



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

CONFLICTO DE INTERES ENTRE LA SEGURIDAD NACIONAL Y EL DERECHO A NO SER TORTURADO

NICOLÁS DEL RIO PRUNES
NICOLÁS HERRAN LAFOURCADE

Memoria para ser presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis
Terrae, para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor guía: José Ignacio Núñez Leiva

Santiago, Chile
2017

ÍNDICE

Introducción

Capítulo 1: ¿Son todos los derechos fundamentales absolutos? Planteamiento de la problemática en relación con el derecho fundamental en cuestión

Capítulo 2: Argumentos morales a favor y en contra de la tortura.

Argumentos morales a favor de la tortura.

Argumentos morales en contra de la tortura.

Capítulo 3: Argumentos jurídicos a favor y en contra de la tortura.

Dignidad humana

Legítima defensa

Estado de necesidad

Derecho penal del enemigo

Conclusión

Bibliografía

Introducción

A lo largo de la historia, la tortura como otros apremios han sido un método muy utilizado, tanto en guerras como en diferentes situaciones internas de los países. Haciendo una pequeña retrospectiva en el tiempo, queda de manifiesto que la postura de las diferentes naciones en cuanto a su utilización o no utilización ha ido oscilando a través de los años.

Así, fue una práctica común entre los siglos XII y XVIII, abolida en el siglo XIX por la mayoría de los sistemas judiciales europeos pero vuelta a ser usada en el siglo XX por sistemas fascistas y comunistas. Sin embargo, lo que queda claro es que abolida o no, de todas maneras, se hace uso de ella. Así lo demostró un informe emitido por amnistía internacional, el cual devela que, de 157 países analizados por la organización, 107 de ellos han incurrido en torturas, estando prohibidas por sus respectivos ordenamientos jurídicos. Más alarmantes aún son las cifras si tomamos en consideración que de los países que conforman el G-20, en el cual destacan grandes potencias como Estados Unidos, Alemania, Francia, Japón y Reino Unido, el 79% habrían incurrido en la aplicación de apremios ilegítimos.

En los tiempos de hoy, el debate en torno a la utilización de la tortura se ha hecho muy frecuente. Se pensaba que después de la segunda guerra mundial, todo lo relacionado con los derechos humanos seguía un determinado sentido en función de la protección de estos derechos ante cualquier eventualidad. Muchos países celebraron tratados internacionales para su protección, se adhirieron a pactos sobre DDHH, en definitiva, existía cierto consenso en que la utilización de torturas era inconcebible en cualquier estado de derecho. No obstante, a raíz del aumento de atentados terroristas en las últimas dos décadas, en donde un gran número de personas inocentes se han visto afectadas de manera directa por estos ataques, es que el debate sobre la utilización de estas “medidas extremas” ha sido nuevamente puesto sobre la mesa.

La seguridad nacional, el bien común y la dignidad humana, son los conceptos que comienzan a tomar fuerza. Diferentes autores comienzan a escribir sobre el tema producto de hechos y situaciones ocurridos en el último tiempo, tal como el caso “Daschner” en Alemania y el emblemático ataque en contra de las torres gemelas. Este último, marca un antes y un después en la historia, principalmente por las consecuencias que de él derivaron, y que tienen prácticamente al mundo dividido en dos.

¿Qué se entiende por torturas y apremios ilegítimos? Para esto, nos guiaremos por los argumentos dispuestos a través de la convención internacional en contra de la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos y degradantes, la cual define la tortura como: *“todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infringidos por un funcionario público u otra persona en el ejército de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimiento que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”*¹.

Llevando el tema al plano nacional, nuestra constitución política de 1980 en su artículo 19, establece que: *“La constitución asegura a todas las personas N°1: El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”*², y en su inciso final, *“se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo”*³. Por su parte, el código penal en sus artículos 150 A, sanciona expresamente a *“el empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos*

¹ACNUDH [En línea]: Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, artículo 1. [fecha de consulta:21 mayo 2017] Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>

² Constitución Política de la República, artículo 19 N°1 inciso 1.

³ Constitución Política de la República, artículo 19 N°1 inciso final.

*o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente*⁴. En la letra B del artículo 150 se sanciona “*Al que, sin revestir la calidad de empleado público, participare en la comisión de los delitos sancionados en los dos artículos precedentes, se le impondrán las siguientes penas (...)*”⁵.

Como podemos darnos cuenta, la tortura en nuestro país está estrictamente prohibida, tanto en la constitución como en el código penal, el que se encarga de imponer las sanciones y penas en concreto.

A partir de estos derechos, y en virtud de lo expuesto en la primera parte, postulamos la existencia de un conflicto entre el derecho a no ser torturado recogido por nuestra legislación y el deber del estado de resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, tal como prescribe el artículo 1 de la constitución política⁶.

Ahora, teniendo en consideración los antecedentes antes expuestos, hay preguntas que necesariamente se deben formular: ¿con que fin se sometería a una persona a tales sufrimientos? ¿Es legítima su utilización? ¿Qué sucede en el caso de concurrir diferentes derechos fundamentales en determinadas situaciones? ¿Es ponderable el derecho a no ser torturado? ¿Cuán esencial es el rol de la dignidad humana en los diferentes sistemas jurídicos? y otras preguntas nos conducen al meollo del asunto y lo que en definitiva motiva a la realización de esta tesis, el cual no es otro que dar a conocer de manera sistematizada, los argumentos que apoyan el uso de estas prácticas y los que la rechazan.

Para la buena elaboración de esta tesis es indispensable desarrollar esta a partir de dos planos de análisis, un primer plano conforme al contexto jurídico a partir de la dogmática, autores relacionados, sistemas jurídicos y un segundo plano basado en lo que se denomina de *legeferenda*, como una propuesta a la necesidad de incorporar una especial regulación dentro de la Constitución

⁴ Código Penal Chileno, artículo 150 A inciso 1.

⁵ Código Penal Chileno, artículo 150 B inciso 1.

⁶ Constitución Política de la República, artículo 1.

relacionado con el fenómeno del terrorismo, dichos planos se van a basar en diferentes tipos de argumentos y razonamientos jurídicos.

Todo lo mencionado con anterioridad nos lleva a argumentar a favor de uno u otro plano en caso de concurrir una determinada situación. Finalmente, se expondrá la visión del autor una vez realizado el análisis y tomadas en consideración todas las circunstancias.

Capítulo 1: ¿Son todos los derechos fundamentales absolutos? Planteamiento de la problemática en relación con el derecho fundamental en cuestión.

En este capítulo, trataremos un tema de vital trascendencia, el cual nos servirá para poder dilucidar y tener una mejor perspectiva del conflicto entre el derecho a no ser torturado y el deber del estado en resguardar la seguridad nacional.

Para entender la problemática debemos tener en consideración primero, que hay quienes piensan que los derechos denominados fundamentales, es decir, aquellos que tienen las personas por el solo hecho de ser personas, son de carácter absoluto, o sea, no tienen limitación y excepción alguna a su aplicación. Otra postura un poco menos categórica, postula que si bien hay derechos absolutos, como lo es por ejemplo el derecho a la vida, también existen otros derechos que no revisten este carácter, siendo de esta manera ponderable unos con otros; o también, que cierto aspecto de un determinado derecho, tiene el carácter de absoluto. Por último, encontramos una postura más extrema, la cual indica que no hay derechos absolutos, por lo que todos son ponderables y en determinada situación se podrían afectar unos en desmedro de otros.

En este tema, el trabajo del Alemán Robert Alexy nos parece de suma importancia para poder profundizar en la problemática del asunto. Este autor entiende los derechos fundamentales como principios, los cuales representan mandatos de optimización, o sea “*normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”⁷. En virtud de esta definición, se puede concluir que a estos principios (derechos), se les debe dar cumplimiento de la mejor forma que se pueda, pero siempre que sea dable hacerlo teniendo en consideración las diferentes situaciones fácticas y jurídicas. De esta manera, Alexy nos da a entender que no siempre se podrá

⁷LOPERA MESA, Gloria (2004): “los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, *principio de proporcionalidad y ley penal, bases para un modelo de constitucional de leyes penales* (Colombia, doxa 27) p. 215.

satisfacer la orden de un determinado principio, existirán situaciones en que haya tensión entre dos derechos, debiendo de cierta manera “elegir” o, mejor dicho, ponderar unos con otros para definir cual se debe limitar en su aplicación y cual debe prevalecer según la importancia y relevancia de cada uno en relación al bien jurídico que resguardan.

Siguiendo este razonamiento es que el profesor nos da a entender que “*quien rechaza la teoría de los principios (concebidos como mandatos de optimización) debe rechazar también el principio de proporcionalidad*”⁸. Esto por una razón lógica, ya que entender los derechos como mandatos de optimización da paso a una posible ponderación y graduación en caso de conflicto. Este principio, resumidamente nos dice que, si se va a limitar un derecho en específico, tiene que ser para darle cumplimiento en la “mayor medida posible” al otro con el que existe la tensión. Totalmente diferente sería el asunto si es que entendiéramos los derechos fundamentales como reglas, ya que estas se limitan solamente a ordenar que la norma se cumpla de una determinada manera, es imperativa en todo aspecto, por lo que se aleja de toda ponderación o graduación posible.

Esta teoría postulada por Robert Alexy, donde se entienden los derechos fundamentales como mandatos de optimización, da cabida a dos de las posturas descritas brevemente al inicio de este capítulo. La que no se encuadra es la primera de ellas, aquella que postula que los derechos fundamentales son de carácter absoluto, y la razón es obvia, ya que, al considerarlos absolutos, no permiten de ninguna manera graduación, limitación o excepción, asimilándolos de cierta manera a reglas más que a principios. Ordenan realizar algo y se agota en ello.

En cuanto a la segunda postura, si bien la teoría de Alexy es aplicable, no lo es para todos los derechos, porque no olvidemos que esta parte de la doctrina piensa

⁸LOPERA MESA, Gloria (2004): “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, *principio de proporcionalidad y ley penal, bases para un modelo de constitucional de leyes penales* (Colombia, doxa 27) p. 215.

que los derechos de cierta forma se pueden clasificar en aquellos que son absolutos; los que poseen cierto rasgo de la esencia que los hace categóricos e imponderables solo en ese punto; y aquellos que en definitiva no lo son, como es el derecho de propiedad, el cual se puede ver afectado o limitado por motivos de bien común e interés general. Están a la vista los casos en que se aplican los postulados de Alexy.

Por último, la tercera postura es acorde a la teoría de los principios, ya que, al no considerar ningún derecho como absoluto, permiten la aplicación sin restricciones del principio de proporcionalidad.

Sin lugar a duda, para quienes no ven los derechos como principios, se produce un problema factico de no menor relevancia, porque se les hace más complejo poder resolver un conflicto para una situación determinada. Es difícil poder ponderar entre dos bienes jurídicos si se entiende que los derechos que los representan son absolutos, ya que, siguiendo esa línea, se debería dar cumplimiento a cabalidad a uno como a otro. Sin embargo, esta postura es defendida por una parte minoritaria de la doctrina.

En el caso que siguiéramos la segunda postura, la que ostenta ser la más aceptada entre los diferentes autores, y entendiéramos a su vez los derechos como principios, cabe de cajón hacerse la siguiente pregunta: ¿Qué derechos son absolutos? ¿Cuáles lo son solo en cierto punto? y, por último, ¿cuáles no lo son? A partir de esto, podemos aterrizar todo lo antes mencionado al tema central de este trabajo, ¿Es el derecho a no ser torturado de carácter absoluto? Para quienes piensan que, si lo es, bajo ninguna circunstancia, ni por más extrema que sea se puede infringir este mandato, ni aun en razón de la protección de la seguridad nacional y el bien común. Otros por su parte, creen que no se trata de un bien jurídico absoluto, por lo que nada obsta a limitar o a hacer una excepción respecto a la prohibición cuando la situación realmente lo amerite, esto es, cuando se pueda ver afectada la seguridad nacional; e incluso en algunos casos, cuando a raíz de determinados actos se vea transgredida una persona en el ejercicio particular de sus derechos fundamentales, debiendo necesariamente hacer una

ponderación de los bienes jurídicos afectados, determinando cual debe “primar” sobre el otro.

A modo de ejemplificar, vienen al caso dos situaciones que de cierta forma han abierto el debate en torno a la aplicación de apremios ilegítimos. El primero de ellos es el atentado en contra de las torres gemelas del 11 de septiembre del año 2001, en que, a consecuencia de atentados terroristas miles de personas pierden la vida. Inmediatamente ocurridos estos hechos, gran número de autores, profesores, políticos, comienzan el debate en torno a la tortura vs la seguridad nacional ¿Qué límites tiene el resguardo de seguridad nacional? ¿Hasta qué punto se debe garantizar la protección de los derechos fundamentales? Otro caso emblemático es el ocurrido en Alemania, denominado “caso Daschner”, en donde a diferencia del anterior, no está involucrada la seguridad nacional, sino que hay dos derechos fundamentales en conflicto. Aquí, una persona secuestra a un niño de 11 años. Posteriormente la policía logra dar con el secuestrador, Sin embargo, este se niega a entregar información de donde se puede encontrar el menor. Ante esta negativa, el vicepresidente de la policía de Frankfurt, Wolfgang Daschner, amenaza al sujeto con torturarlo si no coopera en la búsqueda, motivo por el cual el sujeto finalmente confía donde tenía encerrado al niño. Por un lado, encontramos el derecho a no ser torturado y la dignidad humana, y por otro, el derecho a la vida del menor y a la integridad física y psíquica. En este caso son dos derechos fundamentales que se contraponen, por lo que eventualmente, será determinante hacer una ponderación para ver cual se restringe en pos del otro.

A modo de esclarecer y resumir lo antes planteado, citamos a José Luis Cea, quien dice que los derechos fundamentales se tratan de *“atributos que jamás tienen alcance de absolutos, pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra, con rasgos ilícitos o abusivos”*⁹. Sin perjuicio de esto, nada obsta a pensar que hay ciertos derechos fundamentales que, por su

⁹CEA EGAÑA, José (2012): *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, ediciones universidad católica, segunda edición) 58p.

naturaleza, no admiten limitación o excepción alguna. Por lo que concluimos que esta definición alude a otro tipo de limitaciones clasificadas de gran forma por el profesor Hugo Tortora en su trabajo “*Las limitaciones a los derechos fundamentales*”¹⁰. De esta manera, encontramos la clasificación según las circunstancias en las que operan, pudiendo ser ordinarias o extraordinarias. Las primeras se aplican en todo momento, y en casi todos los casos se encuentran en el mismo derecho y dicen relación generalmente con la moral, el orden público y las buenas costumbres. Así, están presentes en la libertad de enseñanza, libertad de culto, derecho a reunirse, etc. Las segundas, operan en las situaciones de excepción constitucional. Son interesantes de analizar, ya que se acercan más a situaciones en que el derecho a la integridad física y psicológica y, en definitiva, el derecho a no ser torturado pueda verse transgredido. Cabe mencionar con la convención Americana sobre derechos humanos en su artículo 27 número 1, trata el asunto estableciendo que “En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención...”¹¹, sin embargo, el mismo artículo en el numero 2 señala que “La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal)...”¹² si bien la convención prohíbe expresamente la suspensión el derecho a la integridad personal, este trabajo precisamente tiene por objeto plantear el debate argumentando a favor y en contra de la aplicación de métodos de tortura, dejando de cierta manera de lado las prohibiciones de carácter

¹⁰ TORTORA ARAVENA, Hugo (2010): [en línea]: “Las limitaciones a los derechos fundamentales” *revista de derecho* (universidad Andrés Bello Viña del Mar) vol. 8 N°2. [fecha de consulta: 20 de abril 2017] Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002010000200007&script=sci_arttext

¹¹ Convención americana sobre derechos humanos, artículo 27 número 1, del 22 de noviembre de 1969.

¹² Convención americana sobre derechos humanos, artículo 27 número 2, del 22 de noviembre de 1969.

normativo consagradas tanto en la legislación nacional como internacional. Por lo que más avanzado el trabajo, se expondrán las diferentes posturas concernientes a dilucidar si caben o no las restricciones al derecho de no ser torturado cuando está en juego algo tan importante como es el bien común o la seguridad nacional.

Una segunda clasificación se da según el origen de la limitación, distinguiendo entre las restricciones que nacen del respeto por los derechos fundamentales de los demás sujetos, las limitaciones de origen material y por último las de origen positivo. Para efectos de esta tesis nos importa destacar aquellas que nacen del respeto del derecho de las demás personas ¿Por qué? Porque en el conflicto que planteamos existe, entre el derecho a no ser torturado y la seguridad nacional, siempre hay un derecho a cada lado de la balanza. De este modo, la integridad personal de muchos puede verse afectada al poner en jaque la seguridad nacional de un país a consecuencia del actuar de un individuo o un grupo de individuos, y no solo este derecho, sino que, en el peor de los casos, la vida de muchos inocentes. Ante esta situación es totalmente aceptable a lo menos plantearse la siguiente pregunta ¿se pueden vulnerar derechos fundamentales para asegurar la vida e integridad de otros? Esto nos lleva de regreso a lo planteado en este capítulo, y se razonara de una u otra forma dependiendo de qué postura se tome al respecto. Todo lo expresado en estas páginas, sirvió para poner al lector en conocimiento previo del contexto en que se funda la discusión y desarrollo del trabajo. Ya en este punto, se hace necesario pasar a la siguiente etapa para visualizar de mejor forma la problemática en torno al asunto.

CAPITULO 2: Argumentos morales a favor y en contra de la tortura.

Luego de referirnos en las páginas anteriores a la problemática en torno al carácter absoluto (o no) de los derechos fundamentales, toca en este capítulo entraremos en el fondo del asunto, el cual es exponer acerca de los diferentes argumentos que se esbozan en torno al eventual uso de la tortura en determinadas circunstancias, o, por otro lado, su prohibición absoluta.

Hay diferentes clases de argumentos, los cuales son perfectamente clasificables si se quiere, en tres grupos: argumentos jurídicos, morales y políticos. Muchos autores suelen fusionar los argumentos políticos y morales en uno solo, dejando por lo tanto solo dos grandes categorías. Lo que de cierta manera origina la clasificación, es el concepto de tortura para cada una de estas tendencias. De esta manera, una definición con un deje jurídico, contendrá más palabras técnicas y dejará en la medida que sea posible lo valorativo de lado, restringiendo el debate a lo netamente técnico-jurídico. Es jurídica, por ejemplo, la definición dada en la introducción de este trabajo por la convención internacional en contra de la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos y degradantes, que a recordar dice que tortura es *“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 infringidos por un funcionario público u otra persona en el ejército de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimiento que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”*¹³.

¹³ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, artículo 1, de 1984

Por su parte, las definiciones políticas o morales son ciertamente más amplias, ya que tienen por objeto generar y abrir el debate. Entra en esta categoría, la que nos entrega José Luis Castro Fírvida, quien entiende por tortura “*acción u omisión de menoscabar la integridad física o moral de una persona produciéndole grave dolor físico o psíquico de manera intencionada, sin que esto sea consecuencia de un acto legítimo y sin que en ningún caso llegare a causarle la muerte*”¹⁴. Como podemos notar, una definición como esta no toma en consideración al sujeto activo, lo que motiva a la tortura, bajo qué circunstancias se realiza, o la gravedad de la aplicación de los apremios a los que se somete a la víctima; esto último se torna trascendental al momento determinar el campo de aplicación. Estados Unidos se ha aprovechado de esta situación principalmente interpretando el término “gravedad” a su conveniencia. Lo que buscan, es restringir el término equiparándolo como bien concluye Castro Fírvida a “*lesiones físicas tales como la falta de un órgano o la muerte*”¹⁵.

Contraria, es la definición que da Barreda para determinar cuando son suficientes los apremios para ser considerados tortura, ya que es bastante más laxa, dando un mayor margen al acto mismo. Así, será torturada la persona a la que “*se les somete a sufrimientos que sean exceden los humanamente tolerable, martirizando su cuerpo o su mente de manera intensa, cruel y despiadada*”. Con esto, buscamos dejar en evidencia lo fácil que es manipular el término “tortura” para la conveniencia de cada estado, por lo que se torna necesario otorgar una definición más bien jurídica que limite su interpretación y defina precisa y claramente cada aspecto a considerar.

Por último, hay autores como Alan Dershowitz que, a diferencia de los anteriores, no le dan tanta importancia a la definición de tortura, ya que en cuanto al resultado y efectos “*(...) los actos de tortura no pueden causar la muerte o dejar secuelas*”

¹⁴CASTRO FÍRVIDA, José: “¿Es la tortura aceptable en la lucha contra el terrorismo?” *revista de derecho*, vol. 22 N°2. P 67. 2013

¹⁵CASTRO FÍRVIDA, José: “¿Es la tortura aceptable en la lucha contra el terrorismo?” *revista de derecho*, vol. 22 N°2. P 68. 2013

*permanentes*¹⁶, no interesándose en el sujeto activo, sino que concretamente en el debate de la posible aplicación de actos de tortura.

Argumentos morales a favor de la tortura.

Sin lugar a duda, los argumentos denominados “morales”, tanto a favor como en contra de la aplicación de la tortura se toman la mayor parte del debate; esto es así, ya que, a partir de estas discusiones de carácter doctrinario, es que se va formando un criterio que finalmente se transforma en ley. Importante papel juega aquí la teoría del mal menor, sintetizada de gran manera por Rodolfo Arango Rivadeneira de la siguiente forma: “La doctrina del mal menor defiende un análisis coste/beneficio como criterio de decisión política en la lucha contra el terrorismo”¹⁷.

Para aterrizar esta teoría a la discusión que nos concierne, se hace indispensable poner sobre la mesa el caso hipotético de la bomba de relojería o también conocida como “tickingbomb” en inglés. Discutir hoy en día acerca de si es correcto torturar a personas en pos de la seguridad nacional, se lo debemos principalmente a este ejercicio, del cual diferentes autores han escrito; uno de ellos es Mariona Llobet, quien describe la situación de la siguiente manera: un terrorista que acaba de ser capturado confiesa que ha puesto una bomba en algún lugar (o que conoce su ubicación), la cual estallará de modo inminente y matará a cientos, miles, o, incluso, millones de personas. Por tanto, tal escenario tiene tres elementos: primero, la vida de muchos civiles inocentes está en peligro; segundo, la catástrofe es inminente; y, por último, un terrorista que ha sido capturado conoce información que podría evitar que dicho desastre ocurra”¹⁸. Para aplicar la teoría del mal menor, hay que poner en la balanza los bienes jurídicos involucrados; por un lado, tenemos el derecho a la vida de los millones de personas que pueden resultar muertas si efectivamente explota la bomba, y por

¹⁶CASTRO FÍRVIDA, José: “¿Es la tortura aceptable en la lucha contra el terrorismo?” *revista de derecho*, vol. 22 N°2. P 66. 2013

¹⁷ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo “Los desvaríos de la doctrina del mal menor”, *revista de derecho* vol. 2, (2), (11-20): 2005

¹⁸LLOBET ANGLÍ, Mariona: “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, *revista española de derecho*: 2010.

otro, el derecho a la integridad física y psíquica y a no sufrir apremios ilegítimos la persona que podría tener la información necesaria para poder evitar que la bomba explote.

Por “mal” Michael Ignatieff nos da a entender que es “el que cometen los funcionarios de los estados democráticos liberales que saben que no deben hacer el mal, que trabajan para instituciones creadas como protección en contra del mal. Sin embargo, es posible que actúen mal porque creen que estas acciones se justifican para prevenir males mayores o porque, dado el tamaño de las burocracias modernas, apenas conocen las consecuencias de sus acciones”¹⁹. Si bien este mal que acarrea el posible actuar del funcionario público se produce directamente por su accionar, la omisión que conlleva no tomar ninguna medida para resguardar la vida de millones de inocentes también es un mal, incluso más gravoso que torturar al terrorista. De aquí que constituye un “mal menor” el hecho de torturar al prisionero para obtener la información que se necesita, en vez de no transgredir los derechos de la persona y esperar que la bomba explote.

Ignatieff, en el capítulo primero de su libro “democracia y mal menor”²⁰ llama a realizar un juicio moral entre los dos hechos, juicio que permitirá al final del día poder dilucidar cual transgresión es la que produce menos daño. De tal forma fue como lo expreso Aristóteles hace ya unos siglos diciendo que “cuando dos cosas son muy próximas una a otra y no podemos percibir ninguna superioridad de la una respecto de la otra, hay que verlo a partir de sus consecuencias.”²¹ Consecuencias que se ven reflejadas en la posible muerte de millones de personas debido a la irreverencia de las autoridades para con tal emergencia, y

¹⁹IGNATIEFF, Michael. “La democracia y el mal menor”, *TheLesserEvil. PoliticalEthics in anAge of Terror* (trad. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, U.S.A, Princeton universitypress). 2004. 224.

²⁰IGNATIEFF, Michael. “La democracia y el mal menor”, *TheLesserEvil. PoliticalEthics in anAge of Terror* (trad. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, U.S.A, Princeton universitypress). 2004. 224.

²¹FERNANDEZ SANCHEZ, Francisco: [en línea]: “Principio o argumento del mal menor”. [fecha de consulta: 04 de junio 2017]. Disponible en: <http://www.staffcatholic.net/archivos/lexicon/principiodelmalmenor.pdf>

continúa el filósofo; “en efecto, aquello a lo que se sigue un bien más grande es más deseable; y, si las consecuencias son malas, es preferible aquello a lo que se sigue un mal menor: pues, aun siendo ambas cosas deseables, nada impide que tengan alguna consecuencia inconveniente”; y claro, ¿Cómo no van a ser dos cosas muy próximas de las que sea por lo menos difícil percibir superioridad? si en una situación extrema como la que plantea Brugger en el tickingbomb “nos enfrentamos claramente al dilema de que la dignidad humana (del sospechoso) se opone a la dignidad humana (de la víctima)- un aparente estancamiento entre intereses de igual valor en conflicto”²². Imposible entonces no violar la dignidad de la víctima si es que se la deja en total indefensión, por el solo motivo de encontrarse el terrorista en un estado democrático de derechos.

En cuanto a este último punto, hay quienes piensan que la democracia es sinónimo del gobierno de las mayorías, por lo que en una situación de emergencia, es posible restringir garantías fundamentales sin limitación alguna; no tan categórica es la teoría del mal menor propuesta por Ignatieff, el cual si bien considera que cuando la situación lo amerite, no hay que vacilar en la aplicación de apremios que signifiquen que “las consecuencias pueden ser tan importantes al salvar a miles de personas de los ataques terroristas que bien podría valer la pena someter a un individuo a un interrogatorio sin tregua, aunque sin violencia física, para extraer información esencial”²³. Si bien intenta dejar de lado los apremios de carácter físicos, aboga por el uso de torturas psicológicas, lo que a la larga constituiría un “mal menor”.

Los detractores de la aplicación de la teoría del mal menor en situaciones de emergencia tales como la bomba de relojería, donde el tiempo apremia a tomar una decisión rápida confiando plenamente en el criterio resolutivo de las autoridades, formulan una disyuntiva, la cual dice relación con que la tortura sea

²²AMBOS, Kai. Terrorismo, tortura y derecho penal: Respuesta a situaciones de emergencia. Barcelona, España. Atelier. 2009.138p.

²³IGNATIEFF, Michael. “La democracia y el mal menor”, *The Lesser Evil. Political Ethics in an Age of Terror* (trad. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, U.S.A, Princeton universitypress). 2004. 224.

realmente efectiva para el fin que se utiliza. Son muchos quienes piensan que el individuo torturado “*puede aportar la información que el torturador desea escuchar, con el único fin de que cese el tormento.*”²⁴, sin embargo, a raíz de esto es que surge un nuevo argumento a favor de la aplicación de los apremios ilegítimos: el utilitarismo.

Los postulados de esta corriente entienden que el hombre siempre tiende a la búsqueda del placer mismo, lo cual se traduce en la felicidad llevada a un plano colectivo; en palabras de Mill, uno de los grandes exponentes del utilitarismo, para quienes aceptan la utilidad (relacionado a la búsqueda del placer) como fundamento de la moral “*(...)mantiene que las acciones son correctas en la medida en que tienden a promover la felicidad, incorrectas en cuanto tienden a producir lo contrario a la felicidad*”²⁵. Así las cosas, en un plano moral y específicamente en el problema planteado de la bomba de relojería, una medida con un sesgo utilitario concluiría que la tortura de un solo individuo para la salvación de muchos miles de otros es perfectamente aceptable, y si se quiere, casi una obligación de las autoridades hacer uso de estas “medidas extremas”.

Siguiendo la línea argumentativa de esta doctrina, sería irrelevante incluso que alguno de los terroristas capturados pudiese ser inocente, porque si lo llevamos al caso hipotético que plantea José Luis Castro, en donde hace el ejercicio mental de multiplicar los artefactos explosivos a diez. Por cada artefacto se tortura a una persona, logrando conseguir la información necesaria para desactivar uno de los 10 artefactos, daría como resultado la muerte de novecientas mil personas (cien mil por cada bomba); Pero, producto de la tortura practicada a las diez personas (recordemos que no se tenía certeza de si eran o no terroristas), en definitiva, se salvaron cien mil vidas, y por un criterio netamente cuantitativo y de bien estar de las mayorías, estaría avalada la tortura.

²⁴CASTRO FÍRVIDA, José: “¿Es la tortura aceptable en la lucha contra el terrorismo?” *revista de derecho*, vol. 22 N°2. P 74. 2013

²⁵STUART MILL, John: “*El utilitarismo*”. Madrid, España. Alianza Editorial.1983. 387p.

Otro argumento fuerte para el apoyo de la tortura consiste en ponderar los derechos del torturado, con los de la gente que eventualmente moriría a causa de un ataque terrorista. Muchos de los autores contrarios a la tortura, ponen especial énfasis en la dignidad de las personas como límite a la aplicación de mecanismos de tortura. Esta “dignidad humana”, derecho que se tiene por el solo hecho de ser persona, no discrimina en cuanto a raza, edad, nacionalidad o condición, es un principio de reconocimiento internacional. Pero cabe preguntarse ¿no se afecta la dignidad de las víctimas de un ataque terrorista al no tomar acción el estado para evitarlo? Es deber del estado resguardar la seguridad de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, por lo que no tomar una postura activa significaría afectar los derechos de las personas mediante una suerte de omisión. ¿Por qué entonces primaria la dignidad de la persona torturada por sobre la vida de millones de inocentes, o si se quiere, incluso de solo un inocente?

Por lo tanto, vemos claramente que la argumentación a favor de la aplicación de la tortura en casos de verse en riesgo la seguridad nacional, se guía por criterios cuantitativos, en donde el bienestar de la mayoría justificaría cualquier acción, por más dañina y restrictiva que pueda ser de derechos fundamentales, ya sea con la aplicación de la teoría del mal menor, o con una mirada utilitarista en situaciones de emergencia.

Argumentos morales en contra de la tortura

Argumentos morales en contra Ahora, corresponde exponer los argumentos de carácter moral que están en contra de la aplicación de apremios físicos y psicológicos en contra de las personas. La mejor manera de hacerlo, es contradecir y refutar los puntos que lo sustentan viéndolos por la otra cara de la moneda.

Son variadas las formas de atacar la teoría del mal menor. Así, diferentes autores se ponen en las mismas situaciones extremas en las que se desarrolla la teoría, ya sea en el caso hipotético de la bomba de relojería, o también en caso del avión secuestrado el cual se utilizara como kamikaze. Teniendo en consideración esto,

se suele atacar primero por la efectividad en la aplicación de tormentos; segundo, en la alta posibilidad de estar torturando a una persona inocente; y tercero, destruir la teoría desde su propia fundamentación.

En cuanto a la primera idea, está más que claro que nada asegura que la aplicación de tormentos tendrá como repuesta del torturado la información que quiere oír el torturador. Lo que se discute aquí no es precisamente el aplicar o no diferentes medios de tortura, sino que se pone en un escenario posterior. Supongamos nuevamente que un grupo terrorista pone una bomba en el centro de la ciudad, poniendo en peligro a una gran cantidad de personas. La policía, sabe con certeza que cierta persona tiene información clave para poder desactivar la bomba, por lo que deciden torturarlo. El terrorista puede tener tanta determinación, que por ningún motivo hablara; No se tiene certeza alguna de que el interrogatorio dará resultado, por lo que el “mal menor” se transformará de manera instantánea en un “mal mayor”. Este mal mayor se traduce en la grave transgresión de las garantías y derechos fundamentales, acompañada de una grave violación a la dignidad de la persona. No por nada decimos que *“el derecho a la integridad personal, al igual que los demás derechos humanos, es un derecho inherente a la persona en atención a su naturaleza”*²⁶.

Este argumento tiene sustento en la medida que se entienda que la labor del estado no es solo resguardar el bien general de la población, sino que se debe dar cumplimiento a esta obligación con pleno respeto a los derechos y garantías consagrados en los diferentes ordenamientos internos de cada país, y con la fiel observancia a las normas internacionales. Como se mencionó anteriormente, los derechos son inherentes a las personas por la sola calidad de tal. Por esto, no cabe excepción alguna a la norma. Se torna aún más categórico, si se es de los que conciben los derechos fundamentales como absolutos, o por lo menos, ciertos derechos como lo son el derecho a la vida o a la integridad física y psíquica. Entender un estado democrático de diferente manera a la planteada

²⁶HUERTAS DIAZ, Omar; BARAHONA BATANCOURT, Ricardo: “La vulneración del derecho a la integridad personal: el peor flagelo que puede sufrir el ser humano”. *Revista de derecho constitucional*. 155-186. 2007.

anteriormente, significaría ir contra del estado de derecho, es prácticamente una contradicción. Para George Kateb tener derechos, *“implica que nadie debe ser tratado en tanto mero medio para un fin superior; cada persona es un fin en sí misma y todas ellas son la finalidad que justifica la existencia del Estado y la sociedad”*²⁷, lo que reafirma lo antes expuesto, torturar atenta en contra derechos fundamentales, los cuales son la esencia de un estado democrático que los reconoce y resguarda.

Ya aceptar el hecho de que se pueda torturar a las personas con el fin de obtener información necesaria para poder evitar una situación de emergencia que podría tener como resultado la muerte de un gran número de personas, abre la posibilidad de aplicar la tortura a situaciones en las que en un principio ni siquiera se planteaba la posibilidad. Así, hipotéticamente hablando, permitamos las prácticas de tortura para casos de flagrancia, en donde no cabe otra posibilidad que la de someter a la persona a apremios de carácter físicos para poder obtener lo que se busca. Supongamos ahora que es efectiva y da el resultado esperado. El margen de aplicación y la “tentación” a realizarla da paso para utilizarla con sospechosos de actos terroristas y así sucesivamente, llegando necesariamente a la probable posibilidad de que se torture a un inocente. Sin lugar a dudas se desvirtúa el fundamento y la excepcionalidad del posible uso de la tortura, en donde no solo se van a transgredir los derechos esenciales de las personas que pueden ser inocentes, sino que, más se acentúa el problema de la efectividad de estas medidas extremas. De esta manera, no importaría si el torturado es realmente el autor de los hechos que se le acusan, o si es inocente, ya que de cualquier forma la persona dirá todo lo necesario para que el torturador cese con los apremios o simplemente no dirá nada, siendo imposible quebrarle la voluntad, por lo que, de una forma u otra, el torturador no podrá más que terminar con la cesión de tortura. Esta idea, no suena tan descabellada si pensamos que los terroristas tienen la convicción suficiente en sus ideales que incluso están

²⁷KAISER, Vanessa: “Georg Kateb, dignidad humana”, *revista de ciencias políticas de la Universidad Católica de Chile* (32 N° 1): 315-317.2012.

dispuestos a dar la vida por ellos, como ocurrió precisamente en el atentado contra las torres gemelas.

Para seguir desarrollando este tema, nos parece pertinente la reflexión de Beccaria, quien en una precisa frase nos dice que *“el examen de un reo se hace para conocer la verdad; pero si ésta se descubre difícilmente en el aire, en el gesto y en la fisonomía de un hombre tranquilo, mucho menos se descubrirá en aquél a quien las convulsiones del dolor alteran”*²⁸

Cesare Bonesana, también conocido como el marqués de Beccaria, nos advirtió de esta realidad hace muchos años, y ejemplifica las ideas anteriores diciendo que *“...de manera, que puestos dos hombres igualmente inocentes, o igualmente reos, el robusto y esforzado será absuelto, y el flaco y tímido condenado en fuerza de este exacto raciocinio: "Yo, juez, debía encontraros reos de tal delito: tú, vigoroso, has sabido resistir al dolor, y por esto te absuelvo: tú, débil, has cedido, y por esto se condenó. Conozco que la confesión que te he arrancado entre la violencia de los tormentos no tendría fuerza alguna, pero yo te atormentaré de nuevo si no confirmas lo que has confesado.”*²⁹

De esta forma los detractores de la tortura intentan quitarle justificación atacando cada una de las ideas con las que le intentan dar legitimidad a la práctica. Ya demostrando que es muy poco probable garantizar su efectividad, y que las posibilidades de que se torture a un inocente son grandes, la teoría del mal menor comienza a desmoronarse a partir de su propia fundamentación. Los autores buscan demostrar que finalmente el mal menor se suele transformar de un momento a otro en un mal mayor, ya que la tortura nunca puede significar un bien para la sociedad.

Para quienes rechazan la tortura si, en el supuesto que gozara de un fundamento válido para su utilización en ciertos y determinados casos, se va a encontrar con

²⁸BONESANA, Cesar: *Tratado de los delitos y las penas*. Buenos Aires, Argentina. Heliasta. 1993. 187p.

²⁹BONESANA, Cesar: *Tratado de los delitos y las penas*. Buenos Aires, Argentina. Heliasta. 1993. 187p.

un obstáculo que de ninguna manera podrá sortear, la dignidad humana. Este concepto ha sido desarrollado a lo largo de la historia por diferentes autores; luego de la segunda guerra mundial, se refuerza el concepto para los países que ya lo tenían asimilado e incorporado en sus propios ordenamientos, y pasa a ser un pilar fundamental para los países en los que no era así. No hay mejor ejemplo que el de Alemania, cuya ley fundamental en su artículo 1 prescribe de manera breve pero categórica que "*la dignidad humana es inviolable.*"³⁰

En un primer alcance podemos decir que la dignidad del hombre consiste según Von Witrich "*en que el hombre, como ente ético-espiritual, puede por su propia naturaleza, consciente y libremente, auto determinarse, formarse y actuar sobre el mundo que le rodea*"³¹. Esta definición tiene como idea principal la libertad del ser humano, lo que sin lugar a dudas es la consecuencia directa de ostentar tal calidad. Sin embargo, creemos que esta definición no basta para comprender a cabalidad la dignidad humana y cómo repercute esto en el derecho a no ser torturado. Teniendo en consideración esto, nos parece más apropiado el enfoque dado por el autor alemán Emanuel Kant.

Tal como nos dice Michelini, Kant explica la dignidad humana haciendo la distinción entre dignidad y valor. Así las cosas, dignidad es "*un valor intrínseco de la persona moral, la cual no admite equivalentes.*"³² Al decir que no admite equivalentes, se refiere a que bajo ninguna circunstancia se le debe dar el carácter de "cosa" a la dignidad. Las cosas por su naturaleza son intercambiables, y por ende susceptibles de ser evaluadas, concluyendo al efecto que "*lo que puede ser*

³⁰HABERMAS, Jürgen: *La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. Faktizität und Geltung. Alemania. Traducido por Juan Luis Fuentes Osorio. 2010. 232p.

³¹VITERI CUSTODIO, Daniela: "La naturaleza jurídica de la dignidad humana". Doctorado. Perú. Universidad de Antioquia. 2012. 33p.

³² Revista anual de la unidad de Historiografía e Historias de las ideas. Fundación Icala. Mendoza. XII (1) 2010.

reemplazado y sustituido no posee dignidad, sino precio.”³³ Por lo tanto, el valor que se les asigna a las personas no está dado por un criterio monetario, o de utilidad, si no que deriva directamente de su autonomía y de su libertad de actuación; en otras palabras, la dignidad del hombre no es ponderable bajo ningún caso.

Aclarado lo anterior, resulta insostenible pensar siquiera en la posibilidad de que arbitrariamente se pueda afectar la dignidad del hombre, porque en palabras del mismo Kant, la dignidad además de distinguirnos de los animales, “*lo ennoblece ante todas las demás criaturas. Nuestra obligación con nosotros mismos es no negar la dignidad de la humanidad en nuestra propia persona.*”³⁴ No hacer caso a esta suerte de advertencia, llevaría a la terrible realidad de quien atenta contra la vida o integridad de otro, se desprenda automáticamente de su propia dignidad, y en consecuencia, renunciar de cierta forma a la categoría de persona, instrumentalizándose a sí mismo.

Esto no solo tiene repercusiones en este aspecto, ya que pensar de manera diferente iría totalmente en contra de la organización de la sociedad en sí y de cada ordenamiento jurídico. Todos bien sabemos que los estados democráticos se basan en la libertad y en la igualdad de las personas, y de alguna forma son el punto de partida de los estados modernos. Es tan simple para quienes comprenden la dignidad humana como lo hace Kant o el mismo Harbemas, que no hacerlo de esa manera sería desconocer que las personas desde que nacen son libres e iguales, por lo que por más que existan personas que no comulguen con esta idea, son de igual forma considerados personas, es el engranaje sin el cual la maquina definitivamente no funciona.

Así es de importante la dignidad humana, al punto que se debe entender como “*la fuente moral de la que se nutren los contenidos de todos los derechos*

³³Revista anual de la unidad de Historiografía e Historias de las ideas. Fundación Icala. Mendoza. XII (1) 2010

³⁴MICHILINI, Dorando. Fundación Icala. Mendoza. XII (1) 2010

*fundamentales,*³⁵ como lo dije anteriormente, todo el sistema se basa en el reconocimiento de derechos fundamentales, por lo que no respetar la dignidad, rompe toda la cadena que se deriva de esta sola idea.

Ya para finalizar y terminar de aterrizar estas ideas, podemos decir que la tortura se traduciría en otorgarle a la persona el carácter de cosa o de un mero instrumento, por lo que nada impediría poder disponer de ella, incluso de su vida. Para Kant, esta situación es equiparable a darle un trato “animal” a las personas, ya que en definitiva lo que nos separa y diferencia a nosotros de los animales es precisamente la “dignidad” de la que gozamos por el solo hecho de existir y ser moralmente autónomos.

Así, para Jürgen Habermas la dignidad humana es: *“un sismógrafo que muestra lo que es constitutivo para un ordenamiento jurídico democrático: en concreto los derechos que los ciudadanos de una comunidad política se deben dar para que se puedan respetar recíprocamente como miembros de una asociación voluntaria de libres e iguales. La garantía de estos derechos humanos genera el estatus de ciudadanos que, como sujetos con igualdad de derechos, tienen la pretensión de que se les respete en su dignidad humana.”*³⁶

Analizados los argumentos de carácter moral, tanto a favor como en contra de la aplicación de la tortura en casos de emergencia, pasaremos a analizar los principales argumentos a favor de la tortura que de una u otra forma tienen su sustento en instituciones jurídicas; simultáneamente se expondrán los contra argumentos para facilitar el entendimiento del lector.

³⁵HABERMAS, Jürgen: *La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos.* Faktizität und Geltung. Alemania. Traducido por Juan Luis Fuentes Osorio. 2010. 232p.

³⁶HABERMAS, Jürgen: *La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos.* Faktizität und Geltung. Alemania. Traducido por Juan Luis Fuentes Osorio. 2010. 232p.

³⁶

Capítulo 3: Argumentos jurídicos a favor y en contra de la tortura.

Dignidad humana

La dignidad humana es el derecho que tiene cada ser humano, de ser respetado y valorado como ser individual y social, con sus características y condiciones particulares, por el solo hecho de ser personas.

Este concepto toma gran relevancia a partir de la segunda guerra mundial, época en la cual la relación de los pueblos se basó en el respeto a la dignidad de todas las personas, es por esto que en el ámbito jurídico de la sociedad todo dicho concepto adquirió un valor jurídico supremo incorporándose al núcleo constitucional. Tal es la relevancia de la dignidad humana que se puede encontrar en diferentes constituciones tales como la de Portugal, España, Brasil, Colombia, Perú y Chile entre otras. Este tipo de constituciones tienen el carácter de garantistas y dignatarias vinculando dignidad y derechos fundamentales. Esta relación puede tener dos puntos de vista, una de equivalencia ontológica con carácter de innatos y otro con una vinculación causa efecto o sea la dignidad como fundamento de los derechos esenciales, así por ejemplo el sistema elaborado por la declaración universal de los derechos humanos relacionados con el binomio dignidad relacionado con los derechos humanos establece que la libertad la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de los todos los miembros de la familia humana, esto se ve ratificado por su artículo primero el cual dicta que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos de lo señalado con anterioridad se puede rescatar que los valores paz, justicia y libertad son impracticables sin el reconocimiento de los derechos esenciales del ser humano y la dignidad concluyendo que estos dos conceptos son de carácter innatos no encontrándose uno fundando en el otro.

Distinta es la relación y rol que formula la ley fundamental de la República Federal Alemana sobre la dignidad y derechos. Esta norma expresa en su artículo primero

“1. La dignidad del hombre es inviolable y su respeto y protección constituyen un deber de todas las autoridades del estado. 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”³⁷. En este caso se puede apreciar como uno se fundamenta en el otro siendo la dignidad más originaria respecto a los derechos fundamentales o sea su fundamento.

Sin dejar de lado la importancia de este nexo al interior de cada sistema resulta relevante precisar el significado o contenido que se le da a la dignidad humana en el ámbito jurídico.

Respecto del concepto de dignidad para la filosofía constituye una cualidad moral, radical o primaria. Para la tradición aristotélica por ejemplo deriva de la racionalidad humana, para la cristiana de la filiación divina y para la kantiana de la cualidad moral. En cuanto a significado etimológico dignidad es un abstracto del adjetivo valor y significa la materialización de este mismo, en donde el hombre es valor supremo, por tanto en el orden constitucional la dignidad humana sería el fundamento último de la comunidad , es entonces que se puede afirmar claramente la cualidad inherente del ser humano que lo hace disponer de un trato especial por sobre cualquier otra criatura no pudiendo utilizarse como medio para un fin determinado, ya que el hombre es un fin en sí mismo. En esta línea Antonio PerezLuño nos señala que la dignidad humana es un valor básico, principio legitimador de los valores esenciales, o sea es su fundamento y punto de referencia. Por otro lado, Peces Barba reconoce a la dignidad humana como la base de los valores, principios y derechos fundamentales, es en consideración a lo anterior que, si en todo ordenamiento jurídico en el cual se consigna a la dignidad como valor constitucional cualquier norma de menor jerarquía que importe el trato del ser humano como medio para un fin, cualquiera sea este es invalida por

³⁷ Ley fundamental de la República Federal Alemana. Deutscher Bundestag. Traducida por Dr. Ricardo García Macho. Universidad Jaime I. España. 2010

contravenir el fundamento esencial de lo que se denomina constitucionalismo humanista o dignatario.

Los argumentos son: concurrencia de la legítima defensa de terceros; estado de necesidad y la eventual utilización de un derecho penal del enemigo.

Legítima defensa

Por legítima defensa de terceros, nos remitimos a lo señalado en el código penal chileno, el cual prescribe en su artículo número 10, que se encontraran exentos de responsabilidad criminal N°6: “El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, (...)”³⁸. Como nos podemos imaginar, esta posibilidad de exención de responsabilidad se va a dar en escenarios como el tikingbomb, en donde “los terceros” van a ser todos aquellos a quienes la explosión de la bomba los puede afectar, ya en su integridad física como en su vida. Para Kai Ambos, la aplicación de la tortura para casos como la bomba de relojería, o el secuestro con alto riesgo de muerte del secuestrado, no puede ser descartada “simplemente por un recurso casi reflejo a la prohibición internacional o constitucional de la tortura.”³⁹ Tampoco hay que olvidar que el estado tiene el deber de resguardar la seguridad, por lo que al no torturar, habría un daño a las víctimas por omisión. Surge aquí nuevamente la necesidad irremediable de hacer una ponderación entre la dignidad humana de las víctimas y la del terrorista. Dadas las circunstancias, no se puede menos que cuestionar el carácter absoluto de la dignidad humana; se pregunta: “¿Cómo podría algo que está prohibido (la tortura y la violación de la dignidad humana) ser al mismo tiempo requerido?”⁴⁰ Ambos, Le da un carácter especial el término “requerido”, ya que la posible aceptación de la tortura de igual forma va a estar determinada por la normativa interna de cada país, de esta manera en el ordenamiento alemán por ejemplo, como presupuesto de la legítima defensa de terceros encontramos que el acto que abre la posibilidad

³⁸ Código Penal Chileno, artículo 10 N°6.

³⁹ AMBOS, Kai. Terrorismo, tortura y derecho penal: Respuesta a situaciones de emergencia. Barcelona, España. Atelier. 2009.138p

⁴⁰ AMBOS, Kai. Terrorismo, tortura y derecho penal: Respuesta a situaciones de emergencia. Barcelona, España. Atelier. 2009.138p.

a la eximición de responsabilidad sea “requerido”, dando a la vez un carácter excepcionalísimo en su aplicación.

En definitiva, dejando de lado todos los casos que no constituyan un verdadero peligro o amenaza a la seguridad nacional, será posible emplear medios de tortura cuando la redacción de la eximente a si lo permita; sin embargo, como requisito sine qua non, solo deberá emplearse cuando sea indispensable y estrictamente necesario para el resguardo de la población.

Otro argumento que se suele utilizar en la aplicación de la tortura, como fundamento a la legítima defensa de terceros, consiste en hacer una comparación de los bienes jurídicos que gozan de la más alta protección a nivel internacional, la vida y la integridad física. La legítima defensa, ya sea propia como de terceros, permite (siempre que se den los requisitos), utilizar los medios necesarios para repeler la agresión, inclusive quedará exento de responsabilidad penal quien producto de la defensa de muerte a otro. Se preguntan, ¿Por qué se entiende que la dignidad de la persona tiene más relevancia que la propia vida? No hay motivo alguno para sostener esto, por lo que concluyen los defensores de esta postura que *“si matar puede estar justificado mediante la legítima defensa, también puede estarlo torturar.”*⁴¹

Torre va más allá, y señala que *“el ordenamiento es incoherente, ya que trata dos cosas similares de manera distinta, o por lo menos prevé en un caso una respuesta y en el otro caso no nos da alguna solución. La laguna se tiene que rellenar, y esto se puede hacer desde el juez.”*⁴²

En contra posición al uso de la tortura en legítima defensa de terceros, se ataca a partir de la misma institución de la legítima defensa. Así, como presupuesto a la posibilidad de defensa, hay consenso en que esta debe ser inmediata o coetánea a la agresión. Esto quiere decir que luego de ataque, la reacción para evitarlo

⁴¹LLOBET ANGLÍ, Mariona: “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, *revista española de derecho*: 2010

⁴²LA TORRE, Massimo: “Amistades peligrosas. Tortura y derecho”. Universidad Carlos III. Madrid, España. 2012. 38p.

debe ser inmediata, es un supuesto de existencia para que se origine una legítima defensa. En el caso de la bomba de tiempo claramente no se cumple con este supuesto, ya que la tortura se va a efectuar en un momento posterior a la colocación de la bomba. De esta forma ni siquiera sería dable hablar de la concurrencia de una legítima defensa, ni propia ni de terceros.

Además, se esgrime como argumento que el acto de repeler el ataque debe ser proporcional al mismo. Lo que se produce con la tortura es todo lo contrario a proporcional, es en definitiva inhumano. Así lo entiende Francisco Varela, quien considera que la tortura *“inflige al martirizado suplicio corporal para obtener por la fuerza una declaración, por lo tanto, no se contenta con la defensa corporal, sino que convierte el cuerpo y el alma del afectado en objeto sin voluntad de una acción coactiva.”*⁴³ De esta forma existiría una total extralimitación en la acción destinada a repeler el ataque, por lo que termina diciendo que la tortura sería más bien *“la infracción contra la dignidad del individuo que va más allá de una mera protección frente al ataque y que justifica la prohibición categórica del sufrimiento.”*⁴⁴

Estado de necesidad

Relacionado con el tema anterior, vamos a encontrar argumentos que avalan la tortura cuando concurren los requisitos del estado de necesidad. En virtud del artículo 11 del código penal “El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. 3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita. 4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello

⁴³VARELA RAMIREZ, Francisco: “La tortura como presupuesto para la violación de derechos humanos” (Tesis Doctoral) Salamanca, España. Universidad de Salamanca. 2009. 434p.

⁴⁴VARELA RAMIREZ, Francisco: “La tortura como presupuesto para la violación de derechos humanos” (Tesis Doctoral) Salamanca, España. Universidad de Salamanca. 2009. 434p

estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.”⁴⁵ Si analizamos los requisitos de validez de esta justificante, y dejamos de lado la prohibición legal, constitucional e internacional a la aplicación de la tortura, en un caso de verdadera emergencia como lo es el tickingbomb se dan todos los presupuestos para el uso de la tortura. Así, siendo el peligro inminente (habiendo certeza de que la bomba va a explotar), no habiendo un medio menos gravoso para evitarlo (suponiendo que no lo hay), y a partir de un criterio utilitario, se entienda que la vida de muchos, vale más que la integridad de solo un sujeto, perfectamente se podría proceder a la tortura con el fin de lograr “que la bomba no estalle”. Incluso si faltara el primer requisito, referido a la inminencia del peligro, de todas maneras se debe proceder a la tortura del terrorista, ya que “lo que importa no es la inminencia, sino la “necesidad”⁴⁶ este es el verdadero móvil o fundamento para utilizar métodos de tortura, más allá de darse o no los requisitos, lo único realmente trascendental, es salvar a los inocentes de un ataque terrorista.

El mismo argumento dado en el caso de la legítima defensa de terceros se utiliza para validar la tortura en caso de un estado de necesidad, en palabras de La Torre: “el asesinato por razones de estado de necesidad –se dice– está permitido; lo mismo vale en el caso de defensa legítima. Mientras que parece que la tortura no sea lícita en estos mismos casos.”⁴⁷ Pareciera ser injusta esta diferenciación hecha por el legislador si pensamos que la vida es igual o incluso más “valiosa” o merecedora de protección que la integridad de la persona. Esto no corresponde, dice el profesor italiano, a otra cosa que una laguna de valoración.

Ahora bien, las principales razones para desechar la tortura en un estado de necesidad dicen relación con la generalidad de este como causal de justificación; y segundo, que el argumento del “mal menor” utilizado por quienes apoyan la tortura se transforma sin más en un “mal mayor”. Así también lo propone Molina Fernández, quien los plantea de la siguiente manera: “No cabe justificar la tortura

⁴⁵Código Penal Chileno, artículo 11.

⁴⁶⁴⁶ LA TORRE, Massimo: “Amistades peligrosas. Tortura y derecho”. Universidad Carlos III. Madrid, España. 2012. 38p

⁴⁷⁴⁷ LA TORRE, Massimo: “Amistades peligrosas. Tortura y derecho”. Universidad Carlos III. Madrid, España. 2012. 38p.

porque, primero, falta base material para la justificación: pese a las apariencias, provoca mayores males de los que trata de evitar (argumento material); segundo, la cuestión ya está resuelta en una regla específica que concreta para este caso la ponderación y con ellos cierra el camino a una invocación en otro sentido de la regla general presente en el estado de necesidad (argumento de legalidad)”⁴⁸. Para este autor, el mal menor se convertirá en un mal mayor, ya que una por una sola vez que se permita la tortura, da paso a que se vuelva una práctica frecuente. A juicio de Mariona Llobet “Una vez la caja de Pandora ha sido abierta, ¿podría torturarse al insolidario –que no ha colocado la bomba pero, por casualidad, conoce su ubicación- para salvar la vida de miles de personas?” es un riesgo que cualquier estado de derecho serio no puede arriesgarse a correr, simplemente porque incurrir en estas prácticas significaría ir en contra de los propios ideales en que este se sustenta; una democracia será tal, siempre que funcione conforme al reconociendo, protección y garantía de los derechos fundamentales. Por esto y para evitar cualquier errónea interpretación, es que existen las prohibiciones absolutas de justificación, consagradas a nivel internacional en la convención contra la tortura”⁴⁹, se sustenta así el segundo argumento propuesto por Fernando Molina.

Derecho penal del enemigo

Ya analizada la situación de la concurrencia de la legítima defensa de terceros y el estado de necesidad en la aplicación de la tortura, cabe preguntarse ¿Por qué se podría considerar la utilización de derecho penal de enemigo como un argumento a favor de la tortura? Debido a que la aplicación de este modelo punitivo permite dilucidar la forma en que se debe tratar a los criminales que atentan en contra la seguridad nacional y el bien de la comunidad toda. Mediante

⁴⁸ MOLINA FERNANDEZ, Fernando. “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema ¿es justificable o no? Madrid, España. 2006. 265-284p.

⁴⁹ACNUDH [En línea]: Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, artículo 2. [fecha de consulta:21 mayo 2017] Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>

su fundamentación, busca demostrar que la aplicación de coacciones físicas y psicológicas pueden ser una herramienta útil para contrarrestar el terrorismo. Por medio de este sistema se le intenta otorgar validez a la aplicación de coacciones.

El derecho penal de enemigo nace principalmente con el objetivo de combatir con los delitos de carácter económico, y el narcotráfico, sin embargo, a raíz del considerable aumento de ataques terroristas, varios autores han considerado aplicar esta teoría a los enemigos de la sociedad. Como un primer acercamiento, podemos decir que el derecho penal del enemigo es: “el conjunto de normas penales sui géneris aplicables para un tipo de delincuente.”⁵⁰ Esta idea de tratar al delincuente como enemigo, ha sido expuesta por aquellos que conciben al estado producto de un contrato; así Jean Jacques Rousseau nos dice que “al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano”⁵¹; en esta línea, para quien incumple el contrato social, no queda más que tratarlo como “enemigo” de la sociedad; incluso, para los más radicales como Fichte “quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos.”⁵²

No obstante, lo dicho anteriormente, el derecho penal de enemigo no consiste en quitar a una persona su calidad de ciudadano así nada más, sino que supone que un ordenamiento jurídico “debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su status como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro, el

⁵⁰ESPINOSA TORRES, María: “Derecho penal del enemigo” [en línea]: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/11/espিনosa11.pdf>. [fecha de consulta: 13 de abril del 2017]

⁵¹JACKOBS, Günther; CANCIO MELÍA, Manuel: Derecho Penal del enemigo. Madrid, España. Thompson. Primera Edición. 2003. 152p.

⁵²JACKOBS, Günther; CANCIO MELÍA, Manuel: Derecho Penal del enemigo. Madrid, España. Thompson. Primera Edición. 2003. 152p.

delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, (...).”⁵³ Sin perjuicio de esto, es necesario hacer una aclaración, ya que lo dicho precedentemente, será aplicable al ciudadano, y por este debemos entender que es aquel que forma parte de la sociedad compartiendo en armonía y respetando las normas que mutuamente se han impuesto; incluso queda comprendido dentro de este concepto como “delincuente ciudadano”, aquel que ha transgredido la legislación interna ya sea hurtando robando o estafando; pero no aquel que es causante de peligros, o “aquellos individuos que se niegan a entrar en una constitución ciudadana,”⁵⁴ como es el caso del terrorista quien “rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden,”⁵⁵ lo que faculta a simplemente no considerarlo persona. Aquellos que defienden esta postura, lanzan una suerte de advertencia señalando que quien “incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos «guerra y «proceso penal.”⁵⁶

Para el profesor alemán, este doble sistema punitivo acarrea también un diferente tratamiento; por un lado, el llamado derecho penal del ciudadano se basa en castigar conductas que ya se han exteriorizado, es decir, se ha dado cumplimiento al tipo penal. En cambio, para el derecho penal del enemigo, "lo componen aquellos tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que solo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros. Estos tipos penales se apartan de la pretensión del Derecho penal de la “normalidad”, puesto que al faltar la lesión al bien jurídico, la punibilidad encuentra fundamento en la sola peligrosidad del autor manifestada en una acción dirigida a la realización de un hecho futuro”⁵⁷.

⁵³JACKOBS, Günther; CANCIO MELÍA, Manuel: Derecho Penal del enemigo. Madrid, España. Thompson. Primera Edición. 2003. 152p.

⁵⁴ RIOS ALVAREZ, Rodrigo: Derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores. Santiago de Chile, Chile. 2012. 40p.

⁵⁵JACKOBS, Günther; CANCIO MELÍA, Manuel: Derecho Penal del enemigo. Madrid, España. Thompson. Primera Edición. 2003. 152p.

⁵⁶JACKOBS, Günther; CANCIO MELÍA, Manuel: Derecho Penal del enemigo. Madrid, España. Thompson. Primera Edición. 2003. 152p.

⁵⁷ VIQUEZ, Karolina. Derecho penal del enemigo, ¿una quimera dogmática o un modelo orientado hacia el futuro. Revista de Política criminal de la Universidad de Hamburgo. Hamburgo. (3) 2007.

De esta manera, podemos sintetizar todo lo expuesto con un concepto que entrega Rodrigo Ríos, quien entiende que se trata de una “manifestación del Derecho que se caracteriza por una rebaja de las barreras de afectación de las garantías fundamentales, un adelantamiento de las barreras de punibilidad, y un marcado rigor punitivo (...),”⁵⁸ y que además “responde a un modelo funcional en el cual el valor prioritario es la estabilidad del sistema”⁵⁹.

Los críticos de esta doctrina esgrimen como argumentos principalmente la dignidad del ser humano como tope a cualquier vulneración de derechos fundamentales; ergo, existen diferencias irreconciliables entre los fundamentos de la teoría del derecho penal del enemigo, con su manera de concebir un estado democrático reconocedor y garantizador de la debida protección a los derechos básicos de todo ser humano. De esta forma, volviendo a esbozar el tema de la dignidad humana. Según Ronald Dworkin, los derechos fundamentales en general tienen su fundamento en dos principios de la propia dignidad humana, a saber: “el del valor intrínseco de la vida humana y el de la responsabilidad personal en la realización de dicho valor en la propia vida”⁶⁰. A su vez, “estos dos principios se concretan en un derecho humano fundamental: el derecho a ser tratado según una cierta actitud; una actitud que expresa el entendimiento de que cada persona es un ser humano cuya dignidad importa”⁶¹. Concluye el autor que la aceptación de estos principios se traduce en limitantes a los actos de los gobiernos y que por ende la “legitimidad de aquellas depende directamente del respeto de dichos

⁵⁸RIOS ALVAREZ, Rodrigo: Derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores. Santiago de Chile, Chile. 2012. 40p.

⁵⁹ ESPINOSA TORRES, María. Derecho penal del enemigo. [en línea]: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/11/espিনosa11.pdf>

⁶⁰ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Los desvaríos de la doctrina del mal menor. Revista de Derecho Universidad de Caldas. II (2) 2005.

⁶¹ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Los desvaríos de la doctrina del mal menor. Revista de Derecho Universidad de Caldas. II (2) 2005.

principios”⁶². Por lo tanto, se deduce que ningún gobierno o grupo de personas puede actuar, cualquiera sea la circunstancia, con infracción u ocasionando algún daño a la dignidad de las personas, cualquiera sea su calidad (ciudadano o criminal).

Ahora, como contra argumentación directa a los presupuestos del derecho penal del enemigo, encontramos la grave vulneración a principios básicos, consagrados tanto en la constitución, código penal, y tratados internacionales; estamos hablando del principio de inocencia. Así, a nivel internacional, la convención americana sobre derechos humanos establece que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”⁶³. Además de esta importante garantía, se establecen otras como el derecho de toda persona a ser oída, derecho a un juicio público, etc.

De dudosa constitucionalidad, es el hecho de sancionar, como bien se dijo en los párrafos anteriores, por medio de tipos penales que anticipan la punibilidad. Así también lo reconoce Manuel Cancio Meliá quien piensa que el derecho penal del enemigo se aleja de un sistema jurídico-penal típico, “negándosele al infractor la capacidad de cuestionar los fundamentos que amenaza, dejando fuera de su alcance la posibilidad de autoexclusión en cuanto “enemigo” por ser su cualidad de persona una atribución del Estado;”⁶⁴ esto atenta no solo contra el principio de inocencia, sino que también con el debido proceso y una serie de otras garantías. Siguiendo esta idea, advertimos de lo perjudicial que sería para cualquier estado de derecho aceptar el derecho penal del enemigo como un sistema punitivo oficial, ya que primero lleva más allá el carácter de ultima ratio que posee esta rama del derecho; y en segundo lugar “se está abriendo una puerta por la que puede colarse sin darnos cuenta un derecho penal de cuño autoritario, un derecho penal

⁶²ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Los desvaríos de la doctrina del mal menor. Revista de Derecho Universidad de Caldas. II (2) 2005.

⁶³ESCIPO. Convención americana sobre derechos humanos. Pacto de San José. 1969. Artículo 8.

⁶⁴RIOS ALVAREZ, Rodrigo: Derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores. Santiago de Chile, Chile. 2012. 40p.

del y para el enemigo, tan incompatible con el estado de derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras.”⁶⁵ En efecto, de igual manera que en la aprobación de la tortura, se está abriendo una puerta que luego de abierta no hay manera de cerrar.

Habiéndose expuesto de manera clara y sistematizada los argumentos morales y jurídicos de mayor trascendencia en el debate en la utilización o la prohibición de la tortura cuando se encuentra en peligro la seguridad nacional, se pone término a este trabajo.

⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el derecho penal del enemigo. Revista Penal. 123-137. 2000.

Conclusión.

¿Es posible el uso o aplicación de la tortura como medio para salvaguardar la seguridad nacional cuando esta se encuentra en evidente y efectivo peligro? Si hay algo que no cabe duda, es que se trata de una pregunta para nada sencilla de contestar. Habiendo analizado los argumentos más relevantes respecto al tema, tanto de orden jurídico como moral, nos atrevemos a señalar que la respuesta a esta pregunta no va ser simplemente sí o no, o dicho de otro modo blanco o negro, sino que se trata de una respuesta cuya contestación encuentra una tonalidad gris, vale decir un punto equidistante entre la afirmación y la negativa de la respuesta a la pregunta antes mencionada. Esto es debido a que el punto de partida de dicha respuesta es el hecho de dejar en claro que si bien existen varios argumentos a favor de la aplicación de la tortura, son muchos también los que se rechazan por consiguiente está queda restringida a situaciones totalmente excepcionálísimas.

Son diversos los argumentos que se puede plantear para contestar la pregunta principal acercándose más a la afirmación que a la negación de esta. Es así como podemos rescatar por este plano más afirmativo el argumento del mal menor propuesto principalmente por Ignatieff, de esta manera nos parece un tanto lógico su planteamiento, siempre que en primer lugar, se apliquen coacciones en los casos en que existe absoluta certeza de que producto de un acto terrorista, se puede afectar la seguridad nacional, y en definitiva, la vida de millones de personas; segundo, debe cumplir con el requisito de ser “requerido”, y con esto quiero decir a que realmente sea el último medio posible para evitar que el peligro se produzca; tercero, debemos tener un cuidado providencial en su aplicación, y por ende, de no tergiversarlo. Con esto me refiero específicamente a la proposición de algunos autores en utilizar métodos de tortura contra inocentes que pudiesen tener al vínculo con el terrorista. Esto porque al hacer el ejercicio de la ponderación de bienes jurídicos, la vida o la integridad física de un inocente no

entra en la balanza. Ergo, solo podría utilizarse la tortura en contra de quien efectivamente está poniendo en jaque la seguridad nacional.

Por otro lado, ya se ha dicho que la utilización de métodos de tortura hace que automáticamente desaparezca el estado de derecho. Esto, por el solo hecho de que supone un ataque a los ideales que fundamentan su existencia. De mejor manera lo explica Michael Ignatieff, quien dice que “no se puede tener una democracia sin derechos y los derechos no podrán estar seguros a menos que se cuente con una democracia”⁶⁶. Sin embargo, no se queda ahí y prosigue, “pero en emergencias terroristas, la relación entre ellas se rompe. Lo que hace que la seguridad aparentemente prevalezca sobre la libertad en emergencias terroristas es la idea, indudablemente cierta, de que la libertad de la mayoría depende completamente de su seguridad”⁶⁷. Por lo tanto no hacer uso o aplicación de la tortura al terrorista, supondría de igual manera un ataque al estado democrático de derechos, el cual sería incapaz asegurar la libertad de la comunidad toda. Y siguiendo con este análisis concluye “Un pueblo que vive atemorizado no es libre”⁶⁸.

Es un hecho que la vida como bien jurídico supremo merece igual o mayor protección que la integridad de la persona, por ende, permitir que una persona que se encontrare en una situación en que concurren los presupuestos del estado de necesidad o de una legítima defensa de terceros, mate a otra, para luego prohibir la afectación de la integridad de un terrorista para salvar y proteger la vida, es contradictorio sino ilógico.

⁶⁶IGNATIEFF, Michael. “La democracia y el mal menor”, *TheLesserEvil. PoliticalEthics in anAge of Terror* (trad. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, U.S.A, Princeton universitypress). 2004. 224.

⁶⁷IGNATIEFF, Michael. “La democracia y el mal menor”, *TheLesserEvil. PoliticalEthics in anAge of Terror* (trad. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, U.S.A, Princeton universitypress). 2004. 224.

⁶⁸IGNATIEFF, Michael. “La democracia y el mal menor”, *TheLesserEvil. PoliticalEthics in anAge of Terror* (trad. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, U.S.A, Princeton universitypress). 2004. 224.

En otro plano, del todo muy importante, la dignidad humana, si bien es un argumento sólido, del cual difícilmente se pueden encontrar falencias, y seguramente no las tiene, ya que esta misma, luego de la segunda guerra mundial, tomo una gran relevancia, elevándose como un valor jurídico supremo, incorporándose en gran parte de los sistemas jurídicos, específicamente en su constitución, dando lugar a Estados Constitucionales Garantistas y Dignatarios, que vinculan esta dignidad con los derechos fundamentales, dándole aún más fuerza a esta y por si fuera poco quienes abogan por ella plantean de cierta manera concluyente que, el incluir esta en un ordenamiento jurídico, como un valor constitucional, cualquier norma que ostente menor jerarquía, que transgreda la dignidad del ser humano, dicho de otro modo, que disponga a este como un medio para un fin, cualquiera sea, seria de carácter nulo o más bien invalido por contravenir la esencia del constitucionalismo dignatario, pero a pesar de todo aquello cabe preguntarse ¿no se afecta la dignidad de las posibles víctimas de un ataque terrorista? El sufrimiento de personas inocentes vs la integridad del terrorista culpable, eso es lo que se debe ponderar y poner en la balanza. Más allá de la prohibición a la utilización de la tortura, tanto de la normativa nacional como internacional, es necesario discutir el tema en cuanto a su fundamentación y a la verdadera noción de justicia, la cual muchas veces se ve mermada. Atingente al caso es la frase de Monstquieu, en cuanto a su noción ley y justicia, a saber: “Una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa.”

Otro argumento a seguir es el de la aplicación de un derecho penal de enemigo, siempre que se restrinja lo suficiente para solo ser usado en casos de extrema urgencia, configuraría un mecanismo apto para combatir el terrorismo, otorgando certeza y evitando (o pudiendo evitar) diferentes interpretaciones o lagunas legales que den cabida a los estados a realizar torturas injustificadas con el solo fin de venganza, como se sucede en Guantánamo.

Tomando todos estos argumentos en consideración y entendiendo el hecho de aplicar estos recursos contra el terrorismo cuando se encuentra en peligro o amenazada la seguridad nacional del estado y por tanto la sus habitantes, en

determinados y ciertos casos, es que se podría plantear a modo de proponer como una futura reforma o modificación en torno a la legislación de este tema, un especie de mecanismo de acción para el uso restringido y definido de estos procedimientos. Respecto a este mecanismo el modelo a esbozar sería el de poder insertarlo en la Constitución Política de la República Chilena, como una clausula semejante a la señalada sobre la pena de muerte en esta misma, con esto quiero decir, que solo se podría establecer por un delito contemplado en una ley aprobada con quórum calificado. Con este quórum de la mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio, por ende un procedimiento más agravado de aprobación que cualquier otra ley, quiero plasmar el hecho de que para lograr la apertura de estos mecanismos de combate contra el terrorismo, debe existir una formula muy delicada y complicada de emplear, ya que como se señala en todo lo mencionado en este trabajo estos mecanismos se encuentra en evidente tensión o incompatibilidad con los derechos fundamentales y mas singularmente, con la dignidad humana, que para algunos es incluso el fundamento de todos los valores, principios y derechos fundamentales.

Bibliografía.

AMBOS, Kai. Terrorismo, tortura y derecho penal: Respuesta a situaciones de emergencia. Barcelona, España. Atelier. 2009.138p.

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Derechos humanos como limite a la democracia: análisis de la ley de justicia y paz. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2008.

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Los desvaríos de la doctrina del mal menor. Revista de Derecho Universidad de Caldas, II (2): 11-20, 2005.

BONESANA, Cesar: Tratado de los delitos y las penas. Buenos Aires, Argentina: Heliasta. 1993. 187p.

CASTRO FÍRVIDA, José: ¿Es la tortura aceptable en la lucha contra el terrorismo? Revista de derecho, 22(2):67, 2013.

CEA EGAÑA, José: Derecho Constitucional Chileno. 2ª.ed. Santiago: ediciones Universidad Católica, 2012. 58p.

CÓDIGO PENAL Chileno, artículos 10-11-150 A y 150 B, 12 de noviembre de 1874. Santiago: Thomson Reuters. [Fecha de consulta: 13 de abril del 2017]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>

CONSTITUCIÓN POLÍTICA de la República, artículos 1 y 19, de 1980. Santiago: Thomson Reuters. [Fecha de consulta: 13 de abril del 2017]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

CONVENCIÓN AMERICANA sobre Derechos Humanos, artículos 8 - 27, del 22 de noviembre de 1969. Santiago: Indh. [Fecha de consulta: 13 de abril del 2017].

Disponible en:

http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/894/Convenci%C3%B3n_american.pdf?sequence=4

CONVENCIÓN contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, artículo 1, del año 1984. Santiago: Indh. [Fecha de consulta: 13 de abril del 2017]. Disponible en:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>

ESPINOSA TORRES, María. Derecho penal del enemigo [en línea]: [Fecha de consulta: 13 de abril del 2017]. Disponible en:

<http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/11/espino11.pdf>.]

FERNANDEZ SANCHEZ, Francisco: [en línea]: Principio o argumento del mal menor. [Fecha de consulta: 04 de junio 2017]. Disponible en:

<http://www.staffcatholic.net/archivos/lexicon/principiodelmalenor.pdf>

HABERMAS, Jürgen. La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. Alemania: Faktizität und Geltung, 2010. 232 p.

HUERTAS DIAZ, Omar; BARAHONA BATANCOURT, Ricardo. La vulneración del derecho a la integridad personal: el peor flagelo que puede sufrir el ser humano. Revista de derecho constitucional, (6): 155-186, 2007.

IGNATIEFF, Michael. La democracia y el mal menor. The Lesser Evil. Political Ethics in an Age of Terror (trad. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, U.S.A, Princeton university press). Santiago: Anuario Derechos Humanos, 2004. 224.

JACKOBS, Günther; CANCIO MELÍA, Manuel: Derecho Penal del enemigo. Madrid, España: Thompson, 2003. 152 p.

KAISER, Vanessa: Georg Kateb. Dignidad humana. Revista de ciencias políticas de la Universidad Católica de Chile, 32(1): 315-317, 2012.

LA TORRE, Massimo. Amistades peligrosas. Tortura y derecho. Madrid, España: Universidad Carlos III, 2012. 38 p.

LOPERA MESA, Gloria. Los derechos fundamentales como mandatos de optimización, principio de proporcionalidad y ley penal, bases para un modelo de constitucional de leyes penales..Medellin: Universidad Eafit, 2004.

LEY FUNDAMENTAL de la República Federal Alemana. Deutscher Bundestag. Traducida por Dr. Ricardo García Macho.España: Universidad Jaime I., 2010

LLOBET ANGLÍ, Mariona. ¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?, Revista española de derecho, (7):4-37, 2010.

MICHILINI, Dorando. Fundación Icala. Mendoza. XII (1), 2010

MOLINA FERNANDEZ, Fernando. La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema ¿es justificable o no? Madrid, España: Tirant lo Blanch, 2006. 284p.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el derecho penal del enemigo. Revista Penal, (4):123-137. 2000.

RIOS ALVAREZ, Rodrigo. Derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores. Santiago de Chile, Chile: Universidad de Chile, 2012. 40 p.

STUART MILL, John. El utilitarismo. Madrid, España. Alianza, 1983. 387 p.

TORTORA ARAVENA, Hugo. [en línea]: Las limitaciones a los derechos fundamentales revista de derecho (universidad Andrés Bello Viña del Mar) 8(2), 2010.[Fecha de consulta: 20 de abril 2017]. Disponible en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002010000200007&script=sci_arttext

VARELA RAMIREZ, Francisco: La tortura como presupuesto para la violación de derechos humanos (Tesis Doctoral). Salamanca, España. Universidad de Salamanca, 2009. 434 p.

VIQUEZ, Karolina. Derecho penal del enemigo, ¿una quimera dogmática o un modelo orientado hacia el futuro. Revista de Política criminal de la Universidad de Hamburgo. Hamburgo, (3), 2007.

VITERI CUSTODIO, Daniela: La naturaleza jurídica de la dignidad humana. Doctorado. Perú: Universidad de Antioquia, 2012. 33 p.