia se ha

---

<sup>643</sup> Véase, entre otros: MAQUEDA ABREU, cit., p. 472; MUÑOZ SÁNCHEZ, cit., p. 88.

ido imponiendo paulatinamente, y con requisitos muy similares, en todos los sistemas jurídicos; en algunos de manera expresa y en otros incluso como causa supra-legal aceptada por los tribunales. La razón es que no se trata únicamente de una causa de justificación propia del Derecho penal, ni siquiera sólo de una regla general de justificación (aunque ambas cosas lo es), sino de una auténtica regla de racionalidad en la solución de cualquier conflicto de intereses.<sup>644</sup> Esta afirmación puede corroborarse si se acude de nuevo al uso que de esta causa de justificación ha hecho en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo israelí para legitimar el uso de la violencia estatal contra ciudadanos palestinos sospechosos de terrorismo.<sup>645</sup>

En el Derecho penal español, la eximente relativa al estado de necesidad viene recogida en el art. 20.5º CP en los siguientes términos: «Están exentos de responsabilidad criminal: El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse».

En un principio, la aplicación de esta eximente no se presenta como incompatible con el delito de tortura. Más bien al contrario, parece factible que la autoridad o un funcionario público torturen o amenacen con torturar a una persona detenida con el fin de evitar un mal «superior» al atentado a la integridad moral que supone la tortura. Sin embargo, en estos casos, la mayoría de la doctrina penal española ha rechazado la aplicación del estado de necesidad.<sup>646</sup> La fundamentación de este rechazo se mueve en varios niveles. Por un lado se niega la aplicación del estado de necesidad por razones de sistemática legal, es decir, por entender que esta eximente no puede entrar en consideración con respecto a las intervenciones estatales que afectan a derechos individuales; por otro se destaca la falta de los requisitos legales del estado de necesidad.

---

<sup>644</sup> En estos mismos términos: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (2006): «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura?», en: CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.), *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, Madrid: Dykinson, p. 268.

<sup>645</sup> Véase al respecto el epígrafe 2.4 del Capítulo IX.

<sup>646</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, cit., p. 89, nota núm. 234, con interesante bibliografía complementaria.

En opinión de MUÑOZ SÁNCHEZ, la tortura no puede quedar justificada por la eventual aplicación del estado de necesidad, ya que ello supondría autorizar al Estado a vulnerar las garantías y los derechos fundamentales de los individuos siempre que con ello se salven otros intereses considerados superiores.<sup>647</sup> Por otra parte, aunque llegara a admitirse tal aplicabilidad, no quedaría justificada la tortura mediante el estado de necesidad por no darse los requisitos exigidos legalmente.<sup>648</sup>

En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ niega la posibilidad de que el estado de necesidad pueda aplicarse a los actos realizados por representantes del ejecutivo debido fundamentalmente a que el tercer requisito contenido en el art. 20.5º CP impide que quien pretenda invocar un estado de necesidad «tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse».<sup>649</sup> No obstante, esta interpretación realizada por el mencionado autor puede ser perfectamente válida cuando coincidan auxiliador y necesitado. Sin embargo, la mayoría de las veces, el funcionario de policía no tortura para salvar un bien propio, sino ajeno; actúa por tanto como auxiliador y no como necesitado. Si, partiendo de la redacción del art. 20.5º CP, quien no ha de tener obligación de sacrificarse es el necesitado y no el auxiliador, en todos aquellos supuestos en los que el policía actúe para auxiliar a un tercero nada impide, en principio, la apreciación del estado de necesidad.<sup>650</sup>

Por su parte, GRIMA LIZANDRA, ya en relación con los propios actos constitutivos de tortura, niega de entrada la posible aplicación del estado de necesidad justificante al entender que, sobre la base del art. 20.5º CP, «el sujeto titular del bien jurídico a sacrificar tiene que ser ajeno a la situación de necesidad, no tiene que haberla creado o producido, tiene que estar en la misma posición frente al Derecho que el sujeto necesitado».<sup>651</sup>

Sin embargo, no parece que la argumentación reproducida en el párrafo anterior pueda estimarse como una interpretación correcta del segundo de los requisitos previsto por el art. 20.5º CP («Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto»), pues en ningún momento se está haciendo referencia

---

<sup>647</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>648</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>649</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep/JIMÉNEZ QUINTANA, Elena (1987): *Manual de policía judicial*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, p. 117, citado en: RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 289.

<sup>650</sup> En los mismos términos: RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 289.

<sup>651</sup> GRIMA LIZANDRA, cit., p. 169.

al titular del bien jurídico lesionado, que en este caso concreto sería el torturado. La única duda que en este punto podría plantear la interpretación del estado de necesidad es si se refiere al auxiliador o al necesitado, en el caso de que ambos no coincidan, entendiéndose mayoritariamente la doctrina que es el auxiliador –el funcionario de policía en el concreto caso «Jakob von Metzler»– el que no debe haber provocado la situación de necesidad.<sup>652</sup>

De lo anterior se deduce, por tanto, que ni la postura de QUERALT JIMÉNEZ ni la de GRIMA LIZANDRA, basadas respectivamente en el incumplimiento de los requisitos tercero y segundo recogidos en el art. 20.5º CP, resultan plenamente satisfactorias para rebatir los posibles argumentos que pudieran esgrimirse a favor de la eventual admisibilidad del estado de necesidad como causa de justificación en los supuestos de tortura.

Ciertamente, en algunos supuestos excepcionales podría llegar a afirmarse la existencia de una situación de necesidad por concurrir un peligro actual para un determinado bien jurídico como la vida. Pero en la mayoría de los casos en los que con la tortura (o su amenaza) sólo se pretenda obtener datos necesarios para la investigación, se puede poner en duda que el peligro de que fracase la investigación judicial o policial sea real únicamente porque existe la presunción de que el detenido tiene los conocimientos que se le atribuyen por los funcionarios. Y, en cualquier caso, la policía podría haber impedido el peligro de que fracase dicha investigación judicial o policial mediante otras técnicas de investigación que no se fundamentasen en la amenaza con o el empleo de torturas.

Por otra parte, en aquellos supuestos en los que exista ciertamente una situación de necesidad –como así ocurrió en el caso «Jakob von Metzler»– faltará, sin embargo, el requisito fundamental exigido legalmente en el mencionado art. 20.5º CP, a saber, que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.

En este sentido, las razones esgrimidas por aquellos autores que defienden la aplicación del estado de necesidad en los escenarios «*ticking-time bomb*» se basan en el argumento según el cual el daño causado por la muerte de un número considerable de personas inocentes es muy superior al provocado por el uso de la tortura; y ello

---

<sup>652</sup> RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 290.

especialmente cuando la víctima de la violencia estatal es el sujeto responsable de la colocación de la bomba.<sup>653</sup> Sin embargo, esta afirmación contradice abiertamente la lógica del mal menor desde cualquier perspectiva que no se base en el utilitarismo del acto. Efectivamente, desde una perspectiva utilitarista, fundamentada únicamente en el acto, si sólo se compara el mal causado por la tortura y el bien producido por las vidas concretas que se han podido salvar, la justificación de aquella parece sin duda plausible. Sin embargo, también debe valorarse el mal que comporta el hecho de que los límites de la ponderación de intereses se desborden y, a la larga, que dicha práctica se convierta en una medida política de poder y la seguridad pase a ser el único interés protegible por el Estado a costa de las libertades individuales.<sup>654</sup> Además, si la ponderación de los males exige no sólo la comparación de los daños, sino también del perjuicio social de los mismos, el mal que supone la tortura, al incidir en las propias bases del Estado democrático de Derecho, es un mal superior –o al menos incomparable por su distinta naturaleza– a las eventuales muertes que pudieran producirse. Por otro lado, conviene reiterar aquí de nuevo que la utilización de la tortura por parte del Estado menoscaba un derecho fundamental como es la integridad física y moral del sujeto pasivo (art. 15 CE); aspectos inherentes a la condición humana que, como se sabe, se derivan directamente de la dignidad del ser humano protegida en el art. 10 CE. Como ya se analizó anteriormente, la protección de la dignidad humana goza de más alto rango que la protección de la vida. De este modo, la práctica de la tortura provoca a largo plazo mayores males que los que trata de evitar.

El mal que se trata de evitar con la aplicación de las torturas previstas en el art. 174 CP no es mayor que el causado, ya sea porque se lesionan bienes personalísimos de la víctima –por lo demás, presuntamente inocente– tales como la integridad física y moral o incluso la vida (aparte, claro está, de su dignidad como ser humano); bienes, en definitiva, no susceptibles de ponderación, en el sentido de que en ningún caso pueden

---

<sup>653</sup> Cfr. GRECO, Luis (2007): «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs», *InDret*, núm. 2, pp. 8-10, con bibliografía complementaria.

<sup>654</sup> LLOBET ANGLÍ, cit., p. 23 con interesante bibliografía complementaria. Véase también: IGNATIEFF, Michael (2005): *El mal menor: ética política en una era de terror*, Madrid: Taurus, pp. 184-185: «[L]a legalización de la fuerza física en los interrogatorios aceleraría el proceso mediante el cual se convertiría en rutina. El problema con la tortura no es sólo que se escape de las manos, sino que se convierta en algo descontrolado. Lo malo de la tortura es que inflige un daño irremediable tanto en el torturador como en el prisionero. Viola los compromisos fundamentales con la dignidad humana, y éste es el valor central que una guerra contra el terror, librada por un Estado democrático, no debería sacrificar, ni siquiera bajo la amenaza de un ataque inminente».

instrumentalizarse por nada, ni siquiera como medio para salvar la vida de otra persona –salvo, eso sí, que se trate de evitar una agresión procedente de la persona lesionada–, ya sea porque en la ponderación hay que tener en cuenta que en la tortura no sólo se lesiona el bien jurídico personal de la víctima, sino también los principios que inspiran el Estado de Derecho.<sup>655</sup> Parece claro, por tanto, que, por muy valiosos que sean los bienes necesitados de protección (la vida del pequeño Jakob en los acontecimientos de Frankfurt a.M.), al suponer la tortura una grave infracción del respeto debido a la dignidad de la persona (el detenido Gäfgen) y a los propios valores del sistema democrático, el mal que supone la tortura será siempre, en principio, superior a cualquier otro mal que se trate de evitar.

A la vista de lo expuesto en los párrafos anteriores se puede afirmar, desde una perspectiva normativa, la imposibilidad de justificar la tortura desde cualquiera de los enfoques analizados. En concreto, y en relación a la posible admisibilidad de las causas de justificación previstas en el Derecho penal español, puede concluirse que existen sobrados argumentos tanto dogmáticos como político-criminales para rebatir cualquier intento de justificar penalmente la tortura, incluida su modalidad denominada «tortura de rescate».<sup>656</sup>

### **3.6. Causas de exclusión de la culpabilidad**

#### **3.6.1 Obediencia debida**

Aunque esta eximente ha desaparecido del vigente CP 1995,<sup>657</sup> el tema merece quizá algunas consideraciones en relación a la temática tratada en el siguiente trabajo.<sup>658</sup>

---

<sup>655</sup> En los mismos términos: MAQUEDA ABREU, cit., p. 473. Para la mencionada autora, en virtud del principio de menor lesividad que informa esta causa de justificación, deberá siempre recurrirse a los medios que resulten menos perjudiciales y sean capaces de conjurar el peligro en que se hallan los bienes en conflicto. Por su parte, MOLINA FERNÁNDEZ señala que en el estado de necesidad, la ponderación debe ser compleja, no debiendo por tanto limitarse a confrontar de manera superficial los bienes jurídicos que se encuentran afectados en la concreta situación, sino que debe abarcar todo lo que está en juego. MOLINA FERNÁNDEZ, cit., p. 279.

<sup>656</sup> Sobre los criterios político-criminales véase, por todos: QUERALT JIMÉNEZ (1992), cit., pp. 794-795.

<sup>657</sup> En el anterior Código Penal de 1973, la eximente propia de «obediencia debida» se encontraba formulada en el artículo 8.12, el cual eximía a quien obraba «en virtud de obediencia debida».

<sup>658</sup> Para un análisis detallado de esta figura véase: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (1984): *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*, Madrid: Civitas.

Hay que recordar en este sentido que en el caso «Jakob von Metzler», el agente Ennigkeit se limitó a cumplir con una orden emitida por un superior jerárquico, a saber, el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt, Wolfgang Daschner.

Sobre la cuestión de la eficacia de la obediencia debida en relación con la tortura o su amenaza hay disposiciones, expresas o implícitas, tanto a nivel internacional como a nivel de Derecho español interno. Así, en el Art. 2.3º CAT se establece de forma expresa que «no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura». En la misma línea, los apartados 3 y 4 de la Declaración sobre la Policía (Resolución 690 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa del año 1979) señalan que «...la tortura y otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes quedan prohibidas sin excepción; el funcionario de policía está obligado a desobedecer o hacer caso omiso de cualquier orden o instrucción que incluya tales medidas», y que «el funcionario de policía ejecutará las órdenes debidamente emitidas por su superior jerárquico, pero se abstendrá de cumplir cualquier orden que él sepa –o deba saber– que es ilegal».

A nivel interno, el art. 5.1.d) LOFCS establece que «en ningún caso la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las leyes». En el concreto ámbito jurídico-penal, conviene recordar nuevamente que en el art. 8.12 CP 1973 se contemplaba la obediencia debida como una causa de exención de la responsabilidad criminal. Sin embargo, con el CP 1995 ha desaparecido esta circunstancia eximente, si bien se mantiene en el art. 410 CP como una causa de justificación con respecto al delito de desobediencia del funcionario a la autoridad superior cuando la orden constituya «una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general».

Por tanto, una primera lectura de los textos internacionales y nacionales citados puede llevar a la conclusión de que la obediencia debida no tiene operatividad alguna por lo que respecta a la tortura en cuanto eventual causa de exclusión de la culpabilidad. Sin embargo, GRIMA LIZANDRA considera que ello no es del todo correcto, ya que, en su opinión, los textos internacionales hablan de que la obediencia a una orden de un superior no justificará la tortura (lo que es correcto), pero no se pronuncian sobre si, pese a ser injusta, puede quedar excusada por la vía de la inexigibilidad. Por otro lado,



el texto recogido en la LOFCS se refiere exclusivamente a los actos que sean «manifiestamente» delictivos, ilegales o inconstitucionales, pero sin pronunciarse sobre los que así lo sean, aunque de un modo no manifiesto.<sup>659</sup>

Sin embargo, ello no es exactamente cierto. Evidentemente, la tortura presenta en la mayoría de los casos un manifiesto carácter delictivo, ilegal e inconstitucional. Así hay que considerar todos los supuestos de tortura punitiva y todos aquellos casos de tortura indagatoria en relación con delitos cuya comisión haya concluido, y también la mayor parte de casos de tortura indagatoria en relación con infracciones que no han concluido o que se están aún cometiendo. En todos estos supuestos es patente que no hay deber de obedecer una eventual orden del superior de torturar al interrogado, y, en consecuencia, si se tortura no se podrá invocar la eximente de cumplimiento de un deber o bien una obediencia debida. Por lo mismo, la desobediencia a tal eventual orden no puede conllevar responsabilidad alguna. Sin embargo, hay ciertos «casos límite» en los que no aparece de modo claro («manifiesto») si puede resultar eximida de culpa la tortura indagatoria, y ello con independencia de si en realidad y en definitiva la misma resulte antijurídica. En tales supuestos podría resultar posible la concurrencia de la obediencia debida (como causa de inexigibilidad y no de justificación), la cual se podría dar en los supuestos en los que el funcionario inferior cree que no es ilegal (antijurídica), en el caso concreto, la tortura indagatoria ordenada por el superior cuando de su eventual aplicación depende, por ejemplo, la salvación de un considerable número de vidas humanas.

Evidentemente, estos extremos no serían desde luego de aplicación a la conducta desplegada por los agentes policiales de la ciudad de Frankfurt en el caso «Jakob von Metzler», ya que hay que recordar que ambos partían del carácter ilícito de la amenaza de torturas contra el (presunto) autor del secuestro del pequeño Jakob, si bien consideraban que estaban actuando en una situación excepcional de carácter supralegal y en un ámbito circunscrito al Derecho policial. Además, conviene recordar que prácticamente todos los agentes encargados de la investigación del secuestro del menor de once años mostraron su negativa al empleo de la coacción física contra la persona detenida, ya que partían de la ilicitud de dicha conducta.

---

<sup>659</sup> GRIMA LIZANDRA, cit., pp. 190-191.

### 3.6.2. Error de prohibición

Si se admite la conciencia de la antijuricidad del hecho como elemento de la culpabilidad, el error de prohibición o error sobre la antijuricidad del hecho excluye o atenúa, según sea invencible o vencible, el reproche de culpabilidad.

En lo que hace referencia a la eventual concurrencia de un error de prohibición, hay que distinguir entre el error de prohibición directo (creencia errónea de que la conducta no está desvalorada jurídicamente), del error de prohibición indirecto (creencia errónea de que la conducta, pese a estar inicialmente desvalorada, en definitiva está amparada por una causa de justificación).

La apreciación de un error de prohibición directo exige, en relación con el delito de torturas, que el sujeto activo desconozca la existencia de la norma jurídico-penal que prohíbe esta conducta o que, aun conociéndola, incurra en un error en la valoración de los hechos. Sin embargo, si el error de prohibición directo se fundamenta, en definitiva, en la ignorancia de la ilicitud del comportamiento, la propia naturaleza de los hechos constitutivos de tortura y el contexto en el que los mismos se desarrollan va a imposibilitar su posible apreciación. Y es que la cualidad de funcionario público del sujeto activo del delito de torturas, así como su ámbito competencial en procedimientos públicos investigadores y/o sancionadores, impide que aquél pueda invocar el desconocimiento de una conducta prohibida no sólo por el propio CP, sino también por los Tratados internacionales, la CE y generalmente por la normativa específica reguladora de su función, fundamentalmente el Derecho policial. Tal y como afirma QUERALT JIMÉNEZ, «no puede argüirse ignorancia de los principios básicos que informan el propio cometido profesional»,<sup>660</sup> sobre todo si se tiene en cuenta que aquellos funcionarios encargados de la investigación de hechos de especial gravedad suelen acumular una notable experiencia profesional tras años de servicio.

Distinta es, sin embargo, la respuesta con respecto al error de prohibición indirecto, esto es, cuando el sujeto cree erróneamente que en el caso concreto concurre una norma justificante, bien por desconocer los límites o presupuestos jurídicos de una

---

<sup>660</sup> QUERALT JIMENEZ (1992), cit., p. 798. Véase también: GRIMA LIZANDRA, cit., p. 185, con importante bibliografía complementaria; MUÑOZ SÁNCHEZ, cit., pp. 91-92.

causa de justificación admitida, bien por suponer a su favor una causa de justificación no admitida por el ordenamiento jurídico. En estos casos se está haciendo referencia fundamentalmente a aquellos supuestos en los que el funcionario actúa con un error sobre la situación de necesidad o creyendo actuar en el cumplimiento de un deber. Aunque la especial cualidad profesional del sujeto activo requerida en el delito de torturas restringe las posibilidades reales de incurrir en la apreciación errónea de una causa de justificación, desde el plano dogmático el tipo no excluye la eventual concurrencia de un error de prohibición indirecto, referido a la existencia, presupuestos o límites de una causa de justificación.<sup>661</sup>

Así, por ejemplo, el funcionario que, advirtiendo la finalidad criminal de la orden mediante la que el superior le insta a torturar a una persona detenida como medio de lograr una determinada información, le obedece en la creencia errónea de que es vinculante, actúa en error de prohibición relativo a una causa de justificación no reconocida por el ordenamiento. Pero incluso en este supuesto, al consistir la tortura no sólo en una vulneración del Derecho, sino tratándose, además, de una de las más elementales normas ético-sociales vigentes en un Estado democrático de Derecho, el error sólo podrá admitirse si es invencible, esto es, si el autor no se encontraba en situación de advertir lo injusto del hecho; cosa desde luego hartamente improbable en el contexto policial.

Evidentemente, si para medir la evitabilidad o vencibilidad del error se maneja el criterio del «deber de informarse», habrá que concluir que en el delito de tortura, al constituir al mismo tiempo una infracción del Derecho y una vulneración insoportable del orden moral, en la mayoría de los casos el sujeto activo de la conducta de torturas (agente de policía) se planteará, al menos, la posibilidad de que el acto ordenado sea contrario al ordenamiento. De este modo, más que error habrá en estos supuestos una *duda resoluble* sobre el carácter prohibido de la conducta; duda que debe considerarse irrelevante a la hora de determinar la responsabilidad penal del sujeto.<sup>662</sup>

Por su parte, GRIMA LIZANDRA diferencia dos grupos de supuestos en relación al error de prohibición indirecto y en el contexto del delito de torturas: (1) El primero, el

---

<sup>661</sup> Admite expresamente esta posibilidad: DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit., p. 97. También, aunque únicamente con respecto al error vencible: GRIMA LIZANDRA, cit., p. 186.

<sup>662</sup> En los mismos términos: MAQUEDA ABREU, cit., p. 474; RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 294.

cual comprende aquellos casos en los cuales el conflicto de intereses ya está contemplado –y resuelto– por los propios arts. 174 a 176 CP, tipificadores de la tortura indagatoria, y que se refiere a los supuestos en los cuales se practica en relación con infracciones ya cometidas; (2) El segundo, que comprende los casos en los que el conflicto de intereses no está ni contemplado ni resuelto por dichos artículos, y que se refiere a supuestos en los que la tortura se practica en relación a infracciones aún no concluidas. Para el mencionado autor, en el primer grupo de casos no es admisible el error de prohibición: los funcionarios públicos con competencias en procedimientos de carácter sancionador y/o de investigación no pueden desconocer la prohibición penal de la tortura que hace el Código Penal.<sup>663</sup> El problema se plantea respecto del segundo grupo de casos y, en especial, en relación a los que suelen ser denominados como «casos límite»: por su propio carácter extraordinario, no se puede dar una respuesta general, sino que la solución dependerá de las circunstancias concurrentes en cada supuesto en concreto. En todo caso, lo que parece claro en opinión de GRIMA LIZANDRA es que nunca se podrá articular un error invencible y que a lo sumo se podría plantear uno vencible (pues a los funcionarios públicos con competencias de investigación policial o judicial les es exigible el conocimiento cabal de sus propias facultades y deberes).<sup>664</sup>

Un error sobre los límites de una causa de justificación (error de prohibición indirecto) podría apreciarse en la situación narrada por CASSESE. Se trata de un supuesto en el que un coronel admitía que se había encontrado en la situación de hacer torturar a un prisionero enemigo sabiendo que éste podría brindar información indispensable para salvar a un batallón entero. Y aunque el coronel se daba cuenta de la inhumanidad de lo que había ordenado, lo «justificaba» alegando que para él, a los sufrimientos de ese hombre (el torturado) se anteponía la salvación de cientos de sus soldados.<sup>665</sup> Si en este caso el coronel actuaba en la creencia errónea de que el mal que trataba de evitar (la muerte de cientos de hombres) era superior al mal infligido (torturar al enemigo), podría apreciarse un error sobre los límites del estado de necesidad. Lo mismo podría decirse en el caso «Jakob von Metzler»: ambos agentes policiales, tanto el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt como el autor material del delito de (amenaza de) torturas,

---

<sup>663</sup> GRIMA LIZANDRA, cit., pp. 185-186.

<sup>664</sup> *Ibidem*, p. 186. Véase también al respecto la STS de 5 de junio de 1995.

<sup>665</sup> CASSESE, Antonio (1991): *Los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona: Ariel, p. 167.

consideraban que la salvación del pequeño Jakob era un bien jurídico superior y prevalente con respecto a la –en su opinión– integridad física del sujeto detenido en dependencias policiales. Por lo tanto, en este supuesto en particular podría en principio afirmarse la existencia de un error de prohibición indirecto, en todo caso vencible, si bien, al mismo tiempo, hay que tener aquí en cuenta que el delito de tortura supone no sólo una conducta castigada por el ordenamiento jurídico-penal, sino también una vulneración insoportable del orden moral, algo que debía ser conocido por los funcionarios de policía.

### **3.6.3. La no exigibilidad de otra conducta**

El Derecho no puede considerar responsable jurídico-penalmente al sujeto que, en determinadas situaciones extremas, comete un hecho típico y antijurídico. En estos casos, cuando el individuo actúa en una situación motivacional anormal a la que el hombre medio hubiera sucumbido, se dice que ha actuado en situación de no exigibilidad; el Derecho no puede exigir a nadie comportamientos heroicos, más allá de la presión motivacional que el hombre medio podría soportar. Normalmente, el Derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles. Toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia y motivación, fuera del cual no puede reclamarse responsabilidad alguna. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad faltará ese elemento y, con él, la culpabilidad. Aquí podría ponerse como ejemplo el caso en el que alguien es amenazado con perder una pierna si no da el nombre de otra persona a la que quieren dar muerte quienes le amenazan. El sujeto amenazado se encuentra en este caso en una situación límite, ante la cual cualquiera cedería aun a costa de la muerte de la persona delatada.

La inexigibilidad de la conducta, a diferencia de los supuestos de inimputabilidad, no se fundamenta en la ausencia de capacidad en el sujeto activo para motivarse conforme a la norma, ni en la falta del conocimiento necesario para adecuar el comportamiento a lo querido por el Derecho, como ocurre en los supuestos de error de prohibición. Su fundamento ha de encontrarse más bien en la presencia de circunstancias que determinan la anormalidad del proceso motivador. No se trata de que el sujeto pierda su lucidez mental y sea excluida su imputabilidad, sino que lo

extraordinario de la situación en la que se encuentra le coloque en una posición en la que no le era exigible jurídico-penalmente un comportamiento adecuado a Derecho. La anormalidad motivacional, fundamento común a toda causa de exclusión de la responsabilidad penal, no procede aquí de una anormalidad *en el sujeto* –permanente o transitoria–, sino más bien de una anormalidad *en la situación*. Conviene recordar en este punto que un Derecho penal democrático no quiere ni puede ser un Derecho de héroes, sino más bien un Derecho a la medida de la gran mayoría. Se llega así a la idea básica que suele verse tras la noción de «no exigibilidad»: las conductas heroicas no son exigibles. Ahora bien, que no sea exigible evitar una determinada conducta no quiere desde luego decir que ésta no sea antijurídica y no se halle prohibida. Al contrario, la cuestión de la exigibilidad sólo se plantea en el ámbito de la responsabilidad penal del sujeto y después, por tanto, de que se haya comprobado la antijuricidad del hecho y su prohibición personal. En consecuencia, la no exigibilidad excluye la responsabilidad penal (culpabilidad) del sujeto, pero no la antijuricidad del hecho y, con ello, su prohibición. Si ante una situación límite –como la representada por el ejemplo señalado anteriormente– el sujeto no se comporta heroicamente y determina la muerte de otra persona, podrá no ser considerado penalmente responsable, pero su actuación no será desde luego la deseada por el Derecho.

Ante la imposibilidad, impuesta por el principio de legalidad en materia penal, de admitir en el ordenamiento jurídico español causas de inexigibilidad supraleales, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN plantean la posibilidad de solucionar los supuestos consistentes en «una creencia jurídica diferente» acudiendo al error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal (art. 14.3 CP). En efecto, con ello se daría una respuesta adecuada a los casos en los que «el sujeto tiene una actitud valorativa diferente a la de la norma que infringe y, aunque conoce el ámbito prohibitivo de la misma, no le reconoce eficacia motivadora de sus actos, salvo el de la simple conminación penal».<sup>666</sup> Sin embargo, la discrepancia con la norma no puede tener efectos sobre la culpabilidad cuando la situación se plantea en el delito de torturas. Efectivamente, la propia naturaleza individual del bien jurídico conculcado –la integridad moral, derivada como se sabe de la dignidad humana–, impide dar relevancia

---

<sup>666</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes (1998): *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo blanch, p. 442.

alguna a la decisión de conciencia que dé lugar a un ataque del mencionado bien jurídico.<sup>667</sup>

Contextualizando esta causa de exclusión de la culpabilidad en el caso «Jakob von Metzler», resulta tremendamente dudoso que ambos agentes de policía se encontrasen en una situación motivacional anormal en el marco del interrogatorio que estaban llevando a cabo, lo cual les hiciese acreedores de un supuesto de no exigibilidad. Tal y como se acaba de señalar en los párrafos anteriores, el fundamento de esta causa de exculpación ha de encontrarse en la presencia de circunstancias que determinan la anormalidad del proceso motivador. Pues bien, esta anormalidad no puede predicarse con respecto a los acontecimientos de Frankfurt. En primer lugar, porque los casos de secuestros o de toma de rehenes no suponen desgraciadamente acontecimientos puntuales y extraordinarios en la actividad policial. En segundo lugar, porque los oficiales de policía encargados de resolver estos casos cuentan por regla general con una experiencia que les permite utilizar todo un arsenal de mecanismos y técnicas de interrogatorio que suelen dar garantías de éxito, no siendo, por tanto, necesario acudir a conductas atentatorias contra los derechos fundamentales de las personas detenidas.

De lo explicado en los epígrafes 3.5 (causas de justificación) y 3.6 (causas de exclusión de la culpabilidad) habría por tanto que concluir la imposibilidad de exonerar de responsabilidad penal a la conducta desplegada por los agentes Daschner y Ennigkeit en el caso «Jakob von Metzler», ya sea a nivel de la antijuricidad, ya en el ámbito de la culpabilidad. Además, en el caso del Derecho penal español, el principio de legalidad impide si quiera considerar la eventual concurrencia de un estado de necesidad exculpatario de carácter supralegal.

Ahora bien, ¿puede la demanda de una prohibición total y absoluta de la tortura prevalecer en situaciones extremas en las cuales su uso podría ser el único medio de obtener la información necesaria para prevenir daños (de aún mayor gravedad) a personas inocentes? En opinión de AMBOS, aun en estas situaciones, la prohibición absoluta de la tortura no debe hacerse más flexible *ex ante* ni *in abstracto* en virtud de la postura inequívoca contenida en la ley internacional y las negativas implicaciones

---

<sup>667</sup> RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 296.

políticas y jurídicas que un enfoque flexible podría acarrear.<sup>668</sup> Algo que resulta extensible a la normativa jurídico-penal española.

Sin embargo, esto no debería necesariamente conllevar la responsabilidad penal individual *ex post* ni *en concreto* del investigador autor de un delito de (amenaza de) torturas, dados los deberes en conflicto que éste tiene que afrontar: respetar la dignidad humana del sujeto sospechoso (terrorista, secuestrador), a la vez que proteger activamente a potenciales víctimas de las acciones delictivas de este sospechoso; víctimas que, hay que reiterar de nuevo, también están provistas de dignidad.

Por las razones apuntadas, únicamente se puede encontrar una solución justa a este dilema si se distinguen, por un lado, los niveles estatal e individual y, por otro, si se diferencia entre la (no)-justificación (antijuricidad) del acto de (amenaza de) tortura y la excusa (culpabilidad personal) del torturador. De este modo, un agente de policía podría llegado el caso ser excusado, pero su conducta no estar justificada, ya que esto convertiría a la tortura en algo legal o incluso en algo socialmente aceptable, minando así el carácter absoluto de la prohibición de torturar que, como se ha visto, se contiene tanto en la normativa nacional como internacional.<sup>669</sup>

#### **3.6.4. Estado de necesidad disculpante**

El estado de necesidad es, ante todo, una causa de justificación que se encuentra informada de manera primaria por el principio de ponderación de bienes, es decir, por el principio según el cual, en determinadas situaciones previstas en el núm. 5 del art. 20 CP, resulta lícito sacrificar un bien jurídico cuando con dicho sacrificio se quiere salvar otro de mayor valor (por ejemplo, se rompe una valiosísima cristalera de un museo donde se ha declarado un incendio para con ello salvar la propia vida).

Existe, sin embargo, un supuesto de estado de necesidad en el que los bienes en colisión son de igual valor. Por ejemplo: el naufrago que impide que otro naufrago se agarre al madero que se hundiría con el peso de los dos (tabla de Carneades). En este caso de conflictos denominados «vida contra vida», la doctrina penal mayoritaria entiende que la acción realizada para salvar la vida no puede desde luego estar *justificada* por el principio de ponderación de bienes («Que el mal causado no sea

---

<sup>668</sup> AMBOS, cit., p. 63

<sup>669</sup> *Ibidem*, pp. 63-64.



mayor que el que se trate de evitar»), porque el Derecho protege por igual la vida de todas las personas. Por consiguiente, se considera que estas constelaciones, ubicables asimismo en el estado de necesidad, deben ser tratadas como un estado de necesidad disculpante, dejando el estado de necesidad como causa de justificación sólo para el caso de conflicto de bienes de desigual valor.

El estado de necesidad es por tanto también posible cuando colisionan intereses de igual jerarquía. Esto está expresamente contemplado en el núm. 5 del art. 20 CP, dado que la exclusión de responsabilidad allí prevista sólo requiere, en este sentido, «que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar». Por lo que, en consecuencia, puede ser igual (constelaciones por ejemplo de «vida contra vida»).

A partir de estas consideraciones, y según la denominada «teoría de la diferenciación», en el art. 20.5 CP habría tanto un estado de necesidad justificante como otro disculpante, reservado este último para los casos en que colisionan bienes de igual valor; por el contrario, para la «teoría de la unidad» no existe más que un tipo de estado de necesidad, y éste siempre justifica la conducta. Si bien la teoría de la diferenciación ha sido tradicionalmente dominante, y en Alemania sigue siéndolo, en el caso de España no es tan claro que ésta siga siendo la situación.

De forma mayoritaria, la doctrina penal española ha entendido que cuando se salva un interés de mayor jerarquía habrá justificación y que cuando el interés salvado sea de igual jerarquía que el que se menoscaba sólo podrá excluirse la culpabilidad.<sup>670</sup> Es por ello que los casos que se analizan en el presente epígrafe sean designados como estado de necesidad disculpante.

Sin embargo, autores como MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN consideran que en supuestos como los descritos en los párrafos anteriores, nada impide que el estado de necesidad opere asimismo como causa de justificación, pues no se trata únicamente de comparar el valor de los bienes en conflicto, sino de enjuiciar si el sacrificio de uno de ellos para salvar el otro era la única vía adecuada, dentro de los límites de exigibilidad normales en la vida ordinaria.<sup>671</sup> Quien por ejemplo en un naufragio se agarra al único

---

<sup>670</sup> Véase al respecto: MARTÍN LORENZO, María (2006): «La ajenidad del autor respecto a la situación como requisito del estado de necesidad exculpante», en: CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, Madrid: Dykinson, pp. 310-311, con numerosas referencias sobre los partidarios de una y otra posición en España. Dicha autora se declara a favor de la teoría de la diferenciación.

<sup>671</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes (2002): *Derecho Penal. Parte General*, 5ª Ed., Valencia: Tirant lo blanch, p. 404.

salvavidas que queda libre, actúa justificadamente, y ello por más que la vida de los demás naufragos sea, desde un punto de vista jurídico, igualmente valiosa. Para los autores mencionados, el CP español acoge esta idea al extender implícitamente la eximente de estado de necesidad a los supuestos en los que el mal causado sea igual al que se trata de evitar (art. 20.5 CP = «Que el mal causado no sea mayor [por lo que puede ser igual] que el que se trate de evitar»).<sup>672</sup>

Resulta conveniente destacar que el problema de la colisión de intereses de igual jerarquía en los contextos de estado de necesidad no aparece expresamente resuelto en otros códigos penales, como es el caso del *Strafgesetzbuch* alemán. Sin embargo, se sostiene que estos supuestos deben tratarse por medio de una causa suprallegal (no escrita) de exclusión de la culpabilidad (el en Alemania denominado «*übergesetzlicher entschuldigender Notstand*»), o bien a través de la causa genérica de exclusión de la culpabilidad referida a la «no exigibilidad de otra conducta». En cuanto a la discrepancia hispano-germana a la hora de regular el estado de necesidad disculpante, no debe pasarse por alto la importancia decisiva de la regulación legal: mientras que en España un solo artículo se refiere expresamente al estado de necesidad (art. 20.5 CP), admitiendo de forma clara la exención en caso de «males iguales», en Alemania, los párrafos § 34 y § 35 StGB se refieren respectivamente –puesto que así se titulan– al estado de necesidad justificante y al estado de necesidad exculpante, exigiendo el primero de ambos preceptos que el interés salvado «sobrepase esencialmente» al lesionado, y limitando el segundo su campo de actuación a los conflictos que involucran bienes especialmente importantes del sujeto que actúa o de sus allegados.

Por lo demás, al supuesto de estado de necesidad disculpante son aplicables los demás requisitos del estado de necesidad aunque con la excepción, lógicamente, de que en aquél no existe una diferencia esencial de jerarquía entre el interés jurídico que se salva y el que se sacrifica. En consecuencia: 1. Ha de darse una situación de necesidad (peligro real inminente, no evitable de otro modo, para un determinado bien jurídico), siendo indiferente que el peligro proceda de un fenómeno de la naturaleza, de una cosa

---

<sup>672</sup> De la misma opinión: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1990): *Estudios de Derecho Penal*, 3ª Ed., Madrid: Tecnos, p. 107, donde sostiene el carácter justificante para todos los casos de estado de necesidad. Asimismo: ORTIZ DE URBINA GIMENO, cit., p. 186, quien considera que, en el derecho positivo español, el estado de necesidad en el que el mal causado no es superior al que se evita, es siempre una causa de justificación.

o de una persona; 2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto que actúa. En este sentido, y como ya se analizó con respecto al estado de necesidad justificante, ello no plantea problemas en el estado de necesidad en el que se salvan intereses propios; sin embargo, en el auxilio necesario de otra persona, hay que decidir si «el sujeto que actúa» es el auxiliador o el necesitado. La doctrina española mayoritaria considera que ha de ser el auxiliador, no el necesitado, el que no debe haber provocado intencionadamente la situación de necesidad; 3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. Se alude con ello a las «situaciones jurídicas especiales» en las que existe la obligación de tolerar la situación de necesidad.

Hay que decir que el ordenamiento jurídico-penal español no reconoce en el art. 20.5 CP ninguna limitación respecto de los bienes o intereses jurídicos que pueden ser salvados en una situación de necesidad en la que no entra en consideración la exclusión de la antijuricidad. Sin embargo, y desde un punto de vista político-criminal, esta extensión no es aconsejable, por lo que lo correcto sería reducirla a la salvación de bienes o intereses de igual importancia. Así, por ejemplo, conviene recordar en este punto que el § 35 StGB se limita en esta especie de estado de necesidad a la salvación de la vida, la integridad corporal o la libertad, personales o pertenecientes a un pariente o a una persona cercana.<sup>673</sup>

En este sentido, la doctrina penal española ha planteado una serie de interpretaciones restrictivas del estado de necesidad disculpante al dar respuesta al caso de la colisión entre la integridad corporal y la vida de una persona con ocasión del supuesto del médico que extrae, por ejemplo, un riñón a un paciente sano para trasplantarlo a otro que se encuentra al borde de la muerte. En este concreto supuesto, para apreciar un eventual estado de necesidad disculpante, se requiere que el medio empleado para resolver el conflicto de bienes o intereses sea «socialmente adecuado», lo que no ocurriría cuando dicho medio suponga una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona (no es posible instrumentalizar la integridad física de un individuo, que es un fin en sí mismo, aunque sea para salvar la vida de otro). De todos modos, debe señalarse que estos esfuerzos interpretativos de la doctrina para reducir el ámbito del texto actual del art. 20.5 CP –como los intentos de establecer límites ético-

---

<sup>673</sup> Véase al respecto: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1998): *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ª Ed., Madrid: Akal/Iure, pp. 269 y ss.

sociales no escritos a la legítima defensa— implican reducciones teleológicas de la amplitud del texto de una causa de exculpación, cuya compatibilidad con la exigencia de *lex stricta* ofrece serías dudas.<sup>674</sup>

Como se ha señalado anteriormente, esta causa de exclusión de la culpabilidad que se analiza en el presente epígrafe tiene en común con el estado de necesidad justificante el requisito genérico de la necesidad, es decir, que exista un conflicto entre intereses de tal entidad que la salvación de uno de ellos sólo pueda realizarse mediante el sacrificio de otro; y que, además, no exista otro medio disponible para aquella salvación. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el justificante, en el estado de necesidad disculpante los bienes en conflicto pueden ser de igual entidad, no exigiéndose, además, que el medio empleado sea objetivamente apto para la evitación del mal. Trasladando esta situación al caso «Jakob von Metzler», existen dos cuestiones que presentan una trascendental importancia: 1. Determinar si los bienes en conflicto (integridad moral del detenido y vida de la víctima del secuestro) presentan un valor igual desde un punto de vista jurídico-penal; 2. Acreditar si en la situación en concreto no existía otro medio disponible para salvar la vida del pequeño Jakob.

Pues bien, a pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, la mayoría de la doctrina penal española considera que en los supuestos de tortura —debiendo aquí incluirse la modalidad de «tortura de rescate»— tampoco puede estimarse el estado de necesidad disculpante, pues en ellos, por lo general, la violencia, ya incluso su amenaza, no es el único medio disponible para evitar el mal que se trata de conjurar, amén de considerar que este mal es de menor entidad que el que se sacrifica con el empleo de la tortura. El perjuicio que supone la tortura, no sólo para los bienes personalísimos del torturado, sino, sobre todo, para el propio Estado de Derecho, es superior —o al menos no susceptible de ponderación comparativa— a cualquier otro mal que se intente evitar mediante el recurso a la misma.<sup>675</sup> La elección de la tortura constituye por tanto siempre

---

<sup>674</sup> En estos mismos términos: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (2002): «Delitos de acción. La culpabilidad (III)», en: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.)/PÉREZ ALONSO, Esteban, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo blanch, p. 685.

<sup>675</sup> De esta opinión, entre otros: BARQUÍN SANZ (1992), cit., p. 268; RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 291; GRIMA LIZANDRA, cit., p. 176. Para este último autor, únicamente en algún «caso límite» podría plantearse el estado de necesidad excusante; por ejemplo, en el supuesto siguiente que el propio autor menciona en su trabajo: Alguien ha puesto en diversas ocasiones varias bombas que han explotado causando muchas muertes. Antes de cada explosión, el autor de los ataques lo ha anunciado a la policía concretando la hora pero no el lugar, y siempre se ha cumplido el anuncio. Tras un nuevo aviso, y unas pocas horas antes de la anunciada para la explosión, se consigue detener a quien se sospecha ha hecho el aviso. En este supuesto —aunque con ciertas dudas— GRIMA LIZANDRA considera que podría mantenerse

un «mal mayor» si se valora todo lo que está en juego, y no sólo los intereses más conspicuos del conflicto.<sup>676</sup>

Ahora bien, hay que tener en cuenta que en el caso «Jakob von Metzler» se está ante un estado de necesidad donde en principio confluyen bienes jurídicos de igual valor (vida humana *vs.* integridad moral), pero ante males de distinta entidad: la conducta de los acusados (los agentes Daschner y Ennigkeit) puede afirmarse que resulta antijurídica en todo caso, pero en cambio podría aquélla resultar disculpada, y ello no porque cause un mal que desde luego no es superior al que evita (se amenaza con torturar al sujeto detenido para con ello salvar la vida de un menor), sino porque en todo caso se evita un mal superior al que causa.

Se está por tanto ante un conflicto de bienes de igual valor; conflicto en el cual uno de esos bienes está condenado a perecer por la puesta en marcha de un letal curso causal que resulta por completo ajeno a la voluntad de los acusados (los agentes de policía) y no controlable por éstos. La decisión de participar en dicho curso causal para salvar el bien jurídico que se considera de mayor valor (la vida del pequeño Jakob) supone un mal menor que la omisión de tal participación (decidir no amenazar con torturas al detenido); decisión que, en circunstancias normales, habría desembocado en el perecimiento del menor secuestrado. Se está por tanto delante de una situación de necesidad en la que se opta por el mal menor, tratándose por tanto de una causa de exclusión de la culpabilidad fruto de la existencia de un estado de necesidad disculpante a partir de lo establecido en el art. 20.5 CP.

---

que los males en conflicto sean de igual entidad por lo menos, y que también concurra el requisito de necesidad (la inminencia del riesgo de explosión, la existencia de un aviso, la veracidad de los anteriores y las sospechas respecto del detenido, pueden llevar a considerar en algunas ocasiones que no hay otro medio disponible menos gravoso para salvar el conflicto de intereses planteado).

<sup>676</sup> En este punto conviene de nuevo recordar que en el Derecho penal alemán se ha abierto una vía – minoritaria– para legitimar el uso de la tortura acudiendo para ello al instituto del estado de necesidad exculpatario de carácter supralegal. Así, por ejemplo, ROXIN, autor que no abriga duda alguna sobre la antijuricidad de cualquier acción de tortura, considera sin embargo «plausible» la apreciación de una exculpación supralegal en situaciones catastróficas. Véase: ROXIN (2005), cit., p. 469. Recientemente, AMBOS también aboga por esta solución. Véase: AMBOS, cit., pp. 62 y ss.

### 3.7. Penalidad. La regla concursal del art. 177 CP

En función de la gravedad de las «condiciones o procedimientos» a los que el funcionario someta al sujeto pasivo en el delito de tortura contenido en el art. 174 CP, la pena será, a su vez, de mayor o menor intensidad punitiva. En un principio, para la determinación de la gravedad de estos atentados bien puede acudirse a la gradación que se maneja en Derecho internacional. Así, en función de la *intensidad* de los procedimientos utilizados se distingue entre «tratos degradantes», como escala más baja de la pirámide, «tratos inhumanos», como paso siguiente y «tortura» como pináculo de la misma. Como se ha señalado anteriormente, el legislador español del año 1995 sólo asigna dos penas de distinta gravedad en función de la intensidad del ataque en el delito de torturas, con lo cual podrían en principio incluirse los tratos degradantes y los tratos inhumanos en la categoría de atentados menos graves (pena de prisión de uno a tres años), dejando la tortura como atentado más grave (pena de prisión de dos a seis años), siempre y cuando, eso sí, estas conductas vayan dirigidas a los fines contemplados en el art. 174.1 CP. Tal y como acertadamente establece CONDE-PUMPIDO TOURÓN, la gravedad a la que hace referencia el art. 174 CP en el ámbito de la penalidad constituye sin duda un elemento de cierta indefinición, que deberá ser integrado por parte de los Tribunales. Y es que en algunos casos la gravedad es más que evidente (inferir graves dolores, mediante por ejemplo descargas eléctricas, golpes o quemaduras), pero en otras ocasiones resultará más difícil.<sup>677</sup> Lo determinante no debe ser, en cualquier caso, el resultado lesivo, el cual, como se analizará a continuación, se sanciona separadamente. En este sentido, las lesiones ocasionadas pueden ser leves, incluso constitutivas de falta, y sin embargo ser de un acentuado rigor el sufrimiento infligido, máxime cuando modernamente se suele recurrir a procedimientos sofisticados de gran eficacia por su incidencia dolorosa sobre el sujeto pero que no dejan huella ni ocasionan lesión visible. En consecuencia, hay que atender a la gravedad del atentado contra la integridad moral como tal, con independencia de los delitos autónomos que puedan cometerse como medio.<sup>678</sup>

---

<sup>677</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN (1997), cit., p. 2134. De la misma opinión: GRIMA LIZANDRA, cit., p. 141, quien considera que dicha indefinición legal con respecto a la gravedad del atentado a la integridad moral da lugar a una merma de la seguridad jurídica y de la taxatividad en la formulación típica penal. Como solución a esta problemática, el propio GRIMA LIZANDRA considera necesario acudir a los textos y jurisprudencia internacionales cuando se refieren a la gravedad del sufrimiento como criterio para diferenciar la tortura en sentido estricto de los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

<sup>678</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN (1997), cit., p. 2134.

Por otra parte, hay que recordar que el propio art. 174 CP prevé adicionalmente la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años, y ello con independencia de que el atentado contra la integridad moral sea o no grave.<sup>679</sup> Desde un punto de vista preventivo-general, la pena privativa de libertad puede tener un buen efecto intimidatorio para los funcionarios públicos que se extralimitan abusivamente en sus funciones. Al mismo tiempo, conviene resaltar que en estos casos existe paralelamente responsabilidad disciplinaria por cuanto estos hechos también constituyen infracciones de las funciones de los Cuerpos de seguridad (art. 5.3.b LOFCS, disposición que prohíbe los malos tratos y la tortura). De entrada, y teniendo para ello en cuenta el principio de *ultima ratio* del Derecho penal, debería primar el ámbito no punitivo, por tanto, el disciplinario, cuando se trata, eso sí, de casos leves.

En la práctica, esta en principio baja penalidad que parece vislumbrarse en el art. 174 CP se puede en cierto modo «compensar» con la aplicación de la regla concursal prevista en el art. 177 CP. Dicha disposición expresa con claridad y contundencia que los delitos base cometidos durante la eventual aplicación de torturas se sancionarán separada y acumuladamente a ésta. En concreto, el tenor literal del referido 177 CP reza de la siguiente manera:

«Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley».

Este precepto viene por tanto a reafirmar la autonomía del bien jurídico «integridad moral», por cuanto admite expresamente el concurso entre el delito que pueda lesionarlo y otros delitos que pueden afectar a otros bienes jurídicos, como la vida, la integridad física o la libertad sexual, y que pueden darse al mismo tiempo, con la misma o diversas acciones, que el propio delito contra la integridad moral.

---

<sup>679</sup> En opinión de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, el límite mínimo de ocho años de inhabilitación absoluta puede resultar excesivo en los casos de torturas no graves, ya que privar a un funcionario de manera definitiva de su empleo público (art. 41 CP) puede resultar para el penado bastante gravoso, pues afecta a él y a su familia, privándole prácticamente de una relación laboral. Véase: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, cit., p. 905,

El legislador español ha estimado que lo procedente es tratar estos supuestos mediante una regla especial, para que en todo caso se sancione autónomamente el delito de tortura, con independencia así del delito o delitos base cometidos durante ésta. Se quiere dar por tanto a la tortura la relevancia penal que le corresponde en atención a la repulsa que suscita en un Estado social y democrático de Derecho. Puede decirse entonces que el art. 177 CP contiene consiguientemente una norma específica en materia concursal,<sup>680</sup> puesto que no sólo excluye el concurso de leyes, sino también el concurso ideal y medial de delitos entre el atentado contra la integridad moral y otros delitos contra la vida, la salud, la libertad sexual o el patrimonio. Se trata, pues, de una excepción a la aplicación de las reglas del concurso ideal o medial, previstas como se sabe en el art. 77 CP. Así, en los supuestos en los que un solo hecho constituye un delito contra la integridad moral y otro de los delitos previstos en el art. 177 CP, el legislador ha optado por romper con el principio de unidad de hecho y castigar conforme al criterio de la acumulación material. En todos estos casos lo que se pretende es evitar el trato privilegiado que suponen tanto el concurso ideal como el medial.<sup>681</sup> Podría decirse que el legislador español no pretende ciertamente excluir las reglas del concurso ideal o medial, sino más bien garantizar la autonomía y valoración independiente de la lesión de la integridad moral frente a los otros atentados a bienes personales. Las razones que probablemente motivan tal decisión de política criminal responden a cuestiones de índole penológica. Esto es, de seguirse las reglas generales del concurso ideal o medial, en algún caso la pena resultante sería la correspondiente al delito más grave, la cual, llegado el caso, podría incluso ser mayor que la prevista en el art. 177 CP. Pero ello traería como desagradable consecuencia que el desvalor propio e inherente del delito contra la integridad moral quedara, en todo caso, diluido.

Sin embargo, la mencionada norma contiene a su vez una excepción consistente en aquellos supuestos en los que el «atentado a la integridad moral» ya se halla especialmente castigado por la Ley. Se refiere a los casos en que, al tipificar los delitos contra la vida, la integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un

---

<sup>680</sup> Cabe aquí recordar que las reglas concursales están previstas en el art. 8 CP (concurso de leyes), mientras que los concursos de delitos se regulan en los arts. 73 a 78 CP.

<sup>681</sup> De esta opinión, por ejemplo: REBOLLO VARGAS, cit., pp. 294 y 296. En contra de esta interpretación: DEL ROSAL BLASCO (2011a), cit., p. 210, quien considera que el art. 177 CP no pretende realmente excluir la aplicación a este tipo de supuestos de las normas del concurso ideal o medial sino, únicamente, garantizar que exista una valoración autónoma e independiente de los injustos realizados por el sujeto activo, con exclusión en todo caso de las reglas del concurso de leyes.



tercero, ya se ha tomado en consideración –como una agravación o cualificación especial– el supuesto que conlleve un atentado contra la integridad moral. Por ejemplo el art. 180.1º CP (abusos sexuales agravados cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio) o el art. 139.3 CP (asesinato con ensañamiento). En tales casos únicamente se sancionará el delito que ya conlleva el atentado contra la integridad moral, por lo que aquí se estará a lo que establece el concurso de normas.

#### **4. Posibilidad de aplicación del art. 175 CP al caso «Jakob von Metzler»**

El art. 175 CP contiene un tipo penal que regula los atentados a la integridad moral cometidos por funcionarios, pero que no llegan a ser tortura en sentido estricto. Con este precepto se cierra en principio el círculo de los atentados a la integridad moral típicos, cumpliendo así con lo dispuesto en el Art. 16 CAT, donde se establece el compromiso para todo Estado Parte de prohibir los tratos inhumanos y degradantes cometidos por funcionarios que no constituyan tortura. Se está por tanto delante de un tipo cuya función es castigar los otros atentados contra la integridad moral cometidos por autoridad o funcionario público.

De este modo, en el art. 175 CP se incluyen todos aquellos actos que, aunque presentan algunas de las características de la conducta prevista en el art. 174 CP, no son sin embargo subsumibles en él. Esto sucede, por ejemplo, en los casos de tratos degradantes llevados a cabo también por funcionario público pero en los que falta el especial elemento teleológico de la obtención de una información o una confesión, la aplicación de un castigo, o motivos discriminatorios. La finalidad perseguida en estos casos podría ser exclusivamente la causación por parte del funcionario de sufrimientos por el mero hecho de humillar o vejar al sujeto pasivo, o bien la realización de actos de sadismo sin objetivo alguno.<sup>682</sup> Así, por ejemplo, la STS de 3 de octubre de 2001 apreció este delito en el caso de dos guardias civiles que, después de colocar una pistola en la nuca del sujeto, le obligaron a bajarse los pantalones y a buscar una colilla por el suelo. Por consiguiente, el tipo contenido en el art. 175 CP puede encontrar su campo de aplicación natural tanto en ciertos comportamientos objetivos descritos en el art. 174

---

<sup>682</sup> MUÑOZ CONDE (2002), cit., p. 191.

CP, pero que, sin embargo, no persiguen las finalidades que en el mismo constan, como, en general, en maltratos o coacciones que sean fruto de abuso de poder y peculiarmente crueles o humillantes en sus medios o en sus fines; eso sí, siempre y cuando no consistan en someter a la víctima a las «condiciones y procedimientos» previstos en el art. 174 CP.

En realidad, la conducta prevista en el art. 175 CP presenta la estructura típica de un delito especial impropio cuya figura correlativa común es la prevista en el art. 173 CP, donde se castigan las mismas conductas cometidas por particulares. Con todo, ello es así sólo en parte, pues en el tipo del art. 173 CP se castigan los atentados graves a la integridad moral, mientras que –como se verá a continuación– el tipo del art. 175 CP recoge tanto los atentados graves como los no graves a la integridad moral. A partir de estas consideraciones, autores como MUÑOZ SÁNCHEZ estiman más correcto considerar la figura delictiva contenida en el art. 175 CP como un delito de tratos degradantes cometido por funcionarios públicos.<sup>683</sup>

En concreto, el tenor literal del mencionado art. 175 CP señala lo siguiente: «La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años».

La primera cuestión a la que se debe hacer referencia es que el tipo previsto en el art. 175 CP no es un delito de tortura, ni tampoco su tipo básico. Por el contrario, el art. 175 CP está revestido de elementos que lo diferencian de la tortura *strictu sensu*. Y ello sin dejar de admitir que entre el art. 174 y el art. 175 CP concurren algunos elementos comunes, como es el carácter de los sujetos activos o el abuso del cargo, lo cual podría hacer pensar que el segundo de los preceptos mencionados tiene un carácter subsidiario con respecto al primero. Sin embargo, lo que podría denominarse el «elemento esencial o central» del delito de tortura no se recoge en el art. 175 CP, a saber, la conducta de

---

<sup>683</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, cit., p. 102.

someter al sujeto pasivo a condiciones y procedimientos dirigidos a la consecución de una (o varias) de las finalidades típicas contenidas en el art. 174 CP.

Dicho esto, y siguiendo en este caso a RODRÍGUEZ MESA, la técnica de redacción del precepto plantea importantes problemas interpretativos que han de ser resueltos en orden a la delimitación de su ámbito de aplicación y a la concreción, en la medida de lo posible, de las conductas típicas.<sup>684</sup> Lógicamente, las semejanzas existentes entre los arts. 174 y 175 CP exime del tratamiento pormenorizado de cuestiones que ya han sido tratadas anteriormente a la hora de analizar el delito de tortura. Por tanto, en lo sucesivo se trata únicamente de establecer las diferencias existentes entre este precepto y el art. 174 CP, a fin de delimitar su ámbito de aplicación y concretar (desde categorías ya conocidas por el ordenamiento jurídico como son los tratos inhumanos y/o degradantes) la conducta típica consistente en «atentar contra la integridad moral».

Haciendo referencia en primer lugar al sujeto activo del delito previsto en el art. 175 CP, éste debe ser también un funcionario o autoridad y actuar abusando de su cargo, por lo que, también en este caso, se está delante de un delito especial impropio.<sup>685</sup> Ahora bien, al contrario de lo que sucede en el art. 174 CP, en estos casos el sujeto activo no debe perseguir la obtención de una información, de una confesión, la aplicación de un castigo, ni tampoco actuar por razones basadas en la discriminación, ya que en ese caso se estaría delante del supuesto de tortura previsto en el art. 174 CP. La ausencia de este especial elemento subjetivo (a la vez que teleológico) constituye así la fundamentación de la atenuación de la pena asignada a estas conductas.

A partir de lo establecido en el párrafo anterior, la doctrina mayoritaria considera que la relación entre los arts. 174 y 175 CP es de subsidiariedad, de modo que, de no concurrir la finalidad típica expresada en la primera de ambas disposiciones, se habrá de aplicar, subsidiariamente, el art. 175 CP.<sup>686</sup>

---

<sup>684</sup> RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 333.

<sup>685</sup> Las mismas conductas, cuando se cometan por particulares, serán sancionadas como delito del art. 173 CP («el que infligiere a otro un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral»), pero, eso sí, únicamente cuando se trate de atentados graves, pues los que no lo fueran solamente se sancionan si se realizan por funcionarios.

<sup>686</sup> De esta opinión, entre otros: BARQUÍN SANZ (2001), cit., p. 198; CONDE-PUMPIDO TOURÓN (2004), cit., p. 549; DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit., p. 103; DEL ROSAL BLASCO (2011a), cit., pp. 208-209; GRIMA LIZANDRA, cit., p. 145; PORTILLA CONTRERAS (1996), cit., p. 293. Por su parte, RODRÍGUEZ MESA habla de un «tipo residual» con respecto al art. 175 CP. RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 333.

En segundo lugar hay que determinar si el art. 175 CP configura, al igual que sucede con el art. 174 CP, un tipo pluriofensivo en el que, además de la propia integridad moral del sujeto pasivo, se protege el correcto funcionamiento de las actividades indagatorias y/o sancionadoras del Estado. Pues bien, en este punto, un sector doctrinal considera que el art. 175 CP se centra en la protección de un único bien jurídico: la integridad moral. Para ello se señala que la ausencia en este precepto de las finalidades típicas previstas en el art. 174 CP impide considerar que, también con respecto a las conductas previstas en el art. 175 CP, la función pública aparezca como un bien jurídico protegido directamente por el tipo.<sup>687</sup> Para que esto suceda, el funcionario o agente de la autoridad, al abusar de su cargo, debería realizar actos propios y exclusivos circunscritos al delito de torturas previsto en el art. 174 CP.

En tercer lugar, y haciendo referencia en este caso al ámbito de aplicación del art. 175 CP, la acción típica consiste en atentar contra la integridad moral de una persona por parte de un funcionario público con abuso de su cargo<sup>688</sup> y fuera de los casos comprendidos en el art. 174 CP; es decir, que se sancionan aquí los atentados a la integridad moral cometidos por funcionarios cuando no sean constitutivos de tortura. En un principio podría pensarse que el precepto está haciendo referencia a toda acción capaz de dar lugar a un sentimiento de humillación o sensación de envilecimiento en la víctima, ya sea ante los demás o ante sí mismo, debiéndose incluir en este tipo las conductas tipificadas en el art. 173 CP cuando sean realizadas por un funcionario con abuso de su cargo. Además, debe recordarse que también resultan típicos los atentados no graves a la integridad moral si son realizados por funcionarios públicos. Se trataría en definitiva de sancionar los abusos policiales que no constituyan el sometimiento del sujeto pasivo a las «condiciones y procedimientos» previstos en el art. 174 CP, no dándose tampoco el elemento teleológico previsto en la mencionada disposición.

Ahora bien, dicho esto, la gran mayoría de la doctrina considera que la deficiente técnica legislativa del precepto dificulta enormemente la determinación de cuál es su ámbito típico. Que el funcionario público «abuse de su cargo» constituye en puridad un elemento clave del precepto en cuestión, dado que el ejercicio de la función pública implica necesariamente la utilización de la coerción para, en ocasiones, doblegar la

---

<sup>687</sup> Véase al respecto, por todos: RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 336.

<sup>688</sup> Lo cual, lógicamente, tiene como consecuencia que en estos supuestos también queda excluida la agravante prevista en el art. 22.7 CP (referida al prevalimiento del carácter público del sujeto activo del delito).

voluntad de los particulares. Y cuando dicha coerción se utilice en el ejercicio legítimo de un cargo o función pública, es decir, sin «abuso del cargo», en ese caso queda ya excluida la tipicidad. En consecuencia, «abusar del cargo» significa excederse en las atribuciones que el mismo concede, utilizando de forma desviada las facultades que la función pública atribuye; aprovecharse indebidamente de la situación de subordinación en que el ciudadano se encuentra, actuar fuera de los límites en que la coacción administrativa está legitimada.<sup>689</sup>

Sin embargo, la mayor problemática viene representada por la interpretación que ha de darse a dos expresiones que marcan sin duda el contenido y el destino del repetido art. 175 CP: (1) el alcance del verbo nuclear del tipo: «atentare»; (2) el sentido de la expresión «fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior», la cual constituye un auténtico elemento negativo del tipo.

Comenzando por la segunda de las cuestiones, un sector doctrinal mayoritario considera que la delimitación entre los delitos tipificados en los arts. 174 y 175 CP se hallaría exclusivamente en la finalidad perseguida por el sujeto activo (obtener de una persona una información o confesión, castigarla por un hecho que ha cometido, o que se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación), que, de no darse, implicaría acudir a lo establecido en el art. 175 CP. Por tanto, esta interpretación incluye dentro del ámbito típico del art. 175 CP cualquier atentado contra la integridad moral que revista cualquiera de las modalidades típicas previstas en el art. 174 CP, a saber, «el sometimiento de una persona a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión», siempre, eso sí, que el funcionario actúe con una finalidad distinta de la de obtener una confesión o información, de castigar al sujeto pasivo, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación.<sup>690</sup>

Sin embargo, esta postura no está exenta de objeciones. Así, en primer lugar, al centrar exclusivamente la diferencia entre el delito de tortura y el art. 175 CP en la finalidad perseguida por el autor, se pierden de vista otros posibles matices que caracterizan al delito de tortura y que, por lo tanto, también lo diferencian del art. 175 CP; en segundo lugar, supone una interpretación excesivamente amplia del propio art.

---

<sup>689</sup> En los mismos términos: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (2004), cit., p. 551.

<sup>690</sup> De esta opinión, entre otros: BARQUÍN SANZ (2001), cit., pp. 200-201; DE LA CUESTA ARZAMENDI, cit., pp. 104-105; MUÑOZ SÁNCHEZ, cit., p. 104; REBOLLO VARGAS, cit., p. 285; RODRÍGUEZ MESA, cit., 339-340; TAMARIT SUMALLA, cit., p. 869.

175 CP; por último, parece comprensible que si la intención del legislador hubiera sido la de establecer como única diferencia entre los preceptos el elemento de la finalidad, a buen seguro habría empleado la fórmula más precisa «sin las finalidades previstas en el artículo anterior».<sup>691</sup> A partir de estas argumentaciones, PORTILLA CONTRERAS y MORENO LÓPEZ entienden que la diferencia fundamental entre los arts. 174 y 175 CP radica no solamente en la finalidad, sino también en la menor gravedad del sufrimiento de la víctima. Así, en el art. 175 CP se vendrían a sancionar los atentados a la integridad moral infligidos sin la finalidad propia de la tortura y revestidos de una menor gravedad con respecto a los penados por el art. 174 CP.<sup>692</sup> Ahora bien, esta postura, la cual sin duda resultaría correcta en la interpretación del concepto de tortura a nivel internacional, no puede sin embargo ser aceptada plenamente al relacionar entre sí los arts. 174 y 175 CP. Efectivamente, desde el momento en que ambos distinguen, a efectos de pena, entre atentado grave y menos grave, no es posible admitir la existencia de una diferencia cuantitativa basada en la mayor o menor gravedad del atentado.<sup>693</sup>

Por su parte, BARQUÍN SANZ, tras afirmar que el tipo del art. 175 CP es residual o subsidiario con respecto al art. 174 CP, y que el primero de ellos se aplica a aquellos hechos cometidos por los sujetos y en las circunstancias exigidas por el art. 174 CP, pero sin que concurra ninguna de las finalidades típicas que este último precepto exige, muestra a continuación su total desacuerdo con la estructura de estos delitos, defendiendo la total supresión de cualquier referencia a los fines en la tipificación de la tortura y los tratos degradantes. Y es que, en opinión del mencionado autor, no puede compartirse que dar una bofetada o empujón a un detenido para que deje de guardar silencio merezca el rótulo de tortura, y que, por el contrario, no se considere así la conducta de golpearlo brutalmente y causarle dolores y padecimientos intensísimos

---

<sup>691</sup> En estos términos: RODRÍGUEZ MESA, cit., p. 340.

<sup>692</sup> PORTILLA CONTRERAS (1996), cit., p. 293. En parecidos términos: MORENO LÓPEZ, cit., p. 242: «La única diferencia sustancial que, respecto de la conducta delictiva, existe entre este artículo [art. 175 CP] y el 174 que tipifica la tortura estriba en la ausencia de los objetivos que se persiguen con dicha conducta en el 174 (...). Ello conlleva a que la llamada «tortura gratuita» (cuando con ella no se persigue el fin de obtener información o un castigo) no se califique como tal y sea sancionada penalmente de forma más leve, lo que a mi juicio no es admisible: ¿por qué premiar con una menor punibilidad la perversidad del torturador o la persecución de objetivos más inconfesables?».

<sup>693</sup> Sin embargo, RODRÍGUEZ MESA señala de forma acertada que es posible afirmar que entre los arts. 174 y 175 CP existe una diferencia cuantitativa, centrada no en la gravedad de los resultados, sino más bien en la intensidad del ataque. En efecto, la exigencia del art. 174 CP de que la víctima sea sometida a condiciones o procedimientos (lo que implica cierta sistemática, método o al menos permanencia), supone sin duda un ataque más intenso contra la integridad moral que el proveniente de otro tipo de actos carentes de estas notas. Por tanto, es posible afirmar que en el art. 175 CP se contemplan atentados a la integridad moral más o menos graves, pero siempre de menor intensidad que los previstos en el art. 174 CP. RODRÍGUEZ MESA, cit., pp. 352-353.

durante días cuando se hace por pura diversión o por cualquier otro motivo no previsto en el art. 174.1 CP.<sup>694</sup>

Por último, GRIMA LIZANDRA, tras desechar que la diferencia entre los arts. 174 y 175 CP radique en el resultado o en su gravedad, advierte que «la diferencia sólo puede venir por lo que hace a la finalidad y a los medios de dicho ataque».<sup>695</sup> Esta interpretación, sustentada tanto en la propia estructura de los tipos como en razones de política criminal, presenta frente a otras propuestas la ventaja de permitir una mejor visualización de las diferencias existentes entre los arts. 174 y 175 CP.

En efecto, si en el delito de tortura se exige la concurrencia del elemento subjetivo y de especiales formas o medios de ataque, parece obvio que cuando falte alguno de estos elementos la conducta queda excluida del ámbito de aplicación del art. 174 CP, cumpliéndose por tanto el requisito exigido por el art. 175 CP: que se trate de «casos no comprendidos en el artículo anterior». En este caso, la conducta típica abarcaría acciones que contraríen o nieguen radicalmente la voluntad de otra persona, obligándole de manera ilegítima –mediante el empleo de fuerza física, intimidación o con aprovechamiento o abuso de situaciones de superioridad formal o fáctica o, incluso, por medio del engaño– a hacer u omitir algo o a soportar una situación o condiciones injustas y que, comportando normalmente cierto padecimiento físico y/o psíquico, sean potencialmente constitutivos de grave humillación o vejación de la víctima, atentando por consiguiente contra la integridad moral. Según por tanto esta interpretación, el tipo contenido en el art. 175 CP se extendería tanto a los supuestos en los que se produce el atentado contra la integridad moral sometiendo a la víctima a determinadas condiciones o procedimientos, pero con finalidad diferente a la indagatoria y a la punitiva, como a aquellos en los que el atentado se produce con idéntica finalidad que en el art. 174 CP, pero con medios diferentes.<sup>696</sup>

En cuanto a la interpretación que ha de darse al verbo nuclear «atentare», un sector doctrinal considera que lo que sanciona el art. 175 CP son los «atentados», que no equivalen a cualquier actuación que pueda eventualmente afectar de forma negativa a

---

<sup>694</sup> BARQUÍN SANZ (2001), cit., p. 201. De la misma opinión: MORENO LÓPEZ, cit., p. 242; PORTILLA CONTRERAS (1996), cit., p. 293: «No parece comprensible que la ausencia de estos elementos subjetivos [previstos en el art. 174 CP] pueda justificar una disminución de la pena tan apreciable como la que se opera en este precepto [art. 175 CP] cuando, en realidad, la pena debería ser cuando menos igual o incluso superior. Piénsese por ejemplo en el funcionario sádico que por mera diversión atenta contra la integridad moral del detenido».

<sup>695</sup> GRIMA LIZANDRA, cit., p. 145.

<sup>696</sup> *Ibidem*, p. 145. De la misma opinión: DE LA CUESTA ARZAMENDI (1998), cit. pp. 105-106.

la integridad moral, sino a aquellas que revistan una cierta entidad, que constituyan una verdadera «agresión». El atentado puede ser grave o no (ambos están sancionados en el precepto), pero en todo caso la conducta debe poder calificarse como «atentado», sin forzar el sentido del término. Sólo así pueden estimarse respetados los principios de seguridad jurídica e intervención mínima, pudiendo además distinguirse los supuestos de atentados «no graves», sancionados como delito a través del propio art. 175 CP, y los supuestos de «vejación injusta de carácter leve», sancionados como falta en el anterior art. 620.2º CP,<sup>697</sup> pues sería desproporcionado que cualquier vejación leve se sancionase como delito de atentado a la integridad moral por el hecho de ser cometida por funcionarios.<sup>698</sup> En el polo opuesto, GRIMA LIZANDRA, al considerar que el tipo previsto en el art. 175 CP se extiende tanto a casos en los que se produce el atentado a la integridad moral sometiendo a la víctima a condiciones o procedimientos (mismos medios) pero con una finalidad diferente a la indagatoria y punitiva, como a aquellos otros en los que la finalidad es la misma que en la contemplada en el art. 174 CP (indagatoria o punitiva), pero por medios diferentes («no sistemática, metódica o persistente»), está abriendo la puerta a la posibilidad de considerar como conducta subsumible en el art. 175 CP al hecho de propinar una bofetada o amenazar a un detenido durante el transcurso de un interrogatorio.<sup>699</sup>

En lo que hace referencia a la penalidad, y al igual que sucede en el art. 174 CP, el legislador penal español distingue aquí entre atentados graves y atentados menos graves, asignando a los primeros una pena de prisión de dos a cuatro años y a los segundos una pena de prisión de seis meses a dos años, siendo común a ambas modalidades la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público con una duración de dos a cuatro años.

Finalmente, tras analizar el contenido típico del art. 175 CP, resulta evidente que dicho precepto no sería de aplicación a los sucesos acaecidos en Frankfurt a.M. en el caso «Jakob von Metzler». Si bien en un principio podría pensarse en la posibilidad de

---

<sup>697</sup> Conviene recordar aquí que el Libro III del Código Penal español («Faltas y sus penas») ha sido derogado por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

<sup>698</sup> Véase al respecto: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (2004), cit., p. 552. De la misma opinión: REBOLLO VARGAS, cit., p. 284, para quien no cualquier comportamiento de un funcionario público o autoridad puede revestir la consideración de atentado a la integridad moral, sino que éste ha de estar caracterizado por una cierta entidad.

<sup>699</sup> GRIMA LIZANDRA, cit., p. 146.



su aplicación debido a la *cualidad* de la conducta desplegada por los agentes Daschner y Ennigkeit (amenazar al detenido con infligirle violencia física en caso de no desvelar el paradero del pequeño Jakob, es decir, una conducta alejada evidentemente de las «condiciones o procedimientos» a los que hace referencia explícita el art. 174 CP), sin embargo, lo cierto es que la finalidad del interrogatorio y de los medios empleados en el mismo iban dirigidos a conseguir una confesión o una información de la persona detenida, por lo que se está dentro de las finalidades típicas que vienen exigidas en el art. 174 CP. Y ello aun poniendo en seria duda que la conducta de los agentes de policía en los sucesos de Frankfurt pudiera ser subsumida dentro de la categoría típica relativa al «sometimiento a condiciones y procedimientos».

En consecuencia, y según lo previsto en el Derecho penal español, los agentes Daschner y Ennigkeit cometieron una conducta delictiva subsumible en el delito de torturas previsto en el art. 174 CP.

## **5. Conclusiones**

Una vez analizado el caso «Jakob von Metzler» desde una perspectiva jurídico-penal apoyada en el CP 1995, hay que decir en primer lugar que la conducta desplegada por los agentes Daschner y Ennigkeit es susceptible de ser subsumida en el art. 174 CP, constituyendo aquélla por tanto un delito de torturas. Si bien en un principio podría pensarse en la concurrencia de un delito de amenazas o de coacciones, lo cierto es que, acudiendo en este caso a lo previsto en el art. 8 CP en lo relativo al concurso aparente de normas penales, la disposición del art. 174 CP, siguiendo para ello la definición de torturas adoptada en el ámbito internacional, contiene los tres elementos básicos que caracterizan los actos de tortura cuando estos se llevan a cabo por parte de funcionarios públicos. Así, en primer lugar, se da el elemento subjetivo, a saber, la cualidad de funcionario público del sujeto activo, lo que convierte al art. 174 CP en un delito especial. En segundo lugar, también se da el elemento objetivo, caracterizado en este caso por el someter a la víctima a «condiciones o procedimientos» que conlleven dolores o sufrimientos físicos o mentales. En tercer lugar, también concurre el elemento teleológico, ya que la finalidad de las torturas es lograr, bien una confesión, bien una declaración, bien determinada información por parte del destinatario de la violencia estatal. Estos tres elementos se dieron sin duda en el interrogatorio al que fue sometido

Magnus Gäfgen en la madrugada del 1 de octubre del año 2002, por lo que es el delito de torturas previsto en el repetido art. 174 CP el que reúne más características de concreción y, por lo tanto, el preferentemente a utilizar.

Una vez delimitada la tipicidad de la conducta, una cuestión clave a responder sería la de su eventual justificación, dado el carácter absolutamente extraordinario que impregna los acontecimientos vividos en Frankfurt. Admitida –como se ha visto– la posibilidad de que en España los agentes de policía puedan, en el ejercicio de sus funciones, acogerse a las causas de justificación previstas en el Texto Punitivo, lo cierto es que la prohibición legal de la tortura (o su amenaza) no puede quedar justificada acudiendo a una eventual legítima defensa (en su vertiente de auxilio necesario), al ejercicio legítimo de un cargo, o bien, llegado el caso, a un estado de necesidad justificante, ya que, como se ha venido señalando a lo largo de los epígrafes anteriores, la ponderación de los males en el ámbito de la justificación exige no sólo la comparación de los daños, sino también del perjuicio social de los mismos. A partir de estas consideraciones, el mal que supone la tortura, al incidir en las propias bases del Estado democrático de Derecho (aparte, claro está, de menoscabar la integridad moral de la víctima, corolario de su dignidad como ser humano), es un mal de tal envergadura que en ningún caso puede quedar justificado, es decir, ser acorde a Derecho.

Ahora bien, restringiendo el análisis dogmático-penal al ámbito de la culpabilidad, en situaciones absolutamente excepcionales –como la que sin duda supone el caso «Jakob von Metzler»– podría contemplarse una eventual causa de exclusión de la culpabilidad acudiendo para ello al estado de necesidad disculpante previsto en el art. 20.5 CP. Se trataría en este caso de distinguir, por un lado, los niveles estatal e individual y, por otro, delimitar claramente la no justificación (antijuricidad) del acto de (amenaza de) tortura, y la excusa (culpabilidad personal) del torturador. Es indudable que en los acontecimientos de Frankfurt se daba una situación de necesidad donde confluían bienes jurídicos de igual valor (vida humana *vs.* integridad moral), pero –y esto es fundamental tenerlo en cuenta– ante males de distinta entidad: la conducta de los acusados (los agentes Daschner y Ennigkeit) puede afirmarse que resulta antijurídica en todo caso, pero en cambio podría aquélla resultar disculpada, y ello no porque causó un mal que no era superior al que se trataba de evitar (se amenazó con torturar al sujeto

detenido para con ello salvar la vida de un menor), sino porque en todo caso se pretendía evitar un mal superior al que causó.

De este modo, un agente de policía, en situaciones excepcionales como la que es objeto de estudio en el siguiente trabajo, podría, llegado el caso, ser excusado, pero su conducta no estar de ningún modo justificada, ya que esto convertiría a la tortura en algo legal o incluso, lo que es peor, en algo socialmente aceptable, minando el carácter absoluto de la prohibición de torturar que, como se ha visto, se sostiene tanto en la normativa nacional como internacional.

# CAPÍTULO XIV. SOLUCIÓN DEL CASO «JAKOB VON METZLER» DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL-PENAL APOYADA EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

## 1. Introducción

Es evidente que el caso «Jakob von Metzler» no sólo resulta tremendamente controvertido en un ámbito estrictamente policial, constitucional o penal-sustantivo, sino que también alcanza a una vertiente procesal-penal. Hay que recordar que, con respecto al ordenamiento jurídico alemán, una de las cuestiones que suscitó más controversia fue la admisibilidad o no en juicio de la información facilitada a la policía por el entonces presunto autor del secuestro y posterior asesinato del pequeño Jakob; información que se consiguió tras amenazar al detenido con aplicarle torturas y la cual no sólo incluía la confesión de su autoría (efecto ulterior o subsiguiente), sino también elementos probatorios de capital importancia como el cadáver del pequeño (efecto lejano).<sup>700</sup>

Por todo ello, también con respecto al ordenamiento jurídico español resulta necesario analizar el caso «Jakob von Metzler» desde una perspectiva procesal-penal. En este caso, el análisis que se va a llevar a cabo en los epígrafes siguientes se va a centrar fundamentalmente tanto en la denominada «regla de exclusión» de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales, como en la problemática asociada a la denominada «prueba refleja». Conforme a la primera, todo dato o evidencia probatoria que sea resultado de la infracción de un derecho fundamental no puede tener eficacia alguna en el proceso. Aunque dicha prueba sea relevante para el caso en cuestión, la misma no puede ser valorada por el juez. En virtud de la segunda, una prueba en principio lícita no puede ser valorada en juicio cuando la misma se derive o sea consecuencia de otra prueba que, ésta sí, se ha conseguido vulnerando un derecho fundamental.

---

<sup>700</sup> Dicho análisis es llevado a cabo en el Capítulo X del trabajo.

Superadas antiguas concepciones, llevadas a la práctica durante siglos, y que propiciaban la búsqueda de la verdad a toda costa, sin importar el recurso a los tormentos y al método inquisitivo a ultranza, la investigación de la verdad en el actual proceso penal no es un valor absoluto, sino que se halla más bien limitada por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho. Y, en este sentido, España no es ni puede ser desde luego una excepción.

Actualmente, la meta del proceso penal es ciertamente la obtención formalizada de la verdad, la cual puede coincidir o no con la verdad real o material, pero que es, sobre todo, la obtenida por vía formal, es decir, la «verdad forense». Otra manera de abordar el problema pondría en riesgo y/o lesionaría valores y derechos procesales y sociales, pues como indicó el TC en una de sus primeras resoluciones, la presunción de inocencia sólo puede ser enervada por prueba «...que haya llegado con las debidas garantías al proceso».<sup>701</sup>

La clave explicativa de este aproximativo enfoque viene dada porque en cada caso hay que ponderar dos intereses que se encuentran implicados y, a veces, enfrentados entre sí: (1) El interés público en la búsqueda de la verdad procesal y; (2) El interés de respetar los derechos constitucionales de los ciudadanos.<sup>702</sup>

En este sentido, la importante STS de 29 de marzo de 1990 hace un breve «excursus histórico», señalando que, tradicionalmente, la doctrina venía concediendo relevancia a los resultados de las pruebas ilegítimamente obtenidas –en el caso examinado por el Alto Tribunal se trataba de un registro en el que se halló sustancia estupefaciente sin consentimiento del inquilino ni autorización judicial– porque en la ponderación de los intereses en juego se estimaba que tenía que prevalecer aquél de carácter público, el cual derivaba de la necesidad de que, en el proceso penal, la sentencia definitiva respondiera a la verdad material, por encima por tanto de lo que se consideraba como una lesión a un derecho personal. Sin embargo –seguía diciendo la sentencia referida–, cuando estos derechos de la persona se incorporan a la vida política de los Estados, de manera que, rebasando su carácter meramente subjetivo o individual, se constituyen en elementos esenciales del ordenamiento jurídico en cuanto se conciben como pieza clave para la organización de una convivencia verdaderamente justa,

---

<sup>701</sup> STC 55/1982, de 26 de julio.

<sup>702</sup> Véase al respecto: DE URBANO CASTRILLO, Eduardo/TORRES MORATO, Miguel Ángel (2000): *La Prueba Ilicita Penal. Estudio Jurisprudencial*, 2ª Ed., Elcano (Navarra): Aranzadi, p. 29.

humana y pacífica, entonces la perspectiva necesariamente cambia, imponiéndose la necesidad de estimar radicalmente nula la prueba así obtenida, como un supuesto de acto contrario a las normas imperativas y prohibitivas a que se refiere el art. 6.3 del Código Civil (Cc).<sup>703</sup> Así pues –continúa diciendo la mencionada STS de 29 de marzo de 1990– «cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, en el caso que se analiza el artículo 18.2 de la Constitución Española (inviolabilidad del domicilio), no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base crítica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa quizá haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza». Evidentemente, y aunque en estos momentos únicamente se lance la pregunta sin pretensiones de respuesta inmediata y concluyente, habría que determinar si la obtención de una información tras amenazar con o torturar a una persona que se encuentra detenida en dependencias policiales constituye una «ilicitud de rango inferior» –siguiendo las palabras del TS– lo cual –como se ha visto– traería como consecuencia la prevalencia de la verdad material (es decir, la valoración en juicio de las pruebas obtenidas bajo tortura o su amenaza).

La resolución del TS que aquí se comenta pone el límite cronológico del cambio de criterio expuesto en la trascendental STC 114/1984, de 29 de noviembre y en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), el cual señala que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

De este modo, si una prueba de origen ilícito ha sido admitida y practicada, el juzgador no debe tenerla en cuenta en la formación de su convencimiento. Pues si apoyara la condena sobre el resultado de una prueba ilícitamente obtenida debería considerarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del acusado. Dicha problemática es objeto de análisis en los epígrafes siguientes.

---

<sup>703</sup> Art. 6.3 Cc: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

Ahora bien, ¿cuál es el modo de conjugar el derecho que tiene el Estado a investigar, enjuiciar y castigar conductas delictivas, con aquél que tienen los particulares a ver preservados sus derechos fundamentales, en particular su presunción de inocencia? Esta cuestión abre el debate en torno a los límites o restricciones que puede/debe soportar un ciudadano cuando la maquinaria policial/judicial entra en su ámbito. Hay que decir que esta controversia es tratada por el importante ATS de 18 de junio de 1992 («caso Naseiro»), el cual, si bien se centró en el tema de las intervenciones telefónicas ilegalmente practicadas, contenía no obstante importantes consideraciones en relación al tema que es aquí objeto de análisis. Según el Alto Tribunal, debe ser el principio de proporcionalidad el que ha de facilitar la solución correcta en cada caso. Dicha proporcionalidad –continúa diciendo el auto indicado– se proyecta en muchas direcciones: gravedad del hecho, viabilidad de la medida, intereses afectados o trascendencia de la cuestión. Como se verá en los epígrafes siguientes, el concepto de proporcionalidad y sus extensiones van a constituir un elemento clave a la hora admitir o no en juicio la confesión/información del sujeto detenido en el caso «Jakob von Metzler», así como las pruebas (mediatas o indirectas) halladas como consecuencia de la declaración del entonces sospechoso, la cual, como se sabe, fue obtenida tras la amenaza de torturas.

## **2. Garantías procesales de la persona detenida (arts. 386 y ss. LECrim)**

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), de 14 de septiembre de 1882, tiene entre otros cometidos la misión de ofrecer una serie de garantías procesales al detenido frente a cualquier tipo de coacción o abuso que pudiera darse en el contexto de una investigación policial o judicial. Estas garantías, cuyo respeto se exige expresamente a los jueces en el curso de las investigaciones que realicen –pero que deben estimarse también vinculantes para los miembros de la llamada Policía judicial (art. 283 LECrim)– están detalladas en los arts. 386 y ss. LECrim y pueden resumirse, dentro de las más relevantes, en la prescripción de recibir declaración en el plazo más breve posible (art. 386 LECrim), la cual debe versar sobre el hecho concreto, sin que puedan utilizarse en el interrogatorio medios capciosos o sugestivos ni en caso alguno coacciones o amenazas (art. 389 LECrim), aun cuando el acusado guarde silencio (art. 392 LECrim), dándole al mismo el tiempo requerido para descansar y recobrar la

serenidad si la hubiere perdido (art. 393 LECrim), pudiendo incurrir, policía y jueces, en responsabilidad disciplinaria y, en su caso, penal, si no observan el procedimiento legalmente establecido (arts. 297.3 y 394 LECrim).

Especialmente el art. 386 LECrim debe integrarse con lo establecido en el art. 520.2 del mismo Cuerpo Normativo; disposición esta última que establece el catálogo de derechos que constituyen la sustancia de un proceso justo y con todas las garantías. En este sentido, el imputado debe ser informado, de manera que le sea comprensible, de los derechos que le asisten en su declaración. Por un lado, el derecho a conocer la imputación, es decir, los hechos que se le atribuyen. Por otro lado, es preciso informarle de su derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable o a manifestar su deseo a declarar únicamente ante el Juez. En el Derecho procesal penal español, el imputado puede contestar a las preguntas que se le formulen o guardar silencio; puede contestar a unas y negarse a responder a otras; esclarecer los hechos o, en ejercicio de su derecho a la defensa, introducir dificultades en la investigación; puede responder verazmente o alterar la realidad, ya que el ordenamiento jurídico español no sanciona la falsa declaración del imputado.<sup>704</sup> Desde luego, no existe obstáculo constitucional para que la policía pueda proceder al interrogatorio del detenido como método para conseguir información que permita aclarar los hechos investigados. Ahora bien, el interrogado debe estar suficientemente informado de su derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. En el contexto descrito, resulta evidente que la espontaneidad de las contestaciones de la persona detenida se ve sustancialmente alterada cuando se emplea cualquier tipo de coacción, amenaza o violencia contra el interrogado.

Evidentemente, todo este conjunto de derechos a los que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores derivan directamente de lo establecido en los arts. 17 y 24 CE con respecto a todo sujeto que ha sido detenido, otorgándole el Texto constitucional garantías tan relevantes como el de su presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio y no declarar contra sí mismo, tutela efectiva de jueces y tribunales, derecho a

---

<sup>704</sup> A partir de estas consideraciones, no le falta razón a MORENO CATENA cuando señala que carece de sentido la norma del art. 387 LECrim, la cual manda al juez exhortar al imputado a decir la verdad y advertirle que debe responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que se le hicieren. Véase: MORENO CATENA, Víctor/CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (2011a): *Derecho Procesal Penal*, 5ª Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, p. 216.



ser informado inmediatamente tras la detención de las razones de la misma y de estos y otros derechos que constitucionalmente se le reconocen. A la vista de los derechos que la CE reconoce al sujeto que ha sido detenido, podría pensarse que su seguridad y su defensa están básicamente garantizadas y, con ellas, la desaparición de la tortura o su amenaza. Sin embargo, ésta no deja de ser una impresión pasajera y, en algunos casos, utópica. Tal y como acertadamente indica MAQUEDA ABREU, en la práctica legal, esas garantías se desvanecen muchas veces bajo la presión de intereses varios que con el pretexto de ser representativos del «interés general», de la lucha por la defensa del orden democrático, no sirven en realidad a otro objetivo que al reforzamiento de la represión y el autoritarismo que es característico de algunos Estados de Derecho, como es el propio caso de España.<sup>705</sup>

Por lo demás, los arts. 385 a 409 LECrim regulan las declaraciones efectuadas por la persona detenida estrictamente como actos o diligencias de investigación de los hechos delictivos. Desde luego, no se puede desdeñar la naturaleza de las declaraciones que el imputado pueda prestar en la instrucción como actos de investigación, los cuales, llegado el caso, pueden esclarecer cumplidamente todos los hechos que se persiguen. Este carácter permite que, excepcionalmente, se pueda asumir una declaración inculpativa como prueba de cargo en el momento de la sentencia, siempre, eso sí, que la misma se haya realizado respetando todas las garantías y el entonces detenido/imputado sea llamado a declarar en el juicio, aunque en ese momento modifique la declaración instructoria o se retracte de lo que entonces declaró. Ahora bien, todas y cada una de las declaraciones que pueda prestar el sujeto pasivo de un procedimiento penal deben hacerse con escrupuloso respeto del conjunto de garantías que tienen carácter esencial y que han sido enumeradas a lo largo del presente epígrafe, por lo que su quebrantamiento invalida la práctica de la declaración y lo que se hubiera obtenido en ella carece, como prueba de valoración prohibida, de toda eficacia procesal.<sup>706</sup>

---

<sup>705</sup> MAQUEDA ABREU, cit., p. 478.

<sup>706</sup> Véase al respecto las SSTC 186/1990, de 15 de noviembre y 135/1989, de 19 de julio.

### 3. El art. 11.1 LOPJ y la denominada «regla de exclusión»

#### 3.1. Origen y naturaleza

La regla de exclusión de las pruebas obtenidas mediante la violación de derechos fundamentales está formulada de forma expresa en el art. 11.1, inciso segundo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985 (LOPJ).

El tenor literal del mencionado precepto se configura de la siguiente manera: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». Esto significa que la consecuencia de que se haya infringido una prohibición probatoria derivada de la protección de los derechos básicos de la persona reconocidos constitucionalmente consiste en que los elementos probatorios que pretenden incorporarse al proceso no pueden en modo alguno fundamentar el convencimiento del juez, es decir, no pueden servir de base al fallo de la sentencia que resuelva el litigio, por lo que deben ser excluidos.

El primer aspecto que hay que destacar de la proclamación en el ordenamiento jurídico español de la regla de exclusión es el elevado rango que esta regla ostenta: el propio de la Constitución. Efectivamente, si bien la regla de exclusión está formulada de forma expresa en la LOPJ, se considera que la misma tiene un alcance o naturaleza de índole constitucional.<sup>707</sup>

La prohibición de valorar en juicio aquellas pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales no se halla, desde luego, proclamada explícitamente en un precepto constitucional concreto, ni puede decirse tampoco que forme parte del contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales. Lo que ocurre es que el propio TC, con el apoyo de la inmensa mayoría de la doctrina, ha considerado que dicha regla constituye una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, es decir, una garantía que se deduce del conjunto de la regulación constitucional sobre los derechos fundamentales.<sup>708</sup> Además, resulta necesario señalar que la regla de exclusión tiene un origen constitucional, y ello por la sencilla razón de

---

<sup>707</sup> De esta opinión, entre otros: GÁLVEZ MUÑOZ, Luis (2003): *La Ineficacia de la Prueba Obtenida con Violación de Derechos Fundamentales*, Navarra: Aranzadi, p. 44.

<sup>708</sup> Entre la vasta jurisprudencia emanada por el Máximo intérprete de la Constitución hay que destacar sobre todo la trascendental STC 114/1984, de 29 de noviembre.

que la misma fue adoptada por el propio TC antes incluso que por el legislador. Efectivamente, su establecimiento en el Derecho positivo español no fue iniciativa del legislador, sino que fue el Máximo intérprete de la Constitución quien la introdujo por medio de la referida sentencia 114/1984, de 29 de noviembre. El legislador español del año 1985 lo único que hizo fue, por tanto, recoger en el texto de la LOPJ, y en aras de la seguridad jurídica, la doctrina sentada unos meses antes por el TC.

Pues bien, el que la regla de exclusión tenga un alcance constitucional supone que la valoración procesal de pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales implica la violación por los jueces del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), así como el de igualdad de las partes en el proceso (*ex* art. 14 CE).<sup>709</sup> Esto es algo que ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional española en todas las ocasiones en las que se ha suscitado la necesidad de aplicar la regla de exclusión.

Ahora bien, cuando la ilicitud probatoria proviene de la lesión de un derecho fundamental sustantivo, en ese caso dicha ilicitud requiere su plasmación en una regla procesal. Esa regla de naturaleza procesal se encuentra en el art. 24 CE y será la forma de canalizar el amparo. No cabe, por tanto, acudir al TC para que sea declarada la nulidad de la prueba ilícita invocando directamente la lesión del derecho fundamental sustantivo. Habrá que aducir el quebranto de un derecho fundamental *de naturaleza procesal* (art. 24 CE) por parte del órgano jurisdiccional que tomó en consideración una conducta probatoria que tuvo su origen en la lesión de un derecho fundamental. En opinión de DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, la cuestión radica en dónde ubicar la garantía procesal de la inadmisión de la prueba ilícita, es decir, en qué derecho fundamental procesal del art. 24.2 CE debe entenderse plasmada. En concreto, y a pesar de ciertas oscilaciones en la jurisprudencia del TC, se trata en la mayoría de los casos de uno más de los contenidos de la presunción de inocencia.<sup>710</sup>

A partir de lo señalado en los párrafos anteriores, y de acuerdo con la doctrina sentada por el TC, es posible recurrir en amparo frente a la infracción jurisdiccional del principio de inadmisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas vulnerando derechos

---

<sup>709</sup> De esta opinión, entre otros: DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo (2001): *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid: Civitas, pp. 27 y ss.; GÁLVEZ MUÑOZ, cit., p. 46.

<sup>710</sup> DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES (2001), cit., pp. 28-29.

o libertades fundamentales, ya que con esta conducta se afectan derechos que resultan amparables por vía constitucional. «Tal afectación se da» –afirma la sentencia 114/1984, de 29 de noviembre– «y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las “garantías” propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro».<sup>711</sup>

### **3.2. Fundamento**

El conflicto de intereses existente en el marco de la prueba ilícitamente obtenida a nadie se le puede escapar. En este concreto caso se está delante de una singular y compleja lucha jurídica, aunque con una indudable carga ideológica, en la que se enfrentan, de forma primaria, dos intereses los cuales están constitucionalmente protegidos, si bien, lógicamente, plantean exigencias procesales absolutamente contrapuestas:

En primer lugar se encuentra el interés público en descubrir la verdad en el proceso que en cada ocasión se esté instruyendo, es decir, en lograr la reconstrucción fiel y lo más exacta posible del caso planteado ante los tribunales de justicia, y ello con el fin de que estos puedan aplicar correctamente el Derecho y acercarse así al ideal de la justicia material y a la realización de otros valores relevantes, como la protección de la sociedad frente a los delincuentes. Este interés en que los hechos que el juez declare como probados se aproximen lo máximo posible a los efectivamente ocurridos se manifiesta, lógicamente, a favor de admitir en el proceso cualquier medio de prueba que sea relevante para la resolución del caso en cuestión, con independencia de cuál sea su origen, esto es, del modo lícito o ilícito en que haya sido obtenido. Es evidente que, en algunos casos, la valoración de una determinada prueba, independientemente de su origen lícito o ilícito, puede resultar determinante para la resolución, en uno u otro

---

<sup>711</sup> STC 114/1984, de 29 de noviembre. Véase también: PASTOR BORGONÓN, Blanca (1993): «La prueba ilegalmente obtenida», en: CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL, *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Madrid: CGPJ, p. 207.

sentido, del caso de que se trate. La máxima latina lo resume perfectamente: «*male captum, bene retentum*». En el concreto caso «Jakob von Metzler», el hallazgo por parte de la policía del cadáver del menor de once años constituía sin lugar a dudas una prueba capital de cara a imputar al sujeto detenido los delitos de secuestro extorsivo y asesinato.

En segundo término, y enfrentado al anterior, se encuentra el interés, también de carácter público, en tutelar de manera efectiva los derechos fundamentales de los ciudadanos, es decir, en otorgar la máxima protección jurídica a los mismos, a fin de lograr su plena realización. Y ello, con mayor motivo, cuando los ciudadanos son objeto de una persecución penal por la presunta comisión de un hecho delictivo. La solución que demanda la satisfacción de este interés es, evidentemente, de signo contrario a la que exigía el interés anterior: negar toda eficacia procesal a las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales. A partir de estas consideraciones, una prueba obtenida de forma contraria a los derechos fundamentales no puede ser valorada por el juez, aunque la misma sea relevante para la resolución del caso. También aquí existe un «dictum» latino que sintetiza muy bien el sentido de lo que se quiere expresar: «*ex iniuria ius non oritur*». Acudiendo de nuevo a los hechos acaecidos en Frankfurt a.M. en el año 2002, es evidente que el hallazgo del cadáver del pequeño Jakob fue posible a partir de la declaración emitida por Magnus Gäfgen bajo amenaza de torturas por parte de los agentes de policía. Es decir: dicha prueba de cargo había sido obtenida mediante la violación de un derecho fundamental de la persona detenida, por lo que en principio, y a pesar de su más que evidente relevancia, no podía ser valorada en el juicio correspondiente.<sup>712</sup>

Se está por tanto delante de dos objetivos absolutamente deseables y dignos de protección en el ordenamiento jurídico español, pero que, sin embargo, no son compatibles entre sí. Por consiguiente, resulta necesario, de forma inevitable, elegir entre uno u otro bien, ponderando cuidadosamente el valor respectivo de cada uno de ellos, es decir, sus costes y beneficios posibles. La respuesta que se ha dado a esta cuestión en el ordenamiento jurídico español ya es conocida, concretándose en la

---

<sup>712</sup> Tal y como señala GÁLVEZ MUÑOZ, esta exigencia tiene lógicamente un claro efecto disuasorio en relación con la utilización de métodos de investigación incompatibles con los derechos fundamentales. «Se lanza un claro mensaje de carácter profiláctico a la colectividad: quien transgreda los derechos fundamentales en la búsqueda de pruebas verá sus esfuerzos investigadores condenados al fracaso, sin perjuicio de ser castigado, además, en su caso, con la correspondiente sanción jurídica (penal, civil o disciplinaria)». GÁLVEZ MUÑOZ, cit., p. 55.

formulación jurisprudencial y legal (art. 11.1 LOPJ) de la regla de exclusión de aquellos medios de prueba conseguidos por medio de la vulneración de derechos fundamentales.

La base de la garantista ponderación de intereses realizada se halla, como no podría ser de otro modo, en la gran relevancia institucional que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español; relevancia que queda puesta de manifiesto con suma claridad en la afirmación constitucional de la inviolabilidad de los mismos (*ex art. 10.1 CE*), donde se pone de relieve la relevancia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, considerados como la piedra angular del Estado social y democrático de Derecho. Pues bien, esta posición preferente de los derechos fundamentales convierte a la tutela de los mismos en el objetivo prioritario que debe perseguir el Estado de Derecho que la CE instaura, y una de cuyas manifestaciones es, precisamente, la formulación de la regla de exclusión de aquellas pruebas obtenidas mediante la vulneración de tales derechos. En estos mismos términos lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia ordinaria en muchas de las ocasiones en las que ha tenido que enfrentarse a la decisión de rechazar pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales de los ciudadanos. Un ejemplo de ello viene constituido por el ATS de 18 de junio de 1992, en el conocido «caso Naseiro».<sup>713</sup>

A nadie escapa que el ámbito natural de la regla de exclusión es, desde luego, el proceso penal. Aquí se pone de relieve, como en ningún otro lugar, la necesidad de tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos por encima de la obtención de la verdad procesal. La superioridad del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* frente al ciudadano individual, la gravedad de las penas a imponer y la trascendencia que en este terreno tiene la fase probatoria –ante el rigor de la presunción de inocencia– le da a la defensa de los derechos fundamentales un especial dramatismo e intensidad. En este caso, hay que volver a reiterar que el recurso de amparo es uno de los instrumentos jurídicos que la parte afectada puede utilizar para privar de efectos a una resolución judicial en que se haya tomado en consideración un medio de prueba que, en sí o por el

---

<sup>713</sup> El llamado «caso Naseiro» fue un presunto caso de financiación ilegal del Partido Popular, el cual fue conocido a comienzos de la década de 1990. El mismo llegó al TS debido a la condición de diputados de varios de los implicados. No obstante, dicho caso fue archivado a causa de una serie de irregularidades en la instrucción del sumario. Así, las escuchas telefónicas que permitieron detapar la trama corrupta se habían ordenado para investigar únicamente un caso de narcotráfico que había salpicado al familiar de un miembro del Partido Popular. Por ello, la información obtenida a través de dichas escuchas, la cual otorgaba credibilidad al (presunto) delito de financiación ilegal de un partido político, carecía sin embargo de valor probatorio. Así lo declaró el mencionado ATS de 18 de junio de 1992.

modo de obtención de la fuente probatoria que junto a aquél quiere incorporarse al proceso, haya vulnerado derechos o libertades fundamentales.

No obstante, y como se verá posteriormente, esto no ha impedido que la regla de exclusión haya sido cuestionada en el ámbito procesal-penal español sobre la base de la defensa social frente al crimen. Así, se considera por parte de algunos que la obtención de la verdad procesal resulta a veces imprescindible para castigar las conductas delictivas y contribuir con ello a la defensa y aseguramiento del orden social. Aplicar la regla de exclusión supondría dejar sin castigo la comisión de muchos delitos, algunos de ellos de especial gravedad.<sup>714</sup>

### **3.3. El nexo causal**

A la hora de delimitar la existencia o no de una prueba ilícitamente obtenida surgen inmediatamente –y con sentido previo– dos cuestiones de naturaleza procesal-penal que es necesario resolver:

La primera puede formularse en los siguientes términos: ¿Cuándo debe considerarse violado un derecho fundamental en sede procesal-penal? En este sentido, el Tribunal Constitucional español se ha inclinado decididamente, y desde muy pronto, por la solución más estricta o, si se quiere, limitadora, de tal modo que la regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales sólo debe proceder en caso de «estricta violación» de tales derechos, esto es, en el supuesto de vulneración de su regulación constitucional y no de sus normas de desarrollo. Así, por ejemplo, el Auto del TC 349/1988, de 16 de marzo, relativo a un caso de entrada y registro domiciliario con infracción de la exigencia legal de ser practicado en presencia del Secretario Judicial, lo dice con ejemplar claridad:

«La demanda carece de contenido constitucional. En efecto, como este Tribunal ha reiterado, no toda infracción de norma procesal constituye lesión de algún derecho fundamental y en el presente caso, en relación a la inviolabilidad del domicilio, la demanda en ningún momento niega que exista la resolución judicial constitucionalmente exigida para la entrada y registro domiciliario en defecto del

---

<sup>714</sup> Véase: GÁLVEZ MUÑOZ, cit., pp. 66-67, con bibliografía complementaria.

consentimiento del titular... en ningún caso quedaría afectado el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, porque no forma parte de su contenido la presencia del fedatario judicial, ni es ésta una de las garantías constitucionalizadas por el artículo 24 de la Norma fundamental... La declaración de nulidad pedida pudiera conectarse con el tema de la prueba ilícitamente obtenida, sin embargo, sólo en el caso de que lo hubiera sido violentando algún derecho fundamental estaría justificado el reconocimiento de dicha ineficacia radical. Excluida esta posibilidad con base en las consideraciones hechas, ha de recordarse que el rechazo por otra clase de ilicitud no tiene respaldo en ningún precepto de la Constitución».

En opinión de GÁLVEZ MUÑOZ, esta decisión del Máximo intérprete de la Constitución resulta totalmente acertada. Lo protegido con la regla de exclusión es el *contenido constitucional* de determinados derechos subjetivos considerados como fundamentales, pero no su desarrollo normativo por medio de disposiciones infraconstitucionales, ya sean legales, reglamentarias o jurisprudenciales.<sup>715</sup> Esta opción se basa sobre todo en el principio de proporcionalidad. Ahora bien, frente al supuesto de hecho analizado por el mencionado ATC 349/1988, de 16 de marzo, hay que decir que en los acontecimientos de Frankfurt a.M. en otoño de 2002 sí que se produjo una estricta violación de un derecho fundamental del cual era titular Magnus Gäfgen, ya que tanto su integridad física como, sobre todo, su dignidad como ser humano, son derechos fundamentales que en todo caso ostentan una regulación constitucional, por lo que su violación por parte de los agentes policiales impedía en principio la valoración de las pruebas obtenidas como consecuencia de la declaración emitida por el detenido bajo amenaza de torturas.

La segunda cuestión de índole procesal-penal podría formularse de la siguiente manera: ¿Cuándo puede decirse que una prueba ha sido obtenida con la violación de la regulación constitucional de los derechos proclamados en el Título I de la Constitución?, es decir, ¿cómo debe entenderse la expresión «obtención de pruebas» empleada tanto por el referido art. 11.1 LOPJ como por la jurisprudencia del TC a la hora de formular la denominada «regla de exclusión»? En este sentido, un sector doctrinal, encabezado por GÁLVEZ MUÑOZ, considera que para que pueda aplicarse la

---

<sup>715</sup> *Ibidem*, p. 83.



regla de exclusión no basta simplemente con la existencia de una actividad probatoria y el menoscabo de un derecho fundamental, sino que es necesario, además, que exista una *relación de causalidad* entre ambos. Es decir, la prueba tiene que ser el resultado, la consecuencia, de la lesión del derecho fundamental.<sup>716</sup> Esta opción a favor de la exigencia de una conexión de causalidad para que pueda tener aplicación la regla de exclusión es también defendida por DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES en los siguientes términos: «Hay prueba ilícita cuando existe lesión de un derecho fundamental, pero no siempre que un derecho fundamental resulta menoscabado en una actuación probatoria cabe hablar de la ilicitud del art. 11.1. (...) Para que se pueda hablar de ilicitud probatoria, además del binomio actividad probatoria/menoscabo de derecho fundamental, tiene que darse un nexo de causalidad entre ambos. La obtención de la fuente de prueba tiene que ser el resultado de lesionar el derecho fundamental, como el menoscabo del derecho a la integridad física para obtener la confesión de una persona, por caso. La característica que define la prueba ilícitamente obtenida es que la lesión del derecho fundamental se provoca para poder obtener una fuente de prueba que de otra manera sería muy dudoso que se lograra».<sup>717</sup>

Hay que decir que ésta es también la posición defendida por la jurisprudencia española. Incluso en las sentencias más polémicas y confusas, el principio relativo a la conexión de causalidad nunca ha sido cuestionado como elemento necesario para que pueda aplicarse la regla de exclusión.<sup>718</sup>

Pues bien, si se trasladan los argumentos expuestos en los párrafos anteriores al caso «Jakob von Metzler», resulta evidente la existencia de la denominada conexión de causalidad. En efecto, la obtención de la fuente de prueba que resultó *decisiva* para la imputación formal al sujeto detenido de un delito de secuestro extorsivo y asesinato vino como consecuencia de la lesión de un derecho fundamental como es la dignidad humana, o la integridad moral, en los términos previstos en el Código Penal español. Además, en este punto puede llegar a afirmarse que dicha lesión de un derecho fundamental del detenido se provocó para conseguir una fuente de prueba (el cadáver del pequeño Jakob), que de otra manera hubiera sido poco probable que se hubiese encontrado. A partir de lo explicado hasta ahora, son muchos los argumentos que

---

<sup>716</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>717</sup> DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES (2001), cit., p. 22.

<sup>718</sup> Por ejemplo: STC 49/1999, de 5 de abril.

entrarían en consideración a la hora de afirmar la aplicación del art. 11.1 LOPJ al caso «Jakob von Metzler».

### 3.4. Excepciones

Una vez ha sido delimitado el supuesto de hecho de la regla de exclusión de aquellas pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, es preciso abordar ahora la cuestión relativa a si dicha regla tiene o no un carácter rígido y absoluto, o, lo que es lo mismo, si permite excepciones. De entrada, GÁLVEZ MUÑOZ considera de forma acertada que la mencionada prohibición no puede ni debe entenderse de una forma tan rígida que la inadmisión de tales pruebas por los jueces sea una consecuencia absolutamente obligatoria.<sup>719</sup> Debe por tanto admitirse la posibilidad de que, en supuestos excepcionales, y en aras a la protección de otros derechos y valores con relevancia constitucional, dichas pruebas puedan ser consideradas eficaces.

Resulta innegable que los derechos fundamentales de las personas juegan un papel de capital importancia en el ordenamiento jurídico; que dichos derechos son inviolables e inherentes a la dignidad humana y que sin ellos no puede haber democracia ni libertad ni, por supuesto, afirmarse la existencia de un Estado de Derecho, dentro del cual se inscribe un proceso justo y con todas las garantías. Ahora bien, para un sector doctrinal, ello no es argumento bastante para poder sostener que se está delante de una regla rígida y absoluta, exenta así de cualquier posibilidad de matizaciones o salvedades a la hora de aplicarse a la realidad procesal-penal.

La forma *matizada* de entender la regla de exclusión tiene su origen, según señala GÁLVEZ MUÑOZ, en el principio constitucional de proporcionalidad, el cual exige, entre otras muchas cosas, no dar nunca ninguna ponderación normativa por inamovible o definitivamente realizada.<sup>720</sup> Más bien al contrario, toda regla impuesta por el Derecho, por muy relevante que sea, siempre es susceptible de excepciones; ha de contar, necesariamente, con una válvula de escape que permita, llegado el caso, su

---

<sup>719</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, cit., p. 120. En el polo opuesto, entre los partidarios de una aplicación rígida e incondicionada de la regla de exclusión cabe citar, entre otros, a DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo (1997): «¿Es proyectable el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?», *La Ley*, núm. 4445, pp. 1 y 3.

<sup>720</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, cit., p. 121.

coexistencia pacífica y armónica con otras reglas o principios de idéntico o superior valor. En el contexto descrito se puede señalar que hasta un hecho tan grave y censurable como es el homicidio siempre ha admitido excepciones a su castigo – legítima defensa, estado de necesidad, etc.–, incluso aunque dichas excepciones no estuvieran expresamente previstas en ninguna ley. Desde este punto de vista, y en relación al tema que es objeto de análisis en el siguiente trabajo, el principio de proporcionalidad demanda una actitud abierta y receptiva ante la posibilidad de, en alguna ocasión excepcional, dotar de eficacia a la prueba en principio inconstitucional, pues, en determinadas circunstancias, el coste que para la sociedad en general y para una de las partes procesales en particular puede llegar a tener la aplicación rígida de la regla de exclusión, es posible que resulte a todas luces excesivo en relación con el beneficio que efectivamente se consigue.<sup>721</sup>

Por tanto, el conflicto de intereses entre (1) la obtención de la verdad en el proceso, por un lado, y (2) la necesidad de tutelar los derechos fundamentales, por otro, no puede resolverse en abstracto y de una vez para siempre a favor de la adopción inmatizada de la regla de exclusión. Nadie duda de que los derechos fundamentales deben prevalecer sobre la verdad procesal. Éste constituye un punto de partida irrenunciable, si bien hay que admitir, con idéntico ímpetu, que las especiales circunstancias que concurren en un caso concreto pueden conducir de forma excepcional, en el supuesto particular de que se trate, a una ponderación de intereses distinta.

Siguiendo en este caso a GÁLVEZ MUÑOZ, entre los factores o elementos relevantes que, se considera, debe tener en cuenta el juzgador cada vez que se plantee la posibilidad de excepcionar la aplicación de la regla de exclusión, cabría citar los siete siguientes:

1. La gravedad o entidad objetiva de la infracción. Hay que examinar la índole y características de la vulneración del derecho fundamental. Con respecto a las conductas ubicables entre los delitos contra la integridad moral, ya se señaló anteriormente que las mismas presentan un carácter tremendamente heterogéneo tanto desde un punto de vista

---

<sup>721</sup> *Ibidem*, p. 122.

cuantitativo como cualitativo, algo que se refleja en la regulación contenida en los arts. 174 y 175 CP. En este sentido, no es lo mismo amenazar a un detenido con aplicar violencia física que someterle a condiciones o procedimientos que menoscaben gravemente su integridad corporal.

2. La intencionalidad del infractor, es decir, del responsable de la vulneración del derecho fundamental. Puede que éste haya actuado con intención infractora, pero puede también que haya obrado de buena fe, creyendo que su conducta era conforme al ordenamiento jurídico, o bien considerando que se encontraba en una situación excepcional donde estaba en juego la vida de una o varias personas. E incluso puede haber actuado de buena fe, pero de forma negligente.
3. La naturaleza y entidad objetiva que tenga el hecho investigado por el infractor. Así, es posible que el suceso sobre el que versa la actividad probatoria sea de suma gravedad –por ejemplo, un delito de asesinato– pero también es posible que el mismo carezca de relevancia jurídico-penal o presente una escasa gravedad.
4. La dificultad probatoria. En algunas ocasiones puede que exista una evidente y notable dificultad probatoria por parte del sujeto infractor para defender sus pretensiones por vías lícitas, pero en otras ocasiones –la mayoría sin duda– el infractor dispone de vías alternativas para acreditar los hechos que pretende conseguir violentando un derecho fundamental.
5. La naturaleza rígida o flexible del derecho fundamental que es violentado, esto es, la posibilidad teórica de limitar lícitamente el derecho fundamental que resulta afectado. En este sentido, nunca puede resultar admisible el empleo de la tortura como medio de obtención de pruebas, pero sí la interceptación de una conversación telefónica, pues esta última actuación la permite la CE cumpliéndose determinados requisitos.
6. La inevitabilidad o no del descubrimiento de la prueba por medios lícitos de no haber mediado antes la conducta atentatoria de un determinado derecho fundamental (lo que en el ámbito jurídico anglosajón se conoce como «*inevitable discovery exception*»); cuestión

ésta que será analizada posteriormente). Así, es posible que la prueba en cuestión que se ha obtenido menoscabando un derecho fundamental se habría conseguido de todas formas debido, por ejemplo, a una concreta línea de investigación que se estaba siguiendo por la policía.

7. Las consecuencias que la estricta aplicación de la regla de exclusión pueda llegar a tener sobre otros bienes y valores dignos de protección. No es indiferente que la exclusión de la prueba inconstitucional ponga en peligro un bien de tanta relevancia constitucional como el derecho a la vida, por ejemplo en los casos en los que, por efecto de la regla de exclusión, se pone en libertad a un asesino en serie o a un peligroso pederasta.<sup>722</sup>

Estos son, según señala GÁLVEZ MUÑOZ, los principales factores que hay que valorar en cada caso concreto en que se plantee la posibilidad de excepcionar la regla de exclusión. Para el mencionado autor, el juez debe tenerlos en cuenta a la hora de efectuar la ponderación definitiva entre la necesidad de proteger los derechos fundamentales y la de obtener la verdad en el proceso.

Trasladando uno por uno todo este conjunto de factores o elementos relevantes al caso «Jakob von Metzler», a efectos de excepcionar la aplicación de la regla de exclusión, cabría señalar lo siguiente: (1) La conducta desplegada por los agentes Daschner y Ennigkeit contra el sujeto detenido presentaba una gravedad objetiva indudable, susceptible en principio de ser subsumida en varios preceptos penales. Además, la amenaza con aplicar torturas suponía un menoscabo evidente de un derecho fundamental del sujeto detenido: su integridad física y, por encima de todo, su dignidad como ser humano; (2) Con respecto a la intencionalidad del autor de la conducta, en este caso ambos agentes partían de un error (sin duda vencible) sobre la eventual existencia de una causa de justificación (estado de necesidad), al considerar que en esa concreta situación había que ponderar la integridad física del joven detenido con la vida y la dignidad del menor secuestrado; (3) El (presunto) hecho delictivo objeto de investigación policial tenía evidentemente una relevancia penal considerable, ya que se partía de la existencia de un delito de secuestro extorsivo en el que la víctima del mismo

---

<sup>722</sup> *Ibidem*, pp. 125 y ss.

era un menor de edad; considerándose además que el pequeño Jakob se encontraba en una situación de evidente peligro para su vida; (4) En cuanto a la dificultad probatoria, en el caso «Jakob von Metzler» existían pruebas fehacientes encontradas en el domicilio del detenido, las cuales vinculaban a éste con el secuestro y desaparición del menor. Distinta es sin embargo la situación con respecto a aquellos medios probatorios que, llegado el caso, podían ser utilizados para imputar al detenido un delito de asesinato. Con todo, en este caso hay que reiterar de nuevo que los agentes policiales que llevaron a cabo el interrogatorio partían de la base de encontrarse, no en el marco de un procedimiento penal, sino más bien en una situación de defensa frente a peligros ubicable en el ámbito del Derecho policial; (5) No cabe duda de que en los sucesos de Frankfurt se estaba afectando a un derecho fundamental que en modo alguno era susceptible de ser limitado, como así lo establece de forma clara el propio art. 1 GG o los arts. 10 y 15 CE. También aquí, mientras que, por ejemplo, el ordenamiento jurídico permite, bajo determinados requisitos, limitar el secreto de las comunicaciones, en cambio el respeto a la dignidad del ser humano no puede ser concebido de forma flexible; (6) Constituye una cuestión absolutamente abierta el hecho de si la policía hubiera encontrado el cadáver del pequeño Jakob de no haber mediado la declaración realizada por Magnus Gäfgen bajo la amenaza de torturas. En este sentido, hay que señalar que, desde que se había producido la detención del presunto autor de los hechos, la policía había intentado sin éxito y durante más de 12 horas descubrir el paradero del menor; (7) En el caso «Jakob von Metzler», la aplicación de la regla de exclusión, no valorando en juicio las pruebas obtenidas con la violación de derechos fundamentales, no hubiera supuesto ciertamente la puesta en peligro de bienes de relevancia constitucional como el derecho a la vida o a la integridad de la sociedad en general, al ver ésta cómo se ponía en libertad al autor de un delito de tal gravedad. Como se ha señalado anteriormente, existían pruebas *no contaminadas* en origen que permitían imputar al detenido un delito de secuestro extorsivo. Más bien al contrario, la valoración en juicio de las pruebas obtenidas violentando derechos fundamentales podría poner en jaque los principios constitucionales en los que se basa un proceso penal vigente en un Estado democrático y de Derecho.

Por todo lo explicado, son muchos los factores que apoyarían la tesis de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales en el caso «Jakob von Metzler».

El estudio de la posición de los ordenamientos extranjeros más próximos al español en relación al alcance de la regla de exclusión permite descubrir la existencia en el Derecho comparado de una clara y pronunciada tendencia general hacia un entendimiento flexible de dicho instituto jurídico. De este modo, la admisibilidad de excepciones en la aplicación de la regla de exclusión es la postura vigente en la mayor parte de las democracias. Entre estos países cabe citar, por ejemplo, el caso de EE.UU – que será analizado en el epígrafe siguiente–, el Reino Unido, Francia o, como se ha podido observar en el Capítulo X, Alemania.

En el caso de España, la forma *matizada* de entender la regla de exclusión que por ejemplo se propugna por parte de GÁLVEZ MUÑOZ, y que es mayoritaria en el ámbito del Derecho comparado, parece ser también la postura mantenida por el Tribunal Constitucional, habiendo dado claras muestras de una concepción flexible de esta regla en dos importantes Sentencias: STC 81/1998, de 2 de abril y STC 49/1999, de 5 de abril. En esta última señala de forma meridianamente clara lo siguiente: «En definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos». Como a casi seguro nadie escapa, la clave de esta aseveración por parte del Alto Tribunal se encuentra en la expresión «en ocasiones», ya que, con la misma, el TC parece dar a entender que la regla de exclusión no es una regla absoluta, sino relativa o matizable, de tal modo que puede aplicarse en unos casos sí y en otros no.

Parece claro, por tanto, que el TC no se ha dejado lógicamente influir en su respuesta por el tenor literal del art. 11.1 LOPJ. Como se sabe, este precepto no prevé excepción de ninguna clase a la aplicación de la regla de exclusión, por lo que, haciendo una interpretación literal del mismo, podría entenderse que no hay margen para las excepciones en el Derecho español.<sup>723</sup>

Sin embargo, esta postura en principio favorable de la jurisprudencia constitucional española a la posibilidad de admitir excepciones en la aplicación de la regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales no se ha visto correspondida en la realidad de los hechos. Efectivamente, el examen de las resoluciones, tanto del TC como del TS, recaídas en materia de prueba inconstitucional

---

<sup>723</sup> Como así entienden DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES (2001), cit., p. 65.

pone de manifiesto la aplicación incondicionada de la regla de exclusión de este tipo de pruebas.

#### **4. Alcance de la ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida. La prueba refleja y su problemática**

##### **4.1. Introducción**

Según se desprende de lo establecido en el art. 11.1 LOPJ, las pruebas obtenidas, «directa o indirectamente», con violación de los derechos fundamentales de la persona, «no surtirán efecto». Esto significa lisa y llanamente que cualquier elemento probatorio que pretenda deducirse de la violación de cualquiera de los derechos fundamentales no puede ser objeto de valoración alguna en el proceso. No constituye, en sentido estricto, prueba judicial válida, debiendo por tanto reputarse inexistente.

Tal y como se infiere del repetido art. 11.1 LOPJ, la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida no sólo proscribe la utilización de las pruebas *directamente* obtenidas por medio de la violación de un derecho fundamental (por ejemplo, la droga incautada en un registro domiciliario practicado sin autorización judicial, o, en el caso «Jakob von Metzler», la confesión arrancada al detenido mediante la amenaza con torturarlo), sino también la valoración de aquellas pruebas que *indirectamente* tengan su origen en la ilicitud primigenia, aun conseguidas y practicadas de forma lícita. Así, por ejemplo, si la intervención telefónica es nula, no puede llevarse a juicio un testigo cuya existencia se conoció a través de la interceptación. Aplicando este principio al caso «Jakob von Metzler», la prueba indirecta (el cadáver del menor) a la que se pudo acceder a partir de la declaración del detenido obtenida mediante amenaza de torturas, no podría en principio ser objeto de valoración en el Derecho procesal-penal español según lo prescrito en el art. 11.1 LOPJ.

En este último caso, la prueba en sí misma es lícita, es decir, se realiza respetando las exigencias constitucionales que le afectan directamente. Sin embargo, dicha prueba se encuentra viciada de inconstitucionalidad en origen, puesto que se ha llegado a ella gracias a los conocimientos adquiridos de forma ilícita (el cadáver ha sido localizado gracias a una confesión arrancada bajo amenaza de tortura). Podría decirse



que la ilicitud inicial se extiende cual enfermedad contagiosa a todos los elementos probatorios que derivan de aquélla, debiendo estos por ello ser excluidos del proceso.

En este caso se está haciendo referencia a la denominada «doctrina de los frutos del árbol envenenado», («*The fruit of the poisonous tree doctrine*», DFAE, en lo sucesivo, por sus siglas en español), la cual constituye una construcción procedente de la jurisprudencia norteamericana. Se trata de una formulación que no aparecía en la STC 114/1984, pero que, en cambio, sí se recogió en el art. 11.1 LOPJ y en los siguientes pronunciamientos del TC, con lo que éste venía a reconocer que dicha teoría no sólo era un imperativo legal, sino toda una exigencia constitucional. Según la misma, también conocida como la «teoría de los efectos reflejos de la prueba ilícita», la prueba obtenida violentando derechos fundamentales «contamina» a todas cuantas, de una forma o de otra, se obtienen o son consecuencia de ella.<sup>724</sup>

Básicamente, la DFAE mantiene que la ineficacia derivada de la infracción de un derecho fundamental en la investigación de los hechos extiende sus efectos a la actuación de búsqueda y recogida de otras fuentes de prueba, totalmente legal en sí, pero basada en conocimientos obtenidos gracias a los actos que, por inconstitucionales, han perdido toda eficacia (por ejemplo, considerar inadmisibles en el proceso el arma del crimen, con las huellas dactilares del inculpado, debido a que su hallazgo ha sido posible gracias a los datos obtenidos escuchando una conversación telefónica, interceptada incumpliendo los requisitos legales).

Esta teoría, consagrada en el ordenamiento jurídico español aunque con ciertas matizaciones,<sup>725</sup> constituye sin duda el núcleo central y, a la vez, más problemático de la tarea de determinación del alcance de la ineficacia probatoria producida en virtud de la regla de exclusión; y, precisamente por ello, va a ser objeto de un exhaustivo estudio a lo largo de los siguientes epígrafes.

---

<sup>724</sup> De ésta opinión: DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES (2001), cit., pp. 71-72.

<sup>725</sup> De hecho, PASTOR BORGOÑÓN considera cuanto menos dudoso que el art. 11.1 LOPJ suponga la consagración legal en Derecho español de los efectos reflejos de las prohibiciones probatorias. Para la mencionada autora, esta norma priva de efectos a las pruebas obtenidas violentando los derechos fundamentales directa o indirectamente, pero parece claro que los actos de investigación, realizados conforme a la ley, aunque motivados por informaciones conseguidas como consecuencia de una conducta inconstitucional, no tienen por qué suponer una vulneración indirecta de un derecho o libertad fundamental, ya que no implican una restricción al mismo a través de otros actos interpuestos. Véase: PASTOR BORGOÑÓN (1993), cit., p. 209.

Lo primero que hay que señalar es que, si se acaba de poner de relieve que la DFAE amplía notablemente el campo material de la ineficacia probatoria que entraña la realización de un acto contrario a los derechos fundamentales, ahora hay que dejar constancia de que la ilicitud producida no lo puede contaminar todo. Se trata por tanto de poner de manifiesto que la expansión contaminante de la ineficacia de la prueba inconstitucional no supone necesariamente un vacío probatorio en el proceso. Y es que la exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales no es obstáculo para, por ejemplo, poder conseguir la prueba del hecho investigado por vías (lícitas) distintas a las inconstitucionalmente intentadas y rechazadas. La nulidad de una prueba por aplicación de la regla prevista en el art. 11.1 LOPJ no implica, por tanto, que el hecho que se trata de acreditar con la diligencia viciada no pueda ser acreditado por otros medios, siempre que estos sean, obviamente, legítimos e independientes del irregular.<sup>726</sup>

En definitiva, la violación de un derecho fundamental en la actividad investigadora no arrastra o conlleva necesariamente la nulidad de todo el material probatorio existente en los autos, sino sólo de aquél que traiga causa directa o indirecta de dicha violación. Es necesario, por tanto, que exista una conexión causal entre los resultados probatorios allegados para que la ineficacia pueda extenderse de unos a otros.

Hay que decir que la línea apuntada en los párrafos anteriores es la que paulatinamente ha ido adoptando la jurisprudencia española. Efectivamente, si durante más de una década los tribunales españoles no habían establecido limitaciones a la aplicación sin reservas del art. 11.1 LOPJ, desde mediados de la década de 1990, la argumentación del Tribunal Supremo viene incorporando conceptos como «*deterrent effect*», buena fe, descubrimiento inevitable, etc., importados todos ellos del Derecho norteamericano, y que suponen ni más ni menos que la restricción del ámbito de aplicación del art. 11.1 LOPJ. De hecho, en la Sentencia de la Sala 2ª del TS de 4 de julio de 1997 ya se utilizó la doctrina del descubrimiento inevitable para consentir la admisión de una prueba que de otra manera estaría vedada por el juego del art. 11.1 LOPJ.<sup>727</sup> Un estado de las cosas que alcanza de lleno a la jurisprudencia del TC y que

---

<sup>726</sup> STS de 9 de octubre de 1992; STS de 11 de octubre de 1994. Véase al respecto: GÁLVEZ MUÑOZ, cit., p. 156, nota núm. 220, con interesante bibliografía complementaria. Asimismo: DE URBANO CASTRILLO, Eduardo (2000): «Prueba autónoma y prueba contaminada», *La Ley*, núm. 2, pp. 1620-1621.

<sup>727</sup> Se trataba de un caso de tráfico de drogas en el que se obtuvieron resultados probatorios directos e indirectos como consecuencia de una intervención telefónica ilegal; resultados estos últimos a los que, en

provoca, a partir de la trascendental STC 81/1998, de 2 de abril, la adopción formal de excepciones a la exclusión de la prueba refleja, a modo y semejanza del devenir de la jurisprudencia norteamericana, que el TC ha tomado como guía.

A partir de lo explicado en los párrafos anteriores, y a efectos únicamente aclaratorios, resulta necesario distinguir por tanto los tres conceptos en juego. Una cosa es la *prueba directa*, resultado inmediato de la violación de un derecho fundamental (por ejemplo, la confesión o declaración del detenido obtenida bajo amenaza de torturas); otra, la *prueba refleja*, que es una prueba en sí misma lícita, pero que se apoya o deriva de otra conseguida de forma inconstitucional (así, y siguiendo con el caso «Jakob von Metzler», el cadáver del menor localizado en una zona boscosa situada en el extrarradio de Frankfurt; localización que fue posible gracias a la declaración del detenido obtenida de forma ilícita), y otra muy distinta la *prueba independiente*, que no sólo es que sea en sí misma lícita; es que tampoco tiene conexión causal alguna con aquella violación inicial de los derechos fundamentales, de tal modo que si el acto infractor se suprime mentalmente y se considera que nunca ha tenido lugar, dicha prueba resulta inalterada (por ejemplo, las evidencias encontradas en el piso del presunto autor del secuestro del pequeño Jakob, fruto de la entrada y registro practicados con absoluto respeto de las garantías constitucionales. Hay que recordar que entre las pruebas obtenidas estaban parte del dinero pagado por el rescate, la máquina de escribir con la que se redactó la carta mediante la que se pretendía extorsionar a la familia del menor, o cinta adhesiva y cuerdas que parecían haberse utilizado para maniatar a una persona).

La cuestión verdaderamente importante en el estricto campo procesal es lo que se viene llamando «contaminación» del resto del material probatorio por la prueba o pruebas ilícitamente obtenidas. Este planteamiento se discute por gran parte de la doctrina, puesto que su ciega afirmación implica restricciones –que muchos consideran excesivas–, para la búsqueda de la verdad y el derecho a la prueba. Ciertamente podría alegarse, como argumento favorable a los efectos reflejos de la vulneración de derechos

---

opinión del Alto Tribunal, se habría llegado de todas maneras por otras vías procesales lícitas. En palabras del TS reproducidas en la mencionada Sentencia: «El efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir, que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir “prueba diferente” (pero derivada) con “prueba independiente” (sin conexión causal)».

fundamentales, que la solución contraria podría por un lado inducir a conductas de este tipo para conseguir datos, es decir, consentir en cierto modo que se burle una prohibición por caminos indirectos; por otra parte, que con ello podrían perder efectividad las prohibiciones probatorias, ya que es un mecanismo que permite eludirlas.

Al respecto, PASTOR BORGOÑÓN señala que para considerar contaminada la actividad de recogida de una fuente de prueba por haberse basado la misma en una información que se ha obtenido con vulneración de derechos fundamentales, se requiere que el segundo acto «sea única y exclusivamente consecuencia del primero», es decir, que será ilegítima la incorporación al proceso de la información obtenida «cuando no pueda acreditarse que el investigador hubiera de todas formas realizado la actuación, en base a otros datos o razonamientos».<sup>728</sup> En parecidos términos, la STS de 5 de junio de 1995, al abordar «la fijación del efecto indirecto de la ilicitud probatoria en base al efecto reflejo establecido en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por aplicación de la llamada doctrina (...) de “los frutos del árbol envenenado” (...)», afirma que la no contaminación de las pruebas restantes se produce si es posible establecer una *desconexión causal* entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas, y que esa desconexión siempre existe en la jurisprudencia norteamericana en los casos del llamado «hallazgo inevitable».

Con todo, puede afirmarse que en el actual estado de la cuestión que aquí se analiza, el determinar con precisión en un concreto proceso en qué casos es posible proceder a la mencionada «desconexión causal» de las pruebas autónomas de la declarada ilícita, se ha convertido en el asunto capital, más importante y difícil en esta materia.<sup>729</sup> Dicha problemática será objeto de un exhaustivo análisis en el epígrafe 4.4. del presente Capítulo.

## 4.2. Origen y fundamento

La teoría de la ineficacia refleja de la prueba obtenida de forma contraria a los derechos fundamentales tiene su origen en una Sentencia del Tribunal Supremo

---

<sup>728</sup> PASTOR BORGOÑÓN (1993), cit., p. 209.

<sup>729</sup> Véase al respecto: DE URBANO CASTRILLO/TORRES MORATO, cit., p. 45, con incorporación de importante jurisprudencia.

norteamericano, en concreto en la Sentencia del caso «Silverthorne Lumber Co. vs. US», del año 1920, referente a una aprehensión ilícita de documentos por parte de agentes federales, cuyo examen permitió el descubrimiento de nuevas pruebas de cargo contra una determinada persona. La Corte Suprema consideró que ni los documentos ni las pruebas logradas a partir de los mismos eran utilizables en el correspondiente juicio oral.

No obstante, conviene aclarar que la metáfora relativa a «los frutos del árbol envenenado» («*the fruit of the poisonouos tree doctrine*») surgió en una fecha algo posterior a la de aparición de la teoría misma. Su creador fue el juez Felix Frankfurter, del TS de EE.UU., que la utilizó por primera vez en el año 1939 en la Sentencia del caso «Nardone vs. US» relativo a unas intervenciones telefónicas policiales realizadas sin autorización judicial, pero que sirvieron de base para obtener importantes pruebas de cargo contra el acusado.

La teoría de la ineficacia de la prueba refleja se creó por tanto en los Estados Unidos, pero enseguida se transmitió a otros países, estando hoy día presente, con mayor o menor extensión, en casi todos los ordenamientos jurídicos que proclaman la regla de exclusión. Como se ha podido observar en los epígrafes anteriores, España no es desde luego una excepción. Tanto el TC como el TS, así como la inmensa mayoría de la doctrina, consideran que la ineficacia de la prueba refleja forma parte sustancial de la regla de exclusión; pero es que, además, el legislador parece contemplar esta tesis de forma expresa.<sup>730</sup> Y lo hace en el art. 11.1 LOPJ cuando declara que no surtirán efecto las pruebas obtenidas «directa o indirectamente» con violación de derechos fundamentales.

El fundamento de la DFAE se presenta para GÁLVEZ MUÑOZ como sólido e irreprochable, pues el rechazo de la prueba refleja es el único modo de hacer efectiva la regla de exclusión y conseguir la finalidad perseguida con ella, esto es, la protección de los derechos fundamentales de la persona, los cuales, se considera, están por encima de los intereses de la sociedad y el propio Estado en la persecución y esclarecimiento de un hecho delictivo, y el consiguiente castigo del culpable. Lo contrario supondría reconocer una eficacia meramente formal a dicha regla, dejándola sin apenas

---

<sup>730</sup> De esta opinión, por todos: DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES (2001), cit., p. 71. En contra: PASTOR BORGONÓN (1993), cit., pp. 208-209.

trascendencia en la práctica y provocando una desprotección efectiva de tales derechos. Rechazar la prueba directamente resultante de la violación de un derecho fundamental y aceptar, en cambio, la prueba derivada de ésta, dejaría en poco más que en nada el efecto disuasorio de la regla de exclusión, pues siempre cabría la posibilidad de sacar algún provecho probatorio de la violación de un derecho fundamental,<sup>731</sup> lo cual, sin duda, podría alentar a las fuerzas policiales a utilizar esta vía.

Trasladando esta problemática a la realidad judicial se podrían exponer nuevamente los acontecimientos sucedidos en Frankfurt a.M. en el otoño de 2002, donde en el transcurso de un interrogatorio policial practicado bajo amenaza de utilizar la violencia física, la persona detenida (Magnus Gäfgen) confesó haber dado muerte al pequeño Jakob von Metzler, indicando a la policía el lugar donde podía hallarse el cadáver. En un principio, no parece que tenga mucho sentido afirmar que la confesión debería quedar anulada por haberse obtenido con violación del derecho a la integridad física y moral reconocido en el art. 15 CE, pero que, en cambio, el cadáver del menor, así como el resto de material probatorio fruto de esa declaración en comisaría, deberían admitirse como prueba de cargo al haberse realizado con absoluto respeto de los derechos constitucionales del detenido. ¿En qué quedaría entonces el efecto disuasorio de la regla de exclusión?<sup>732</sup>

La doctrina relativa a que las pruebas procedentes de otra contaminada están igualmente contaminadas se ha traducido, en el caso de España, en una jurisprudencia del «efecto reflejo» de la ilicitud probatoria, calificada como «efecto dominó» o «en cascada», al alcanzar a todas las pruebas derivadas de las declaradas ilícitas.<sup>733</sup>

En consecuencia, sólo tendrían eficacia probatoria las pruebas autónomas o independientes, esto es, las no procedentes casualmente de una prueba declarada ilícita, pues «el efecto indirecto (contaminante) no es predicable cuando sea posible establecer una desconexión causal entre las pruebas ilegítimamente obtenidas y las demás obrantes

---

<sup>731</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, cit., pp. 165-166. En los mismos términos: DE URBANO CASTRILLO, cit., p. 1621.

<sup>732</sup> Así lo puso de manifiesto el propio juez Frankfurter en el año 1939, en la mencionada Sentencia del *Supreme Court* de los EE.UU. por la que se resolvió el caso «Nardone vs. US»: «Prohibir el uso directo de estos métodos... y no poner freno al indirecto constituiría una incitación a estas mismas artimañas, tenidas por incompatibles con los estándares éticos y destructoras de la libertad personal». En el caso de España, véase, entre otras: STS de 4 de marzo de 1997.

<sup>733</sup> SSTs de 17 de junio de 1994, 13 de abril de 1995 y 13 de marzo de 1999.

en la causa».<sup>734</sup> Como se verá a continuación, la mencionada «desconexión causal» constituye una vía que, en determinados casos, permite restar virtualidad a lo establecido en el art. 11.1 LOPJ.

### **4.3. La relación de causalidad entre prueba directa y prueba refleja**

La profundización en el estudio de la DFAE y de su aplicación en el ordenamiento jurídico español requiere necesariamente abordar el examen de la relación de causalidad que une a la prueba derivada o refleja con la directamente conseguida en la práctica de la diligencia contraria a los derechos fundamentales. Lo que interesa, por tanto, es ocuparse de la acreditación o constatación de esa relación causal; en concreto, de determinar qué grado de conexión se requiere para que una prueba deba ser considerada refleja de otra obtenida de forma contraria a los derechos fundamentales y haya, en consecuencia, que dejarla excluida del proceso por estricta aplicación del art. 11.1 LOPJ.

En este sentido, existe un consenso pleno en considerar que hay nexo causal entre una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales y otra lícita posterior cuando puede afirmarse que ésta tiene su origen en informaciones o datos suministrados por aquélla. Es preciso, por tanto, que entre una prueba y otra exista una relación de causalidad, del tal modo que la segunda sea consecuencia de la primera. Por consiguiente, la clave radica en preguntarse si la prueba que se cuestiona se hubiera o no descubierto sin la previa actuación inconstitucional, tal y como pone de relieve de forma habitual la jurisprudencia.<sup>735</sup>

No cabe duda de que en el contexto descrito se está delante de un problema eminentemente fáctico, que requiere examinar con rigor y detenimiento cada caso en concreto que se plantea al objeto de constatar la concurrencia o no de dicha relación de causalidad. En este sentido, y siguiendo en este caso de nuevo a GÁLVEZ MUÑOZ, los especialistas están totalmente divididos. Existen, básicamente, dos posturas definidas,

---

<sup>734</sup> STS de 24 de octubre de 1994.

<sup>735</sup> Véase al respecto la STS de 16 de enero de 1995.

una que podría denominarse «restrictiva» y otra «extensiva», dadas sus consecuencias sobre el ámbito de aplicación de la DFAE.<sup>736</sup>

La tesis restrictiva, preocupada fundamentalmente por las devastadoras consecuencias de la DFAE sobre la verdad procesal y la defensa social, considera que para que pueda declararse la existencia de una relación de causalidad entre una prueba inconstitucional y otra lícita posterior ha de poder afirmarse «clara y rotundamente» que la segunda prueba es consecuencia de la primera. Si fuera posible, por ello, argumentar razonablemente que la prueba cuestionada se hubiera podido conseguir igualmente sin la concurrencia de la información suministrada por la diligencia inconstitucional, la prueba debería admitirse.<sup>737</sup>

Por su parte, la tesis expansiva, incardinada en la lógica garantista de la DFAE y, con ello, de la regla de exclusión, defiende un entendimiento más generoso de la relación de causalidad entre la prueba inconstitucional y la posterior, con el fin evidente de evitar el riesgo de que se difumine el efecto disuasorio de la mencionada regla de exclusión. Se trataría básicamente de afirmar la relación de causalidad con la «simple posibilidad» de dicha conexión.<sup>738</sup>

Hay que decir, sin embargo, que las posturas absolutas y maximalistas en este controvertido tema se han ido paulatinamente decantando hacia posiciones más matizadas y, sobre todo, más casuísticas, tratando con ello de hallar un equilibrio entre la disyuntiva apuntada que, en definitiva, no representa sino las dos caras de una misma moneda: el derecho y ejercicio de la tutela judicial efectiva dentro de un Estado de Derecho, el cual tiene como uno de sus objetivos la búsqueda de la verdad material en todo tipo de proceso.

Haciendo en este caso referencia a la jurisprudencia española, el TC ha acogido fundamentalmente la segunda de las tesis presentadas, si bien de forma matizada. Efectivamente, aunque el Alto Tribunal parte de la idea de que hay que afirmar la relación de causalidad siempre que exista una posibilidad real de conexión con otra

---

<sup>736</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, cit., pp. 173 y ss.

<sup>737</sup> De esta opinión, entre otros: PASTOR BORGONÓN (1993), cit., p. 209; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (1989): *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid: Akal, p. 117.

<sup>738</sup> De esta opinión: ASENSIO MELLADO, José María (1989): *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid: Trivium, p. 89. También parecen decantarse por esta tesis expansiva DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES (2001), cit., pp. 235 y ss.



prueba anterior obtenida de forma contraria a los derechos fundamentales, inmediatamente después pone en marcha, por medio de la llamada «teoría de la conexión de antijuricidad» (que se analizará posteriormente), un mecanismo dirigido a exceptuar la aplicación de la DFAE, llegando a la conclusión de que la prueba derivada no se contamina si cabe atribuir, razonablemente, la responsabilidad del hallazgo de la prueba a otras líneas de investigación, aunque dejando a salvo el supuesto de que las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental vulnerado exijan en todo caso la prohibición de valoración.<sup>739</sup>

Volviendo nuevamente al caso «Jakob von Metzler», debería en principio acogerse la tesis expansiva que se acaba de analizar. Efectivamente, en este supuesto en concreto puede sin duda establecerse la existencia de una relación de causalidad entre la prueba inconstitucional originaria (la declaración del detenido bajo amenaza de torturas) y otra lícita posterior (el descubrimiento del cadáver del pequeño Jakob), pudiendo por tanto afirmarse clara y rotundamente que la segunda prueba es consecuencia de la primera. Además, tal y como se estaban desarrollando las investigaciones por parte de la Policía de Frankfurt, resulta difícil considerar que la prueba cuestionada se hubiese conseguido igualmente sin la concurrencia de la información suministrada por la diligencia inconstitucional.

#### **4.4. La posibilidad de excepciones. La llamada «conexión de antijuricidad»**

Como se acaba de señalar en el epígrafe anterior, existe una corriente doctrinal en España que intenta limitar la ineficacia procesal de la prueba refleja, argumentando que para que pueda declararse la existencia de una relación de causalidad entre una prueba (directa) inconstitucional y otra lícita (indirecta) posterior ha de poder afirmarse «clara y rotundamente» que la segunda prueba es consecuencia de la primera. Sin embargo, existe un sector minoritario que va incluso un paso más allá, al considerar que la regla de exclusión debería limitarse a las pruebas obtenidas directamente de la violación de derechos fundamentales, sin alcanzar por tanto a las pruebas reflejas o derivadas. Estos autores, aun reconociendo que la eventual validez de la prueba refleja

---

<sup>739</sup> Véase, entre otras: STC 81/1998, de 2 de abril.

puede hacer perder efectividad a la regla de exclusión, consideran sin embargo que su ineficacia entraña numerosos inconvenientes. En este sentido se ha dicho que la DFAE implica excesivos obstáculos para la averiguación de la verdad y el derecho a la prueba; pudiendo provocar la anulación de muchos actos de investigación, lo que puede acarrear una intolerable desprotección social.

Uno de los autores que con más prontitud y mayor fuerza cargó contra la admisión del efecto reflejo de la prueba inconstitucional fue PASTOR BORGONÓN. Y lo hizo en un magnífico estudio sobre la ineficacia procesal de las pruebas ilícitamente obtenidas, realizado poco tiempo después de dictarse la revolucionaria STC 114/1984, de 29 de noviembre. En su opinión: «Este planteamiento [la ineficacia procesal de la prueba refleja] se discute por gran parte de la doctrina, puesto que implica restricciones que muchos consideran excesivas para la búsqueda de la verdad y el derecho a la prueba. Además, ofrece un camino por el que, con relativa facilidad, puede provocarse la nulidad de los actos de investigación y la consiguiente imposibilidad de incorporar sus resultados al proceso, llegando así a una situación totalmente injusta».<sup>740</sup>

A nadie escapa que la DFAE es, ciertamente, responsable de la anulación de muchos actos de investigación y entraña, desde luego, importantes cortapisas de cara a la averiguación de la verdad y al castigo del culpable, pero al mismo tiempo hay que tener en cuenta siempre que el respeto de los derechos fundamentales constituye el pilar fundamental de un Estado de Derecho y que su logro está –en principio y abstracción hecha de las circunstancias concurrentes en cada caso– por encima de la consecución de cualquier otro valor, por lo que el ejercicio del derecho a la prueba debe discurrir necesariamente por los cauces que marca el respeto de tales derechos. En este sentido, aunque el art. 24.2 CE reconoce el derecho a la prueba, lo hace sin embargo con referencia a los «medios de prueba pertinentes»; y un instrumento probatorio obtenido de forma inconstitucional no puede desde luego considerarse pertinente.<sup>741</sup>

Pues bien, teniendo presente esta controversia existente entre, por un lado, las dificultades que la exclusión de la prueba refleja puede tener en aras al ejercicio del

---

<sup>740</sup> PASTOR BORGONÓN, Blanca (1986): «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas. A propósito de la Sentencia núm. 114/1984, de 29 de noviembre (BOE de 21 de diciembre de 1984), dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo 167/1984», *Justicia*, núm. 2, pp. 360-361.

<sup>741</sup> En el mismo sentido: GÁLVEZ MUÑOZ, cit., pp. 168-169.

derecho de prueba y el descubrimiento de la verdad y, por otro, el respeto que ha de profesarse a los derechos fundamentales de la persona detenida, el último punto que resulta necesario tratar en el presente Capítulo XIV es el de la posibilidad de admitir excepciones en la aplicación de la DFAE. Se trata en definitiva de saber si la regla general de no valoración de las pruebas conseguidas a partir de otra obtenida de forma contraria a los derechos fundamentales tiene o no excepciones y, en su caso, cuáles.

El punto de partida hay que situarlo en la jurisprudencia emanada en España tanto por el TS como, sobre todo, por el TC, la cual, como se verá posteriormente, tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana dirigida a dotar de limitaciones a la doctrina arbórea. Para el Tribunal Constitucional español, la razón de la interdicción de aquellas pruebas derivadas de una prueba inconstitucionalmente obtenida se halla en la presencia de una «conexión de antijuricidad» entre ambas; concepto que resulta más restringido que el de la mera «conexión de causalidad», aunque lo presupone. La conexión de antijuricidad no desplaza, simplemente, a la conexión de causalidad – conexión que el TC entiende producida con la simple posibilidad de que una prueba derive de otra–, sino que se adiciona a la misma y –lo que es más importante– la matiza sensiblemente.

Pues bien, es con la STC 81/1998, de 2 de abril, donde se produce un verdadero vuelco en toda la temática relativa a la prueba refleja. Efectivamente, en este pronunciamiento existe el propósito decidido del TC de recortar el alcance de la garantía constitucional de la exclusión de la prueba. Y, para ello, construye la teoría de la conexión de antijuricidad, la cual reduce la aplicación de la mencionada garantía en aquel ámbito donde parece más indefensa: en la prueba refleja. Mediante el citado pronunciamiento, la exclusión de las pruebas obtenidas violentando un derecho fundamental, la cual hasta ese momento se consideraba que formaba parte de una garantía procesal constitucionalizada que impedía la utilización de todo aquello que derivase, directa o indirectamente, de dicha lesión (*ex art. 11.1 LOPJ*), se sustituye por otra premisa, la cual condiciona todo el contenido de la mencionada STC 81/1998, y que se expresa en los siguientes términos: «[l]a regla general (...) es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental (...) se halla incurso en la prohibición de valoración *ex artículo 24.2 CE*. Sin embargo, a la vez que establecíamos la doctrina general que acabamos de exponer, y habida cuenta de que, como hemos dicho repetidamente, los derechos fundamentales no

son ilimitados ni absolutos (...), en supuestos excepcionales hemos admitido que, pese a que las pruebas de cargo se hallaban *naturalmente* entrelazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran *jurídicamente* independientes de él y, en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia». <sup>742</sup>

Para el Alto Tribunal, la transferencia del carácter ilícito de una prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales a otra posterior –inicialmente lícita– requiere la presencia entre las dos tanto de una «conexión natural» como de una «conexión jurídica». La conexión natural y la jurídica suelen ciertamente coincidir en la mayoría de los casos, pero esto no siempre sucede. Efectivamente, como se analizará a continuación, en supuestos excepcionales y poco frecuentes no se produce esta concurrencia de causas, de tal modo que, existiendo un nexo causal natural entre la prueba ilícita inicial y la posterior refleja, no se da en cambio uno de naturaleza jurídica. En estos casos, la prueba (indirecta) se halla naturalmente enlazada con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental, por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, pero, por circunstancias que luego serán analizadas, se considera jurídicamente independiente de él y, en consecuencia, debe reputarse válida y apta para ser utilizada en el proceso. Y así lo ha puesto expresamente de manifiesto el TC en varias ocasiones, entre ellas en la trascendental STC 81/1998, de 2 de abril, donde el objetivo fundamental del Alto Tribunal era dejar abierto el camino a la posibilidad de introducir excepciones a la ineficacia de la prueba refleja. <sup>743</sup>

En definitiva, en opinión del TC, la exclusión de las pruebas (directas e indirectas) obtenidas lesionando un derecho fundamental no es absoluta, porque no hay derechos fundamentales absolutos, sino que más bien admite excepciones, las cuales se presentan tamizadas por una artificiosa distinción entre «dependencia natural» y «dependencia jurídica». Esto quiere decir que, para el TC, el que ciertas pruebas provengan realmente de la lesión de un derecho fundamental no va a ser determinante de cara a una eventual valoración judicial, ya que, excepcionalmente, podrán ser utilizadas si alcanzan un curiosísimo estándar de independencia jurídica.

---

<sup>742</sup> FJ 4º de la STC 81/1998, de 2 de abril (cursivas añadidas).

<sup>743</sup> En relación con el actual proceso de relativización de la exclusión de la prueba refleja en España, véase: DE URBANO CASTRILLO/TORRES MORATO, cit., pp. 55 y ss.

Como cabía esperar, dicha argumentación es objeto de una feroz crítica por parte de un importante sector doctrinal en España. Así, por ejemplo, DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES consideran que el afirmar que las garantías procesales del art. 24 CE pueden ser restringidas sin más explicaciones que la de que no hay derechos fundamentales absolutos conlleva destruir el fundamento del proceso penal moderno: la búsqueda de la verdad se vuelve a erigir como la finalidad del proceso penal, subordinándose a ella los derechos fundamentales de naturaleza procesal.<sup>744</sup>

También el TS español ha llegado a poner en cuestión la validez absoluta de la DFAE, como así ocurre, por ejemplo, en la STS de 8 de octubre de 1996, en la cual se afirma la validez de una determinada prueba de cargo en un proceso de tráfico de drogas: «Entender lo contrario sería tanto como llevar a consecuencias absurdas esa teoría tan extendida, y de la que se ha hecho y hace abuso desmedido, del llamado “árbol podrido que todo lo contamina”, pues de aceptarse al pie de la letra ese principio nos encontraríamos constantemente con situaciones de verdadera impunidad, que chocarían con la lógica de la realidad y con el respeto que ha de tenerse a conseguir una verdadera justicia material».

Para GÁLVEZ MUÑOZ –partidario sin ambages de la distinción que realiza el TC– en el caso concreto de la DFAE, la posibilidad de dotar en alguna ocasión de eficacia procesal a la prueba derivada causalmente de otra inconstitucional resulta sumamente conveniente, pues no cabe duda de que una exclusión rígida y severa del proceso de toda prueba refleja puede conducir en no pocas ocasiones a consecuencias absolutamente desproporcionadas, como ha puesto de manifiesto tantas veces el propio Tribunal Supremo norteamericano durante las últimas décadas.<sup>745</sup>

Resulta, por ello, sumamente oportuno huir de todo automatismo o rigidez dogmática en la aplicación de la DFAE. La prueba (mediata) conectada de forma natural con otra que ha sido obtenida con violación de los derechos fundamentales está en principio, como regla general, jurídicamente contaminada y debe, por tanto, ser ineficaz; pero, en algunas ocasiones, cabe la posibilidad de que el respeto del principio

---

<sup>744</sup> Véase: DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES (2001), cit., pp. 133-134.

<sup>745</sup> GALVEZ MUÑOZ, cit., pp. 180-181. Véase al respecto, por ejemplo: Caso «Brown vs. Illinois», del año 1975.

de proporcionalidad exija considerarla independiente en ese mismo plano jurídico y apta, por ello, para operar en el proceso. De este modo, existiendo una conexión causal natural, podría sin embargo negarse una conexión jurídica.

Dicho esto, la cuestión que surge inmediatamente es la siguiente: ¿De qué forma se puede acreditar esa conexión de antijuricidad entre prueba directa (ilícita) y prueba refleja (lícita)? En este caso se trata de encontrar un criterio que permita saber, con cierta seguridad, cuándo las pruebas derivadas de forma natural de un acto constitucionalmente ilegítimo pueden ser valoradas y cuándo no. El TC se ha ocupado de esta cuestión en numerosas resoluciones. La primera que lo hace es la ya mencionada STC 81/1998, de 2 de abril, que es también la más relevante, ya que sienta una doctrina general sobre la forma de determinar la existencia de una conexión de antijuricidad que, a partir de ahí, todas las Sentencias posteriores se han limitado a recoger.<sup>746</sup>

Una lectura detenida de la citada Sentencia pone de relieve que el TC lo que está proponiendo a los aplicadores del Derecho es realizar dos operaciones analíticas sucesivas –la una calificada como interna y la otra como externa– para poder llegar a una conclusión sobre la existencia o no de conexión de antijuricidad en cada caso concreto en que se plantee la aplicación de la DFAE.

Así, en primer lugar, hay que examinar la índole y las características de la vulneración del derecho fundamental que en cada caso se trate, así como su resultado, con el fin de determinar si hay algún dato o elemento fáctico que permita en cierto modo «romper» jurídicamente la relación de causalidad (natural) entre la prueba inconstitucionalmente obtenida y la casualmente conectada con ella. Se trata de ver si la relación entre una y otra prueba es lo suficientemente fuerte o lo suficientemente relevante para el caso, como para estimar necesariamente que la segunda prueba está contaminada y es, por tanto, ineficaz.

Por su parte, en la segunda operación debe procederse a valorar las necesidades de tutela del derecho vulnerado, para comprobar si la exclusión de la prueba en cuestión cumple o no en el caso concreto un efecto disuasorio, es decir, si constituye o no una

---

<sup>746</sup> En este caso concreto, el TC se enfrentaba a una demanda de amparo presentada por varias personas condenadas por el TS por un delito de tráfico de drogas. Los demandantes alegaron que su condena en juicio se realizó sobre la base de pruebas (ocupación de drogas y declaraciones testificales de los policías que la llevaron a cabo) obtenidas como consecuencia de otras (intervenciones telefónicas) previamente declaradas inconstitucionales por el TS, y que, a su juicio, no debieron ser valoradas, de acuerdo con la teoría de los efectos reflejos de las pruebas inconstitucionales, también denominada DFAE.

garantía efectiva para la efectividad del derecho vulnerado. Se trata básicamente de indagar si concurre alguno de los hechos cuya erradicación constituye una necesidad esencial para la tutela del derecho. En este sentido, el TC ha valorado la intencionalidad de la violación originaria, la existencia de negligencia grave y la importancia objetiva de dicha violación, como elementos a considerar de cara a una eventual admisión de la prueba refleja.

La consecuencia jurídica de este pormenorizado examen es clara: Si se considera que en el caso planteado se ha producido algún hecho o existe algún elemento en el que pueda sustentarse de forma más o menos independiente el resultado probatorio en cuestión, y si, además, se llega al convencimiento de que la valoración de esta prueba en concreto no supone incentivar de ninguna forma futuras lesiones del derecho fundamental vulnerado, debe estimarse que la prueba es jurídicamente independiente y, por tanto, apta para su valoración procesal; pero si estas dos condiciones (o una de ellas) no se cumplen, en ese caso la prueba debe conceptuarse como refleja a todos los efectos, debiendo, por tanto, ser considerada como radicalmente ineficaz.

Por consiguiente, el TC español huye de todo automatismo en la aplicación de la DFAE, dejando un espacio de discrecionalidad al juzgador que le permita valorar, en cada caso concreto, y en función de las circunstancias concurrentes, tanto (1) la gravedad y entidad de la contaminación probatoria, como (2) las necesidades de tutela del derecho vulnerado; adoptando, finalmente, una decisión ponderada y prudente.

Como puede fácilmente deducirse, en todos estos casos se sitúa al órgano jurisdiccional ante su indelegable responsabilidad de decidir sobre la admisión o no de una o varias pruebas reflejas; responsabilidad que pasa inexorablemente por la motivación de la decisión adoptada. Existe así un espacio de discrecionalidad que pone en manos del Juez o Tribunal enjuiciador determinar en cada caso la valoración del alcance del material contaminado por la existencia de una o varias pruebas ilícitas. En opinión de DE URBANO CASTRILLO, la calidad de la motivación se erige, de este modo, en elemento crucial para el éxito de la resolución, para lo cual el órgano jurisdiccional cuenta con una serie de pautas o referencias ciertamente amplias, pero que al mismo tiempo ofrecen innegables dificultades prácticas, pues sitúan la mencionada

problemática en el conjunto del proceso, *fair trial* o «proceso equitativo», y ello es cuestión ardua y casuística, a resolver caso a caso.<sup>747</sup>

Trasladando toda la argumentación expuesta en los párrafos anteriores al caso «Jakob von Metzler», habría en principio que preguntarse si en los sucesos de Frankfurt a.M. se produjo algún hecho o existía algún elemento en el que pudiera sustentarse de forma más o menos independiente el resultado probatorio en cuestión, y si, además, podría llegar a afirmarse que la valoración de la prueba hallada (el cadáver del menor secuestrado) tras la confesión del detenido no suponía incentivar de ninguna forma futuras lesiones del derecho fundamental vulnerado. Con respecto a la primera cuestión hay que decir que, en el estadio en el que se encontraba la investigación, no existían elementos probatorios independientes que pudiesen sustentar la eventual imputación a Magnus Gäfgen de un delito de asesinato. Sí que se habían hallado elementos probatorios en el domicilio del detenido, los cuales permitían imputarle un delito de secuestro extorsivo, pero con respecto al paradero del pequeño Jakob no existía ni prueba ni indicio alguno. En relación a la segunda cuestión hay que decir que la conducta desplegada por los agentes Daschner y Ennigkeit suponía ciertamente el menoscabo de un derecho fundamental con respaldo constitucional, por lo que la valoración de la prueba obtenida como consecuencia de la declaración emitida por Gäfgen (el cadáver del pequeño Jakob) podría, llegado el caso, incentivar futuras lesiones del derecho fundamental vulnerado en contextos delictivos similares. Por consiguiente, en el caso «Jakob von Metzler» debía en principio estimarse que la prueba refleja derivada de la confesión del detenido en dependencias policiales no era jurídicamente independiente y, por ello, apta para su valoración procesal, sino que más bien aquélla debía excluirse como prueba de cargo; cosa que, como se sabe, no hizo el Tribunal encargado de enjuiciar los sucesos de Frankfurt.

A partir de los argumentos expuestos en los párrafos anteriores, y adoptando para ello las distintas excepciones formuladas por la jurisprudencia norteamericana en relación a la exclusión de la prueba refleja,<sup>748</sup> los tribunales españoles han admitido con

---

<sup>747</sup> DE URBANO CASTRILLO (2000), cit., p. 1621.

<sup>748</sup> En Estados Unidos, una vez desterrada la existencia de una garantía constitucional que excluya las pruebas ilícitas *per se*, se entiende que esa exclusión tiene como finalidad fundamental prevenir conductas policiales que puedan lesionar derechos fundamentales. De manera que si, al impedir la utilización de la prueba, no se están previniendo descomedimientos policiales, ésta debe admitirse. De este modo, en



claridad hasta el momento tres únicos supuestos de prueba independiente desde el punto de vista jurídico (ruptura de la conexión de antijuricidad), aunque derivada de la prueba directa ilícita desde el puramente causal. Se trata de las denominadas excepciones de (1) descubrimiento probablemente independiente (o de prueba hipotéticamente independiente); (2) de descubrimiento inevitable y (3) de confesión voluntaria del inculpado (o nexos causal atenuado). Estas tres excepciones van a ser objeto de un análisis exhaustivo en los epígrafes siguientes.

*El descubrimiento probablemente independiente.* Según esta primera excepción, la DFAE no se aplica cuando los hechos pueden alcanzarse mediante una fuente de carácter independiente.

Con esta excepción se está haciendo referencia a todos aquellos supuestos en los que se considera que la actuación inconstitucional no ha sido la única causa de la obtención de la prueba que se cuestiona en el caso concreto, sino que más bien existen líneas de investigación en marcha no viciadas de inconstitucionalidad a las que cabe, razonablemente, atribuir la responsabilidad del hallazgo de la prueba.

En estos casos la prueba controvertida se admite porque hay motivos para creer que el conocimiento derivado de la violación del derecho fundamental no ha sido *indispensable* ni tampoco *determinante* para la obtención de la prueba en cuestión, de tal modo que, suprimida mentalmente la violación del derecho fundamental, la prueba hubiese sido obtenida razonablemente de la misma forma y de idéntica manera. Habida cuenta el estado de la investigación, las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica, cabe entender que el investigador hubiera actuado de la misma manera sin dicha información viciada.<sup>749</sup>

Esta excepción tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, donde se le conoce con el nombre de «*hypothetical independent source rule*». El ejemplo clásico es el caso «*Bynum vs. U.S.*» (1960), donde se excluyeron las huellas dactilares obtenidas del sospechoso tras una detención ilegal, pero no las que se

---

EE.UU. no existe un derecho fundamental procesal que excluya las pruebas ilícitas, sino que se trata simplemente de un mecanismo que protege los derechos fundamentales sustantivos. Perspectiva que el TC español utiliza como punto de partida en su nueva corriente jurisprudencial. De este modo, en la jurisprudencia norteamericana se han formulado distintas excepciones a la exclusión de la prueba cuando existe una fuente independiente, cuando se produciría el descubrimiento inevitable de la prueba, o bien cuando el nexo causal entre la ilicitud inicial y la actuación posterior está muy atenuado. Véase al respecto: DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES (2001), cit., pp. 75-76.

<sup>749</sup> Véase al respecto: GÁLVEZ MUÑOZ, cit., p. 186.

encontraban en los archivos del FBI cuando se procesó al imputado.<sup>750</sup> En el caso de España, esta primera excepción a la DFAE ha sido admitida por el TC español en, entre otras, la mencionada STC 81/1998, de 2 de abril.<sup>751</sup> En la STS de 8 de noviembre de 1999, a pesar de establecerse la ilicitud de una prueba de entrada y registro, se consideró sin embargo prueba autónoma e independiente, apta por tanto para anular una condena penal, a la prueba testifical de los Agentes de la Guardia Urbana de Barcelona, los cuales declararon en el acto del juicio que, con anterioridad a practicar la viciada diligencia referida, habían sido testigos de operaciones de tráfico efectuadas por el acusado, consistentes en intercambiar sustancias tóxicas por dinero; manifestaciones que fueron confirmadas por uno de los compradores que afirmó en el plenario haber realizado una veintena de compras al acusado.

En definitiva, con respecto a esta primera excepción a la exclusión procesal de la prueba refleja no se trata de negar pura y simplemente la relación de causalidad natural entre el ilícito cometido y la prueba controvertida; de lo que se trata más bien es de constatar la debilidad del nexo causal de unión (conexión jurídica), dada la existencia de otros datos o elementos fácticos que permiten inferir razonablemente que el resultado probatorio se ha obtenido, en realidad, muy probablemente, sin la ayuda de la información resultante de la diligencia inconstitucional.

Hay que decir que la mayoría de la doctrina española se muestra a favor de la admisión de esta excepción a la aplicación de la DFAE, al considerar que la valoración procesal en estos casos de la prueba controvertida no supone un aprovechamiento

---

<sup>750</sup> En concreto, las huellas dactilares de un sospechoso obtenidas tras una detención ilegal se excluyeron como prueba ya que se carecía de indicios suficientes. En el momento de la detención, al sospechoso se le tomaron huellas dactilares que, tras la oportuna prueba pericial, coincidían plenamente con las tomadas en el lugar del robo. No obstante, esta prueba pericial se consideró ilícita por derivar directamente de la detención ilegal, la cual se había practicado sin tener causa razonable. A pesar de ello, la policía presentó con posterioridad una nueva prueba pericial dactilar coincidente con las huellas dactilares halladas en el lugar del robo, pero sobre la base de las huellas antiguas de Bynum que se encontraban en los archivos del FBI y que no tenían conexión con las recogidas tras la detención ilegal. En este caso, el Tribunal Supremo federal norteamericano aceptó esta nueva prueba pericial al considerarla *independiente* y no relacionada con el arresto ilegal.

<sup>751</sup> STC 81/1998, de 2 de abril, Fundamento Jurídico 5º: «La Sentencia impugnada subraya que, en virtud de la intervención telefónica, sólo se obtuvo un dato neutro como es el de que el entonces sospechoso y ahora recurrente iba a efectuar una visita. A partir de ese hecho, el Tribunal Supremo entiende que dadas las circunstancias del caso y, especialmente, la observación y seguimiento de que el recurrente era objeto, las sospechas que recaían sobre él y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí solo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho».

tangible y manifiesto de la actuación inconstitucional.<sup>752</sup> Ese eventual aprovechamiento se daría en el caso de que interviniesen circunstancias que afectasen a las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental lesionado, tales como la gravedad de la infracción o el dolo o la negligencia grave por parte del infractor. Pero cuando ello no sucede, no existe por tanto inconveniente en afirmar una desconexión causal entre la lesión de un derecho fundamental y la prueba (independiente) que se aporta. Para DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, no hay problema alguno para afirmar que, si la prueba que se presenta no es consecuencia de la lesión del derecho fundamental, deba ésta ser admitida. Que la garantía prevista en el art. 11.1 LOPJ prohíba cualquier eficacia jurídica derivada de la lesión del derecho fundamental no significa que excluya la posibilidad de alcanzar el mismo resultado por otro medio *ajeno* a esa actuación lesiva.<sup>753</sup>

Con respecto al caso «Jakob von Metzler», hablar de fuente independiente supone tener que hacer referencia únicamente a los elementos probatorios encontrados en el domicilio del detenido (parte del dinero del rescate, croquis del secuestro, cinta adhesiva y cuerdas, etc.), ya que dicha actividad investigadora se realizó con absoluto respeto de la normativa procesal-penal vigente en Alemania. Por el contrario, el cadáver del pequeño Jakob, el cual como se sabe fue descubierto únicamente tras la declaración efectuada por el detenido bajo amenaza de torturas, no puede en modo alguno considerarse como una prueba hipotéticamente independiente. Y es que en este concreto caso resulta muy difícil partir de la base de la existencia de líneas de investigación en marcha no viciadas de inconstitucionalidad, a las cuales cabía razonadamente atribuir la responsabilidad del hallazgo de la controvertida prueba que, no cabe duda, resultaba capital para imputar al detenido un delito de asesinato.

*El descubrimiento inevitable.* El segundo supuesto en el que se excepciona la aplicación de la DFAE hace referencia a la hipótesis de la inevitabilidad del descubrimiento de la prueba en cuestión por vías independientes. Se trata aquí de admitir la validez de la prueba derivada de forma natural de otra inconstitucional en todos aquellos casos en que se considere que, si no se hubiera producido la violación del

---

<sup>752</sup> DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES (2001), cit., pp. 84-85; GÁLVEZ MUÑOZ, cit., p. 190, con bibliografía complementaria.

<sup>753</sup> DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES (2001), cit., p. 85.

derecho fundamental, la prueba contaminada habría terminado por ser inevitablemente adquirida de forma independiente durante el curso normal de la investigación. Es decir, el normal desarrollo de los hechos habría tenido inevitablemente como resultado el descubrimiento de la prueba controvertida.<sup>754</sup>

Conviene advertir aquí que la ruptura de la conexión de antijuricidad no se puede basar en meras conjeturas o difíciles elucubraciones, sino en una argumentación seria, construida de acuerdo con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, que no debe dejar espacio a la pura especulación o a la ficción mental.<sup>755</sup>

En este caso se está delante de lo que en EE.UU. se conoce como «*inevitable discovery exception*». La Sentencia del *Supreme Court* que la introdujo fue la del caso «*Nix vs. Williams*» en el año 1984, el cual resulta verdaderamente paradigmático: El acusado de un delito de asesinato reveló a la policía, en un interrogatorio realizado de forma inconstitucional, el lugar donde se encontraba el cuerpo sin vida de la víctima, el cual fue hallado en una zona que ya estaba siendo rastreada por la policía con el apoyo de más de doscientos voluntarios. Pues bien, el Tribunal Supremo norteamericano admitió el resultado de la confesión inconstitucional sobre la base de que, si ésta no se hubiera producido, el cuerpo de la víctima habría sido inevitablemente encontrado, con sólo unas pocas horas de diferencia, durante la batida policial.<sup>756</sup>

También en este caso, la jurisprudencia española no tardó en aceptar la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano. Así, en la década de 1990, algunas Sentencias de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo se pronunciaron a favor de su admisión, aunque, naturalmente, siempre con la condición –implícita o explícita– de que no resultasen afectadas o menoscabadas las necesidades esenciales de tutela del

---

<sup>754</sup> La excepción relativa al descubrimiento inevitable es, ciertamente, muy parecida al descubrimiento probablemente independiente, analizado anteriormente, si bien ambas no pueden ser confundidas. Las dos excepciones tienen en común que utilizan las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica para tratar de desconectar o separar el material probatorio de la infracción constitucional cometida. Ahora bien, mientras que en el caso del descubrimiento probablemente independiente la desconexión es fruto de un juicio hipotético sobre lo que ocurrió realmente, en el que se resta importancia a la información suministrada por la violación del derecho fundamental, en el descubrimiento inevitable la desconexión opera en el terreno de las elucubraciones sobre lo que podría haber pasado de no haber mediado la infracción inconstitucional, dependiendo de que se llegue a la conclusión razonable de que la prueba cuestionada se hubiera podido obtener casi con certeza de manera independiente. En un caso la prueba se obtuvo muy probablemente de forma independiente, sin la colaboración apreciable de la información conseguida con la violación del derecho fundamental. En el otro supuesto la prueba se obtuvo como consecuencia de la infracción, siendo, por tanto, una prueba derivada en sentido estricto; sin embargo, existe la casi total seguridad de que, de no haber medido la infracción, dicha prueba se hubiera logrado obtener, antes o después, de forma autónoma respecto a la violación constitucional.

<sup>755</sup> En los mismos términos: GÁLVEZ MUÑOZ, cit., p. 193.

<sup>756</sup> Véase un resumen de este caso en: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1999): *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona: Bosch, p. 108, nota núm. 216.

derecho fundamental vulnerado. Una de las Sentencias más destacadas de la jurisprudencia española procede de la Sala 2ª del TS. Se trata de la STS de 4 de julio de 1997, en cuyo Fundamento Jurídico 4º se acepta, por razón de su inevitable descubrimiento, la validez de una prueba de cargo que es resultado causal de una prueba ilícitamente obtenida. Se trataba en concreto de una intervención telefónica ilegal, por falta de motivación, que llevó a la detención de la acusada en el acto de adquirir droga de sus proveedores. Sin embargo, el TS, en el mencionado FJ 4º, admitió la prueba con el siguiente razonamiento: «En efecto consta acreditado (...) que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica (...); proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína al por mayor. Es decir, que *inevitablemente*, y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo (...)».

Pues bien, esta aceptación por parte del TS de la doctrina del descubrimiento inevitable obligó al TC a plantearse su admisión en sentencias como la trascendental STC 81/1998, de 2 de abril, lo que finalmente condujo a la formulación de la teoría de la «conexión de antijuricidad» que, en última instancia, llevó a admitir la excepción del descubrimiento inevitable, aunque también se aplica, como se verá a continuación, a los supuestos del nexo causal atenuado (confesión voluntaria del inculpado).

En sede doctrinal, y a diferencia de lo que sucede con respecto a la primera excepción a la aplicación de la DFAE –analizada anteriormente– no existe desde luego una unanimidad en su aceptación. Así, autores como GÁLVEZ MUÑOZ se muestran favorables a la admisión de la doctrina del descubrimiento inevitable en el Derecho español, siempre, eso sí, que se sigan las condiciones establecidas por la jurisprudencia en cuanto a la solidez en la argumentación relativa a la «razonabilidad fáctica de la inevitabilidad del descubrimiento» y a la «existencia de buena fe en el sujeto infractor», y siempre que, además, no se comprometan de ninguna otra forma las necesidades esenciales de tutela del derecho vulnerado, lo que exige comprobar, fundamentalmente, «la entidad objetiva de la infracción cometida y la existencia o no de grave negligencia por parte del responsable de la infracción».<sup>757</sup> En el polo opuesto se sitúan autores como

---

<sup>757</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, cit., p. 197. Con todo, el mencionado autor pone de relieve que no resulta tarea fácil advertir con claridad la posición de la doctrina española sobre esta excepción, pues es habitual

DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES. Para estos, al contrario de lo que sucede en el sistema estadounidense, lo que esencialmente está en juego en el sistema español de derechos y libertades no es la disuasión policial, ni siquiera el contenido de un derecho fundamental sustantivo, sino, sobre todo, el propio modelo constitucional de proceso.<sup>758</sup> Además, el que se hubiera obtenido efectivamente la fuente de prueba es algo que por regla general muy raramente se podrá deducir de forma tan clara como en el caso «Nix vs. Williams», lo que, según señalan DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, se puede constatar en los casos analizados por la jurisprudencia española. De este modo, el parámetro de la inevitabilidad va sufriendo una continua degradación. Al final ocurre lo de siempre: todo o casi todo estaba a punto de ser descubierto por la policía.<sup>759</sup>

Si se traslada esta última argumentación al caso «Jakob von Metzler», es evidente que son pocos los indicios que permiten afirmar la posibilidad de un descubrimiento inevitable con respecto a la principal prueba de cargo. Y es que resulta en principio poco probable que, de no haber mediado la confesión del detenido donde indicaba la ubicación del cadáver de Jakob, la policía dispusiese de pistas fehacientes que hubieran conducido con casi total seguridad a la localización de aquél por vías no viciadas de inconstitucionalidad.

*La confesión voluntaria del inculpado (o nexa causal atenuado).* El tercer supuesto en el que eventualmente se permite negar la existencia de conexión de antijuricidad entre la prueba naturalmente refleja y la violación del derecho fundamental en el ámbito de la prueba ilícita primigenia, viene constituido por la confesión voluntaria del imputado sobre los hechos conocidos gracias a la vulneración de un derecho fundamental. La admisión por este último de los hechos que se le imputan se considera que constituye una prueba válida para fundamentar una declaración de condena, siempre y cuando, eso sí, resulte acreditado que la misma ha sido prestada con todas las garantías constitucionales y legales para garantizar su voluntariedad.

Evidentemente, a nadie escapa que la declaración del imputado reconociendo los hechos averiguados de forma inconstitucional es, desde el punto de vista puramente

---

confundirla con la de «descubrimiento probablemente independiente». Lo único que se puede decir con seguridad es que se detecta una profunda división de opiniones al respecto. Véase: GÁLVEZ MUÑOZ, cit., p. 199, nota 298, con bibliografía complementaria.

<sup>758</sup> DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES (2001), cit., pp. 87-88.

<sup>759</sup> *Ibidem*, p. 88.

causal, una prueba derivada de la prueba directamente conseguida por medio de la violación de un derecho fundamental, pues difícilmente aquélla hubiese tenido lugar de no haber sacado ésta a la luz ciertos datos o informaciones. Sin embargo, se considera que la voluntariedad de la confesión constituye un hecho nuevo capaz de romper el nexo jurídico con la infracción inicial.

También este supuesto tiene su origen en la jurisprudencia de la *Supreme Court* norteamericana. El caso más significativo es de «Wong Sun vs. US» (1963). Este ciudadano fue detenido por la policía gracias a la declaración realizada por una persona en un registro domiciliario llevado a cabo sin la correspondiente autorización judicial. No obstante, tras ser puesto aquél en libertad por considerarse que su detención derivaba de una prueba inconstitucional, volvió voluntariamente a la comisaría, en donde fue interrogado y confesó su participación en la comisión del delito de tráfico de drogas que se investigaba. En este caso, la Corte rechazó todas las pruebas excepto esa última confesión, aun admitiendo que, si no hubiera existido la inicial lesión del derecho fundamental, ésta muy probablemente no se habría producido. Sin embargo, el propio Tribunal recalcó que la voluntariedad y el que se le hubiera advertido de sus derechos al sujeto imputado introducían en el supuesto un acto independiente *sanador* que rompía la cadena con la lesión inicial.

Los Tribunales de Justicia españoles también han admitido esta excepción, si bien con algunas discrepancias ocasionales. De entre todas las Sentencias dictadas al respecto cabe destacar la STC 161/1999, de 27 de septiembre. En esta resolución, el Máximo intérprete de la Constitución apreció, tal y como había razonado el TS en la Sentencia recurrida en amparo, que la declaración del acusado –ahora recurrente– admitiendo parcialmente los hechos de la pretensión acusatoria, era una prueba jurídicamente independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria inicial. Esta conclusión la apoyó el Alto Tribunal en varias consideraciones que van a ser analizadas a continuación.

Así, en primer lugar, el TC parte de la premisa de que el derecho que tiene todo imputado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable constituye un medio de protección eficaz frente a ilegítimos actos de compulsión o intimidación y que, por ello, las declaraciones del acusado, especialmente las prestadas durante las sesiones del juicio oral, pueden ser valoradas, en principio –abstracción hecha de circunstancias singulares– como prueba válida. «Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota,

jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito». Es decir, el imputado/acusado puede guardar silencio o negar los hechos que se le imputan, pero si decide no hacerlo, su eventual declaración autoincriminatoria es estrictamente voluntaria y apta, por ello, para ser tomada en consideración.

Si bien la expuesta es la opinión consolidada del TC y también la del TS, sin embargo, en ocasiones, se producen sentencias discrepantes en la jurisprudencia de Tribunales inferiores e incluso en la del propio Tribunal Supremo. Buena muestra de ello es, por ejemplo, la STS de 4 de julio de 1997, en donde se desafía abiertamente la doctrina oficial o mayoritaria.<sup>760</sup>

Lógicamente, esta discrepancia se traslada inexorablemente al ámbito doctrinal. En este sentido, GÁLVEZ MUÑOZ considera justo reconocer, como opina la jurisprudencia crítica o discrepante en torno al supuesto relativo a la confesión voluntaria del inculpado, que consagrar de forma genérica y abstracta la admisión en el proceso de toda confesión autoinculpatória supone en muchas ocasiones aprovecharse o hacer explotación efectiva de la previa vulneración de un derecho fundamental.<sup>761</sup> Por ello, el mencionado autor, si bien se muestra partidario de aceptar la validez de la confesión del imputado derivada de forma natural de una actuación inconstitucional, no obstante añade a continuación que esto es únicamente posible si se cumple la siguiente condición: que, en función de todas las circunstancias concurrentes, haya motivos para considerar, en cada caso concreto que se plantee, que dicha admisión no constituye un «aprovechamiento o explotación ilegítima de la violación de un derecho fundamental». Si se cumple este requisito, la prueba puede admitirse como independiente jurídicamente;<sup>762</sup> pero en caso contrario debe considerarse como prueba derivada a

---

<sup>760</sup> Véase también al respecto, por ejemplo, la STS de 22 de abril de 1999: Precedida de una escucha telefónica irregular –ya que hubo autorización judicial, y lo que se produjo fueron una serie de vulneraciones de legalidad ordinaria (que no se especifican)– se consideró prueba con todas las garantías el reconocimiento libre y espontáneo en el plenario, de la posesión de droga por el acusado. Por el contrario, en la STS de 13 de marzo de 1999 no se consideró «prueba autónoma» válida, la confesión precedida de la entrada y registro ilegal en un buque –sin mandamiento ni autorización del patrono– ya que cuando se produjo la «forzada» confesión del responsable de la nave existía en las actuaciones dicha prueba ilícita que contaminaba el resto de las existentes: el hallazgo de la droga y la confesión del acusado. Otra cosa, dice la sentencia, es que se hubiese declarado la nulidad de dicha diligencia, porque su expulsión del proceso habría significado que la declaración autoinculpatória posterior del acusado (si es que se hubiera producido) sería la única prueba válida y suficiente para su condena. Pero no haciéndose así, es claro que hubo prueba indirectamente obtenida de una prueba contaminada existente en el proceso.

<sup>761</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, cit., p. 204.

<sup>762</sup> *Ibidem*, p. 204. Esto, según señala GÁLVEZ MUÑOZ, es algo que puede ocurrir en varios casos. Por ejemplo, cuando la confesión autoinculpatória se produzca después de que el juez haya declarado la



todos los efectos: no sólo en el plano causal sino también en el jurídico. En el polo opuesto se sitúan de nuevo DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES. Para ambos autores, el primer escollo con el que se encuentra este tercer supuesto restrictivo a la aplicación de la DFAE es el propio art. 11.1 LOPJ, el cual determina con claridad meridiana la exclusión de las pruebas «indirectamente» obtenidas violentando derechos fundamentales.<sup>763</sup> Y constituye una certeza que, sin la existencia de la lesión inicial del derecho fundamental, no se habría obtenido esa otra prueba. Con todo, no es éste el principal problema con el que, según los mencionados autores, se encuentra la limitación del nexo causal atenuado. El impacto de legalidad queda en un segundo plano ante el que sufre a nivel de constitucionalidad, pues no puede olvidarse que se está haciendo referencia a una garantía constitucional de naturaleza procesal. Y es que no se entiende bien por qué la existencia de una cierta *lejanía* entre la lesión inicial y la obtención de la fuente de prueba debe provocar consecuencias distintas. No parece que la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícita se vaya diluyendo en los actos intermedios. Además, no es menos cierto que esa posible distancia temporal queda minimizada si se comprende que, habitualmente, la inicial lesión del derecho fundamental es seguida de posteriores conculcaciones de otros derechos fundamentales y que la obtención de la fuente de prueba puede ser consecuencia inmediata de una de esas lesiones posteriores.<sup>764</sup>

En el concreto caso «Jakob von Metzler», hay que recordar que el acusado Magnus Gäfgen decidió confesar los hechos en el acto de apertura del juicio oral, y todo ello una vez que el *Landgericht* Frankfurt a.M. había señalado que todas aquellas

---

nulidad de la diligencia inconstitucional, cualquiera que sea la fase procesal en que esto se produzca. En este caso la confesión debe aceptarse como prueba, pues aquí no hay aprovechamiento ninguno de las actuaciones inconstitucionales, dado que el juez ya las había «expulsado» formalmente del proceso. Véase en este sentido la STS de 13 de marzo de 1999. Evidentemente, es precisamente ésta la situación que se dio en el caso «Jakob von Metzler»: una vez que, abierta la fase del juicio oral, se le hizo saber al acusado que sus declaraciones anteriores eran nulas de pleno derecho, Magnus Gäfgen decidió libremente confesar su autoría de los hechos, por lo que, en virtud de este tercer supuesto de ruptura de la conexión jurídica, dicha confesión podía ser valorada en juicio.

<sup>763</sup> DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES (2001), cit., p. 85.

<sup>764</sup> *Ibidem*, pp. 85-86. Ambos autores ponen en duda que en los supuestos de descubrimiento inevitable, o en el caso de ciertas confesiones, se cumpla realmente la ruptura del nexo causal entre prueba refleja y prueba originariamente ilícita, pues consideran que lo único que sucede es que en estos casos de desconexión causal se formula un juicio hipotético que pretende demostrar que, aun sin la lesión del derecho fundamental, se habría alcanzado el mismo resultado; pero nadie puede discutir que hubo tal lesión y que, como consecuencia indirecta de la misma, se produjo un medio de prueba que resultó trascendental para la condena. Por todo ello, DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES consideran que el régimen de libertades vigente en el Derecho español únicamente puede admitir la hipótesis conocida como la fuente independiente, ya que es el único supuesto en el que se produce la ruptura del nexo causal.

confesiones del acusado realizadas tras el 1 de octubre de 2002, las cuales, aun habiéndose producido sin presión alguna por parte de la policía, se habían sin embargo llevado a cabo «sin haberle indicado expresamente [al imputado] que sus declaraciones emitidas con anterioridad no resultan en ningún caso valorables en juicio», no podían ser objeto de valoración.<sup>765</sup> De este modo, el Tribunal de Frankfurt rechazó todas las pruebas excepto esa última confesión, aun admitiendo que, si no hubiera existido la inicial lesión del derecho fundamental, ésta muy probablemente no se habría producido; pero al mismo tiempo recalcó que la voluntariedad y el que se le hubiera advertido de sus derechos introducían en el supuesto un acto independiente sanador que rompía la cadena con la lesión inicial.

Por consiguiente, en el caso «Jakob von Metzler», la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputaban permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. Además, en este concreto caso resulta dudoso partir de la base de que, si no hubiese existido la inicial lesión del derecho fundamental del acusado, éste hubiera guardado silencio una vez que el Tribunal había declarado la nulidad total y absoluta de las declaraciones del acusado efectuadas antes de la apertura del juicio oral. Y es que aquí debe recordarse de nuevo el hecho de que, fruto de las investigaciones policiales realizadas con absoluto respeto del ordenamiento jurídico, existían pruebas más que contundentes que vinculaban a Magnus Gäfgen con el secuestro y posterior asesinato del menor de once años.

## 5. Conclusiones

Los métodos de interrogatorio utilizados por los agentes de policía en el caso «Jakob von Metzler» también presentan, como se ha visto, una relevancia procesal-penal si se acude a lo establecido en el ordenamiento jurídico español. Así, e independientemente de que las amenazas con torturar al joven detenido no tuvieran como objetivo el lograr una confesión, sino única y exclusivamente salvar la vida del pequeño Jakob, lo cierto es que las mismas suponían, teniendo en cuenta en este caso la

---

<sup>765</sup> En el Derecho procesal penal alemán se entiende por «instrucción cualificada» la indicación expresa que se le hace al imputado de que aquellas declaraciones/confesiones anteriores, realizadas como consecuencia de la utilización de métodos de interrogatorio prohibidos, no pueden ser valoradas judicialmente si el imputado decide en adelante guardar silencio o negar lo dicho anteriormente.

normativa española, una lesión evidente de disposiciones como el art. 389 LECrim en relación con el art. 520.2 LECrim, o bien el art. 5.3. b) LOFCS.

A la hora de analizar las fuentes de prueba obtenidas directa o indirectamente como consecuencia del interrogatorio practicado a Magnus Gäfgen en la noche del 30 de septiembre al 1 de octubre del año 2002, y al contrario de lo estudiado en el Capítulo X del siguiente trabajo con respecto al ordenamiento procesal-penal alemán –donde, recuérdese, se hizo expresa referencia tanto al «efecto ulterior» como al «efecto lejano» de la confesión emitida por el joven detenido–, en los anteriores epígrafes la cuestión relativa a la validez procesal de los efectos probatorios en relación al caso «Jakob von Metzler» se ha abordado distinguiendo entre la «regla de exclusión» de las pruebas obtenidas violentando derechos fundamenales por un lado, y la denominada «prueba refleja», por otro.

Pues bien, haciendo mención en primer lugar a la denominada «regla de exclusión», es evidente que en los acontecimientos de Frankfurt a.M. resultaba plenamente aplicable lo establecido en el art. 11.1 LOPJ, disposición que, cabe recordar, prohíbe taxativamente valorar en juicio aquellas pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. En este sentido, es innegable que la confesión de los hechos por parte del detenido, la cual resultó decisiva para la imputación formal de un delito de secuestro extorsivo y asesinato, vino como consecuencia de la amenaza de torturas proferida por el agente Ortwin Ennigkeit. Por tanto, en este caso existía claramente una conexión de causalidad entre las amenazas policiales y la confesión del detenido, por lo que dicha confesión no podía de ningún modo ser objeto de valoración judicial. Los intentos –doctrinales y jurisprudenciales– dirigidos a relativizar la regla de exclusión no podrían en este caso ser objeto de consideración, ya que la conducta desplegada por los agentes de policía presentaba una más que evidente gravedad objetiva, al suponer un menoscabo de la integridad moral del detenido, protegida como se sabe por los arts. 10 y 15 CE.

En segundo lugar, con respecto a la «prueba refleja», la cual trae consecuencia de otra obtenida mediante la violación de un derecho fundamental, se ha visto cómo, por aplicación de la DFAE, aquella prueba (mediata) conectada de forma natural con otra viciada en origen está en principio, como regla general, jurídicamente contaminada y

debe, por tanto, ser ineficaz. Ahora bien, también se ha dicho que en algunas ocasiones cabe la posibilidad de otorgar relevancia procesal-penal a ese medio de prueba indirecto cuando se produce lo que se conoce como «desconexión causal» (ausencia de conexión de antijuricidad).

Haciendo nuevamente mención al caso «Jakob von Metzler», hablar de «prueba refleja» supone hacer referencia a aquellos medios de prueba que fueron encontrados tras la declaración emitida por el sujeto detenido como consecuencia de la amenaza de torturas (cadáver del menor de once años, huellas del vehículo del joven imputado encontradas en el mismo lugar donde yacía el cuerpo sin vida de Jakob, etc.). Pues bien, de las tres excepciones que han sido analizadas y que están dirigidas a limitar la exclusión procesal de la prueba refleja, la única que podría entrar en consideración en el caso que es objeto de estudio en el presente trabajo es la referida a la confesión voluntaria del inculpado (o nexos causal atenuado). Dicha excepción se fundamenta en el hecho de que la confesión voluntaria del imputado de aquellos hechos que son objeto de investigación policial y/o judicial constituye una prueba válida en la que, eventualmente, fundamentar un veredicto de culpabilidad y condena, siempre y cuando, eso sí, resulte acreditado que dicha confesión ha sido prestada con todas las garantías constitucionales y legales para garantizar, precisamente, su voluntariedad.

Y eso es ciertamente lo que ocurrió en el caso «Jakob von Metzler». Así, en la primera sesión del juicio oral, el Presidente del *Landgericht* Frankfurt a.M. señaló al acusado que la totalidad de las declaraciones emitidas por éste desde el momento de su detención eran nulas de pleno derecho, por lo que no podían ser objeto de valoración procesal. Ello suponía ni más ni menos que la expulsión del proceso de todo el material probatorio obtenido a partir de la confesión realizada bajo amenaza de torturas (no así de las evidencias encontradas en el domicilio del detenido como consecuencia del trabajo policial). A partir de ese momento, Magnus Gäfgen tenía libertad absoluta para, bien confesar de nuevo los hechos, bien guardar silencio y negarse a declarar. El acusado se decidió por la primera opción, por lo que, en virtud de este tercer supuesto de ruptura de la conexión jurídica entre prueba directa viciada y prueba refleja, la confesión podía ser valorada en juicio.

## CAPÍTULO XV. CONCLUSIONES FINALES

La problemática en torno a la «tortura de rescate» analizada a lo largo del presente trabajo podría resumirse planteando las siguientes cuestiones: ¿Qué merece peor reproche? ¿Un Estado en el cual la policía no supone ayuda alguna para la población? ¿Un Estado en el que el ciudadano debe tomar el Derecho por sí mismo y en el cual el monopolio de poder estatal se ha agotado? ¿O un Estado en el que –aunque indudablemente no de forma frecuente, sino sólo en casos absolutamente excepcionales– se aplica la tortura o su amenaza, pero llegado el caso incluso contra una persona inocente? ¿Estarían los ciudadanos de un Estado dispuestos a pagar ese precio?

El caso «Jakob von Metzler» ha mostrado con toda su crudeza que, en situaciones de emergencia, las fronteras entre el Derecho y la Moral tienden a confundirse. Los agentes Wolfgang Daschner y Ortwin Ennigkeit se vieron confrontados con el trágico conflicto de, bien actuar conforme a Derecho, no torturando a Magnus Gäfgen y, por consiguiente, lesionando la exigencia moral de salvar la vida de un niño inocente; bien infringir la prohibición legal de maltrato físico o psíquico con el objetivo de cumplir con su obligación moral de salvar a la víctima de un secuestro. En un principio podría afirmarse que ambos agentes olvidaron que el Derecho proporciona ciertamente otras posibilidades para cumplir con ambas obligaciones, debiendo también considerarse que incluso la finalidad más honorable no justifica cualquier medio empleado para conseguirla. Con todo, puede afirmarse sin miedo a equivocarse que, en el fondo, la mala suerte que tuvo Wolfgang Daschner es que, en el momento de ordenar la amenaza con torturar al detenido, la víctima del secuestro había ya fallecido. Si por el contrario, la intervención del Vicepresidente de la Policía de Frankfurt hubiera resultado exitosa al encontrarse al pequeño Jakob con vida, muchos se atreven a pronosticar que los comentarios críticos vertidos en contra de la actuación de Daschner hubiesen resultado a buen seguro mucho más comedidos.

El escenario del denominado «*ticking-time-bomb*» –semejante en sus planteamientos al caso «Jakob von Metzler»– no es desde luego una mera hipótesis sacada a la luz por los últimos acontecimientos ubicables dentro del terrorismo transnacional, sino que la humanidad, desgraciadamente, ha vivido siempre en este escenario. Se trata de un escenario con indudables connotaciones bélicas, y, sin

embargo, el Derecho de la guerra no deja lugar a dudas: ¿Podrían salvarse vidas torturando a soldados enemigos para conocer sus planes? Seguramente sí, pero los Convenios de Ginebra prohíben tajantemente estos hechos, calificándolos como crímenes de guerra. Pero es que, además, ¿quiénes han utilizado sistemáticamente la tortura y esgrimido el estado de necesidad para justificarla? Basta un paseo por la historia reciente para ver que la supuesta presencia de un estado de necesidad ha sido esgrimida sistemáticamente por todos aquellos que pretendían legalizar sus asesinatos, torturas, desapariciones, etc., con los efectos que ya se conocen. Y el procedimiento es siempre el mismo: apelan a los sentimientos de la población en un caso hipotético –a que se piense en el niño de 11 años encerrado en un zulo, a los muertos de las Torres Gemelas o de Israel– y al final el resultado es poner sus acciones al margen de la ley, aunque, eso sí, justificadas. Para no pocos autores, el argumento del «*ticking-time-bomb*» opera como una especie de caballo de Troya: se le abren las puertas y finalmente la fortaleza de los derechos humanos es tomada. Se habrá, como mucho, salvado una situación concreta, a cambio, eso sí, de condenar un número incontable de otras. Ahora bien, la prohibición general de torturar, la cual ciertamente no se suele poner en duda, presenta sin embargo problemas en supuestos extremos como la toma de rehenes o la amenaza terrorista. Estos casos límite de carácter existencial conducen a una línea gris de naturaleza jurídica en la cual pueden defenderse distintas formas de solución.

A pesar de los distintos puntos de partida del caso del secuestro de un niño con respecto a la amenaza terrorista, la discusión relativa a la eventual admisibilidad de la tortura se inserta en un contexto común marcado por el propósito de alcanzar las mayores cotas de seguridad posibles. En ambos casos se trata de emplear la violencia física (o su amenaza) para con ello evitar ataques que se consideran inminentes o bien actos delictivos. Tanto las acciones terroristas como los casos ubicables en la criminalidad de carácter grave dan lugar a que se extienda en la población una sensación de amenaza personal. En las dos constelaciones de casos, las amenazas parecen ser aleatorias, difícilmente controlables, pudiendo afectar a cualquier sujeto. Esto provoca que acontecimientos actuales sean percibidos de forma emocional y estén reflejados en un escenario de amenaza constante, omnipresente, lo cual insinúa una exigencia a las fuerzas policiales para que actúen de la forma más efectiva posible. Todo ello hace que la libertad de cada sujeto ya no se proteja de forma individual, sino únicamente como reflejo de la libertad de la sociedad. Y debido a que la libertad de la sociedad se

encuentra amenazada, el sujeto individual está obligado a soportar restricciones de su libertad individual incluso con respecto a aquellas situaciones alejadas de un concreto peligro, siempre y cuando ello sirva para asegurar la libertad social.

En el contexto descrito se ha ido consolidando como trasfondo un principio teórico de gran calado ideológico, el cual pretende servir de guía legislativa y que está muy presente en el debate teórico sobre la lucha contra el terrorismo en los EE.UU., aunque bien podría extenderse también a situaciones como la representada por el caso «Jakob von Metzler». Se trata de la denominada ideología de la «injusticia tolerable». En este sentido, la injusticia es tolerable frente a la inseguridad provocada por el nuevo terrorismo, es decir, por el terrorismo transnacional que con especial virulencia se manifestó el 11-S en forma de ataque de efectos devastadores contra la población civil.

Este principio teórico contiene un mandato de inmediata trascendencia práctica, cual es que en circunstancias que se asumen –con razón– como atemporales y permanentes, deben aprobarse y aplicarse leyes injustas, es decir, leyes que se consideran injustas conforme a los estándares del Estado de Derecho, pero cuya existencia debe no obstante tolerar el propio Estado de Derecho, en el que se deben insertar como parte de la normalidad jurídica. Pues bien, esta concreta ideología permite afirmar también que la tortura para obtener información en casos de riesgo no inminente o, si se prefiere, de riesgo permanente de muerte, es un acto de injusticia tolerable frente a la inseguridad generada por esta clase de terrorismo, pese a no ser un acto justificado por la legítima defensa o el estado de necesidad.

Ante estas nuevas justificaciones de la tortura, la Convención contra la Tortura del año 1984 ha sido taxativa al respecto: El art. 2.2 dispone que ningún Estado de Derecho puede alegar circunstancias excepcionales, ni la guerra, como justificación de la tortura. Pero si bien la abolición *legal* de la tortura es un hecho más que evidente, queda pendiente todavía la abolición *real* de la misma, esto es, la erradicación de su práctica en numerosos países del mundo, incluidos los Estados democráticos.

El sueño de los iluministas no sólo no se ha hecho realidad, sino que todavía parecen persistir «razones» para justificar la tortura. El siglo XX y lo transcurrido del XXI ha dado muestras de que, cada cierto tiempo, en algunos países del mundo occidental se tejen razones para un tratamiento excepcional hacia determinados grupos de personas, fundamentadas en amenazas, peligros, riesgos para la cultura mayoritaria, para sus sociedades o países, que pueden ser el caldo de cultivo de una serie de

restricciones de derechos en general, y de los malos tratos y las torturas en particular. En definitiva, de lo que se conoce como «injusticia tolerable».

En todo caso, e independientemente de que existan otros intereses comprometidos, parece indudable que la práctica de la tortura o su amenaza supone ante todo un ataque a la dignidad del individuo concretada en su integridad personal; se trata ni más ni menos que del ataque más directo a la dignidad humana, sin perjuicio de que, además, se vean también involucrados otros intereses de ámbito social o colectivo, como puede ser el funcionamiento de la Justicia penal.

El derecho a no ser torturado se incluye junto con los derechos a la vida, a no ser sometido a esclavitud y a la no retroactividad de la Ley penal, entre los denominados por la doctrina «núcleo duro» de los derechos humanos. De este modo, la prohibición de la tortura supone ante todo la protección del individuo frente a acciones contrarias a su dignidad. Ahora bien, que el interés último de la prohibición radique en la preservación de uno de los aspectos más importantes de la dignidad humana –la integridad personal del individuo– no impide afirmar que mediante esta práctica resulta también afectada la Administración de Justicia. Por consiguiente, cuando un representante del Estado comete actos de tortura no sólo atenta contra la dignidad del torturado, sino que con su actuación afecta, además, a la integridad del correcto ejercicio del poder del Estado.

Por otra parte, la inclusión de la tortura o su amenaza como eventual instrumento del poder estatal, aunque quedara reducida a situaciones excepcionales, daría lugar a que debieran tenerse en cuenta los siguientes aspectos: (1) La delimitación de una frontera o límite para su admisión resultaría poco menos que imposible; (2) El peligro de un abuso de la misma sería considerable; (3) En no pocas situaciones, el agente encargado del interrogatorio podría ser llevado a una situación de evidente conflicto de conciencia en los casos en los que no sólo le estuviera permitida la aplicación de la tortura, sino sobre todo cuando tuviese la obligación de acudir a dicho recurso; (4) El impacto en la conciencia jurídica general de la población sería considerable si el Estado tuviese permitido aplicar la tortura. Por consiguiente, todas estas posibles consecuencias negativas se oponen abiertamente a la eventual admisión de la denominada «tortura de rescate» en el ordenamiento jurídico de un Estado democrático.



Si uno toma como fundamento la valoración jurídica –tal y como ordena la *Grundgesetz* alemana o la Constitución Española– de considerar a la dignidad humana como la base fundamental del ordenamiento estatal, aceptándose, además, la premisa de que en ningún caso se le puede permitir al Estado el menoscabar la dignidad humana, entonces la tortura constituye también un acto antijurídico incluso cuando la misma se aplica para salvar la vida y la dignidad de un ser inocente.

Ahora bien, si uno se decide a exponer a la población la argumentación presentada en el párrafo anterior al considerarla como una *verdad jurídica irrefutable*, los propios ciudadanos –los cuales, recuérdese, se mostraron en Alemania mayoritariamente en contra de sancionar al Daschner– pueden tener la impresión de que el ordenamiento jurídico (incluida la prohibición de la tortura) constituye algo horrible debido a su rigidez e inflexibilidad. No cabe duda de que en una época como la actual, marcada por un hastío de la población frente al propio Estado y sus instituciones, el respeto y la aceptación del ordenamiento jurídico pueden sufrir una merma considerable entre los ciudadanos.

Al contrario que la mayoría de la población germana, la cual mostró su comprensión con la actuación de los agentes de policía teniendo sobre todo presente la vida del menor secuestrado, la doctrina penal y procesal alemanas, los filósofos, así como gran parte de la clase política criticaron de forma vehemente los métodos utilizados por Daschner, al considerarlos incompatibles con el ordenamiento jurídico alemán. Ciertamente podía vislumbrarse una cierta comprensión con el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt, valorando en su favor la situación límite en la que se encontró durante el interrogatorio de Magnus Gäfgen. Así, dicho interrogatorio tenía en aquel instante como único objetivo salvar la vida de un niño que se encontraba en grave peligro. Con todo, ello tenía como única consecuencia la aceptación de la conducta de Daschner desde un punto de vista moral, permaneciendo no obstante su ilegalidad desde una vertiente estrictamente jurídica, por lo que Daschner –aun de forma atenuada– debía responder ante los Tribunales.

A partir de lo explicado en el párrafo anterior, el caso «Jakob von Metzler» se puede también interpretar en el sentido de un conflicto entre *Derecho y Moral*. Mientras que, partiendo de la solución que la mayoría defiende, el ordenamiento jurídico prohíbe la tortura sin excepción alguna, un sector doctrinal considera sin embargo que la tortura puede estar justificada moralmente en casos extremos y en determinadas circunstancias.

De este modo puede nuevamente observarse cómo el Derecho y la Moral no son realidades idénticas. Mientras que en un determinado Estado únicamente rige un ordenamiento jurídico, puede suceder en cambio que en ese mismo Estado convivan morales distintas, las cuales incluso pueden contraponerse entre sí a partir de sus requisitos.

En este punto no puede negarse que la prohibición absoluta de la tortura que muchos defienden puede suponer, en casos extremos, la pérdida de la vida de muchos seres humanos, ya que posiblemente las informaciones dirigidas a salvar esas vidas no pueden ser conseguidas a tiempo. Sin embargo, el mantenimiento de la dignidad del Estado constituye sin duda una razón de peso que, llegado el caso, justifica el tener que pagar ese alto precio. Por todo lo dicho, uno tiene que tener presente que cuando se está planteando la problemática relativa a la tortura, en el fondo lo que se está haciendo es cuestionar la situación real del Estado de Derecho. Sólo por ello existe un amplio sector doctrinal, tanto en Alemania como en España, el cual afirma que en ningún caso puede entrar en consideración una eventual justificación de la tortura, ni siquiera en supuestos excepcionales.

En un principio no existe por tanto ninguna finalidad que pueda ser alcanzada de manera adecuada mediante el uso de la tortura. Pero, ¿no resulta problemático este resultado teniendo en cuenta el caso «Jakob von Metzler»? ¿No significaría esto estar a merced de una tragedia del todo punto arcaica, al dejar escapar a ojos vista la vida de un menor que ha sido secuestrado para con ello mantener vigente un principio que rige de forma absoluta, y cuya lesión significaría a lo sumo ocasionar al secuestrador un par de molestias? ¿No se comporta el Derecho aquí de nuevo como condescendiente con el delincuente y demasiado despiadado con la víctima? El hecho de que se planteen todas estas preguntas deja entrever que se está produciendo una especie de cambio de perspectiva. Es posible que muchos asocien la tortura a regímenes dictatoriales como el Nacionalsocialismo, el cual, con la ayuda de un órgano especial como fue la GESTAPO, «hacía hablar» a los opositores políticos, para con ello asegurar y expandir su propio poder. O a Estados (pseudo-)democráticos en los que determinados mandos policiales aplica(ba)n la violencia contra personas detenidas para con ello combatir la amenaza terrorista. Pero, ¿no se encuentra situado el supuesto de hecho que aquí se discute en un contexto radicalmente distinto? En este caso no existe un Estado o un

partido político deseoso de mantener su poder persiguiendo a minorías u opositores al régimen, o unas fuerzas policiales que se sitúan consciente y voluntariamente al margen de la legalidad para combatir una determinada amenaza, sino que lo que se pretende más bien es salvaguardar la vida de un menor, la cual está siendo puesta en grave peligro por parte de un sujeto plenamente identificado.

La aplicación generalizada de la tortura en muchos países del mundo es algo que debe condenarse de forma enérgica y sin excepción, debiendo la comunidad de Estados hacer todo lo posible para impedir que un país utilice directamente o bien tolere la tortura. Sin embargo, la admisión de medidas coercitivas contra determinados delincuentes en los casos excepcionales que han sido descritos anteriormente no supone desde luego el llevar a cabo actuaciones que acarreen necesariamente un levantamiento de la prohibición de la tortura. El Estado de Derecho elegido democráticamente debe estar en disposición de realizar una diferenciación moral entre, por un lado, aquellos delincuentes que pueden salvar la vida de sus víctimas inocentes, y, por otro, entre los torturadores que aplican la violencia física o psíquica contra personas eventualmente libres de culpa. Y es que una diferencia fundamental de la denominada «tortura de rescate» con respecto al clásico paradigma de la tortura es la existencia de una constelación triangular: Implicados en el caso «Jakob von Metzler» no sólo estaban el Estado y la persona detenida, sino el propio Estado, la persona detenida y la víctima menor de once años. El tener en cuenta y considerar esta relación de carácter triangular impide una imagen unidimensional dirigida exclusivamente a atender los derechos de la persona detenida, poniéndose en cambio dichos derechos en relación con la necesaria protección de la víctima.

El objetivo del presente trabajo ha sido no sólo analizar el instituto de la «tortura de rescate» desde una vertiente criminológica y ética, sino que su estudio se ha abordado también desde una perspectiva jurídica. En este último caso, y una vez habiendo sido afirmada la justificación moral de la (amenaza) de tortura en el caso «Jakob von Metzler», el análisis se ha detenido en tratar de descubrir una vía por la que, en supuestos absolutamente excepcionales, la tortura de rescate podría también quedar legitimada jurídicamente.

Así, en primer lugar, las disposiciones contenidas en la legislación policial –en este concreto caso la HSOG en Alemania y la LOFCS en España– no suponen desde luego una base jurídica que autorice la imposición mediante la fuerza de una declaración por parte de un sujeto detenido, sino que la misma se encuentra más bien prohibida.

En el caso de Alemania, las legislaciones de los distintos *Länder* en materia policial, si bien se diferencian entre ellas en algunos aspectos puntuales, con respecto a la materia que aquí se discute muestran sin embargo una destacable concordancia. Así, la colisión entre la obligación a informar de naturaleza policial y el amplio derecho a guardar silencio como sujeto imputado, desde una perspectiva procesal-penal, es algo que ha sido vislumbrado por el legislador germano, habiéndolo aparentemente solucionado a través de lo dispuesto en el apartado 4 del § 12 HSOG. En virtud del mencionado precepto, lo establecido en el trascendental § 136a StPO resulta también de aplicación en el Derecho policial del *Land* de Hessen. Esto significa ni más ni menos que la información en el marco de la prevención de peligros no puede ser obtenida mediante los medios prohibidos por el mencionado § 136a StPO, utilizando por ejemplo la amenaza con la causación de un daño de carácter físico. Y cuando el Estado prohíbe la tortura, no puede lógicamente amenazar con algo que ha prohibido, tal y como establece de forma expresa el § 136a apartado 1 frase 2 StPO.

Por lo que hace referencia a España, el principio de menor lesividad se encuentra en la base de la actividad de las FFCCSS, considerándose este principio el criterio esencial que debe guiar toda actuación policial. Por tanto, y teniendo en cuenta que el maltrato de una persona detenida afecta a su dignidad como ser humano, hay que concluir afirmando que la tortura, ya incluso su amenaza, en ningún caso puede considerarse como el «mal menor». Por si esto fuera poco, el apartado 3 del art. 5 LOFCS señala en su letra b) que los miembros de las FFCCSS deberán velar por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia, estando en todo caso obligados a respetar el honor y la dignidad de las personas.

Por tanto, si se analizan los acontecimientos vividos en la ciudad de Frankfurt a.M. en el año 2002 desde la perspectiva del Derecho policial alemán y español, no existe posibilidad alguna de justificar la actuación policial contra el (presunto) autor de los hechos, de modo que la utilización de la violencia o su amenaza en aras a conseguir una determinada información por parte de la persona detenida no sólo supone una

infracción de la normativa policial, sino que lleva también aparejada una responsabilidad penal del agente.

En segundo lugar, y esta vez desde una perspectiva constitucional, está fuera de toda duda que la amenaza y la utilización de la tortura por parte de la autoridad estatal da lugar a una injerencia masiva en derechos fundamentales. Esto es algo que resulta especialmente aplicable con respecto al derecho a la protección de la dignidad humana recogido en el Art. 1 apartado 1 frase 1 GG. Cuando el Estado amenaza con utilizarla, o bien aplica directamente la violencia para obligar a una persona a emitir una declaración, el torturado pierde su cualidad como sujeto y se convierte en un objeto de la actuación estatal. Esto lesiona el núcleo fundamental de la dignidad de la persona. Al mismo tiempo, la tortura menoscaba por regla general el derecho fundamental a la integridad física y moral según el Art. 2 apartado 2 frase 1 GG, afectando también a la prohibición contenida en el Art. 104 apartado 1 frase 2 GG de maltratar física o psíquicamente a una persona detenida. Como se ha visto a lo largo del presente trabajo, la propia *Grundgesetz* declara taxativamente la intangibilidad de la dignidad humana en el Art. 1 apartado 1 frase 1. De esta declaración deduce la amplia mayoría de la doctrina alemana que cualquier intromisión en el núcleo fundamental de la dignidad humana está terminantemente excluida. La especial importancia que ostenta la dignidad humana dentro del texto constitucional se muestra no sólo en su posición al comienzo del catálogo de los derechos fundamentales, sino también en su inclusión dentro de la «cláusula de perpetuidad» del Art. 79 apartado 3 GG. Por consiguiente, la intangibilidad de la dignidad humana se encuentra sustraída a cualquier reforma constitucional.

En el caso de España, la dignidad se proclama también como un valor absoluto en un ámbito constitucional, lo cual implica que incluso a una persona que se comporte de forma indigna debe reconocérsele igual dignidad que a cualquier otra. Por lo mismo, la dignidad se convierte en la fuente de los derechos, de todos los derechos – independientemente de su naturaleza– de la persona; derechos que dimanen de esa dignidad inherente a todo ser humano. Es decir, los derechos de la persona son exigibles en razón precisamente de su dignidad. Esta idea que se acaba de señalar se encuentra latente con cierta nitidez en el mismo texto del art. 10.1 CE, que deja claro que de la dignidad de la persona dimanen unos derechos inviolables que son inherentes a aquélla. Si bien es cierto que en todos y cada uno de los derechos fundamentales se manifiesta un núcleo de existencia humana derivado de la idea de dignidad, existen sin embargo

determinados derechos fundamentales en los que esa dignidad se hace quizá más patente. Éste es sin duda el caso del derecho a la integridad moral, regulado como se sabe en el art. 15 CE. De este modo, todo acto de tortura (o su amenaza) por parte de instancias del poder estatal implica un menoscabo de la integridad moral prevista en el repetido art. 15 CE; derecho fundamental que supone ni más ni menos que una emanación de la dignidad humana consagrada como principio rector del ordenamiento jurídico en el art. 10 del propio Texto constitucional. Además, y siguiendo en este caso la opinión mantenida por la mayoría de la doctrina española, la fórmula «en ningún caso» contenida en el repetido art. 15 CE debe conducir a negar que la tortura o su amenaza pueda tener cualquier tipo de excusa de carácter jurídico, incluidas, por tanto, las causas de justificación previstas en el Código Penal. Ahora bien, dicha fórmula adoptada en sede constitucional no impide que la amenaza de torturas pueda, en determinados casos convenientemente delimitados, resultar eventualmente disculpada.

Sin embargo, puede afirmarse sin miedo equivocarse que el legislador constitucional alemán y español, a la hora prohibir terminantemente el menoscabo de la dignidad del ser humano mediante la aplicación de la violencia estatal, tenía en mente un concepto de tortura tradicional, de naturaleza inquisitoria y/o punitiva y absolutamente rechazable; un tipo de tortura cuyos protagonistas eran únicamente dos instancias: el Estado, personificado en el funcionario de policía, y la víctima de la violencia estatal, en manos de los designios de los agentes. Por el contrario, conviene reiterar de nuevo que la denominada «tortura de rescate» presupone la existencia de una constelación triangular, ya que en el contexto descrito no sólo están implicados el Estado y la persona detenida, sino el propio Estado, la persona detenida y la víctima del delito objeto de investigación. Y, en este sentido, resulta ciertamente difícil de rechazar que la dignidad del ser humano, protegida de forma incondicional en el analizado Art. 1 apartado 1 GG o en los arts. 10 y 15 CE, también le corresponde a la/s víctima/s de la acción delictiva que se imputa al destinatario de la eventual violencia estatal. Dignidad humana que el Estado tiene también la obligación de proteger y respetar.

En tercer lugar, resulta indudable que los hechos acaecidos en el caso «Jakob von Metzler» tienen una relevancia penal más que evidente, por lo que la conducta desplegada por los agentes Daschner y Ennigkeit debía ser objeto de investigación para, llegado el caso, depurar una eventual responsabilidad de naturaleza criminal.

Haciendo referencia al Derecho penal alemán, la tipología delictiva que entraría en consideración sería en este caso el delito de coacciones dolosas previsto en el § 240 StGB, del cual sería responsable el agente Ennigkeit en concepto de autor, mientras que Wolfgang Daschner lo sería a título de inductor (§ 240 en relación con el § 357, ambos del StGB). A pesar de que el Código Penal alemán contempla en el § 343 StGB (obtención de una declaración mediante la fuerza), un tipo delictivo dirigido específicamente a castigar el maltrato físico o psíquico cometido por un funcionario público, así como su amenaza, lo cierto es que el mencionado parágrafo hay que insertarlo en aquellas situaciones en las que la conducta típica en él recogida se dirige a obtener una declaración del sujeto pasivo, la cual debe desplegar efectos en un procedimiento penal seguido contra este último. Sin embargo, si uno analiza el contexto en el que se produjo el interrogatorio del, por aquel entonces, presunto –aunque altamente sospechoso– secuestrador de Jakob von Metzler, lo cierto es que las amenazas –contrarias a la ley– no tenían como objetivo prioritario el conseguir una declaración formal en el transcurso de un procedimiento penal. Si los datos suministrados por Gäfgen podrían ser utilizados posteriormente en su contra en el transcurso de la vista oral, eso era algo que en absoluto interesaba a los funcionarios de policía. El interrogatorio policial y, por tanto, la amenaza de torturas, tenían como único y exclusivo objetivo salvar la vida del niño de once años.

Una vez afirmada la tipicidad de la conducta, se ha podido observar cómo en el caso «Jakob von Metzler» no concurre ninguna causa de justificación de las previstas en el *Strafgesetzbuch*, y ello debido fundamentalmente a la entidad del bien jurídico que resulta menoscabado con la conducta consistente en amenazar con torturas a una persona que se encuentra en dependencias policiales. Efectivamente, al considerarse como «intangibles» la dignidad humana que se garantiza en el Art. 1 GG, ello conduce a que su lesión a través de un acto de torturas no pueda resultar admisible (*geboten*) para afirmar la concurrencia de un auxilio necesario *ex* § 32 StGB, ni tampoco adecuada (*angemessen*) para apreciar un eventual estado de necesidad justificante, en los términos previstos en el § 34 StGB. Y es que, para defenderse frente a una agresión ilegítima o a un peligro actual, no puede acudir a cualquier medio. Particularmente aquellos medios que lesionan la dignidad humana –como, por ejemplo, la amenaza o la causación de dolores físicos– son acciones inadmisibles para conjurar un peligro y/o agresión.

Por consiguiente, la única vía susceptible para, eventualmente, exonerar de responsabilidad penal a los agentes Daschner y Ennigkeit, se sitúa en el ámbito de la

culpabilidad. En este estadio del análisis dogmático-penal, y una vez excluida la posibilidad contemplada en el § 35 StGB (estado de necesidad exculpatório), resta únicamente la opción de acudir al instituto del estado de necesidad suprallegal de naturaleza exculpante, el cual, desarrollado por la ciencia jurídico-penal alemana, carece sin embargo de un respaldo legal. Pues bien, una vez se han analizado los requisitos de esta causa suprallegal de exculpación, podría decirse que los mismos confluyen sin duda en el caso «Jakob von Metzler». Así, en primer lugar, la situación absolutamente excepcional que se vivió en la Jefatura de Policía de Frankfurt en la noche del 30 de septiembre al 1 de octubre del año 2002, con la vida de un menor de 11 años secuestrado que pendía de un hilo como consecuencia de una acción delictiva cometida a todas luces por el sujeto que había sido detenido, hacía que los agentes policiales, en segundo lugar, se vieran por decirlo así en la obligación de realizar una ponderación entre dos bienes jurídicos, los cuales, a nadie escapa, no eran susceptibles de ser puestos en la balanza por la vía del estado de necesidad justificante. Finalmente, en tercer lugar, había que tener en cuenta el conflicto moral y jurídico en el que se encontraban ambos funcionarios, los cuales estaban convencidos de que el pequeño Jakob podía morir en cualquier momento si el (presunto) autor del delito, tras horas de interrogatorio, se seguía negando a desvelar su paradero. Por todo ello, en este concreto caso podría apreciarse la concurrencia de un estado de necesidad suprallegal de naturaleza exculpante. La conducta de los agentes Daschner y Ennigkeit resultaba por tanto antijurídica en todo caso, si bien, no obstante, era susceptible de ser disculpada, y ello no porque se causó un mal que, desde luego, no era superior al que evitaba (se amenazó con torturar al sujeto detenido para con ello salvar la vida de un menor), sino porque, en todo caso, se pretendía evitar un mal superior al que causaba.

Con respecto al ordenamiento jurídico-penal español, la conducta desplegada por los agentes Daschner y Ennigkeit es susceptible de ser subsumida en el art. 174 CP, constituyendo aquélla por tanto un delito de torturas. Si bien en un principio podría pensarse en la concurrencia de un delito de amenazas o de coacciones, lo cierto es que, acudiendo en este caso a lo previsto en el art. 8 CP en lo relativo al concurso aparente de normas penales, la disposición del art. 174 CP, siguiendo para ello la definición de torturas adoptada en el ámbito internacional, contiene los tres elementos básicos que caracterizan los actos de tortura cuando estos se llevan a cabo por parte de funcionarios públicos. Así, en primer lugar, se da el elemento subjetivo, a saber, la cualidad de



funcionario público del sujeto activo, lo que convierte al art. 174 CP en un delito especial. En segundo lugar, también se da el elemento objetivo, caracterizado en este caso por el someter a la víctima a «condiciones o procedimientos» que conlleven dolores o sufrimientos físicos o mentales. En tercer lugar, también concurre el elemento teleológico, ya que la finalidad de las torturas es lograr, bien una confesión, bien una declaración, bien determinada información por parte del destinatario de la violencia estatal. Estos tres elementos se dieron sin duda en el interrogatorio al que fue sometido Magnus Gäfgen en la madrugada del 1 de octubre del año 2002, por lo que es el delito de torturas previsto en el repetido art. 174 CP el que reúne más características de concreción y, por lo tanto, el preferentemente a utilizar.

Analizando a continuación la eventual justificación de la actuación policial en el caso «Jakob von Metzler», y una vez admitida la posibilidad de que en España los agentes de policía puedan, en el ejercicio de sus funciones, acogerse a las causas de justificación previstas en el Texto Punitivo, lo cierto es que la prohibición legal de la tortura (o su amenaza) no puede quedar justificada acudiendo a una eventual legítima defensa (en su vertiente de auxilio necesario), al ejercicio legítimo de un cargo, o bien, llegado el caso, a un estado de necesidad justificante, ya que, tal y como se ha señalado en el Capítulo XIII, la ponderación de los males en el ámbito de la justificación exige no sólo la comparación de los daños, sino también del perjuicio social de los mismos. A partir de estas consideraciones, el mal que supone la tortura, al incidir en las propias bases del Estado democrático de Derecho (aparte, claro está, de menoscabar la integridad moral de la víctima, corolario de su dignidad como ser humano), es un mal de tal envergadura que en ningún caso puede quedar justificado, es decir, ser acorde a Derecho.

No obstante, y restringiendo el análisis dogmático-penal al ámbito de la culpabilidad, en situaciones absolutamente excepcionales –como la que sin duda supone el caso «Jakob von Metzler»– podría contemplarse una eventual causa de exclusión de la culpabilidad acudiendo para ello al estado de necesidad disculpante previsto en el art. 20.5 CP. Se trataría en este caso de distinguir, por un lado, los niveles estatal e individual y, por otro, delimitar claramente la no justificación (antijuricidad) del acto de (amenaza de) tortura, y la excusa (culpabilidad personal) del torturador. Es indudable que en los acontecimientos de Frankfurt se daba una situación de necesidad donde confluían bienes jurídicos que en principio podrían considerarse de igual valor (vida humana vs. integridad moral), pero –y esto es fundamental tenerlo en cuenta– ante

males de distinta entidad. En el mencionado conflicto, uno de los bienes jurídicos estaba condenado a perecer por la puesta en marcha de un letal curso causal ajeno por completo a la voluntad de los agentes de policía, y no controlable por éstos. La decisión de los agentes Daschner y Ennigkeit de participar conscientemente en ese curso causal para salvar el bien jurídico que se consideraba de mayor valor (la vida del pequeño Jakob), suponía un mal menor que la omisión de tal participación (decidir no amenazar con torturas al detenido); decisión esta última que, en circunstancias normales, habría desembocado en el perecimiento del menor secuestrado. Por todo ello, en el caso «Jakob von Metzler» se estaba delante de una situación de necesidad en la que se optó por el mal menor. Se trataría por tanto de una causa de exclusión de la culpabilidad fruto de la existencia de un estado de necesidad disculpante a partir de lo establecido en el mencionado art. 20.5 CP.

Todo ello daría lugar a seguir considerando, en todo caso, la tortura o su amenaza como una conducta típica, antijurídica y, por consiguiente, contraria a Derecho, si bien, en el caso particular, los agentes Daschner y Ennigkeit podrían ser excusados –pero su conducta no justificada– ya que lo contrario convertiría a la tortura en legal; algo desde luego incompatible con los principios rectores de un Estado social y democrático de Derecho, respetuoso con los derechos humanos de cualquier persona, incluso del más execrable de los criminales; como era éste el caso.

Finalmente, en cuarto lugar, y esta vez haciendo referencia a los efectos procesal-penales de la actuación de los agentes de policía en el caso «Jakob von Metzler», la problemática principal giraba en torno a dos cuestiones fundamentales: (1) la valoración en juicio de la declaración efectuada por Gäfgen bajo amenaza de torturas; (2) la valoración de aquellos medios de prueba mediatos (fundamentalmente el cadáver del menor) encontrados como consecuencia de la declaración realizada por el detenido durante el interrogatorio policial coactivo.

Analizando en primer lugar el Derecho procesal-penal alemán contenido en la *Strafprozeßordnung*, se ha podido observar cómo, independientemente de que las amenazas con torturar al joven detenido no tuvieran como objetivo el lograr una confesión, sino única y exclusivamente salvar la vida del pequeño Jakob, lo cierto es que las mismas suponían una lesión evidente del § 136a StPO, por lo que, en virtud de lo establecido en el apartado 3 de la mencionada disposición, la declaración obtenida

como consecuencia de la utilización de esos métodos de interrogatorio prohibidos no podía ser valorada por el Tribunal en las sesiones del juicio oral; y ello aun en el caso de que el acusado permitiese posteriormente su valoración. Además, dicha prohibición de valoración debía extenderse con respecto a las posteriores declaraciones del imputado (*Fortwirkung*), las cuales, aunque habían sido obtenidas sin la utilización de la coacción estatal, estaban sin embargo contaminadas como consecuencia de la primera declaración emitida bajo amenaza de torturas. Únicamente una instrucción cualificada (*qualifizierte Belehrung*) en sede judicial, a través de la cual se le hubiese indicado expresamente a Gäfgen que sus declaraciones emitidas con anterioridad no resultaban en ningún caso valorables en juicio, hubiera permitido «partir de cero», con lo que esa nueva declaración no viciada de origen sí que podría haber sido valorada en las sesiones del juicio oral (como así ocurrió).

Por lo que hace referencia a la valoración de los medios de prueba mediatos obtenidos por la policía a partir de la declaración emitida por el detenido bajo amenaza de torturas (*Fernwirkung*), la en Alemania desarrollada «doctrina de la ponderación» resulta en principio coherente ya que, para admitir eventualmente la valoración de esas pruebas indirectas o mediatas, pone en la balanza la gravedad y relevancia constitucional del ataque a los derechos fundamentales del imputado por un lado, y la entidad del delito o delitos objeto de la investigación, por otro. A partir de estas consideraciones, es evidente que la (presunta) comisión de un delito de secuestro extorsivo de un menor de edad (y su posterior asesinato), son conductas ciertamente más graves que la amenaza proferida por la policía de aplicar métodos de tortura al sujeto detenido, los cuales, sin duda, no suponían un considerable menoscabo de su integridad física. Sin embargo, y aunque la mencionada doctrina de la ponderación resulte en principio atractiva de cara a evitar el bloqueo de un procedimiento penal por infracciones del § 136a StPO de escasa entidad, lo cierto es que cualquier restricción del efecto lejano puede dar lugar, como se ha visto, a que los órganos encargados de la persecución penal acepten de forma consciente una eventual violación del repetido § 136a StPO, para con ello obtener, por lo menos de forma mediata, medios de prueba que, de lo contrario, resultaría imposible conseguirlos.

Si se analiza a continuación el caso «Jakob von Metzler» desde la perspectiva del ordenamiento procesal-penal español, a nadie escapa que los métodos de interrogatorio empleados por la policía de Frankfurt a.M. suponían una lesión evidente

de disposiciones como el art. 389 LECrim en relación con el art. 520.2 LECrim, o bien el art. 5.3. b) LOFCS.

Así, en primer lugar, es evidente que en los acontecimientos de Frankfurt a.M. resultaba plenamente aplicable lo establecido en el art. 11.1 LOPJ («regla de exclusión»), disposición que, cabe recordar, prohíbe taxativamente valorar en juicio aquellas pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. La prevalencia de los derechos fundamentales sería poco menos que imposible sin la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida. En este sentido, tanto el contenido constitucional de la garantía como la propia redacción del art. 11.1 LOPJ dejan poco margen para la discreción de quien debe aplicarlos, por cuanto la consecuencia es obligada: de existir una prueba ilícita, la misma no puede producir efecto alguno, directa o indirectamente, aunque la jurisprudencia más reciente del TC esté estableciendo ya ciertas excepciones.

En el caso «Jakob von Metzler» resulta innegable que la confesión de los hechos por parte del detenido, la cual resultó decisiva para la imputación formal de un delito de secuestro extorsivo y asesinato, vino como consecuencia de la amenaza de torturas proferida por el agente Ortwin Ennigkeit. Por tanto, en este caso existía claramente una conexión de causalidad entre las amenazas policiales y la confesión del detenido, por lo que dicha confesión no podía de ningún modo ser objeto de valoración judicial.

En segundo lugar, y haciendo en este caso referencia a la denominada «prueba refleja», la cual, como se sabe, trae consecuencia de otra obtenida mediante la violación de un derecho fundamental, se ha visto cómo, por aplicación de la DFAE, aquella prueba (mediata) conectada de forma natural con otra viciada en origen está en principio, como regla general, jurídicamente contaminada y debe, por tanto, resultar ineficaz. Ahora bien, también se ha dicho que en algunas ocasiones cabe la posibilidad de otorgar relevancia procesal-penal a ese medio de prueba indirecto cuando se produce lo que se conoce como «desconexión causal» (ausencia de conexión de antijuricidad). Pues bien, de las tres excepciones que han sido analizadas en el Capítulo XIV y que están dirigidas a limitar la exclusión procesal de la prueba refleja, la única que podría entrar en consideración en el caso que es objeto de estudio en el presente trabajo es la referida a la confesión voluntaria del inculcado (o nexos causal atenuado). Dicha excepción se fundamenta en el hecho de que la confesión voluntaria del imputado de aquellos hechos que son objeto de investigación policial y/o judicial constituye una prueba válida en la que, eventualmente, fundamentar un veredicto de culpabilidad y

condena, siempre y cuando, eso sí, resulte acreditado que dicha confesión ha sido prestada con todas las garantías constitucionales y legales para garantizar, precisamente, su voluntariedad.

En consecuencia, la discusión planteada en su día en sede de la Gran Sala del TEDH sobre la imparcialidad o no del *Landgericht* Frankfurt a.M., al decidir éste valorar las pruebas mediatas conseguidas como consecuencia de la declaración inicial viciada por infracción del § 136a StPO, carece por completo de fundamento. Así, la confesión de los hechos realizada por Magnus Gäfgen en la primera sesión del juicio oral, una vez el Presidente del Tribunal le había indicado que la totalidad de declaraciones realizadas con anterioridad resultaban nulas de pleno derecho al no haberse producido una instrucción cualificada, daba lugar a que se rompiera la cadena causal que –de no haber mediado esa ulterior confesión– debería haber entrelazado la declaración primigenia realizada bajo amenaza de torturas y la posterior sentencia condenatoria. Por consiguiente, los medios de prueba que se encontraban a disposición del Tribunal no resultaban en modo alguno decisivos para condenar a Gäfgen por un delito de secuestro extorsivo y asesinato consumado, bastando para ello su confesión de los hechos realizada libremente y sin ningún tipo de coacción.

Como conclusión final, y a pesar de lo extraordinario de los acontecimientos vividos en el caso «Jakob von Metzler», resulta claro, por tanto, que debe seguir manteniéndose a toda costa una prohibición absoluta de la tortura a nivel de legalidad. Sin embargo, y desde un punto de vista moral, parece estar justificado que, en casos perfectamente delimitados, un delincuente podría, bien ser amenazado con la utilización de la coerción física contra su persona, bien ser víctima directa de esa coerción por parte del Estado. La admisibilidad moral no existe por el hecho de que un delincuente tenga menos dignidad que una o varias víctimas, sino porque cualquier persona –y por tanto también el delincuente– posee la ilimitada obligación moral de, según las propias posibilidades, salvar la vida de personas que se encuentran en grave peligro. Y ello, con mayor motivo, cuando existen sólidos indicios que indican que ese determinado sujeto es el causante de esa situación de peligro que amenaza la vida de una, varias o cientos de personas.

En definitiva: ¿Puede la demanda de una prohibición absoluta de la tortura prevalecer en situaciones extremas en las cuales su uso podría ser el único medio de obtener la información necesaria para prevenir daños (de aún mayor gravedad) a personas inocentes? Pues bien, partiendo de la posición que se defiende en este trabajo, aun en situaciones como las descritas, la prohibición absoluta de la tortura no debe hacerse más flexible *ex ante* ni *in abstracto* en virtud de la postura inequívoca tanto en la ley internacional como en los ordenamientos jurídicos nacionales, y las negativas implicaciones políticas y jurídicas que un enfoque flexible podría acarrear.

Sin embargo, esto no necesariamente conlleva la responsabilidad penal individual *ex post* ni *in concreto* del agente de policía autor de un delito de torturas, dados los deberes en conflicto que éste tiene que afrontar: respetar la dignidad humana del sujeto sospechoso (terrorista, secuestrador), a la vez que proteger activamente a potenciales víctimas de las acciones delictivas de este sospechoso.

Solo se puede encontrar una solución justa a este dilema si se distinguen, por un lado, los niveles estatal e individual y, por otro, si se diferencia entre la no justificación (antijuricidad) del acto de tortura y la excusa (culpabilidad personal) del torturador. De este modo, un agente de policía puede llegado el caso ser excusado, pero su conducta no justificada, ya que esto convertiría a la tortura en algo legal o incluso en algo socialmente aceptable, minando así el carácter absoluto de la prohibición de torturar.

*«La obligación de ayuda por parte del Estado termina cuando aquélla únicamente puede ser cumplida de tal forma que el Estado renuncie a ser un Estado de*

*Derecho»*

(Claus ROXIN)

## Bibliografía

- ALBRECHT, Ernst (1976): *Der Staat – Idee und Wirklichkeit. Grundzüge einer Staatsphilosophie*, Stuttgart-Degerloch: Seewald.
- ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel (1996): *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León: Universidad de León.
- ALONSO PÉREZ, Francisco (Coord.) (2003): *Manual del Policía*, 3ª Ed., Madrid: La Ley.
- AMBOS, Kai (2009): *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona: Atelier.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2005): *Nein zur Folter. Ja zum Rechtsstaat. Für den Schutz des absoluten Folterverbotes*, pp. 1-8. Disponible en Internet: [http://archiv.amnesty.de/internet/deall.nsf/docs/2005-DEU07-018-de/\\$FILE/ai-AntiFolterMemorandum.pdf](http://archiv.amnesty.de/internet/deall.nsf/docs/2005-DEU07-018-de/$FILE/ai-AntiFolterMemorandum.pdf).
- ANDERS, Dieter (2007): «Aktuelles Forum – Die Diskussion zur rechtlichen Zulässigkeit staatlicher Folter in Ausnahmesituationen», en: GOERLICH, Helmut (Ed.), *Staatliche Folter. Heiligt der Zweck die Mittel?*, Paderborn: Mentis, pp. 13-40.
- ASENCIO MELLADO, José María (1989): *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid: Trivium.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1998): *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ª Ed., Madrid: Akal/Iure.
- BAHAR, Alexander (2009): *Auf dem Weg in ein neues Mittelalter? Folter im 21. Jahrhundert*, München: DTV.
- BAMBERGER, Georg/MOLL, Dietmar (2007): «Folter im Rechtsstaat», *Recht und Politik*, pp. 142-152.
- BARQUÍN SANZ, Jesús (1992): *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid: Edersa.
- BARQUÍN SANZ, Jesús (2001): *Delitos contra la integridad moral*, Barcelona: Bosch.
- BEULKE, Werner (2005): *Strafprozeßrecht*, 8ª Ed., Heidelberg: C.F. Müller.

- BEUTLER, Björn (2006): *Strafbarkeit der Folter zu Vernehmungszwecken. Unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungs- und Völkerrechts*, Frankfurt a.M.: Peter Lang.
- BIELEFELDT, Heiner (2006a): «Die Absolutheit des Folterverbots. Über die Unabwägbarkeit der Menschenwürde», en: BEESTERMÖLLER, Gerhard/BRUNKHORST, Hauke (eds.), *Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielflicht?*, München: C.H. Beck, pp. 109-114.
- BIELEFELDT, Heiner (2007): *Menschenwürde und Folterverbot. Eine Auseinandersetzung mit den jüngsten Vorstößen gegen zur Aufweichung des Folterverbots*, Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte.
- BIRNBACHER, Dieter (2006), «Ethisch ja, rechtlich nein – ein fauler Kompromiss? Ein Kommentar zu R. Trapp», en: LENZEN Wolfgang (Ed.) (2006): *Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte*, Paderborn: Mentis, pp. 135-148.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1978): «Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1881-1890.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (2003): «Die Würde des Menschen war unantastbar», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, núm. 204, edición de 3 de septiembre, p. 33.
- BOGNER, Daniel (2003): *Stellungnahme des Forum Menschenrechte zur Diskussion über die Aufweichung des Folterverbots in Deutschland*, Forum Menschenrechte.
- BRAUM, Stefan (2005): «Erosionen der Menschenwürde – Auf dem Weg zur Bundesfolterordnung (BFO)? – Anmerkungen zum Urteil des Landgerichts Frankfurt Main im “Fall Daschner”», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, pp. 283-298.
- BRUGGER, Winfried (1995): «Würde gegen Würde», *Verwaltungsblätter Baden-Württemberg*, núm. 16, pp. 446-455.
- BRUGGER, Winfried (1996): «Darf der Staat ausnahmsweise foltern?», *Der Staat*, núm. 35, pp. 67-97.
- BRUGGER, Winfried (2000): «Vom unbedingten Verbot der Folter zur bedingten Recht auf Folter?», *Juristenzeitung*, núm. 4, pp. 165-173.



- BRUGGER, Winfried (2003): «Das andere Auge: Folter als zweitschlechteste Lösung», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, edición de 10 de marzo, p. 8.
- BRUGGER, Winfried (2005): «Das andere Auge. Folter als zweitschlechteste Lösung», en: NITSCHKE, Peter (Ed.), *Rettungsfolter in modernem Rechtsstaat? Eine Verortung*, Bochum: Kamp, pp. 107-117.
- CABO MANSILLA, Juan María (1991): *El atestado policial*, 3ª Ed., Madrid: División de Formación y Perfeccionamiento de la Dirección General de la Policía.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2009): «Reflexiones en torno al ‘viejo’ y al ‘nuevo’ terrorismo», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 7, pp. 1-30. Disponible en Internet: [www.criminologia.net](http://www.criminologia.net) .
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2010): «La contaminación preventivo-policial del Derecho Penal. A propósito de la Ley alemana para la Persecución de la Preparación de Delitos Violentos Graves contra la Seguridad del Estado, de 30 de julio de 2009», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 102, pp. 145-191.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2011): «Caso de la Luftsicherheitsgesetz», en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Madrid: La Ley, pp. 911-934.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2015): «La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23, pp. 1-34.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2015a): «Recensión a Franz Strengh, *Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel. Kriminalitäts- und berufsbezogene Einstellungen junger Juristen*, Heidelberg, Kriminalistik, 2014, (159 páginas)», *InDret* núm. 3 (ExLibris), pp. 11-15.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1983): «El abuso de la violencia por la autoridad pública o su agente», *La Ley*, Vol. 3, pp. 1025-1028.
- CASSESE, Antonio (1991): *Los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona: Ariel.
- CEREZO MIR, José (1987): «La exigencia de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XL, Fasc. II, pp. 273-299.
- CLASSEN, Claus Dieter (2009): «Die Menschenwürde ist – und bleibt – unantastbar», *Die Öffentliche Verwaltung*, pp. 689-698.

- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (2004): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras Leyes del Proceso Penal*, Vol. II, Valencia: Tirant lo blanch.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (1997): «Art. 174», en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Madrid: Trivium, pp. 2123-2139.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (2004): «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral (arts. 173 a 177)», en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dir.), *Código Penal Comentado*, Tomo 1, Barcelona: Bosch, pp. 532-557.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (1989): «¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional», en: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *et al.* (comp.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, pp. 695-705.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (1990): *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del art. 204bis del Código Penal*, Barcelona: Bosch.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (1998): «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, pp. 39-116.
- DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio (1997): *Derecho Procesal Penal*, 2ª Ed., Valencia: Tirant lo blanch.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (2011): «Delitos contra la libertad (II). Amenazas y coacciones», en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.), *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid: Dykinson, pp. 165-188.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (2011a): «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.), *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid: Dykinson, pp. 189- 212.
- DEL TORO MARZAL, Alejandro (1980): «El nuevo delito de tortura», en: MIR PUIG, Santiago (Ed.), *La reforma del Derecho penal*, Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, pp. 265-296.
- DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel (1995): «Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo Código Penal de España (1995)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, pp. 857-880.

- DERSHOWITZ, Alan M. (2001): «Is There a Torturous Road to Justice?», *Los Angeles Times*, edición de 8 de noviembre.
- DERSHOWITZ, Alan M. (2002): *Why Terrorism Works*, New Haven, CT: Yale University Press.
- DERSHOWITZ, Alan M. (2004): *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, (Traduc. de Gabriel Rosón), Madrid: Encuentro.
- DERSHOWITZ, Alan M. (2004a): «Tortured reasoning», en: LEVINSON, Sandord (Ed.), *Torture. A collection*, Oxford: Oxford University Press, pp. 257-280.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo (2000): «Prueba autónoma y prueba contaminada», *La Ley*, Vol. 2, pp. 1620-1621.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo/TORRES MORATO, Miguel Ángel (2000): *La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial*, 2ª Ed., Elcano (Navarra): Aranzadi.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo (1997): «¿Es proyectable el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?», *La Ley*, núm. 4445, pp. 1-5.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo (2001): *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid: Civitas.
- DÍAZ PITA, María del Mar (1997): «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XX, pp. 25-102.
- DÜRIG, Günther (2003), «Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz», en: DÜRIG, Günther/MAUNZ, Theodor (eds.), *Grundgesetz. Sonderdruck*, München: Beck.
- ELLBOGEN, Klaus (2005): «Zur Unzulässigkeit von Folter (auch) im präventiven Bereich – Zugleich Besprechung des Urteils des Landegerichts Frankfurt am Main vom 20.12.2004», *JURA*, núm. 5, pp. 339-343.
- ENDERS, Christoph (2005): «Die Würde des Rechtsstaats liegt in der Würde des Menschen. Das absolute Verbot staatlicher Folter», en: NITSCHKE, Peter (Ed.), *Rettungsfolter in modernem Rechtsstaat? Eine Verortung*, Bochum: Kamp, pp. 133-148.

- ERB, Volker (2003): «§ 34 StGB», en: VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd (Red.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Vol. I, München: Verlag C.H. Beck.
- ERB, Volker (2004): «Nicht Folter, sondern Nothilfe», *Die Zeit*, edición de 9 de diciembre, p. 15.
- ERB, Volker (2005): «Folterverbot und Notwehrrecht», en: NITSCHKE, Peter (Ed.): *Rettungsfolter in modernem Rechtsstaat? Eine Verortung*, Bochum: Kamp, pp. 149-167.
- ERB, Volker (2005a): «Nothilfe durch Folter», *JURA*, núm. 1, pp. 24-30.
- ERB, Volker (2005b): «Notwehr als Menschenrecht – Zugleich eine Kritik der Entscheidung des LG Frankfurt am Main im “Fall Daschner”», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, núm. 11, pp. 593-602.
- ERB, Volker (2006): «Folterverbot und Notwehrrecht», en: LENZEN Wolfgang (Ed.) (2006): *Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte*, Paderborn: Mentis, pp. 19-38.
- ERB, Volker (2008): «Zur strafrechtlichen Behandlung von »Folter« in der Notwehrlage», in: SCHNEIDER, Hendrik, et al. (hrsg.), *Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008*, Berlin: De Gruyter Recht, S. 99-123.
- ESER, Albin (2010): «Zwangandrohung zur Rettung aus konkreter Lebensgefahr. Gegenkritische Rückfragen zur sogenannten “Rettungsfolter”», en: HERZOG, Felix/NEUMANN, Ulfrid (hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, pp. 713-727.
- FAHL, Christian (2004): «Angewandte Rechtsphilosophie – “Darf der Staat foltern?”», *Juristische Rundschau*, núm. 5, pp. 182-191.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1999): «La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico», en: LÓPEZ MORENO, Ángeles, et al., *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho*, Madrid: Colex, pp. 37-67.
- FÖRSTER, Annette (2008): «Ja zur Folter – Ja zum Rechtsstaat? Wider die Relegitimierung der Folter in Deutschland», en: BIEGI, Mandana, et al. (eds.), *Demokratie, Recht und Legitimität im 21. Jahrhundert*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, pp. 111-127.

- FROWEIN, Jochen (1990): «Freiheit von Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe nach der Europäischen Menschenrechtskonvention», en: MATSCHER, Franz (Ed.), *Folterverbot sowie Religions- und Gewissensfreiheit im Rechtsvergleich*, Kehl am Rein: N.P. Engel, pp. 69-80.
- GÁLVEZ MUÑOZ, Luis (2003): *La Ineficacia de la Prueba Obtenida con Violación de Derechos Fundamentales*, Navarra: Aranzadi.
- GEBAUER, Peer: (2004): «Zur Grundlage des absoluten Folterverbots», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, pp. 1405-1409.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1990): *Estudios de Derecho Penal*, 3ª Ed., Madrid: Tecnos.
- GÖSSEL, Karl Heinz (2007): «Enthält das deutsche Recht ausnahmslos geltende, “absolute” Folterverbote?», en: DANNECKER, Gerhard, *et al.* (eds.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Berlin: Carl Heymanns Verlag, pp. 41-62.
- GÖTZ, Heinrich (2005): «Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 14, pp. 953-957.
- GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel (2008): «Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la justicia tolerable», en: GARCÍA VALDÉS, Carlos, *et al.* (coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid: Edisofer, pp. 949-973.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (1996): «Delitos de tortura y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral)», en: VIVES ANTÓN, Tomás/MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (dres.), *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, Madrid: CGPJ, pp. 69-85.
- GRABENWARTER, Christoph (2010): «Androhung von Folter und fairen Strafverfahren – Das (vorläufig) letzte Wort aus Straßburg», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 3128-3132.
- GRECO, Luis (2007): «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*», *InDret*, núm. 2, pp. 1-28.
- GRIMA LIZANDRA, Vicente (1998): *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*, Valencia: Tirant lo blanch.

- GUCKELBERGER, Annette (2004): «Zulässigkeit von Polizeifolter?», *Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg*, pp. 121-127.
- HECKER, Wolfgang (2003): «Relativierung des Folterverbots in der BRD?», *Kritische Justiz*, pp. 210-218.
- HELLMANN, Uwe (2006): *Strafprozeßrecht*, 2<sup>a</sup> Ed., Berlin: Springer.
- HERBST, Catarina Cristina (2011): *Die lebensrettende Aussageerzwingung*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag.
- HERDEGEN, Matthias (2003): «Art. 1 Abs. 1», en: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günther, *Grundgesetz. Loseblatt Kommentar*, 42. Ergänzungslieferung, München: Verlag C.H. Beck.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1982): *El cambio político español y la Constitución*, Barcelona: Planeta.
- HERZBERG, Rolf Dietrich (2005): «Folter und Menschenwürde», *Juristenzeitung*, núm. 7, pp. 321-328.
- HILGENDORF, Eric (2004): «Folter im Rechtsstaat?», *Juristenzeitung*, núm. 7, pp. 331-339.
- HUSMANN, Juliane/SCHMITTMANN, Jens M. (2004): «Kann Folter erlaubt sein?», *Verwaltungsrundschau*, núm. 4, pp. 109-113.
- IGNATIEFF, Michael (2005): *El mal menor: ética política en una era de terror*, Madrid: Taurus.
- IGNATIEFF, Michael (2006): «Si la tortura funciona», *Claves de razón práctica*, núm. 162, pp. 4-7.
- JÄGER, Christian (2008): «Das Verbot der Folter als Ausdruck der Würde des Staates», en: PUTZKE, Holm, *et al.* (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 539-553.
- JÄGER, Christian (2008a): «Folter und Flugzeugabschuss – rechtsstaatliche Tabubrüche oder rechtsguterhaltende Notwendigkeiten? – zugleich ein Beitrag zur Entscheidung des EGMR im Fall Gäfgen gegen Deutschland», *Juristische Arbeitsblätter*, núm. 10, pp. 678-684.
- JAEGER, Rolf Rainer (2005): «Folterdebatte – es gibt kein schwarz oder weiß», en: GEHL, Günter (Ed.), *Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht? Ein internationaler Vergleich*, Weimar: Bertuch, pp. 29-35.

- JAHN, Matthias (2004): «Gute Folter – schlechte Folter? Straf-, verfassungs- und völkerrechtliche Anmerkungen zum Begriff “Folter” im Spannungsfeld von Prävention und Repression», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, pp. 24-49.
- JAKOBS, Günther (1993): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2<sup>a</sup> Ed., Berlin, New York: de Gruyter.
- JEROUSCHEK, Günter (2005): «Gefahrenabwehrfolter – Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimer Zwangseinsatz?», *Juristische Schulung*, núm. 4, pp. 296-302.
- JEROUSCHEK, Günter/KÖLBER, Ralf (2003): «Folter von Staats wegen?», *Juristenzeitung*, núm., 12, pp. 613-620.
- JEßBERGER, Florian: (2003): «Wenn Du nicht redest, füge ich Dir große Schmerzen zu», *JURA*, pp. 711- 715.
- JOERDEN, Jan C. (2006): «Über ein vermeintes Recht (des Staates) aus Menschenliebe zu foltern», en: BYRD, B. Sharon/JOERDEN, Jan C. (eds.), *Philosophia Practica Universalis. Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker&Humblot, pp. 495-525.
- KANT, Immanuel (1785): *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Berlin: Akademie-Ausgabe, Vol. IV.
- KINZIG, Jörg (2003): «Not kennt kein Gebot? Die strafrechtlichen Konsequenzen von Folterhandlungen an Tatverdächtigen durch Polizeibeamte mit präventiver Zielsetzung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 115, pp. 791-814.
- KINZIG, Jörg (2005): «Not kennt kein Gebot?», en: GEHL, Günter (Ed.), *Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht? Ein internationaler Vergleich*, Weimar: Bertuch, pp. 11-28.
- KLINGST, Martin (2004): «Ein bisschen Folter gibt es nicht. Wenn das Verbot nicht mehr absolut gilt, ist es abgeschafft», *Die Zeit*, núm. 49, 25 de noviembre, p. 6.
- KLOEPFER, Michael (1975): «Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde», en: STARCK, Christian (Ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des*

- Bundesverfassungsgerichts*, Vol. II, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), pp. 405-420.
- KRAMER, Matthew H. (2015): «Alan Dershowitz's Torture-Warrant Proposal: A Critique», *Legal Studies Research Paper Series*. University of Cambridge, núm. 2, pp. 1-38.
  - KRETSCHMER, Bernhard (2003): «Folter in Deutschland: Rückkehr einer Ungeheuerlichkeit?», *Recht und Politik*, pp. 102-118.
  - KREUZER, Arthur (2004): «Zur Not ein bisschen Folter?», *Die Zeit*, núm. 21, 13 de mayo, p. 6.
  - KREUZER, Arthur (2005): «Zur Not ein bißchen Folter? Diskussion um Ausnahmen vom absoluten Folterverbot anlässlich polizeilicher "Rettungsfolter"», en: NITSCHKE, Peter (Ed.), *Rettungsfolter in modernem Rechtsstaat? Eine Verortung*, Bochum: Kamp, pp. 35-49.
  - LAMPRECHT, Florian (2009): *Darf der Staat foltern, um Leben zu retten? Folter im Rechtsstaat zwischen Recht und Moral*, Paderborn: Mentis.
  - LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (1997): «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Civitas, pp. 504-513.
  - LENCKNER, Theodor (2010): «Comentario a los parágrafos §§ 32 y ss. StGB», en: SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst/LENCKNER, Theodor, *et al.*, *Strafgesetzbuch*, 28ª Ed., München: C.H. Beck.
  - LENZEN, Wolfgang (2006). «(„)Folter(“), Menschenwürde und das Recht auf Leben – Nachbetrachtungen zum Fall Daschner», en: EL MISMO (Ed.), *Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte*, Paderborn: Mentis, pp. 199-224.
  - LEVIN, Michael (1982): «The Case for Torture», *Newsweek*, edición de 7 de junio, p. 4.
  - LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (1989): *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid: Akal.
  - LÜDERSEN, Klaus (2004): «Die Folter bleibt tabu – Kein Paradigmawechsel ist geboten», en: ROGALL, Klaus, *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied: Luchterhand, pp. 691-712.
  - LUHMANN, Niklas (1993), *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag.



- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (1985): «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo», en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios a la Legislación Penal. La reforma del Código Penal de 1983*, Tomo V, Vol. 1º, Madrid: Edersa, pp. 223-270.
- LLOBET ANGLI, Mariona (2010): «¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?», *InDret*, núm. 3, pp. 1-44.
- MAIHOLD, Harald (2004): «Folterknechte im Dienste des Rechtsstaats? Die „Präventivfolter“ vor dem Forum des Strafrechts», *Humboldt Forum Recht*, núm. 11, pp. 57-63.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa (1986): «La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIX, Fasc. II, pp. 423-485.
- MARTÍN LORENZO, María (2006): «La ajenidad del autor respecto a la situación como requisito del estado de necesidad exculpante», en: CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, Madrid: Dykinson, pp. 309-340.
- MARX, Reinhard (2004): «Folter: eine zulässige polizeiliche Präventionsmaßnahme?», *Kritische Justiz*, Vol. 37, pp. 278-304.
- MERKEL, Reinhard (2007): «Folter und Notwehr», en: PAWLIK, Michael/ZACZYK, Rainer (eds), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Berlin: Carl Heymanns Verlag, pp. 375-403.
- MERTEN, Jan O. (2003): «Folterverbot und Grundrechtsdogmatik – Zugleich ein Beitrag zur aktuellen Diskussion um die Menschenwürde», *Juristische Rundschau*, núm. 10, pp. 404-408.
- MEYER-GÖBNER, Lutz (1997): «Comentario al § 136a StPO», en: KLEINKNECHT, Theodor/MEYER-GÖBNER, Lutz, *Straprozessordnung*, 43ª Ed., München: C.H. Beck, pp. 469-477.
- MEYER-LADEWIG, Jens/PETZOLD, Herbert (2007): «Androhung von Folter im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren – Fall Daschner», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 2461-2464.
- MIEHE, Olaf (2003): «Nochmals: Die Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 17, pp. 1219-1220.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1999): *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona: Bosch.

- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (2006): «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura?», en: CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.), *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, Madrid: Dykinson, pp. 265-284.
- MORENO CATENA, Víctor/CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (2011): *Introducción al Derecho Procesal*, 5ª Ed., Valencia: Tirant lo blanch.
- MORENO CATENA, Víctor/CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (2011a): *Derecho Procesal Penal*, 5ª Ed., Valencia: Tirant lo blanch.
- MORENO LÓPEZ, Angustias (1995): «La tipificación del delito de tortura por el Derecho internacional», en: LA MISMA (Dir.), *El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Anuario del Seminario permanente de derechos humanos* (II), Jaén: Universidad de Jaén, pp. 233-287.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo (1984): *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*, Madrid: Civitas.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1996): *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia: Tirant lo blanch.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2002): *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª Ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes (1998): *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo blanch.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes (2002): *Derecho Penal. Parte General*, 5ª Ed., Valencia: Tirant lo blanch.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (1999): *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia: Tirant lo blanch.
- NEUHAUS, Ralf (2004): «Die Aussageerpressung zur Rettung des Entführten: strafbar!», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 521-539.
- NIEBLER, Engelbert (1989): «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum obersten Rechtswert der Menschenwürde», *Bayerische Verwaltungsblätter*, pp. 737-742.
- NITSCHKE, Peter (2005): «Die Debatte über Folter und die Würde des Menschen – eine Problemskizze», en: EL MISMO (Ed.), *Rettungsfolter in modernem Rechtsstaat? Eine Verortung*, Bochum: Kamp, pp. 7-34.
- NOROUZI, Ali B. (2005): «Folter in Nothilfe – geboten?!», *Juristische Arbeitsblätter*, núm. 4, pp. 306-310.

- OLMEDO CARDENETE, Miguel (1999): «Artículo 20.7», en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Madrid: Edersa, pp. 497-618.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (2011): «Caso de los dos psiquiatras en el III Reich», en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Madrid: La Ley, pp. 177-192.
- PASTOR BORGONÓN, Blanca (1986): «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas. A propósito de la Sentencia núm. 114/1984, de 29 de noviembre (BOE de 21 de diciembre de 1984), dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo 167/1984», *Justicia*, núm. 2, pp. 337-368.
- PASTOR BORGONÓN, Blanca (1993): «La prueba ilegalmente obtenida», en: CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL, *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Madrid: CGPJ, pp. 183-214.
- PAWLIK, Michael (2003): «Deutschland, ein Schurkenstaat? Es gibt gute Gründe, Folter anzudrohen, und doch ist das Verbot absolut», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, edición núm. 51, 1 de marzo, p. 35.
- PÉREZ ALONSO, Esteban (1995): «La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 56, pp. 623-650.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1984): *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos.
- PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel (2010): «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid: Lex Nova, pp. 675-700.
- PÉREZ ROYO, Javier (2002): *Curso de Derecho constitucional*, 8ª Ed., Madrid: Marcial Pons.
- PIERROT, Bodo/SCHLINK, Bernhard (2002): *Grundrechte. Staatsrecht II*, 18ª Ed., Heidelberg: C.F. Müller.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (1987): «El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Prof. José Antonio Sainz Cantero*, núm. 13, Vol. II, pp. 147-179.

- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (1996): «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Curso de Derecho Penal Español. Parte especial*, Vol. I, Madrid: Marcial Pons, pp. 267-297.
- POSCHER, Ralf (2004): «“Die Würde des Menschen ist unantastbar”», *Juristenzeitung*, núms. 15-16, pp. 756-762.
- PRANTL, Heribert (2006): «Sicherheitsfolter – Die diabolische Potenz der Angst in der Politik – und ihre gefährlichen Folgen», *Süddeutsche Zeitung*, edición de 11/12 de marzo.
- PRITTWITZ, Cornelius (2008): «Strafwürdigkeit und Strafbarkeit von Folter und Folterandrohung im Rechtsstaat», en: PUTZKE, Holm, *et al.* (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 515-538.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep (1983): «Tirar a matar», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 21, pp. 729-744.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan (1987): *La obediencia debida en el Código Penal. Análisis de una causa de justificación (art. 8, 12ª CP)*, Barcelona: Bosch.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep (1992): *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª Ed., Barcelona: Bosch.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep/JIMÉNEZ QUINTANA, Elena (1987): *Manual de policía judicial*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Secretaría General Técnica.
- REBOLLO VARGAS, Rafael (2004): «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en: CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dres.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo 1, Madrid: Marcial Pons, pp. 229-310.
- REEMTSMA, Jan Philipp (2005): *Folter im Rechtsstaat?*, Hamburg: Hamburger Edition.
- RODRÍGUEZ MESA, María José (2000): *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada: Comares.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1984): «Artículo 15. Derecho a la vida», en: ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo II, Madrid: Edersa, pp. 295-330.

- ROXIN, Claus (1997): *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Vol. 1, 3ª Ed., München: C.H. Beck.
- ROXIN, Claus (1998): *Strafverfahrensrecht*, 25ª Ed., München: C.H. Beck.
- ROXIN, Claus (2005): «Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?», en: ARNOLD, Jörg, *et al.* (eds.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck, pp. 461-471.
- ROXIN, Claus (2006): «Rettungsfolter?», en: GRIESBAUM, Rainer, *et al.* (eds.), *Strafrecht und Justizgewährung. Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, pp. 205-217.
- RUEDA MARTÍN, Mª Ángeles (2011): «Caso “El Nani”», en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Madrid: La Ley, pp. 391-404.
- SÁNCHEZ GARCÍA, María Isabel (1995): *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad: análisis particular del ejercicio de la coacción directa por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en materia de seguridad y orden públicos*, Barcelona: Bosch.
- SCHARNWEBER, Hans-Uwe (2005): «Warum Daschner sich strafbar gemacht hat», *Kriminalistik*, núm. 3, pp. 161-165.
- SALIGER, Frank (2004): «Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 116, pp. 35-65.
- SCHILD, Wolfgang (2005): «Folter(androhung) als Straftat», en: GEHL, Günter (Ed.), *Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht? Ein internationaler Vergleich*, Weimar: Bertuch, pp. 59-82.
- SCHILD, Wolfgang (2005a): «Folter einst und jetzt», en: NITSCHKE, Peter (Ed.), *Rettungsfolter in modernem Rechtsstaat? Eine Verortung*, Bochum: Kamp, pp. 69-93.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst/LENCKNER, Theodor, *et al.* (2010): *Strafgesetzbuch*, 28ª Ed., München: C.H. Beck.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian (2003): «Meinungen zur “Folterdiskussion”», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 5, S. 180.

- SEEBODE, Manfred (2007): «Strafrechtliche Bemerkungen zum Folterverbot», en: GOERLICH, Helmut (Ed.), *Staatliche Folter. Heiligt der Zweck die Mittel?*, Paderborn: Mentis, pp. 51-73.
- STEINKE, Wolfgang (2005): «Das Urteil gegen Wolfgang Daschner. Aus der Verteidigerperspektive», *Kriminalistik*, núm. 4, pp. 229-237.
- STRENG, Franz (2014): *Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel. Kriminalitäts- und berufsbezogene Einstellungen junger Juristen*, Heidelberg: Kriminalistik.
- STÜBINGER, Stephan (2007): «Zur Diskussion um die Folter», en: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT A.M. (Ed.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Frankfurt a.M.: Peter Lang, pp. 277-314.
- SUDRE, Frédéric (1984): «La notion de ‘peines et traitements inhumains ou dégradants’ dans la jurisprudence de la commission et de la court européennes des droits de l’homme», *Revue Générale de Droit International Public*, pp. 825-889.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María (2001): «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2ª Ed., Pamplona: Aranzadi, pp. 859-872.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1973): *La tortura en España*, Barcelona: Ariel.
- TRAPP, Rainer (2006): «Wirklich “Folter” oder nicht vielmehr selbstverschuldete Rettungsbefragung?», en: LENZEN, Wolfgang (Ed.), *Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte*, Paderborn: Mentis, pp. 95-134.
- TRAPP, Rainer (2006): *Folter oder selbstverschuldete Rettungsbefragung?*, Paderborn: Mentis Verlag.
- TRÖNDLE, Herbert/FISCHER, Thomas (2007): *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55ª Ed., München: C.H. Beck.
- TWINING, William L./TWINING, P.E. (1993): «Bentham on Torture», *Jeremy Bentham: Critical Assessments*, (Ed. Bhikhu PAREKH), Vol. II, London: Routledge, pp. 512-565.
- VEC, Miloš (2003): «Schmerz gegen Wahrheit? Oder: Auch Not kennt ein Gebot», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, edición de 4 de marzo, p. 38.
- VOIGT, Wilfried (2003): «Es gibt Dinge, die sehr wehtun», *Der Spiegel*, núm. 9, 24 de febrero, p. 24.

- VON WINTERFELD, Achim (1972): «Der Todesschuß der Polizei», NJW 1972, pp. 1881-1883.
- WAGENLÄNDER, Georg (2006): *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter*, Berlin: Duncker&Humblot.
- WALZER, Michael (1973): «Political Action: The Problem of Dirty Hands», *Philosophy&Public Affairs*, 2/2, pp. 160-180.
- WEIGEND, Thomas (2003): «Anmerkung zur Frage eines Verwertungsverbots», *Strafverteidiger*, pp. 436-441.
- WEIGEND, Thomas (2011): «Folterverbot im Strafverfahren», *Strafverteidiger*, pp. 325-329.
- WEIHMANN, Robert (2005): «Das Daschner-Urteil. Die Rechtsunsicherheit und die Folgen», *Kriminalistik*, núm. 6, pp. 342-345.
- WEILERT, Anja Katarina (2009): *Grundlagen und Grenzen des Folterverbotes in verschiedenen Rechtskreisen*, Berlin, Heidelberg, New York: Springer.
- WELDING, Steen Olaf (2003): «Die Folter als Maßnahme in Notfällen. Zur Rechtfertigung einer exekutiven Abwägungskultur», *Recht und Politik*, Vol. 39, pp. 222-227.
- WELSCH, Harald (2003): «Die Wiederkehr der Folter als das letzte Verteidigungsmittel des Rechtsstaats?», *Bayerische Verwaltungsblätter*, núm. 16, pp. 481-488.
- WILHELM, Jens Philipp (2003): «Folter – verboten, erlaubt ode gar geboten? Rechtliche Anmerkungen zum Fall „Wolfgang Daschner“», *Polizei Sachsen*, pp. 1-12.
- WITTRECK, Fabian (2003): «Menschenwürde und Folterverbot – Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG», *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 21, pp. 873-882.
- WITTRECK, Fabian (2005): «Menschenwürde als Foltererlaubnis? Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG», en: GEHL, Günter (Ed.), *Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht?*, Weimar: Bertuch, pp. 37-57.
- ZIEGLER, Ole (2004): «Das Folterverbot in der polizeilichen Praxis», *Kritische Vierteljahreszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Vol. 87, pp. 50-66.

- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (2002): «Delitos de acción. La culpabilidad (III)», en: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.)/PÉREZ ALONSO, Esteban, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo blanch, pp. 677-694.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2007): «El tipo penal de la tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional», en: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca: Aquilafuente. Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 875-912.