

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

MARÍA TERESA DE GISPERT PASTOR

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de Publicaciones

TERRORISMO, TORTURA Y DERECHO PENAL

Respuestas en situaciones de emergencia

Kai Ambos

Catedrático de Derecho penal, Derecho procesal penal,
Derecho comparado y Derecho penal internacional,
Universidad de Göttingen;
Director del Departamento de Derecho penal extranjero
e internacional;
Juez del Tribunal estatal (*Landgericht* Göttingen)

 **Atelier**
LIBROS JURÍDICOS

XIV^a/Völ/Cri, 160

Colección: Justicia Penal

Director: Ricardo Robles Planas
Profesor de Derecho Penal
Universitat Pompeu Fabra

*Para las víctimas
del terrorismo y de la tortura.*

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducire, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2009 Kai Ambos

© 2009 Atelier

Via Laietana, 12. 08003 Barcelona

Tel. 93 295 45 60

www.atelierlibros.es

editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

I.S.B.N.: 978-84-92788-03-3

Depósito legal: Z-3714-2009

Fotocomposición: Grafime. Mallorca, 1. 08014 Barcelona

Impresión: INO Reproducciones, S.A.

SUMARIO

ABREVIATURAS	11
Presentación.	17
PRIMERA PARTE. ¿PUEDE UN ESTADO TORTURAR SOSPECHOSOS PARA SALVAR LA VIDA DE INOCENTES?	19
Resumen	19
I. El caso alemán (Daschner) y los casos israelíes de la bomba de tiempo	21
II. Aclaraciones necesarias relativas al estatus y a la racionalidad de la prohibición internacional de la tortura	26
III. El «caso modelo» como un caso de prueba para la razonabilidad de la prohibición absoluta de la tortura	35
IV. Posibles causas de exclusión de la responsabilidad penal del investigador que tortura	38
1. Legítima defensa	39
2. Necesidad	51
3. El argumento en favor de la exculpación	62
V. ¿Efecto anticipado en la Tortura Preventiva?	64

SEGUNDA PARTE. EL USO «TRANSNACIONAL» DE PRUEBA OBTENIDA POR MEDIO DE TORTURA	67
Resumen	68
Introducción.	69
A. El punto de partida teórico	71
B. El uso supranacional de prueba obtenida por tortura	76
I. TPIY/TPIR.	76
1. ¿Es la tortura un método que arroje dudas sustanciales sobre la fiabilidad de dicha prueba?	79
2. ¿La admisión de prueba obtenida por medio de tortura sería antitética y dañaría gravemente la integridad del proceso?	80
II. La Corte Penal Internacional	88
III. Primera conclusión intermedia con respecto al uso supranacional de prueba obtenida por medio de tortura	91
C. El uso transnacional de prueba obtenida mediante tortura	92
I. El uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura a la luz del derecho internacional	95
1. Art. 15 CT-ONU	95
2. El art. 6 (1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.	101
II. El uso transnacional de prueba obtenida por tortura a la luz de la tradición de <i>civil law</i> alemana y de <i>common law</i> inglesa	107
III. Segunda conclusión intermedia con respecto a la prueba transnacional obtenida por medio de tortura	116
D. La carga y el estándar de prueba	117
Conclusión final: Contra la admisión de prueba transnacional obtenida por medio de tortura	122
BIBLIOGRAFÍA	125

ABREVIATURAS

§, §§	Parágrafo, párrafos
Abs.	Absatz (apartado)
Am. J. Int'l. L.	American Journal of international Law (Revista Estados Unidos)
art., arts	artículo, artículos
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
BGBI	Bundesgesetzblatt (Boletín Oficial Federal alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Straf- sachen (Decisiones en materia penal del Tribunal Supremo Federal alemán)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)
BverfGE	Bundesverfassungsgericht Entscheidung (Decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán)
BvR	Bundesverfassungsrichter, Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht (expediente queja constitucional)
CADH	Convención Americana Sobre Derechos Humanos
Cap.	Capítulo

CCT	Comité Contra la Tortura
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
Cf., cfr.	Confróntese, compárese, véase
cit.	Citado
conc.	concordar
coord./coords.	Coordinador, coordinadores
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional
Cr.App.R.	Criminal Appeal Reports
crít.	crítico, críticamente
CT-ONU	Convención de la Tortura
DDHH	Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DJT	Deutscher Juristentag
DPI	Derecho Penal Internacional
Dr.	Doctor
ECHR	European Convention on Human Rights (CEDH)
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma
Ed.	Edición, Editor, Editorial
Ed./Eds.	Editor/es
EE.UU.	Estados Unidos de América
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (TEDDHH)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (CEDDHH)
et seq.	y siguientes
et. al.	et altera (latín: y otros)
etc.	etcétera
EU	Europäische Union (Unión Europea)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (Revista Alemania)
Eur. Ct. H.R.	European Court of <i>Human Rights</i>
Eur. J. of Int'l L.	European Journal of International Law, International Law
EWCA	England and Wales Court of Appeal
ff.	Folgende (siguientes)

FS	Festschrift (libro homenaje)
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (Revista Alemania)
GSS	The General Security Service (Servicio de Seguridad Nacional Israelí)
Hrsg.	Herausgeber (editor)
HTA	Hostile Terrorist Activity (Actividad Hostil Terrorista)
HU	Hebrew University
i.e.	id est (latín: esto es)
ibid.	ibídem (latín: en el mismo lugar)
ICC	International Criminal Court
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda (Tribunal Penal Internacional para Ruanda; citado también por TICTR)
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia; citado también por TICY)
IHR	International Human Rights
infra	más abajo
J. Int'l Crim. Just	Journal of International Criminal Justice
JA	Juristische Arbeitsblätter
JICJ	Journal of International Criminal Justice (Revista internacional)
JZ	Juristenzeitung (Revista Alemania)
LG	Landgericht (Tribunal del Land -Estado-)
LJIL, Leid. Journ.	Leiden Journal of International Law (Revista internacional)
Int'l. L., Leiden J.	
Int. L.	
LPI	
LR	Löwe Rosenberg (Comentario StPO Alemania)
mn.	Marginal
MPC	Model Penal Code (Código Penal Modelo)
n.	Nota
N.T., n. del tr.	nota del traductor
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Revista Alemania)

nm.,no., Nr., Nro., núm.	número/s marginal/es
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Revista Alemania)
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs- Report (Revista Alemania)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Land)
ONU	Organización de las Naciones Unidas (citado también como UN)
ONU-CCT	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes
OPP	Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO)
orig.	original
OUP	Oxford University Press
P., pp., pág.	página/s
PACE	Police and Criminal Evidence Act
PACG	Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra
par.para. párr.pars.	parágrafo/s
passim	aquí y allá, en varias partes
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Prof.	Profesor
RPP	Rules of Procedure and Evidence (Reglas de Procedimiento y Prueba)
RPP-CPI	Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional
RPP-TPIY	Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
S., ss.	siguiente, siguientes
seq.	sequens (latín: siguientes)
SFOR	Stabilisation Force (Fuerza de Estabilización)
SIAC	Special Immigration Appeals Comisión (Comisión de Apelación Especial de inmigración)
Stan.L.Rev	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch (CP alemán)
StPO	Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal alemana)
StR	Strafrecht (derecho penal)

StV	Strafverteidiger (Revista Alemania)
supra	más arriba
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Thür.OLG	Oberlandesgericht Thüringen (Tribunal Superior de Turingia - Estado federado en Alemania)
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda (también CPIR)
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (también CPIY)
UE	Union Europea
UK	United Kingdom (Reinos Unidos)
UKHL	United Kingdom House of Lords
UN	United Nations (citado también como ONU)
UNCAT	The United Nations Convention against Torture
UNTS	UN Treaty Series
US, USA, U.S.A.	United States (Estados Unidos), United States of America (Estados Unidos de América)
v., vs.	Versus
vid.	vide (latín: vease)
vol., vols.	Volumen
VSA	Verlag für das Studium der Arbeiterbewegung
WLR	Weekly Law Reports (Revista de Inglaterra)
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (Revista Alemania < www.zis-online.com >)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Revista Alemania)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Revista Alemania)

PRESENTACIÓN

El libro contiene dos textos que han sido preparados originalmente en inglés, el primero para una conferencia en Israel y luego para un simposio del *Journal of International Criminal Justice* (JICJ, Oxford University Press); el segundo, como fruto de un trabajo más amplio sobre utilización de pruebas (ver en castellano mi reciente artículo publicado en la Revista "Política Criminal" nº 7, 2009. A1-7, p. 1-51, <www.politicacriminal.cl/n_07/a_1_7.pdf>) para la «Israeli Law Review». Mientras el primero ya fue publicado (JICJ t. 6, 2008, 261-287), el segundo aparecía en una versión modificada en la revista alemán "Strafverteidiger" (t. 29, 2009, 151-161).

Los dos trabajos discuten temas actuales relacionados con actividades terroristas desde un punto de vista del derecho penal internacional así como del derecho penal material y procesal penal. El primer texto analiza, a partir de los casos polémicos de la bomba de tiempo (*ticking bomb*) y de un reciente caso de secuestro en Alemania (caso Daschner), si la prohibición absoluta de la tortura puede realmente mantenerse 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. El segundo artículo examina si el uso «transnacional» de una prueba obtenida por medio de tortura, esto es, el uso de pruebas obtenidas en el extranjero por un Estado o partes en juicios criminales,

lleva consigo una prohibición absoluta de su utilización en el proceso nacional.

Agradezco a María Laura Böhm (Göttingen/Hannover) y al Prof. Dr. Ezequiel Malario (Buenos Aires) la traducción de los artículos. Agradezco también a José Fernando Botero Bernal (Göttingen/Medellín) su colaboración en la revisión final de las pruebas (para otros agradecimientos me permito referir al lector a la primera nota del artículo respectivo). Finalmente debo, de nuevo, agradecimientos a la editorial Atelier y en particular al colega Ricardo Robles por la aceptación de estos dos trabajos en su prestigiosa Colección de Ciencias Penales.

KAI AMBOS,
Göttingen, septiembre de 2009

¿PUEDE UN ESTADO TORTURAR SOSPECHOSOS PARA SALVAR LA VIDA DE INOCENTES?*

KAI AMBOS

RESUMEN

El viejo debate sobre los casos (israelíes) de la bomba de tiempo («ticking bomb») debe revisarse nuevamente a la luz de la creciente amenaza que representan los atentados terroristas y de un reciente caso de secuestro en Alemania. Ambos casos pueden

* Versión ampliada y actualizada de una ponencia presentada en el (primer) simposio conjunto sobre la Dignidad Humana de las Facultades de Derecho de la *Hebrew University* (HU) y de la *Georg August Universität Göttingen*, Jerusalén, 2/3 de septiembre de 2007; así como en el XXVII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Meran 26/27 de octubre de 2007; en el Francis Lieber Colloquium on War and Crime en la *Columbia Law School*, New York City, 19 de noviembre de 2007; en la *Universidad Autónoma de Madrid*, Área de Derecho Penal, 27 de febrero de 2008 y en el Centro de Estudios de Derecho Penal, Santiago de Chile, 9 de abril de 2008. Agradezco a los participantes de estos eventos por sus comentarios críticos y sobre todo a Prof. Dr. M. Kremnitzer, Dr. Itzhak Kugler y Dr. Y. Shany, por su ayuda con respecto al derecho israelita así como por brindarme material. Debo disculparme con los colegas israelitas porque no leo hebreo y, por consiguiente, tuve que confiarme a textos ingleses y traducciones. Es claro que una investigación seria de derecho comparado requiere por lo menos del conocimiento pasivo del lenguaje del sistema legal que se está estudiando, de otra manera es difícil, cuando no imposible, comprender las sutilezas del debate nacional. – Publicación original en inglés en *Journal of International Criminal Justice* vol. 6 (2008), 261-287. Traducción del inglés de María Laura Böhm; revisión y actualización por el autor.

combinarse en un "caso modelo" para evaluar si la demanda de una verdadera prohibición absoluta de la tortura puede realmente 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. 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 en concreto del investigador, dados los deberes en conflicto que éste tiene que afrontar —respetar la dignidad humana del sospechoso (terrorista) y al mismo tiempo proteger (activamente) a potenciales víctimas de las acciones de este sospechoso—. Sólo se puede encontrar una solución justa a este dilema si se distinguen, por un lado, los niveles estatal e individual y, por otro lado, si se diferencia entre la (no)-justificación (antijuridicidad) del acto de tortura y la excusa (culpabilidad personal) del torturador. Así, el investigador puede ser excusado, pero su conducta no justificada, ya que esto convertiría a la tortura en algo legal o incluso en algo socialmente aceptable y minaría así la absolutez de la regla de conducta «no torturar». Este resultado se desarrollará en la última parte de este trabajo considerando las disposiciones pertinentes de los Códigos Penales israelí y alemán, así como las del Estatuto de la Corte Penal Internacional («E-CPI») (infra IV). Antes de que puedan ser comparados los casos israelí y alemán (I), deben efectuarse algunas aclaraciones respecto del estatus y racionalidad de la prohibición internacional de la tortura (II.) y debe sconsiderarse un «caso modelo» donde la tortura preventiva podría ser necesaria (III.).

I. EL CASO ALEMÁN (DASCHNER) Y LOS CASOS ISRAELÍES DE LA BOMBA DE TIEMPO

El estatus de los detenidos se ha deteriorado en forma constante desde el 11 de septiembre. Una vez etiquetados como «terroristas», ya no se les trata más como ciudadanos comunes portadores de derechos, sino como enemigos que deben ser combatidos por todos los medios —no necesariamente legales—.¹ La «guerra al terrorismo» («war on terror») tiende a deconstruir el sistema de justicia penal abandonando principios fundamentales y ya largamente establecidos, como el principio de culpabilidad y el de juicio justo, actuando en favor de la peligrosidad y la jurisdicción militar.² Con respecto a la tortura practicada con el propósito de obtener de terroristas u otros sospechosos información que pudiera salvar vidas, el debate ha generado argumentos particularmente sofisticados en vistas a justificar excepciones a la prohibición internacional de la tortura. La discusión ya se había iniciado mucho tiempo antes del 9/11 —basta con referirse a la Israeli (Landau) Commission of Inquiry y su recomendación de ejercer una «medida moderada de coacción física» en los sospechosos de terrorismo—,³ pero recientemente volvió a situarse en

1. Sobre el debate en el continente europeo de un Derecho Penal especial para enemigos véase K. AMBOS, Feindstrafrecht, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 124 (2006) p. 1 ss., con más referencias; versión actualizada en español en *El derecho penal frente a amenazas extremas*. Cuadernos Luis Jiménez de Asúa No. 34. Madrid (Dykinson) 2007, pp. 81 ss.

2. Para una presentación general ver M. DELMAS-MARTY, The Paradigm of the War on Crime, *Journal of International Criminal Justice* (en adelante «JICJ») 5 (2007) p. 584 ss.

3. «Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service regarding Hostile Terrorist Activity» («Comisión de Análisis en los Métodos de Investigación del Servicio de Seguridad General sobre la Actividad Terrorista Hostil»), en adelante *Commission of Inquiry*, citas de la traducción inglesa reimpresa en *Israel Law Review* 23 (1989) p. 146, aquí p. 184 (para. 4.7.). Unas líneas antes (p. 184, para. 4.6) se establece en el Informe: «The effective interrogation of terrorist suspects is impossible without the use of means of pressure, in order to overcome an obdurate will not to disclose information and to overcome the fear of the person under interrogation that harm will befall him

el centro de la escena a partir de un caso de secuestro en Alemania.⁴ Magnus Gaefgen, estudiante de derecho, secuestró a un pequeño de once años de edad que era hijo de un ejecutivo bancario de Frankfurt y exigió un millón de euros por el rescate del niño. Gaefgen fue arrestado mientras recogía el dinero del rescate. Después de un día de infructuoso interrogatorio, el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt Wolfgang Daschner, oficial responsable de la investigación, ordenó a un oficial de policía subordinado que amenazara a Gaefgen con infligirle coacción física si continuaba callando la información concerniente al lugar en que se encontraba la víctima. Más precisamente, Daschner (tal como está documentado en una nota oficial, escrita por él mismo y anexada al expediente)⁵ ordenó que debería ser infligido dolor (sin causar lesiones) a Gaefgen, previo habersele advertido y bajo supervisión médica, ya que se consideró que ésta era la única y última oportunidad de encontrar a la víctima y salvar su vida. Inmediatamente después de haber sido confrontado con esta nueva estrategia de interrogatorio, Gaefgen confe-

from his own organization, if he does reveal information.» [«El interrogatorio efectivo de sospechosos terroristas es imposible sin el uso de medios de coacción para superar su obstinada voluntad de no revelar información y para superar el miedo de la persona bajo interrogatorio de que el daño provendrá de su propia organización, si revela la información.». Véase también el número especial del *Israel Law Review* de 1989 (vol. 23, Nrs. 2-3) y para un crítico resumen de los resultados M. GUR-ARYE, Can the War Against Terror Justify the Use of Force in Interrogations?, en: S. Levinson (coord.), *Torture: A Collection* (Oxford: OUP, 2004) p. 183, aquí p. 184 ss.; para una presentación general de la experiencia israelita D. KRETZMER, The Torture Debate: Israel and Beyond, en: D. Downes, P. Rock, Ch. Chinkin y C. Gearty (coord.), *Crime, Social Control and Human Rights. Essays in honour of Stanley Cohen* (Cullompton: Willan Publishing, 2007), pp. 120-135.

4. Landgericht (Tribunal Estadual, en adelante "LG") Frankfurt, sentencia del 20 de diciembre de 2004, reimpresa en *Neue Juristische Wochenschrift* (en adelante "NJW") (2005) pp. 692-696; Para un resumen en inglés véase F. JEßBERGER, Bad Torture – Good Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany, *JICJ* 3 (2005) p. 1059, aquí pp. 1061-1062.

5. LG Frankfurt, *supra* nota 4, p. 692 col. der.

só que ya había matado a la víctima y dio a la policía información sobre la ubicación del cuerpo.

Gaefgen fue sentenciado a prisión perpetua por secuestro extorsivo y asesinato.⁶ Daschner y el oficial de policía subordinado también fueron investigados y declarados culpables: este último de coerción (*Nötigung*) bajo el § 240 del Código Penal Alemán («Strafgesetzbuch», en adelante: «StGB»), y el primero de ordenar a un subordinado cometer un delito (*Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat*, § 357(1) StGB) y de coerción.⁷ Sin embargo, el Tribunal, invocando la rara prescripción del § 59 StGB («Verwarnung mit Strafvorbehalt»⁸), se abstuvo de imponer una pena ya que consideró, *inter alia*, que la evaluación integral de la conducta de los acusados y de sus personalidades demostraba que tal imposición de pena no era necesaria.⁹ Ésta es ciertamente una decisión salomónica, que parece aceptar un compromiso inteligente entre el mantenimiento de la prohibición contra la tortura –como indispensable regla imperativa de conducta dirigida al Estado– y cierta tolerancia y comprensión hacia el investigador en particular que podría no sentirse capaz

6. LG Frankfurt, sentencia del 9 de abril de 2003, reimpresa en *Strafverteidiger* [en adelante «StV»] 2003, pp. 325-328; elevado en apelación, véase Bundesgerichtshof («BGH» - Corte Suprema), decisión del 21 de mayo de 2004 (2 StR 35/04) y Bundesverfassungsgericht («BVerfG» - Tribunal Constitucional Alemán), decisión del 14 de diciembre del 2004 (2 BvR 1249/04). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también rechazó el recurso de Gäfgen (sentencia del 30 de junio de 2006; para un análisis véase A. ESSER, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* [en adelante «NZStZ»] 2008, 657 ss.). Está claro que la evidencia obtenida mediante la amenaza de tortura no podría usarse contra el acusado (cfr. § 136a Strafprozessordnung – Código Procesal Penal); en sentido similar House of Lords, *A (FC) and others (FC) (Appellants) (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (Conjoined Appeals)*, [2005] UKHL 71; para un comentario crítico véase T. THIENEL, Foreign Acts of Torture and the Admissibility of Evidence, *JICJ* 4 (2006) p. 401 ss. Véase también K. AMBOS, Die transnationale Verwertung von Folterbeweisen, *StV* 2009, pp. 151-161, texto del cual se encuentra en el presente libro la versión en español ampliada y actualizada.

7. LG Frankfurt, *supra* nota 4, p. 692. El fallo no fue apelado.

8. Una traducción literal sería «aviso (o advertencia) con reserva de pena».

9. LG Frankfurt, *supra* nota 4, p. 696 col. der.

de cumplir con esta prohibición en casos extremos,¹⁰ es decir, en casos en los cuales el recurso a la tortura podría ser el único medio de obtener la información necesaria para salvar vidas (situación muy acertadamente descrita en alemán con el término «*Rettungsfolter*»).

Ahora bien, ¿cómo puede relacionarse este caso alemán con los casos de la bomba de tiempo israelíes? ¿Acaso son comparables los casos israelí y alemán? ¿Podríamos extraer conclusiones en común y hacer recomendaciones sobre la experiencia israelí y alemana a partir de estos casos? Cada una de estas preguntas las respondo afirmativamente. Si se comparan los debates académicos en Israel y en Alemania sobre estos casos, o, más exactamente, el debate internacional desde el informe de la Commission of Inquiry y la decisión central de la Israel Supreme Court de fecha 6 de septiembre de 1999 con el debate alemán –más bien nacional– sobre el caso Daschner, se encuentran muchos paralelismos.¹² Considérese, por ejemplo, la distinción entre tor-

10. Aprobando la sentencia de Frankfurt también C. ROXIN, *Strafrecht- Allgemeiner Teil*, vol. I (4a. ed., Munich: C.H. Beck, 2006), para. 22 nm. (número marginal) 169; JEßBERGER, *supra* nota 4, p. 1066.

11. Según E. HILGENDORF, *Folter im Rechtsstaat?*, *Juristenzeitung* 59 (en adelante «JZ») (2004) pp. 331, 334 con nota 30, el término fue acuñado por M. Vec en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (4 de marzo de 2003) 38; sobre el término y otras formas de tortura véase también R. MERKEL, *Folter und Notwehr*, en: M. Pawlik y R. Zaczek (coord.), *Festschrift* (en adelante «FS») für Günther Jakobs (Berlin: Carl Heymanns, 2007) pp. 375-403, esp. pp. 381, 389; crítico L. GRECO, *Die Regeln hinter der Ausnahme. Gedanken zur Folter in sog. ticking time bomb-Konstellationen*, *Goldsammer's Archiv für Strafrecht* 154 (en adelante «GA») (2007) pp. 628, 642 con nota 70; véase también H. SHUE, *Torture*, en: Levinson, *supra* nota 3, pp. 47, 53, 56 (quien distingue entre tortura «terrorista» y tortura «interrogativa»). Sobre el uso original del concepto tortura como método de obtener pruebas en vistas a una investigación y condena penales véase J.H. LANGBEIN, *The Legal History of Torture*, en: Levinson, *supra* nota 3, p. 93 ss.; G. JEROUŠCHEK y R. KOLBEL, *Folter von Staats wegen?*, *JZ* 58 (2003) pp. 613, 614.

12. Véase la sentencia, *Public Committee Against Torture et al. vs. State of Israel et al.*, Israel Supreme Court, 6 de septiembre de 1999, reimpreso en LEVINSON, *supra* nota 3, p. 165 ss. Para un resumen y análisis crítico de esta decisión véase A. IMSEI, *Moderate Torture on Trial: Critical Reflections on the Israeli Supreme Court Judgement Concerning the Legality of General Security Services*

tura preventiva (administrativa) con vistas a obtener información para prevenir la comisión de otros delitos, y la tortura represiva, encaminada a obtener pruebas para el juicio penal; o la discusión sobre la responsabilidad penal *ex post* del torturador (en particular en lo relativo a las causas excluyentes de responsabilidad penal), la cual debe ser distinguida de la legalidad *ex ante* de los métodos de tortura. Ambos debates tuvieron lugar, y continúan teniéndolo, sin que cada cual se percate de la existencia del otro, fenómeno que desgraciadamente es bastante común en el discurso del derecho penal comparado entre la tradición romano-germánica (el así llamado *civil law*) y anglosajona (*common law*). Por supuesto que hay algunas excepciones,¹³ como siempre, pero es justo decir que en general estos debates no se estimulan mutuamente. Desde mi perspectiva, este vacío debe ser llenado y el debate comparativo debe iniciarse lo antes posible, ya que desafortunadamente estos casos no van a desaparecer –dado el aumento del terrorismo internacional– sino que en el futuro serán cada vez más frecuentes. Este artículo trata de hacer

Interrogation Methods, *Berkeley Journal of International Law* 19 (2001) p. 328, aquí p. 339 ss.; GUR-ARYE, *supra* nota 3, p. 186 ss.; KRETZMER, *supra* nota 3, pp. 127-129 (para el abandono inicial de ciertas formas de coacción física); crítico sobre la jurisprudencia anterior de la Corte sobre este tema M. KREMNIETZ y R. SEGEV, *The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue?*, *Israel Law Review* 34 (2000) p. 509, aquí p. 513 ss.; véase también E. BENVENISTI, *The Role of National Courts in Preventing Torture of Suspected Terrorists*, *European Journal of International Law* 8 (1997) p. 596 ss.

13. Del lado israelí yo citaría el profundo estudio sobre el reporte de la Commission of Inquiry realizado por Prof. M. KREMNIETZ (The Landau Commission Report: Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the Needs of the Security Service?, *Israel Law Review* 23 (1989) p. 238 ss.) quien analiza detalladamente el debate alemán sobre el estado de necesidad (*Notstand*). Del lado alemán podrían citarse los trabajos de Prof. W. BRUGGER (especialmente: *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, *JZ* 55 (2000) p. 165, aquí 168 con nota 13) quien por lo menos está informado del antecedente israelita sobre el tema. Su posición puede encontrarse en inglés en: *May Government ever use Torture? Two Responses from German Law*, *American Journal of Comparative Law* 48 (2000) p. 661. Véase también GRECO, *supra* nota 11, p. 629 y *passim*.

una contribución modesta a este debate necesario. En primer lugar, haciendo algunas aclaraciones respecto al estatus y racionalidad de la prohibición internacional contra la tortura (*infra* Parte 2) y, en segundo lugar, desarrollando, sobre la base de los casos israelita y alemán, una suerte de «caso modelo» donde la tortura preventiva podría ser necesaria (*infra* Parte 3). Por último (y este es el aspecto principal) la responsabilidad penal del torturador de este caso modelo será examinada incluyendo la cuestión relativa a si esto tendría algún efecto en la legalidad de la aplicación preventiva de la tortura (*infra* Parte 4). Debe quedar claro, por último, que esta investigación parte del presupuesto de que los casos de tortura deben ser y serán penalmente perseguidos.¹⁴

II. ACLARACIONES NECESARIAS RELATIVAS AL ESTATUS Y A LA RACIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN INTERNACIONAL DE LA TORTURA

El Derecho internacional prohíbe categóricamente la tortura en varios instrumentos de Derecho Internacional Humanitario («DIH») y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos («DDHH»).¹⁵ Esta prohibición ha logrado el estatus de *ius cogens*,¹⁶ y es absoluta en cuanto a que «ninguna circunstancia

excepcional, cualquiera que sea, ya sea, un estado o amenaza de guerra, inestabilidad política interior o cualquier otra emergencia pública, pudiera invocarse como una justificación de tortura.» (Art. 2 CCT).¹⁷ Esto ni siquiera es puesto en cuestión por quienes en estos casos argumentan un enfoque más flexible.¹⁸

in the Interrogation of Suspected Terrorists?, *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004) p. 785, aquí p. 787.

17. Esto se confirma en las decisiones del Comité Contra la Tortura, p. ej. en la decisión con respecto a Bélgica del 27 de mayo del 2003 (CAT/C/CR/30/6) donde el Comité recomendó que Bélgica incluyera en el Código Penal una prescripción que prohibiera expresamente invocar el estado de necesidad para justificar la violación del derecho a no ser sujeto a tortura, disponible en [www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CAT.C.CR.30.6](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CAT.C.CR.30.6). En (sitio visitado el 10 de marzo de 2008).

18. Véase p. ej. BRUGGER, *supra* nota 13, p. 167 col. izq.; MERKEL, *supra* nota 11, pp. 383-384. Sin embargo, BRUGGER entiende que se lee una excepción en la prohibición estricta del Art. 3 CEDH mediante una analogía con el Art. 2(2) que permite el uso de fuerza con consecuencias mortales bajo ciertas condiciones, p. ej. en caso de legítima defensa. *Ibid.* p. 170 col. izq. De manera similar, sobre la base de un ámbito idéntico de protección a la vida y a la dignidad, véase G. WAGENLÄNDER, *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter* (Berlín: Duncker & Humblot, 2006) p. 191 ss. Esto es una patente interpretación *contra legem* cuya premisa subyacente –la comparabilidad de homicidio y tortura– es defectuosa desde que la tortura es siempre una violación a la dignidad humana mientras que el homicidio no lo es necesariamente (crit. también KINZIG, *Not kennt kein Gebot?*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 115 (en adelante «ZStW») (2003) p. 791, aquí p. 805 ss.; JEROUSCHEK y KÖLBEL, *supra* nota 11, p. 617 col. izq. con nota 42; B. KRETSCHMER, *Folter in Deutschland: Rückkehr einer Ungeheuerlichkeit, Recht und Politik* 39 (2003) p. 102, aquí p. 107; F. SALIGER, *Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung*, *ZStW* 116 (2004) 35, pp. 46-47; W. SCHILD, *Folter(androhung) als Straftat*, en: G. Gehl (coord.), *Folter – zulässiges Instrument im Strafrecht* (Weimar: Bertuch, 2005) p. 59, aquí p. 70-71; WAGENLÄNDER, *supra* nota 18, pp. 150-151; desde la perspectiva del derecho constitucional alemán F. WITTECK, *Menschenwürde als Foltererlaubnis?*, en: Gehl, *ibid.*, p. 37, aquí p. 46 ss.; también distingue entre homicidio y tortura respecto de la dignidad humana HILGENDORF, *supra* nota 11, p. 336; C. ROXIN, *Kann Staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?*, en: J. Arnold *et al.* (coord.), *FS für Albin Eser* (München: C.H. Beck, 2005) p. 461, aquí p. 464; K. LÜDERSEN, *Die Folter bleibt tabu – kein Paradigmenwechsel ist geboten*, en: K. ROGALL *et al.* (coord.), *FS für Hans-Joachim Rudolph* (Neuwied: Luchterhand, Wolters Kluwer, 2004) p.

14. Para la práctica israelita en contrario desde la decisión de la Supreme Court de 1999 (*supra* nota 12), véase KRETZMER, *supra* nota 3, p. 130.

15. Véase para DDHH Art. 7 PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Art. 2 ONU-CCT (Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes), Art. 3 CEDH (Convención Europea de Derechos Humanos), Art. 5(2) CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos). Para DIH véase el Art. común 3(1) de las Cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, Art. 17(4) III de la Convención de Ginebra; Art. 32 IV de la Convención de Ginebra, Art. 75(2)(ii) adh. Prot. I y Art. 4(2)(a) adh. Prot. II a las Cuatro Convenciones de Ginebra.

16. Sentencia, *Furundžija* (IT-95-17/1-T), Trial Chamber, fallo del 10 de diciembre de 1998, para. 153-157; véase también BENVENISTI, *supra* nota 12, p. 603 con nota 42; P. GAETA, *May Necessity be Available as a Defence for Torture*

Hay sin embargo, dos limitaciones importantes. En primer lugar, la tortura, así como está definida en el Art. 1 CCT¹⁹ «no incluye el dolor o sufrimiento, que sólo surgiera de sanciones lícitas, ya sea en forma inherente o incidental a ellas». En segundo lugar, y aún más importante, la cláusula de inderogabilidad de la CCT sólo se refiere a la tortura *stricto sensu*, p. ej., como lo define el Art. 1 CCT, pero no incluye los actos que no encuadran en tortura, como serían «los tratos inhumanos y degradantes». Sin embargo, mientras que la CCT distingue al parecer entre la tortura y otras formas de tratos inhumanos,²⁰ en general los tratados de derechos humanos tratan la tortura y «el trato o castigo cruel, inhumano o degradante» en forma equivalente, prohíben ambos (Art. 7 PIDCP, el Art. 3 CEDH, Art. 5 CADH), y declaran a ambos inderogables (Art. 4 (2), Art. 15(2),²¹ Art. 27 (2)).²² Esta

691, aquí pp. 701-702; véase también F. JEBBERGER, Übungsklausur StR «Wenn Du nicht redest, füge ich Dir große Schmerzen zu», *Jura* 25 (2003) p. 711, aquí p. 714 col. izq. con el argumento exactamente contrario de BRUGGER, esto es, que el hecho de que el Art. 3 no contenga la restricción del Art. 2(2) demuestra que tal restricción no es admisible para el Art. 3; para una comparación de la tortura con el homicidio justo durante el combate, SHUE, *supra* nota 11, p. 48 ss.

19. La parte respectiva dice: «... 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».

20. Para una discusión detallada véase Y. SHANY, The Prohibition against Torture and Cruel, Degrading and Inhuman Treatment and Punishment: Can the Absolute be Relativized under International Law?, *Catholic University Law Review* 56 (2007) p. 101, aquí pp. 119-120.

21. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido repetidamente que no son admisibles excepciones a la prohibición del Art. 3, véase la sentencia original *Lawless v. Ireland*, 1 de julio de 1961 (application Nr. 332/57), para. 21-22; sentencia más reciente *Öcalan v. Turkey*, 12 de marzo de 2003 (application Nr. 46221/99), para. 218.

22. Al parecer pasado por alto por R. HERZBERG, Folter und Menschenwürde, *JZ* 60 (2005) p. 321, aquí pp. 324-325.

obvia contradicción entre la CCT —como un tratado específico sobre Derechos Humanos— y los tratados de los derechos humanos en general, hubiera podido ser resuelta por las reglas de *lex specialis* y *lex posterior* (dando prevalencia a la CCT)²³ si el Art. 16(2) de la CCT no remitiera a los tratados generales de Derechos Humanos con su cláusula «sin perjuicio».²⁴ Esta cláusula hace que prevalezca la prohibición indiscutible respecto a la tortura y a los tratos inhumanos, así como su inderogabilidad como se establece en los Tratados de Derechos Humanos.²⁵ Esta conclusión es confirmada por la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos en instrumentos del DIH, ya que «este cuerpo de leyes constituye un régimen legal específico inderogable particularmente diseñado para regular situaciones de emergencia».²⁶ Esto también se confirma en la jurisprudencia del Derecho Penal Internacional (en adelante «DPI») de acuerdo con la cual la prohibición contra la tortura constituye «un valor indiscutible del cual nadie debe apartarse».²⁷ Esto significa, en definitiva, que la distinción entre la tortura y otros tratos inhumanos dentro de las ideas de los Arts. 7 PIDCP, 3 CEDH y 5 CADH queda sin efecto legal respecto a posibles excepciones a la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos.²⁸ Sin embargo, la distinción entre los diferentes grados de tortura, en línea con la «teo-

23. Para la regla de la *lex posterior* véase el Art. 30(3) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 22 de mayo de 1969, UNTS 1155, 331.

24. Art. 16(2) reza: «La presente Convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohiban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes...».

25. Véase el Art. 30(2) de las Convenciones de Viena, *supra* nota 23. Para el mismo resultado SHANY, *supra* nota 20, pp. 120-121; DELMAS-MARTY, *supra* nota 2, p. 595 ss.; cierta ambigüedad sobre el punto advierte KADISH, Torture, the State and the Individual, *Israel Law Review* 23 (1989) p. 345, aquí pp. 350-351.

26. SHANY, *supra* nota 20, p. 121 con extensas referencias en la nota 88.

27. *Furundžija*, *supra* nota 16, para. 154 [«an absolute value from which nobody must deviate»].

28. Sólo podría tener algún efecto en el ámbito del remedio proporcionado a las víctimas, véase SHANY, *supra* nota 20, p. 119.

ría de grados» de la Corte Europea de Derechos Humanos,²⁹ no es totalmente irrelevante ya que los malos tratos que no «alcanzen un nivel mínimo de severidad»³⁰ no quedan comprendidos en el ámbito de la prohibición establecida en los Arts. 7 PIDCP, 3 CEDH y 5 CADH.³¹ Por supuesto que los tres grados de maltrato –tortura, trato inhumano y el maltrato «ordinario»– no pueden ser distinguidos de manera convincente *in abstracto*,³² sino sólo caso por caso. Así, mientras una medida aislada de «coacción física moderada» en el sentido de la Commission of Inquiry Report³³ o medidas «inherentes al poder investigador» en el sentido de la Israel Supreme Court, como por ejemplo dar puñetazos al sospechoso,³⁴ pueden no alcanzar todavía la severi-

29. Véase sentencia *Ireland v. UK*, CEDH, fallo del 18 de enero de 1978, (application Nr. 5310/71), para. 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.» [Si bien las cinco técnicas aplicadas en combinación, indudablemente conformaron un trato inhumano y degradante, y si bien su objeto era el obtener confesiones, el nombre de otros y/o información, y si bien estas técnicas fueron aplicadas sistemáticamente, no ocasionaron un sufrimiento de la particular intensidad y crueldad implicadas por el término tortura tal como se lo suele entender.]. Véase también BENVENISTI, *supra* nota 12, pp. 604-605; SHANY, *supra* nota 20, pp. 118-119.

30. *Ireland v. UK*, *supra* nota 29, para. 162.

31. Así, esta triple distinción no es sólo «malabarismo terminológico», como es criticado por O. GROSS, Are Torture Warrants Warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience, *Minnesota Law Review* 88 (2004) p. 1481, aquí p. 1488.

32. Acerca de la formulación del mínimo de severidad requerido la Corte Europea de Derechos Humanos, *supra* nota 29, para. 162, establece que este mínimo «it ... „is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim, etc.» [«... es, por su propia naturaleza, relativo; depende de todas las circunstancias del caso, como la duración de trato, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima, etc.]. Para el enfoque del Human Rights Committee véase BENVENISTI, *supra* nota 12, p. 606. Para MERKEL, *supra* nota 11, p. 398 ss., el concepto de tortura depende (también) de los derechos involucrados.

33. Véase *supra* nota 3.

34. Israel Supreme Court, *supra* nota 12, para. 26.

dad necesaria, el efecto combinado con otras medidas sí podría alcanzarla.³⁵ Por estos problemas de definición es que cualquier intento de determinar el alcance de la prohibición o, viceversa, de determinar la conducta permitida *ex ante e in abstracto*, en particular por una ley parlamentaria como fue propuesto por la Israel Supreme Court,³⁶ está condenado al fracaso, y no va a resolver el dilema al que se enfrenta el investigador individual en un caso concreto: o bien tal ley sólo reitera el Derecho Internacional, p. ej. el Art. 7 PIDCP, y es por tanto superflua, o bien intenta ser más concreta y corre así el riesgo de exceder los límites del Derecho Internacional, y haciendo al legislador blanco de la crítica internacional.³⁷ *A fortiori*, medidas que *ex ante* autorizan el uso de tortura o los tratos inhumanos, por ejemplo las

35. *Ireland v. UK*, *supra* nota 29; Israel Supreme Court, *supra* nota 12, para. 30: «Their combination, in and of itself gives rise to particular pain and suffering.» [«Su combinación, da lugar en y por sí misma a dolores y sufrimientos particulares.»].

36. Israel Supreme Court, *supra* nota 12, para. 14, 37, 39. Lo mismo se aplica a la reglas infra-legales como las directivas del Fiscal General que también fueron mencionadas implícitamente en *ibid.*, para. 38 y fueron luego establecidas, véase KRETZMER, *supra* nota 3, p. 129.

37. Sobre el problema de legitimidad véase también FELLER, Not «actual» Necessity, but «possible» Justification; not «moderate» Pressure but either «Unlimited» or «None at all», *Israel Law Review* 23 (1989) p. 201, aquí p. 213; sobre la imposibilidad de una definición general véase LÜDERSSEN, *supra* nota 18, p. 794; sobre la incertidumbre legal producida por un balance de intereses HERDEGEN, en: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, 44to. suplemento de 2/2005, Art. 1(1) nm. 45 (p. 33); contra una autorización legislativa GUR-ARYE, *supra* nota 3, pp. 187, 190; crit. también KINZIG, *supra* nota 18, p. 808; GAETA, *supra* nota 16, p. 792; R. A. POSNER, Torture, Terrorism, and Interrogation, en: Levinson, *supra* nota 3, p. 291, aquí p. 297. En favor de una ley, sin embargo, A. M. DERSHOWITZ, Is it Necessary to apply «Physical Pressure» to terrorists – and to Lie about it?, *Israel Law Review* 23 (1989) p. 192, aquí p. 197; *idem*, Tortured Reasoning, en: Levinson, *supra* nota 3, p. 257, aquí pp. 263-264; A. ENKER, The Use of Physical Force in Interrogations and the Necessity Defence, en: Hebrew University of Jerusalem/Center for Human Rights, *Israel and International Human Rights Law: The Issue of Torture* (1995) p. 55, aquí p. 63 ss.; de hecho, la única posibilidad de autorizar el uso de coacción física durante el interrogatorio es si se apuesta a una regulación *ex ante e in abstracto*, véase *infra* nota 163 y texto principal.

«órdenes de tortura» («torture warrants»), como lo sugirió Dershowitz,³⁸ que ni siquiera gozan de la legitimación parlamentaria, violan tan flagrantemente el Derecho Internacional que no merecen mayor discusión.³⁹

En este punto debe enfatizarse que la racionalidad de la prohibición absoluta de la tortura reside –no obstante el derecho positivo escrito sobre la materia– en que la aplicación de tortura implica un ataque frontal a la dignidad⁴⁰ humana de la víctima. No hay ningún otro acto que viole tan profundamente esta dignidad. La protección de la dignidad humana se encuentra en el núcleo de la prohibición de la tortura⁴¹ y esta prohibición es por tanto «una de las normas de moralidad más firmes».⁴² Un Es-

38. A. M. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge* (New Haven: Yale University Press, 2002), pp. 158-163. No queda de ningún modo claro, por qué un juez debería estar en una mejor posición para juzgar la necesidad de tortura que el propio investigador, quien está frente a los sospechosos y conoce los detalles del caso; asimismo, DERSHOWITZ parece sobreestimar la eficiencia del control judicial *ex ante* para obtener la responsabilidad; también crit. E. SCARRY, Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz, en: Levinson, *supra* nota 3, p. 281 ss.; POSNER, *supra* nota 3, p. 296 (acerca de la eficiencia de las garantías judiciales); WALDRON, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, *Columbia Law Review* 105 (2005) p. 1681, aquí pp. 1687, 1702-1703, 1713 ss.; para una refutación general DERSHOWITZ, *Tortured Reasoning*, *supra* nota 37, p. 257 ss. (esp. pp. 266 ss., 274) enfatizando la necesaria distinción entre (su) evaluación empírica y la preferencia normativa.

39. Para el mismo resultado con todos los argumentos pertinentes GROSS, *supra* nota 31, p. 1534 ss.; SHANY, *supra* nota 20, p. 122.

40. Para una excelente explicación de la relación entre dignidad humana y tortura véase HILGENDORF, *supra* nota 11, p. 337; véase también KREMNIETZER, *supra* nota 13, p. 249 ss.

41. Israel Supreme Court, *supra* nota 12, para. 22; véase también DELMAS-MARTY, *supra* nota 2, p. 592 (prohibición de la tortura como expresión del valor universal de la dignidad humana). GRECO, *supra* nota 11, p. 636 ss., enfatiza la violación de la libre voluntad.

42. M.S. MOORE, *Torture and the Balance of Evils*, *Israel Law Review* 23 (1989) p. 280, aquí p. 332 [«one of morality's firmest norms»]. En el mismo sentido WALDRON, *supra* nota 38, p. 1681: «legal archetype ... emblematic of our larger commitment to nonbrutality in the legal system» [«arquetipo legal... emblemático de nuestro mayor compromiso de no brutalidad en el sistema legal»] y

tado regido por los principios del Estado de Derecho no puede permitir la tortura, inherentemente repugnante y mala,⁴³ sin traicionar sus propios principios⁴⁴ ni sin perder credibilidad a nivel internacional. Para un Estado que obedece la ley no hay más alternativa que reafirmar el fuerte mensaje simbólico de la prohibición de la tortura, estableciendo para eso un estándar claro⁴⁵ e invocando el principio de reciprocidad.⁴⁶ Dicho esto, también es verdad que la absoluta prohibición respecto del *Estado* no necesariamente conlleva la responsabilidad del *individuo* por un acto de tortura. Mientras que el Estado debe tener en cuenta consideraciones institucionales⁴⁷ –en una especie de

pp. 1692-1693, donde considera a la tortura prohibida como «malum in se»; también pp. 1717, 1718 ss. (contra el genio y espíritu de la ley), p. 1723 ss. (donde explica el concepto de «arquetipo»).

43. SHANY, *supra* nota 20, pp. 106-107.

44. Véase también Commission of Inquiry, *supra* nota 3, p. 182 (para. 4.3: «The law... is the keystone for the existence of a State such as ours, which believes in values of liberty and equality... If we do not preserve the rule of law zealously in this area as well, the danger is great...» [«La ley... es la piedra angular para la existencia de un Estado como el nuestro que cree en los valores de libertad y de igualdad. ... Si nosotros no hacemos que se preserve celosamente el Estado de derecho también en este ámbito, el peligro es enorme...»]); p. 184 (para. 4.5: «we are convinced that this [the preservation of the law, K.A.] is essential for the moral strength of Israeli society» [«estamos convencidos que su preservación [la preservación de la ley, K.A.] es esencial para la fortaleza moral de la sociedad israelita...»]); Israel Supreme Court, *supra* nota 12, para. 39: «Preserving the Rule of Law and recognition of an individual's liberty constitutes an important component in its understanding of security» [«Conservar el Estado de Derecho y el reconocimiento de la libertad individual constituye un componente importante en su [de los Estados, K.A.] interpretación de la seguridad»]. Véase también KINZIG, *supra* nota 18, pp. 807, 808-809 (con referencia a la decisión de la Israel Supreme Court); KRETSCHMER, *supra* nota 18, p. 108; WALDRON, *supra* nota 38, pp. 1737-1738 (peligro de corrupción del sistema legal), p. 1739 ss. (socave del Estado de Derecho).

45. Sobre este aspecto BENVENISTI, *supra* nota 12, p. 608; LÜDERSSEN, *supra* nota 18, p. 707. Esto también es importante en tiempos de conflictos asimétricos (para un enfoque aparentemente más flexible SHANY, *supra* nota 20, p. 117).

46. Esto es especialmente relevante en el DIH, pero no en DDHH, véase SHANY, *supra* nota 20, p. 110 ss.

47. Sobre éstas véase GROSS, *supra* nota 31, p. 1550 ss.; SHANY, *supra* nota 20, pp. 107-108.

«absolutismo pragmático», el individuo podría enfrentarse a situaciones en las cuales en lugar de complacencia institucional, más bien sería tolerada o incluso esperada una «desobediencia oficial» civil.⁴⁸ Por supuesto que esta desobediencia debe presuponer una *deliberación* seria por parte del investigador respectivo –deliberación que no debe y no puede ser sustituida por la mera voluntad legislativa.⁴⁹ La dicotomía entre *Estado-individuo* que subyace a este enfoque, refleja a su vez la dicotomía entre los DDHH y DIH relevantes, en tanto dirigidos al Estado, y el DPI, en tanto dirigido al individuo. Mientras los primeros contienen una prohibición absoluta de la tortura, el último es más flexible y permite así causas excluyentes de la responsabilidad penal.⁵⁰ Éstas consideran un juicio *ex post* acerca de si la desobediencia del individuo era requerida y aceptable (en más detalle *infra* Parte 4).⁵¹

48. Los conceptos de «pragmatic absolutism» [«absolutismo pragmático»] y «official disobedience» [«desobediencia oficial»] vienen de GROSS, *supra* nota 31, pp. 1500, 1519, 1553 quien para el primero sostiene una prohibición absoluta de la tortura (p. 1490 ss.) y para el último permite al individuo ir «fuera del marco normativo» [«outside the legal order»] en caso de circunstancias extremas (pp. 1486-1487, 1489, 1519 ss.). Para la misma distinción entre el Estado y el individuo KADISH, *supra* nota 25, pp. 347, 352 ss.; A. ZUCKERMAN, Coercion and the Judicial Ascertainment of Truth, *Israel Law Review* 23 (1989) p. 357, aquí p. 371; WITTECK, *supra* nota 18, p. 43; SHUE, *supra* nota 11, p. 58; distinguiendo de manera similar entre «official empowerment» [«empoderamiento oficial»] *ex ante* y «justifications» [«justificaciones»] *ex post*, GUR-ARYE, *supra* nota 3, p. 189 (sigue explícitamente a KADISH, *supra* nota 25, pp. 190-191).

49. De acuerdo con GUR-ARYE, *supra* nota 3, p. 189, el investigador debería incluso estar forzado a evaluar «whether in the concrete circumstances the balance indeed justifies breaking the law» [«si en las circunstancias concretas el balance en realidad justifica quebrantar la ley»]. En contraste DERSHOWITZ, *supra* nota 37, p. 263, considera que es injusto trasladar a los investigadores el riesgo de ser penados.

50. Para la misma dicotomía véase GAETA, *supra* nota 16, pp. 789-790; en una línea similar SHANY, *supra* nota 20, p. 126 ss., confrontando la estricta naturaleza del DIH con la «relatividad» de la LPI tal como se expresa en el Art. 31(1) E-CPI. BENVENISTI, *supra* nota 12, p. 609, ve una «incoherence between the international and national spheres» [«incoherencia entre las esferas internacionales y nacionales»].

51. A favor de tal juicio *ex post* o ratificación también BENVENISTI, *supra* nota 12, p. 609 ss.; GROSS, *supra* nota 31, p. 1526 ss.; SHANY, *supra* nota 20, p. 123

III. EL «CASO MODELO» COMO UN CASO DE PRUEBA PARA LA RAZONABILIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE LA TORTURA

El caso modelo consta de los hechos centrales del caso alemán *Daschner* y de los casos israelíes de la bomba de tiempo. Ambos casos tienen que ser interpretados rigurosamente para encuadrarse en la situación de *Rettungsfolter* tal como fue definida anteriormente.⁵² Para el caso de la bomba de tiempo, en su forma más estricta, esto significa que el sospechoso no sólo es un miembro de un grupo terrorista o que sólo conoce el lugar de la bomba, sino que –ya sea como único perpetrador o conjuntamente con otros– ha preparado y llevado adelante el atentado en cuestión utilizando explosivos. Así, debe haber un objetivo bastante preciso en la aplicación de la tortura, es decir, encontrar dónde se ubica la bomba y evitar su detonación; objetivos generales como el que alguna vez formulara la Israel Supreme Court –recoger información sobre los terroristas y sus métodos organizativos...–⁵³ son demasiado vagos como para justificar el uso de tortura. Sobre el caso de *Daschner* la pregunta que se plantea en primer lugar, es si la amenaza de infligir dolor queda comprendida dentro del ámbito de la prohibición de la tortura. El Tribunal del Estado de Frankfurt ignoró este problema; por su parte, algunos académicos pretenden poner la amenaza y la efectiva aplicación de la tortura en un pie de igualdad,⁵⁴ pero esto va claramente contra la redacción de Art. 1 CCT que requiere la real «inflicción» de tortura.⁵⁵ Si se tratara la amenaza

(pero limitadas a las medidas que no llegan a ser tortura).

52. *Supra* nota 11 y texto principal.

53. Israel Supreme Court, *supra* nota 12, para. 1 [«to gather information regarding terrorists and their organizing methods»].

54. ROXIN, *supra* nota 18, p. 464; H. DÜX, Meinungen zur «Folterdiskussion», *ZRP* 36 (2003) p. 180.

55. *Supra* nota 19. Para el mismo punto de vista KRETSCHMER, *supra* nota 18, p. 107; HERZBERG, *supra* nota 22, p. 326; MERKEL, *supra* nota 11, p. 401.

de cometer un delito en forma equivalente a la real comisión, los delitos incipientes tal como están previstos en el § 241 StGB (*Bedrohung*, amenaza de cometer un delito) serían algo superfluo. Otra cuestión a considerar es si la amenaza de tortura podría constituir en sí misma tortura, o por lo menos un trato inhumano. Esto fue afirmado por la Corte Europea de Derechos Humanos para el caso en que dicha amenaza sea «suficientemente real e inmediata».⁵⁶ De todas maneras esto únicamente puede decidirse en cada caso concreto.

Teniendo en cuenta estas restricciones, el caso modelo reza de la siguiente manera: una persona, sospechosa de haber cometido un delito, p. ej., de haber secuestrado a otra persona o de haber puesto una bomba, es arrestada y se niega a cooperar con los investigadores. Si éstos no obtienen inmediatamente la información sobre el paradero de la persona secuestrada o sobre cómo desactivar la bomba, la víctima va a morir y la bomba va a explotar. Para impedir que esto suceda, los investigadores obtienen del sospechoso la información necesaria aplicando tortura. De este modo la víctima puede ser rescatada y la bomba puede ser desactivada. De más está decir que en este caso los investigadores son agentes del Estado. La situación podría ser diferente si se tratase de investigadores privados o de ciudadanos que cumplen con tareas de investigación, pero estas alternativas escapan al ámbito de este estudio.⁵⁷

56. Sentencia, *Campbell and Cosans v. UK*, Fallo del 25 de febrero de 1982 (= EuGRZ 1982, 153), para. 26. [sufficiently real and immediate]. Para una buena discusión con más referencias véase KINZIG, *supra* nota 18, p. 799 ss. (801), quien concluye que «eine ernst gemeinte und ernst empfundene Androhung von Folter (...) einen Fall von Folter darstellen kann» [una amenaza de tortura planteada en serio y percibida como seria (...) puede representar un caso de tortura], esto constituye por lo menos un trato inhumano dentro del significado del Art. 3 CEDH; para una misma conclusión que focaliza la violación de la dignidad humana KRETSCHMER, *supra* nota 18, p. 107.

57. Sobre la legítima defensa en casos de tortura «privada» véase W. PERRON, *Foltern in Notwehr?*, en: B. Heinrich (coord.), *FS für Ulrich Weber* (Bielefeld: Giesekeing, 2004) p. 143, aquí p. 150 pp.; LENCKNER/PERRON, en: Schönke, A. y Schröder, H. (coords.), *Strafgesetzbuch* (27ma. ed., Munich: C.H.Beck, 2006) § 32

Llamo a este caso un caso modelo por dos razones. En primer lugar, porque es un caso *ficticio, teórico*, que difícilmente alguna vez ocurra de esta forma en la práctica. En muchos casos la policía no podrá estar segura de si la persona arrestada estaba realmente involucrada en el delito o, al menos, de cuál pudo haber sido su contribución. Por lo tanto será incierto qué información podría obtenerse del sospechoso y si el infligirle dolor podría ser de alguna manera efectivo. En otros casos la bomba no estará activada ni con el tiempo de descuento corriendo, es decir, el peligro a evitar no sería inmediato. Por estas y otras razones es que en especial el escenario de la bomba de tiempo no es muy realista. Incluso se podría decir que es completamente teórico –volveremos sobre este punto más adelante.⁵⁸ Pero esto no significa que el caso modelo tenga que descartarse para nuestros fines, en particular para *poner a prueba la racionalidad de la demanda de una prohibición absoluta de tortura*. Dicha demanda sólo puede sostenerse lógicamente si no se puede imaginar un caso en el cual deba sufrir una excepción, es decir, en el cual la tortura deba ser permitida.⁵⁹ Esto nos lleva al segundo motivo por el cual llamamos a nuestro caso un caso modelo: está diseñado teniendo en cuenta los requisitos legales de una causa de exclusión de la responsabilidad. En otras palabras, si la responsabilidad penal del torturador ni siquiera puede ser excluida en este caso extremo, tal responsabilidad nunca podría ser excluida, *a fortiori*, en los casos menos extremos (claramente más realistas).

nm. 62a; HILGENDORF, *supra* nota 11, p. 335; KRETSCHMER, *supra* nota 18, p. 108 ss.; SCHILD, *supra* nota 18, p. 73 ss. (todos estos autores argumentan esencialmente en favor de una prohibición casi idéntica); véase también WITTRECK, *supra* nota 18, p. 40 con más referencias sobre la postura en el Derecho Constitucional; para la inaplicabilidad de limitaciones constitucionales en el caso de individuos privados WAGENLÄNDER, *supra* nota 18, p. 123 ss.

58. Véase *infra* notas 151 y 152 y texto principal.

59. Sobre este argumento de lógica véase MERKEL, *supra* nota 11, p. 379; también ENKER, *supra* nota 37, p. 73; KRETZMER, *supra* nota 3; GRECO, *supra* nota 11, pp. 629 y 643; para tal caso extremo también SHUR, *supra* nota 11, p. 57.

IV. POSIBLES CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INVESTIGADOR QUE TORTURA

Puede excluirse la responsabilidad penal del torturador con base en la legítima defensa, en el estado de necesidad o en otras causas excluyentes (supra-legales). La invocación de estas causas se basa en la suposición de que son aplicables a la policía y a otros investigadores públicos.⁶⁰ Si bien ambas causas, es decir, la legítima defensa y el estado de necesidad (o necesidad, como se la llamará en adelante), se reconocen en el Derecho comparado, en el DPI en general, y en Israel y Alemania en particular, hay algunas diferencias importantes que pueden tener algún efecto en la aplicabilidad de la causa respectiva. Además, la distinción entre *justificación* y *excusa*, central para nuestro caso, no es reconocida formalmente ni en el derecho anglosajón (*common law*) ni en el DPI.⁶¹ Sin embargo, su importancia es reconocida por autores del derecho anglosajón e israelí.⁶² Incluso podría argumentarse

60. El punto es discutido en Alemania pero tiene que ser respondido afirmativamente, para un análisis completo ver WAGENLÄNDER, *supra* nota 18, p. 29 ss., 93 ss., pp. 198-199; véase también ROXIN, *supra* nota 10, § 15 nm. 108 ss., § 16 nm. 103-104; LÜDERSSEN, *supra* nota 18, p. 697 ss.; KRETSCHMER, *supra* nota 18, p. 104-105; PERRON, *supra* nota 57, pp. 145-146; HERZBERG, *supra* nota 22, pp. 321-322; SCHILD, *supra* nota 18, p. 67; crít. MERKEL, *supra* nota 11, pp. 382-383. KINZIG, *supra* nota 18, p. 810, distingue entre legítima defensa y necesidad y descarta la aplicabilidad de la última debido a la reglas más específicas que prohíben la tortura; esto es poco convincente, ya que la subsidiariedad de la necesidad sólo opera con respecto a otras causas excluyentes de la responsabilidad (más específicas) pero no con respecto a las normas de prohibición (primarias o secundarias).

61. Para una discusión más detallada, véase K. AMBOS, Toward a Universal System of Crime: Comments on George Fletcher's Grammar of Criminal Law, *Cardozo Law Review* 28 (2007) 2647, p. 2659 ss., p. 2669 (versión en español: «Dogmática jurídico-penal y concepto universal del hecho punible», *Política Criminal* 5 (2008), www.politicacriminal.cl).

62. Cfr. MOORE, *supra* nota 42, pp. 284, 308, 320; DERSHOWITZ, *supra* nota 37, p. 200; P. ROBINSON, Letter to the Editor, *Israel Law Review* 23 (1989) p. 189, aquí p. 190; KREMNIETZ/SEGEV, *supra* nota 12, pp. 535-536; GUR-ARYE, *supra*

que la Israel Supreme Court interpreta la necesidad como una excusa al rechazar su «valor normativo adicional» y al enfatizar el «sentimiento de necesidad» del investigador.⁶³ En todo caso, esta distinción se desarrolla en la línea divisoria entre una conducta no antijurídica (justificada, permitida) y antijurídica, pero no de una conducta culpable (excusada, no culpable). Esta distinción ofrece la única salida del dilema entre la prohibición absoluta de tortura y un entendible error individual de no cumplir con esta prohibición en casos extremos como el de nuestro caso modelo.

1. Legítima defensa

Se establece en las tres provisiones relevantes lo siguiente:

Artículo 34J (34-10) del Código Penal israelí de 1977, según la reforma de 1994 (legítima defensa).⁶⁴

Una persona no podrá incurrir en responsabilidad penal por realizar un acto inmediatamente necesario para rechazar un ataque ilegal que implica un riesgo real de daño a su vida o a la de un tercero, o a su libertad, integridad física o propiedad; sin embargo, la persona no estará actuando en defensa propia si ella provocó dicho ataque por su conducta inapropiada, siempre que haya previsto los posibles desarrollos posteriores.

§ 32 StGB *Notwehr* (legítima defensa)⁶⁵

(1) Quien cometa un hecho requerido por la legítima defensa, no actúa antijurídicamente.

nota 3, p. 188; M. S. WATTAD, The Torturing Debate on Torture, *Northern Illinois University Law Review* 29 (2008) 1, pp. 39 ss.

63. Israel Supreme Court, *supra* nota 12, paras. 36 [«additional normative value»], 38. [«feeling of necessity»]. Véase también GUR-ARYE, *supra* nota 3, p. 188; conc. GRECO, *supra* nota 11, p. 632 con nota 31.

64. Reforma No. 39, en vigencia desde 1995; traducción de Dr. Yuval Shany, Hebrew University, preparada para el autor.

65. N.T.: La versión aquí presentada es de la traductora, con consulta de las traducciones al español del Código Penal Alemán de C. López Díaz (Bogotá:

(2) Legítima defensa es la defensa que es necesaria para repeler una agresión antijurídica actual contra uno mismo o contra un tercero.

Artículo 31(1) E-CPI

(c) Actuar razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos.

Ambas disposiciones, tanto la de la ley israelí como la de la ley alemana requieren un *ataque* ilícito, el E-CPI requiere por su parte un *uso* ilícito de la fuerza. El ataque o el uso de la fuerza deben estar dirigidos contra la misma persona que se defiende o contra un tercero, el que se defiende debe defenderse a sí mismo o a este tercero y la defensa debe dirigirse contra el atacante o contra sus intereses legales.⁶⁶ En nuestro caso modelo el ataque o la fuerza se dirigen contra la libertad de la persona secuestrada, o contra la vida, la integridad física, etc. de las víctimas potenciales del ataque terrorista. La tortura (como el acto de defensa) se dirige contra el secuestrador, o contra el terrorista responsable de instalar la bomba, es decir, contra atacantes dentro del significado de la legítima defensa y no contra inocentes que podrían simplemente tener conocimiento de la situación, por ejemplo la esposa o los parientes del terrorista.⁶⁷ Ésta es una diferencia importante respecto del estado de necesidad y de hecho habla en favor de la legítima defensa en nuestro caso.⁶⁸ Más problemático es sin embargo el *requisito temporal* contenido

Universidad Externado de Colombia, 1999) y de E. Eiranova Encinas y J. Ortiz de Noriega (coord.) (Madrid: Marcial Pons, 2000).

66. ROXIN, *supra* nota 10, § 15 nm. 124 ss.; MOORE, *supra* nota 42, p. 323 ss.

67. Explícitamente MOORE, *supra* nota 42, p. 324.

68. Por esta razón ENKER, *supra* nota 37, p. 75 ss. y GUR-ARYE, *supra* nota 3, p. 191 ss., p. 194, prefieren la legítima defensa a la necesidad.

en los términos «inmediatamente», «real» (Art. 34-10 Código Penal Israelí), «actual» (§ 32 (2) StGB) e «inminente» (Art. 31 (1) (c) E-CPI). Este requisito limita la legítima defensa y la prevé sólo frente a ataques que son inmediatamente previos (en los que por consiguiente el peligro es «inminente»), que se están llevando a cabo o que aún continúan.⁶⁹ Mientras que el ataque que se realiza mediante un delito continuado —como lo es la privación de la libertad por medio del secuestro— es un ejemplo clásico de un ataque que aún continúa, en los casos de la bomba de tiempo la inmediatez o inminencia del ataque es realmente discutible: ¿Cuánto tiempo debe estar activada la bomba antes de que explote y qué período de tiempo todavía estaría bajo el requisito de inmediatez? En el caso normal de legítima defensa estamos hablando de minutos, no de horas: el atacante está cargando su rifle para disparar a la víctima, el atacante está levantando su brazo con el cuchillo para apuñalar a la víctima, etc. Un golpe preventivo en contra de un ataque temido está excluido.⁷⁰ Por lo tanto la legítima defensa en el caso de la bomba de tiempo normalmente no va a encajar jurídicamente debido a la ausencia del requisito de inmediatez.⁷¹

Por consiguiente, es correcto que la Israel Supreme Court y la mayoría de los autores ni siquiera discutan la legítima defensa en estos casos,⁷² sino que traten directamente la defensa bajo

69. Véase K. AMBOS, Other Grounds Excluding Responsibility, en: A. Cassese, P. Gaeta y J.R.W.D. Jones (coords.), *The Rome Statute of the ICC: A Commentary*, Vol. I (Oxford: OUP, 2002) pp. 1003-1048, aquí p. 1032.

70. Para una discusión véase ROXIN, *supra* nota 10, para. 15 nm. 21 ss.; véase también G. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 1998), pp. 133-134; AMBOS, *supra* nota 69, p. 1032.

71. Similar V. ERB, Notwehr als Menschenrecht, *NSIZ* (2005) p. 593, aquí p. 600 col. izq., quien argumenta que el recurso a la tortura para prevenir un ataque terrorista «en algún momento futuro» (*irgendwann in der Zukunft*) no puede ser justificado por legítima defensa debido a la falta de inmediatez del ataque; véase también M. JAHN, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes* (Frankfurt am Main: Klostermann, 2004), pp. 249-250.

72. Una excepción es MOORE, *supra* nota 42, p. 323, quien considera que «the principle uncovered as the moral basis for the defense may be applicable» [«el

el supuesto del estado de necesidad. En el caso del secuestro, en cambio, o bien el ataque será actual durante el tiempo que continúe la privación de libertad,⁷³ o el ataque consistirá en la negativa del sospechoso (omisión) a dar la información necesaria no obstante estar obligado a hacerlo⁷⁴ –ya sea por su comportamiento ilícito anterior o por una ley administrativa (de policía) específica–.⁷⁵

Las complicaciones empiezan aquí con el análisis del *acto de legítima defensa*, el real contra-ataque de la persona que se defiende. Este acto debe ser «necesario» (Art. 34-10 Código Pe-

principio que se revela como la base moral para la defensa puede ser aplicable] pero reconoce que «the literal law of self-defense is not available» [la ley literal de la legítima defensa no está disponible] por la falta del requisito de inmediatez (*ibid.*). En contraposición ENKER, *supra* nota 37, p. 75 ss. y BENVENISTI, *supra* nota 12, pp. 606-607, aplican la legítima defensa, ambos aparentemente pasando por alto el requisito de inmediatez; de manera similar GUR-ARYE, *supra* nota 3, p. 193 ss. En contra de la legítima defensa en estos casos por la falta de la intención («intent») de defenderse WATTAD, *supra* nota 62, pp. 38-39, 48.

73. Véase PERRON, *supra* nota 57, pp. 147-148, quien explica este punto de vista con el interés puesto en la reafirmación de la ley en sí misma como bien a ser protegido por la legítima defensa (sobre esta concepción dualista véase *infra* nota 77 con el texto principal); véase también WAGENLÄNDER, *supra* nota 18, p. 117; JEßBERGER, *supra* nota 18, p. 713 col. izq.; ERB, *supra* nota 71, p. 598 col. izq.; MERKEL, *supra* nota 11, p. 387 ss.

74. Cfr. HILGENDORF, *supra* nota 11, p. 339; ROXIN, *supra* nota 18, p. 464; WAGENLÄNDER, *supra* nota 18, p. 116; también O. MIEHE, Nochmals: Die Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot, *NJW* (2003) p. 1219, aquí p. 1220; para otro punto de vista KRETSCHMER, *supra* nota 18 pp. 111-112, quien sólo interpreta una omisión como un ataque (en el marco del significado de legítima defensa) si tal omisión trae consigo una intrusión en la esfera personal de la víctima, es decir, si es «grenzverletzend» [violatoria de límites-], y niega que esta violación se de para nuestro caso al ocultarse el paradero de la víctima secuestrada.

75. El deber de cooperar se desprende de los deberes específicos de información codificados en las leyes de policía de los Estados, véase p. ej. para 12(2) col. 1 de la Ley de Policía de Hessen o para 20(1)27(4) col. 1, (3) Nr. 1 Ley Policial de Baden-Württemberg. Para una discusión WAGENLÄNDER, *supra* nota 18, p. 46 ss.; G. HAURAND y J. VAHLE, Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* [NVwZ] 22 (2003) p. 513, aquí p. 516 ss.; véase también JEROUSCHEK y KÖLBER, *supra* nota 11, pp. 615-616; KRETSCHMER, *supra* nota 18, p. 104.

nal Israeli), «requerido» y «necesario» (§ 32 StGB) o «razonable» y «proporcional» (Art. 31 (1) E-CPI). Aparte del significado de estos términos, el alcance de la legítima defensa depende mucho de su *racionalidad* subyacente. En primer lugar, la legítima defensa es, independientemente de su codificación en la ley positiva, el derecho más original y natural del individuo para prevenir cualquier intrusión en su privacidad; como el que delimita lo bueno de lo malo.⁷⁶ Como consecuencia, la legítima defensa no se basa únicamente en la protección de los intereses individuales en juego (*Individualschutz*), sino también en la reafirmación de la ley misma (*Rechtsbewährung*) frente al atacante ilícito⁷⁷ –de acuerdo con la clásica frase alemana, «Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen» («El Derecho no tiene que ceder ante lo injusto»)⁷⁸. Como consecuencia, la legítima defensa difícilmente puede tener límites, y en particular no puede someterse a una mera prueba de proporcionalidad, con tal que el acto real de legítima defensa sea el medio «necesario» (*erforderlich*), es decir, adecuado (*geeignet*) y menos grave, pero igualmente efectivo (*relative mildeste*) para repeler el ataque.⁷⁹ Este último punto ha sido rechazado por el Tribunal del Estado de Frankfurt en el caso *Daschner*, en el que se consideró que la amenaza de usar la fuerza no era ni el único medio ni el menos severo a disposición de la policía, ya que se pudieron haber utilizado otros, como por ejemplo la confrontación del sospechoso con los hermanos de la víctima.⁸⁰ Mientras que en general se puede dudar

76. Véase con más referencias MERKEL, *supra* nota 11, p. 385 ss.

77. Cfr. ROXIN, *supra* nota 10, § 15 nm. 1 ss.; PERRON, *supra* nota 57, p. 147.

78. Cfr. A.F. BERNER, Die Notwehrtheorie, *Archiv des Criminalrechts* 29 (1848) p. 547, aquí pp. 557, 556. Sobre la importancia del concepto de «Derecho» en el discurso legal alemán con respecto a la legítima defensa G. FLETCHER, The Right and the Reasonable, *Harvard Law Review* 98 (1985) p. 949, aquí p. 964 ss.

79. LENCKNER y PERRON, *supra* nota 57, para. 32 nm. 34. Sobre el mismo sentido de «razonablemente» en el Artículo. 31(1)(c) E-CPI, véase AMBOS, *supra* nota 69, p. 1034.

80. LG Frankfurt, *supra* nota 4, p. 693 col. der.: «Die Androhung von Schmerzzufügung war jedoch nach Art und Maß nicht das mildeste Gegenmittel, da mit dem Stufenkonzept noch andere Maßnahmen zur Verfügung standen».

de la conveniencia y la efectividad de la tortura –a la luz de la experiencia histórica respecto de la confiabilidad de confesiones hechas bajo tortura en el marco del juicio inquisitorio–,⁸¹ las técnicas modernas de interrogación parecen permitirle además a la policía aplicar un sistema más sofisticado de medidas antes de acudir a la pura fuerza física.⁸² Si bien parece de alguna manera cínico el distinguir entre grados de tortura con respecto al requisito de «menos severo, pero igualmente efectivo»,⁸³ *in casu* es muy cuestionable si las medidas alternativas hubieran sido realmente efectivas, dada la presión temporal y el peligro inminente para la víctima.⁸⁴ Teniendo en cuenta el comportamiento evasivo y engañoso del secuestrador durante el interrogatorio, ninguna medida alternativa hubiera logrado que confesara inmediatamente.⁸⁵ Así, en general, en un secuestro o en una situación similar, la amenaza del uso de fuerza podría ser «requerida»

[La amenaza de infligir dolor, sin embargo, no fue ni cualitativa ni cuantitativamente la contra-medida menos severa, ya que según la idea de graduación había otras medidas a disposición.]. En una línea similar W. HECKER, *Relativierung des Folterverbots in der BRD?*, *Kritische Justiz* 36 (2003) p. 210, aquí p. 216.

81. Véase el trabajo fundamental de A. IGNOR, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846* (Paderborn et al.: Schöningh, 2002), p. 163 ss., quien demuestra que la tortura no sólo fue considerada inhumana, sino inefectiva con vista a la persecución de los verdaderos delincuentes. Crit. en nuestro contexto también ZUCKERMAN, *supra* nota 48, p. 366; JEROUSCHEK y KÖLBEL, *supra* nota 11, pp. 617-618; PERRON, *supra* nota 57, p. 148.

82. Véase KINZIG, *supra* nota 18, p. 807; conc. PERRON, *supra* nota 57, p. 148 (aunque con un resultado distinto en el caso concreto, véase *infra* nota 86).

83. Crit. al respecto JEROUSCHEK y KÖLBEL, *supra* nota 11, p. 618 col. der. Crit. también KREMNIETZER, *supra* nota 13, pp. 250, 254, ya que cualquier uso de coacción física viola la dignidad humana y el uso de fuerza es un proceso dinámico. Para una distinción similar véase sin embargo MOORE, *supra* nota 42, p. 334.

84. El hecho de que *in casu* la víctima ya estaba muerta antes que se iniciara el interrogatorio no cambia la posible justificación de la tortura; sólo convierte la situación de la legítima defensa en una legítima defensa putativa, la cual, de acuerdo a la opinión dominante en la doctrina alemana, negaría el *mens rea* del acusado (véase para una discusión desde una perspectiva comparativa AMBOS, *supra* nota 61, p. 2661 ss.).

85. Véanse los resultados fácticos del LG Frankfurt, *supra* nota 4, p. 692 col. der.

dentro de la idea de la legítima defensa.⁸⁶ De todas maneras esto sólo puede decidirse ante el caso concreto en cuestión.

Si bien la disposición alemana sobre la legítima defensa –por las razones antes mencionadas– no requiere la proporcionalidad, esto no significa que la legítima defensa sea ilimitada, sino que requiere que el acto sea «requerido» (*geboten*). Éste es un concepto normativo que demanda ciertas «restricciones ético-sociales» de la legítima defensa, por ejemplo en el caso de ataques por parte de agentes que no sean totalmente responsables o culpables (niños, personas dementes etc.), en caso de ataques insignificantes, etc.⁸⁷ En el caso del Tribunal de Frankfurt,⁸⁸ como ha argumentado la mayoría de los autores alemanes, la violación de la dignidad humana implícita en la amenaza de tortura conlleva la falta de «*Gebotenheit*» de la legítima defensa y, por consiguiente, la ilicitud de la (amenaza de) tortura.⁸⁹ A primera vista, esto parece ser convincente, pero ¿cómo podría algo que está prohibido (la tortura y la violación de la dignidad humana) ser al mismo tiempo «requerido» (*geboten*)?⁹⁰ Esto genera algunas dudas sobre la alegada inalienabilidad o inviolabilidad de la dignidad humana.⁹¹ ¿No violamos todo el tiempo la dignidad

86. Para el mismo resultado HILGENDORF, *supra* nota 11, p. 339 col. izq.; PERRON, *supra* nota 57, pp. 148-149; ERB, *supra* nota 71, pp. 598-599 (especialmente crítico de la valoración opuesta del LG Frankfurt); véase también WAGENLÄNDER, *supra* nota 18, p. 118 ss.; JEßBERGER, *supra* nota 18, p. 713 col. izq.; LENCKNER y PERRON, *supra* nota 57, para. 32 nm. 62a.

87. ROXIN, *supra* nota 10, para. 15 nm. 55 ss.

88. LG Frankfurt, *supra* nota 4, pp. 693-694.

89. ROXIN, *supra* nota 18, p. 465; *idem*, *supra* nota 10, para. 15 nm. 106-107; PERRON, *supra* nota 57, pp. 149-150; LENCKNER y PERRON, *supra* nota 57, para. 32 nm. 62a con más referencias.

90. Cfr. ROXIN, *supra* nota 18, p. 465. Para el mismo resultado K. BERNSMANN, *Entschuldigung durch Notstand* (Köln et al.: Heymann, 1989) pp. 93-94; KINZIG, *supra* nota 18, p. 811; JEßBERGER, *supra* nota 18, p. 714 col. izq.; HILGENDORF, *supra* nota 11, p. 339 col. izq.; JEROUSCHEK y KÖLBEL, *supra* nota 11, pp. 619-620 (distinciendo entre la tortura pública y la privada, y aceptando la limitación únicamente para la primera); SALIGER, *supra* nota 18, pp. 48-49; SCHILD, *supra* nota 18, p. 72.

91. La doctrina de la inviolabilidad, basada en el Art. 1 de la *Grundgesetz* alemana, es una de las grandes apuestas del derecho constitucional alemán; sin

humana de las personas que no obedecen nuestras reglas: por ejemplo el portador de droga que es obligado a ingerir alguna sustancia para expulsar de su cuerpo las drogas pasadas de contrabando;⁹² o los refugiados africanos que huyen a nuestros países ricos y están encerrados en campamentos sin los estándares mínimos de respeto a los derechos humanos?⁹³ ¿No significa esto que aún el principio de dignidad humana tiene limitaciones inherentes? Con respecto a nuestro caso, la pregunta es: ¿cómo respondemos por la dignidad humana de la víctima que, encerrada en un cuarto diminuto, oscuro, podría morir de lenta y dolorosamente de sed e inanición?⁹⁴ ¿Por qué el ordenamiento legal debe dar más valor a la dignidad del delincuente culpa-

embargo ha provocado reacciones críticas, especialmente con respecto a nuestro caso: véase LÜDERSSEN, *supra* nota 18, p. 702, quien llama a esta doctrina (según la cual la dignidad humana debe reservarse de cualquier «Prozess der Abwägung» [proceso de ponderación]), «die große Lebenslüge des Verfassungsrechts» [la gran mentira perpetua del derecho constitucional]. Crit. también HERZBERG, *supra* nota 22, p. 322; MERKEL, *supra* nota 11, p. 396 ss.; para un análisis completo de los diferentes puntos de vista véase WAGENLÄNDER, *supra* nota 18, p. 135 ss.

92. En dicho caso, en el cual un supuesto narcotraficante fue obligado a ingerir vomitivos para provocar la expulsión de las «burbujas» que contendrían la droga, Alemania fue incluso condenada por la Corte Europea de Derechos Humanos, *inter alia*, debido a una violación del Art. 3 (por diez votos contra siete), véase sentencia *Jalloh v. Alemania* (application no. 54810/00), del 11 de julio del 2006.

93. Según un informe de Amnesty International los campamentos establecidos en las Islas españolas no cumplen con los estándares mínimos y los refugiados están incluso expuestos a abuso sexual y de otras formas, ACT 34/003/1997, 19 de marzo de 1997, disponible en <http://web.amnesty.org/library/index/engACT340031997> (visitada el 10 de marzo de 2008). Para un estudio teórico-político de las contradicciones del discurso de los derechos humanos respecto de la situación precaria de los no-nacionales véase H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo* (Madrid: Alianza Editorial, 2006 – orig. en alemán: *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, 1951), especialmente en su capítulo Aporías de los Derechos Humanos; véase también, más actual, G. AGAMBEN, *Medios sin fin: Notas sobre la política* (Valencia: Pre-Textos, 2001 – orig. en italiano: *Mezzi senza fine. Note sulla politica*, 1996), y del mismo autor *Estado de Excepción. Homo Sacer II* (Valencia: Pre-Textos, 2004 – orig. en italiano: *Stato di Eccezione*, 2003).

94. Sobre la violación de la dignidad que implica el secuestro véase WAGENLÄNDER, *supra* nota 18, pp. 165-166.

ble que a la de la víctima inocente? ¿No es el secuestrador –de acuerdo con la estructura de la legítima defensa– responsable del ataque y por tanto de sus consecuencias, incluso hasta el extremo de poder ser sometido a tortura?⁹⁵ 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,⁹⁶ mientras que la víctima no tiene ninguna otra alternativa que esperar ser rescatada desde el exterior? ¿No tiene la víctima, por consiguiente, más derechos que el secuestrador?⁹⁷ Estas preguntas llevan a serias e importantes discusiones que parecen requerir un enfoque algo más flexible; demuestran en todo caso que la invocación de la legítima defensa en un caso como el de *Daschner* –o la invocación de la necesidad en un caso del tipo de la bomba de tiempo– no pueda ser descartada simplemente por un recurso casi reflejo a la prohibición internacional o constitucional de la tortura.⁹⁸ En esta situación 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.⁹⁹ De hecho un Estado que categóricamente prohíbe la tortura parece abandonar en este caso a la víctima y, de ese modo, violar su dignidad humana.¹⁰⁰ Con este trasfondo se entiende que algunos

95. A favor de este argumento basado en las estructuras de atribución en la legítima defensa MERKEL, *supra* nota 11, p. 390 ss.; en general también WITTECK, *supra* nota 18, p. 52.

96. Para el mismo argumento KREMNIETZ y SEGEV, *supra* nota 12, pp. 543-544; GUR-ARYE, *supra* nota 3, p. 194; crít. SHUE, *supra* nota 11, p. 52 ss.

97. Véase para este argumento MERKEL, *supra* nota 11, p. 397.

98. Véase sin embargo, DELMAS-MARTY, *supra* nota 2, p. 592, descartando una defensa individual para la tortura preventiva con un recurso demasiado general a los derechos humanos como es el estándar de interpretación del Art. 21(3) E-CPI.

99. W. BRUGGER, *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, *Der Staat* 35 (1996) p. 67, aquí p. 79; *idem supra* nota 13, p. 169 col. izq.; conc. JEROUSCHEK y KÖLBEL, *supra* nota 11, p. 618; ERB, *supra* nota 71, p. 599 col. izq.; WAGENLÄNDER, *supra* nota 18, p. 167; también véase KINZIG, *supra* nota 18, p. 792.

100. Véase también HILGENDORF, *supra* nota 11, p. 338; ERB, *supra* nota 71, p. 599 col. izq.; LÜDERSSEN, *supra* nota 18, p. 701; MERKEL, *supra* nota 11, pp. 396, 402; contra este argumento KRETSCHMER, *supra* nota 18, p. 108; contra él

autores argumenten que los intereses de la víctima deben prevalecer por encima de los intereses del sospechoso y que prohibiciones constitucionales, internacionales, o de otro tipo contra la tortura deban ser restringidas teleológicamente.¹⁰¹ Por consiguiente, en semejante caso sería «requerido» (*geboten*) un acto de legítima defensa,¹⁰² los órganos estatales podrían ser incluso obligados a usar la tortura y las víctimas potenciales o sus familiares tendrían derecho a ese recurso.¹⁰³

Sin embargo, a pesar de todos estos argumentos, aún pienso que el *principio fundamental* enunciado anteriormente, a saber, que un Estado que ordena o permite la tortura ya no puede ser considerado un Estado regido por los principios del Estado

WITTECK, *supra* nota 18, p. 52 con nota 83. Este autor (en p. 49 ss., p. 56) enfatiza el conflicto entre el deber de respeto (al sospechoso) y de proteger (a la víctima) que puede llevar a una justificación si el acto de tortura es proporcional (para una idea similar, véase WAGENLÄNDER, *supra* nota 18, p. 155 ss., pp. 199-200). Este recurso a la doctrina de justificación en caso de colisión de deberes (*rechtfertigende Pflichtenollision*) presupone, sin embargo, que los deberes contradictorios sean ambos deberes de actuar, no como en este caso un deber de actuar (con respecto a la víctima) y un deber de omitir (con respecto al sospechoso), véase también WAGENLÄNDER, *supra* nota 18, pp. 114-115; SALIGER, *supra* nota 18, pp. 47-48; SCHILD, *supra* nota 18, pp. 71-72.

101. Este punto de vista ha sido más enfáticamente defendido por BRUGGER, *supra* nota 99, p. 74 ss.; *idem*, *supra* nota 13, p. 168 ss.; en una línea similar ERB, *supra* nota 71, p. 599, arguyendo que el punto muerto entre la dignidad humana del sospechoso y la víctima (*supra* nota 99 y texto principal) acarrea en estos casos una restricción de la prohibición de la tortura por el recurso a la legítima defensa o a la necesidad; para un resultado similar también POSNER, *supra* nota 3, pp. 293-294; H. OTTO, Diskurs über Gerechtigkeit, Menschenwürde und Menschenrechte, JZ 60 (2005) p. 473, aquí pp. 480-481.

102. Cfr. WAGENLÄNDER, *supra* nota 18, pp. 170, 199; en favor de una justificación debido a la ausencia de tortura *stricto sensu* véase HERZBERG, *supra* nota 22, p. 328.

103. BRUGGER, *supra* nota 13, pp. 170-171; véase también; WAGENLÄNDER, *supra* nota 18, p. 176 ss.; JAKOBS, Terroristen als Personen im Recht, ZStW 117 (2005) p. 839, aquí p. 849; crit. WITTECK, *supra* nota 18, p. 56 con el convincente argumento de que en estos casos extremos de una «colisión de dignidades» la ley se mueve en un terreno tan resbaladizo que no pueden ser interpretados deberes legales estrictos.

de Derecho –un *Rechtsstaat*–, también se aplica a la calificación *ex post* de actos oficiales como correctos o incorrectos, como legales o ilegales. En primer lugar, la legítima defensa como una causa de justificación¹⁰⁴ haría al acto de tortura legal, es decir, negaría la antijuridicidad de la tortura.¹⁰⁵ Esto crearía una contradicción irreconciliable entre sostener la prohibición a nivel estatal y abandonarla a nivel de justificación individual. De hecho, si la tortura no puede ser lícita para el Estado, no puede serlo tampoco para el investigador policial como representante del Estado. Además, si la tortura fuera lícita, la víctima de la tortura no podría defenderse contra el ataque que el torturador realiza a su dignidad humana, sino que tendría que tolerarlo ya que la legítima defensa presupone un ataque *ilícito*.¹⁰⁶ Por tanto, el reconocimiento de la tortura como un acto lícito convertiría en definitiva a la tortura en algo legal y socialmente aceptable. La prohibición de la tortura habría sido minada –un peligro no sólo para las democracias menos estables que las de Israel y Alemania–¹⁰⁷ y rodaría pendiente abajo sin poder ser refrenada.¹⁰⁸ Por último,

104. Véase FLETCHER, *supra* nota 70, pp. 132-133; AMBOS, *supra* nota 69, p. 1021 ss., p. 1032 con nota 161.

105. Esto incluso aceptado por los autores del derecho anglosajón, véase MOORE, *supra* nota 42, pp. 320-321.

106. Para este argumento basado en la doctrina alemana de la «Notwehrprobe» («examen de la legítima defensa») véase LÜDERSSEN, *supra* nota 18, pp. 698-699, quien por esta razón rechaza la legítima defensa.

107. Incluso BRUGGER, *supra* nota 99, pp. 84-85 ve este peligro pero sólo para democracias menos estables.

108. Véase también KREMNITZER, *supra* nota 13, p. 272; ZUCKERMAN, *supra* nota 48, p. 372 («abandono del procedimiento penal ordinario»); D. KRETZMER, Introduction, en: Hebrew University of Jerusalem/Center for Human Rights, *Israel and International Human Rights Law: The Issue of Torture* (Jerusalem; Hebrew University, 1995), p. 4; *idem*, *supra* nota 3, p. 124; JEROUSCHEK y KÖLBEL, *supra* nota 11, p. 619 col. izq.; GAETA, *supra* nota 16, pp. 792-793 («riesgo de abuso»); GROSS, *supra* nota 31, p. 1506 ss.; SHANY, *supra* nota 20, pp. 108-109, 110, 114; E. WEßLAU, Die staatliche Pflicht zum Schutz von Verbrechenopfern und das Verbot der Folter, en: N. Paech et al. (coord.), *Völkerrecht statt Machtpolitik* (Hamburg: VSA, 2004) p. 390, aquí p. 400 ss.; WALDRON, *supra* nota 38, p. 1734 ss.; GRECO, *supra* nota 11, p. 639. El argumento de la «barranca abajo» también es admitido

y aún muy importante, la aparente anulación de la dignidad del sospechoso por la dignidad de la víctima es una *petitio principii*, ya que ésta presupone el argumento que antes necesita ser demostrado, es decir, la relatividad de la prohibición de la tortura. La alegada violación de la dignidad de la víctima por parte del Estado por no torturar al sospechoso se basa en la hipótesis de que el delito original cometido por un agente autónomo, por ejemplo el secuestro de un chico de once años, puede imputarse al Estado sólo porque el Estado se niega a autorizar que sus oficiales torturen a los sospechosos para salvar a sus víctimas.¹⁰⁹ Esta línea argumentativa es 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.¹¹⁰ Si bien puede sostenerse, aunque 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 muy 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, el último no puede ser hecho responsable del resultado de un acto del primero por no haber usado una técnica de investigación que está prohibida por la ley internacional y nacional. Por todas estas razones, en definitiva, la tortura nunca puede ser «requerida» por la legítima defensa y lo mismo se debe

por los autores críticos de la prohibición absoluta de la tortura, véase BRUGGER, *supra* nota 99, p. 97; *idem*, *supra* nota 13, pp. 172-173; contra este argumento ERB, *supra* nota 71, pp. 601-602; crít. también WAGENLÄNDER, *supra* nota 18, pp. 1671-68; crítico por razones de principio MERKEL, *supra* nota 11, pp. 379-380.

109. De acuerdo con esta idea de atribución véase en detalle MERKEL, *supra* nota 11, p. 393 ss.; contra un deber del Estado de torturar en estos casos KRETSCHMER, *supra* nota 18, p. 108.

110. Véase para los orígenes y significado de esta teoría AMBOS, *supra* nota 61, p. 2664 ss.

aplicar, *a fortiori*, para disposiciones de la legítima defensa que prevén un requisito de proporcionalidad más estricto. En otras palabras: si la tortura ni siquiera puede ser «requerida» por la legítima defensa, con menos razón podrá ser proporcional dentro del marco de lo que significa la legítima defensa.

2. Necesidad

Las disposiciones relativas a la necesidad justificante establecen lo siguiente:

Artículo 34k (34-11) del Código Penal israelí de 1977, reformado en 1994 (necesidad).¹¹¹

No habrá responsabilidad penal si se comete cualquier acto inmediatamente necesario, con el propósito de salvar la vida, la libertad, el cuerpo o la propiedad, ya sea de sí mismo o de un prójimo, de un considerable peligro de daño serio e inminente al estado particular de cosas [las circunstancias], en el momento necesario, y ante la falta de medios alternativos para evitar el daño.

§ 34 StGB: *Rechtfertigender Notstand* (estado de necesidad justificante)¹¹²

Quien ante un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, no evitable por otros medios, cometa un acto con el fin de evitar el peligro para sí o para un tercero no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto y el grado de peligro involucrado, el interés protegido por esta persona sobrepasa significativamente el interés dañado. Esta norma sólo rige si el acto es un medio apropiado para evitar el peligro.

111. Reforma No. 39, en vigor desde 1995; extraído de la Israeli Supreme Court, para. 33.

112. Véase *supra* nota 65.

Artículo 31(1) E-CPI

(d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá:

- (i) Haber sido hecha por otras personas; o
- (ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

La necesidad justificante ha asumido un lugar central en el debate sobre los casos de la bomba de tiempo.¹¹³ La Commission of Inquiry Report dio «importancia central» a esta defensa y consideró que el «gran mal» del terrorismo «justifica contra-medidas» en este mismo sentido.¹¹⁴ Según la Israel Supreme Court, la defensa por necesidad

«está a disposición de todos, particularmente de un investigador que actúa bajo la esfera organizacional del Estado en interrogatorios de esa naturaleza y “es probable que se de en los casos de bombas de tiempo” (...) Si un investigador GSS que aplicó métodos físicos de interrogatorio con el propósito de salvar vidas humanas es acusado penalmente, es probable que la defensa por “necesidad” sea posible para él si se dan las circunstancias apropiadas.»¹¹⁵

113. En favor de la distinción entre necesidad y coacción véase AMBOS, *supra* nota 69, p. 1023 ss., p. 1036. La última defensa no es pertinente en nuestro caso ya que el investigador que recurre a la tortura no es, por lo menos no directamente, coaccionado por el sospechoso de secuestro o de terrorismo para hacerlo, es decir, no existe la ausencia de voluntad o de libertad ante la amenaza inminente.

114. Commission of Inquiry, *supra* nota 3, p. 186 (para. 4.13).

115. Israeli Supreme Court, *supra* nota 12, para. 34 [...is open to all, particularly an investigator, acting in an organizational capacity of the State in interrogations of that nature and “likely to arise in instances of ticking time bombs”

Con base en la distinción entre la justificación y la excusa,¹¹⁶ la necesidad, en su forma clásica, constituye una justificación ya que su rasgo más prominente es *el equilibrio de intereses* o la opción entre males.¹¹⁷ El examen de esta ponderación de males es central para nuestro caso; de hecho, algunos autores confían exclusivamente en esta ponderación como si la necesidad no tuviera otros requisitos.¹¹⁸ Sea como sea, el examen está previsto en todas las disposiciones pertinentes, ya sea explícitamente («si en la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto ... el interés protegido por esta persona sobrepasa significativamente el interés dañado», § 34 StGB; «no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar», Artículo 31(1) (d) E-CPI) o implícitamente («considerable peligro»... «ante la falta de medios alternativos», Art. 34(11) Código Penal israelí). Si la necesidad es considerada como una *excusa*, como por ejemplo en el § 35 StGB (véase *infra* Parte C), se encuadra diferente y en particular no exige la ponderación de bienes o el examen del equilibrio. Ahora bien, antes de aplicar este examen a nuestro caso, deben ser tratados los otros requisitos de la necesidad. El primer problema surge con respecto al requisito de inmediatez («acto inmediatamente necesario»... «en el momento necesario», Artículo 34(11) Código Penal israelí; «peligro ac-

... if a GSS investigator who applied physical interrogation methods for the purpose of saving human life is criminally indicted, the “necessity” defence is likely to be open to him in the appropriate circumstances.]. Crit. sobre la defensa por necesidad en nuestro contexto, sin embargo, DERSHOWITZ, *supra* nota 37, p. 197; *idem*, Tortured Reasoning, *supra* nota 37, pp. 262, 264; ENKER, *supra* nota 37, pp. 56 ss., 80, 82. Estos autores parten de la hipótesis –incorrecta– de que los contornos de la necesidad no pueden definirse con precisión.

116. Véase *supra* nota 61 y texto.

117. El ejemplo clásico es la Sección 3.02 MPC (Código Penal Modelo) americano, que requiere que «the harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented...» [«el daño o el mal que se busca evitar con esa conducta sea mayor que la que se trata de prevenir...»]. Véase también MOORE, *supra* nota 42, pp. 284-285; AMBOS, *supra* nota 69, pp. 1036-1037.

118. Véase por ejemplo SHUE, *supra* nota 11, p. 57; POSNER, *supra* nota 3, p. 293 ss.

tual para la vida..., § 34 StGB; «amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes...», Artículo 31(1)(d) E-CPI), el cual, como se dijo anteriormente, conlleva la exclusión de la legítima defensa en los casos de la bomba de tiempo, ya que en estos casos el ataque no ocurre inmediatamente según el significado de las previsiones de la legítima defensa. Así, la pregunta que surge es si el requisito de inmediatez debe ser entendido más ampliamente en la necesidad, incluyendo los así llamados casos de defensa preventiva o *pre-emptiv*. Mientras ésta es la visión general de la doctrina y la jurisprudencia,¹¹⁹ el razonamiento, si es que se llega a dar, no siempre es convincente.¹²⁰ Además falta una limitación temporal

119. Commission of Inquiry, *supra* nota 3, p. 170 ss. (para. 312), p. 186 (para. 4.13): «not only when the perpetration of such activity is actually imminent, but also when it exists potentially, so that it is liable to occur at any time [no sólo cuando la consumación de tal actividad es realmente inminente, sino también cuando ésta exista potencialmente, de tal modo que sea probable que ocurra en cualquier momento]. Concordantemente ROBINSON, *supra* nota 62, p. 189; de otra opinión FELLER, *supra* nota 13, pp. 207-208 quien reclama un peligro «concrete, imminent» [«concreto, inminente»] —en contraste con un peligro «possible, future» [«posible, futuro»]. Véase también Israel Supreme Court, *supra* nota 12, para. 34: «the immediate need... refers to the imminent nature of the act rather than that of the danger. Hence, the imminence criteria is satisfied even if the bomb is set to explode in a few days, or perhaps even after a few weeks, provided the danger is certain to materialize and there is no alternative means of preventing its materialization. In other words, there exists a concrete level of imminent danger of the explosion's occurrence.» [«la necesidad inmediata... se refiere a la naturaleza inminente del acto, más que a la del peligro. Por lo tanto, el criterio de inminencia se satisface aún cuando la bomba se programe para explotar en unos días, o quizás incluso después de unas semanas, dado que es seguro que el peligro va a materializarse y que no hay medios alternativos para prevenir su materialización. En otras palabras, existe un nivel concreto de peligro inminente de que ocurra la explosión»]. De manera similar, en Alemania, aunque ambos parágrafos 32 y 34 del StGB usan el término «actual» (*gegenwärtig*) con respecto al ataque o peligro, hay un consenso general de que tiene que ser entendido más ampliamente en el caso de la necesidad, véase ROXIN, *supra* nota 10, para. 16 nm. 20.

120. Así, la interpretación de la Israel Supreme Court, como está citado en *supra* nota 119, es difícil de conciliarse con la redacción del Art. 34(11), ya que esta disposición se refiere a un «peligro inminente para el concreto estado de cosas...».

precisa. Si bien es claro que en los distintos casos de justificación de la legítima defensa y de la necesidad —el primero presupone un ataque o uso de fuerza más bien limitado; el último un peligro o amenaza más amplio—¹²¹ el requisito de la inmediatez debe ser entendido en forma más amplia en la necesidad, incluso en este caso la materialización del peligro no puede ser muy lejana en el futuro. Así, en el caso, las medidas de contraataque alternativas bastarían para apartar el peligro y así el requisito de «de otra manera inevitable» (§ 34 StGB; «ausencia de los medios alternativos para evitar el daño», Artículo 34(11) Código Penal israelí), es decir, el que no haya ninguna medida alternativa menos intrusiva a disposición del investigador, no se cumpliría. En efecto, el peligro sólo puede considerarse «actual» si una contra-medida posterior no fuera posible o sólo con riesgos mucho mayores.¹²² A la luz de este estándar es difícil argumentar, como lo hizo la Israel Supreme Court,¹²³ que el criterio de inminencia estaría satisfecho incluso si se teme que la bomba explote «en unas pocas semanas» («after a few weeks»).¹²⁴ Si la materialización del peligro es temporalmente tan distante puede esperarse, con cierta certeza, que la información necesaria para prevenir la explosión pueda obtenerse por otros medios distintos a la tortura, o sea, mediante la investigación y las tareas efectivas de inteligencia de los órganos de seguridad.

El requisito «de otra manera inevitable» no está explícitamente previsto en el Art. 31(1)(d) E-CPI, sin embargo, puede o bien

121. ZUCKERMAN, *supra* nota 48, p. 365, está confundiendo la legítima defensa y la necesidad al requerir indistintamente para ambas un «peligro inminente».

122. Véase por todos ROXIN, *supra* nota 10, para 16 nm. 20.

123. Israel Supreme Court, tal como fue citada *supra* nota 119.

124. En forma similar, la Commission of Inquiry, *supra* nota 3, p. 174 (para. 3.15) descartó fácilmente el factor temporal al encubrirlo con el examen de la elección de males —conceptualmente diferente— y especificando en este contexto: «what difference does it make, in terms of the necessity to act, whether the charge is certain to be detonated in five minutes or in five days?» [«qué diferencia hay, en términos de la necesidad de actuar, si la carga va a ser efectivamente detonada en cinco minutos o en cinco días?»].

interpretarse como la contracara del requisito de inmediación,¹²⁵ o bien leerse en los requisitos «necesario» y «razonable»¹²⁶ de la necesidad (véase el Art. 31(1)(d) E-CPI y Art. 34(11) Código penal Israelí).¹²⁷ A su vez, el requisito de «necesidad» debe ser afirmado en forma similar a como se lo hace en el caso de la legítima defensa, es decir, la pregunta central reside en saber si la medida de contra ataque es siquiera adecuada y necesaria en sentido estricto. Este no es el caso si el acto no es efectivo, o si hay a disposición del agente otros medios menos severos e igualmente efectivos. *In casu*, se aplican las mismas consideraciones que en el caso de la legítima defensa,¹²⁸ podría dudarse particularmente de la efectividad de la tortura con vistas a obtener la información correcta o cuanto menos algo de información.¹²⁹ Con esto no quiere descartarse en forma absoluta la posibilidad de que haya situaciones en que el torturador podría estar de hecho seguro de que la víctima posee y puede proporcionar la infor-

125. En este sentido KREMNITZER, *supra* nota 13, p. 245: «inminencia» como «la faceta de la ausencia de un curso de acción alternativo»; véase también U. KINDHÄUSER, *Allgemeiner Teil* (2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2006), para. 17 nm. 19.

126. La interpretación de JEBBERGER «orientada a los derechos humanos» del requisito de «razonabilidad» que lleva a la conclusión de que la tortura preventiva siempre es irrazonable (*supra* nota 4, pp. 1072, 1073) no es convincente ya que no está claro qué es lo que entiende por razonabilidad y por consiguiente su conclusión puede aceptarse o rechazarse, dependiendo de esta interpretación; si, por otro lado, él considera la racionalidad como una expresión de proporcionalidad (como aparece en la p. 1072: «... el recurso a ella [la tortura, K.A.] está siempre fuera de proporción al peligro a la vida y al cuerpo que debe ser prevenido o evitado») su afirmación encuadra mejor en la ponderación de la elección de males. De hecho, «razonable» en el Artículo. 31(1)(d) E-CPI puede ser considerado un término general que abarca «necesidad», «proporcionalidad» (Ambos, *supra* nota 69, p. 1040).

127. Véase p. ej. ROXIN, *supra* nota 10, para. 16 nm. 23 con respecto al § 34 StGB ya que esta disposición no requiere explícitamente un acto «necesario».

128. Véase *supra* nota 76 y texto principal.

129. Véase ya *supra* nota 81 y en el contexto de necesidad KREMNITZER, *supra* nota 13, p. 248; KREMNITZER y SEGEV, *supra* nota 12, p. 551; GAETA, *supra* nota 16, pp. 791-792.

mación requerida para prevenir el daño concreto,¹³⁰ pero sobre esto no podrá haber certeza absoluta y la aplicación de la tortura debe predicarse sólo con base en tal certeza. En todo caso, la información que se obtenga debe ser lo suficientemente precisa; información general sobre los explosivos en posesión del sospechoso o sobre la estructura del grupo al cual éste pertenece no es suficiente.¹³¹ De la misma manera, y a diferencia de lo establecido por la Commission of Inquiry Report,¹³² tampoco alcanza con la sola necesidad de un interrogatorio. Más bien debe demostrarse específicamente que el uso de fuerza, hasta el grado de la tortura, era necesario.

A diferencia de la legítima defensa,¹³³ la contra-medida necesaria no debe dirigirse sí o sí contra la fuente del peligro o de amenaza, ni se limita a las personas «inocentes». Si bien la última, la así llamada necesidad agresiva (*Aggressivnotstand*) –dirigida contra el inocente– puede tomarse como el caso habitual, no constituye de ninguna manera el único supuesto. También existe la noción de necesidad defensiva (*Defensivnotstand*), la cual se dirige contra la propia fuente de la amenaza. La diferencia reside en que en este caso quien se defiende tiene más derecho –similar al de la persona que actúa en legítima defensa– que en el caso de quien actúa contra el inocente. En otras palabras, los intereses del responsable están menos protegidos que los del inocente (¡y con razón!).¹³⁵ Para nuestro caso, eso

130. Véase también JEBBERGER, *supra* nota 4, p. 1070; KRETMER, *supra* nota 3, pp. 123-124.

131. Aunque en este sentido Commission of Inquiry, *supra* nota 3, p. 172 (para. 3.13); crit. también ENKER, *supra* nota 37, p. 73.

132. Commission of Inquiry, p. 173 (para. 3.14).

133. Véase *supra* nota 66 y el texto principal.

134. Esto se sigue claramente de la redacción del Art. 31(1)(d)(i) que se refiere a una amenaza «hecha por otras personas»: estas otras personas son necesariamente responsables de la amenaza y por consiguiente no inocentes. Incorrectamente, por tanto, GAETA, *supra* nota 16, p. 791; convincentemente contra ésta JEBBERGER, *supra* nota 4, p. 1070.

135. Véase para una buena discusión sobre la necesidad agresiva, interfiriendo con la autonomía del inocente, y la necesidad defensiva con derechos de

significa que está claramente más justificado aplicar coerción física contra el terrorista o secuestrador, responsable de la bomba de tiempo o de la privación de libertad de otra persona, que contra el menos responsable o contra el inocente.¹³⁶ Podría incluso argumentarse –si se traza un paralelismo con el argumento esgrimido respecto de la legítima defensa–¹³⁷ que teniendo en cuenta la gravedad de la tortura, torturar a un inocente nunca puede estar justificado.¹³⁸ Para evitar este problema he construido nuestro caso modelo con un sospechoso responsable del ataque o del peligro. Si la defensa por la necesidad no opera en este caso, no podrá, *a fortiori*, operar en un caso donde la contra-medida se dirija contra un inocente.

Si la necesidad en definitiva excluye o no la responsabilidad del investigador que tortura, dependerá de la ponderación de los valores en juego. Esta ponderación está en el núcleo mismo de la defensa por necesidad como causa de justificación, y compone por tanto todas las disposiciones pertinentes, incluyendo

mayor alcance para el defensor y menos protección para la persona responsable de la amenaza ROXIN, *supra* nota 10, para. 16 nm. 46 ss., 72 ss.; Véase también BENVENISTI, *supra* nota 12, p. 601; WAGENLÄNDER, *supra* nota 18, pp. 132-133.

136. Véase también MOORE, *supra* nota 42, p. 326; KREMNIETZ, *supra* nota 13, p. 272; KREMNIETZ y SEGEV, *supra* nota 12, pp. 548-549 criticando que la Commission of Inquiry y Supreme Court consideran el estar involucrado en la actividad terrorista como suficiente.

137. Véase *supra* nota 67 y texto principal.

138. Véase también MOORE, *supra* nota 42, pp. 315, 333 (la excepción aparente y ambigua respecto de las «most horrendous consequences» [«las consecuencias más horribles»] no resulta relevante en nuestro caso, ya que no es probable que tales consecuencias ocurran en el caso de la bomba de tiempo, *ibid.*); concordantemente BENVENISTI, *supra* nota 12, pp. 601, 607; a favor también de este punto de vista WAGENLÄNDER, *supra* nota 18, p. 123; GUR-ARYE, *supra* nota 3, pp. 183-184, 191, 193, quien por esta razón rechaza la necesidad como «too broad» [«demasiado amplia»] (p. 191); en una línea similar DERSHOWITZ, *Tortured Reasoning*, *supra* nota 37, p. 272. De todos modos, tampoco puede excluirse completamente la posibilidad de una explosión de la bomba y así «las consecuencias más horribles».

la (poco clara) disposición israelí.¹³⁹ Si bien por las razones anteriormente expuestas¹⁴⁰ parece demasiado simple descartar (con base en un absoluto y estricto punto de vista deontológico de moralidad)¹⁴¹ cualquier intento de balance respecto de la prohibición absoluta de la tortura y la implícita violación de la dignidad humana,¹⁴² es igualmente poco convincente una ponderación aislada meramente cuantitativa que haga un balance entre la persona secuestrada y las víctimas potenciales de un ataque terrorista por un lado, y la víctima de tortura por otro. Si a los fines argumentativos fuera a abordarse tal balance, esto conduciría a resultados diferentes en nuestros dos casos básicos: en el caso del secuestro debería negarse un sobrepeso (significante) del interés protegido (la vida y la reconocida dignidad humana de la víctima) por encima del interés dañado (la dignidad humana del secuestrador), mientras que en el caso de la bomba de tiempo, esto debería responderse en sentido afirmativo (la vida y la dignidad humana de varias víctimas por encima de la dignidad humana de una sola víctima).¹⁴³ Este resultado pone

139. La ponderación de bienes estaba explícitamente prevista en la anterior disposición de 1977 y no hay ninguna indicación de que el legislador quisiera abolirla; críticamente sobre la disposición actual KREMNIETZ y SEGEV, *supra* nota 12, p. 545.

140. Véase *supra* nota 99 ss. y texto principal.

141. Crít. MOORE, *supra* nota 42, pp. 297-298. Para una buena discusión de las teorías morales deontológicas y consecuencialistas y sus variantes en nuestro contexto MOORE, *supra* nota 42, p. 286 ss., optando éste por un término medio; Gross, *supra* nota 31, p. 1490 ss. opta por un absolutismo pragmático «más sofisticado» (pp. 1491, 1500 ss.); una posición consecuencialista bastante pragmática adopta POSNER, *supra* nota 3, p. 293 ss. (sin aclarar, sin embargo, la base filosófica de esta posición); véase también WALDRON, *supra* nota 38, pp. 1712-1713; para un punto de vista más deontológico véase GRECO, *supra* nota 11, p. 634 ss.

142. En esta línea por ejemplo KREMNIETZ, *supra* nota 13, pp. 107-108, 114; JEßBERGER, *supra* nota 18, p. 714 col. izq.; WATTAD, *supra* nota 62, pp. 41-2, 48.

143. Para este punto de vista aparentemente MOORE, *supra* nota 42, p. 333, cuando establece que «those who culpably cause the need for torture by planting the bomb... may be tortured when absolutely necessary to remove the threat

de manifiesto que esta forma de ponderación omite consideraciones generales e institucionales importantes¹⁴⁴ que van más allá del caso en cuestión. Estas consideraciones estarían contempladas si se realizase un balance integral y cualitativo.¹⁴⁵ Éste tendría en cuenta las consecuencias negativas que un enfoque flexible respecto de la prohibición de la tortura podría acarrear para el orden legal en su conjunto,¹⁴⁶ así como el riesgo de la pendiente deslizante, y el daño para la reputación del Estado a nivel internacional.¹⁴⁷ Se trata por tanto de los mismos argumentos que ya

they have caused» [«aquellos que culpablemente causan la necesidad de tortura por haber colocado una bomba... pueden ser torturados cuando sea completamente necesario para eliminar la amenaza que ellos han causado»]. Más llanamente la Commission of Inquiry, *supra* nota 3, p. 174 (para. 3.15): «the alternative is: are we to accept the offence of assault entailed in slapping as suspect's face, or threatening him, in order to induce him to talk and reveal a cache of explosive materials meant for use in carrying out an act of mass terror against a civilian population, and thereby prevent the greater evil which is about to occur? The answer is self evident.» [«la alternativa es: ¿tenemos que aceptar el delito de ataque que conlleva abofetear en la cara al sospechoso, o amenazarlo para hacerlo hablar y que revele un escondite de materiales explosivos destinados a llevar a cabo un acto de terror masivo contra una población civil, y de tal manera prevenir el mal mayor que está a punto de ocurrir? La respuesta es obvia por sí misma.».]. Como consecuencia, este examen incluso está planteado en términos subjetivos focalizando la razonable creencia del investigador que aplica el uso de fuerza (pp. 174-175, para. 3.16). Para un balance equivocado ENKER, *supra* nota 37, p. 72, quien pone «el uso de fuerza para obtener información» (en lugar de la dignidad humana del sospechoso) frente al «salvar vidas».

144. Sobre su rol decisivo SHANY, *supra* nota 20, pp. 113, 129.

145. En general sobre este enfoque del examen KREMNIETZ, *supra* nota 13, p. 247 ss.; contra la justificación también F. MOLINA, La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?, en: A. Cuerda Riezu (coord.), *La Respuesta del Derecho Penal ante los Nuevos Retos* (Madrid: Dykinson, 2006), p. 265, aquí p. 269 ss.

146. Sobre el impacto negativo para los interrogadores ENKER, *supra* nota 37, p. 74.

147. Véase KREMNIETZ, *supra* nota 13, p. 247 («incluyendo consecuencias legales y morales», «daño sufrido por el sistema legal»); ROBINSON, *supra* nota 62, p. 189 («precedente que sentaría para el uso de fuerza en el interrogatorio de prisioneros en general»); BENVENISTI, *supra* nota 12, pp. 601-602; JEROUSCHER y KÖLBEL, *supra* nota 11, pp. 618, 620.

se han formulado anteriormente respecto de la prohibición absoluta de la tortura en el derecho internacional¹⁴⁸ y de la legítima defensa.¹⁴⁹ Además no debe pasarse por alto que tal necesidad como justificación tendría el mismo efecto justificativo de la legítima defensa, es decir, convertiría a la tortura en algo lícito y permitido.¹⁵⁰ Por último, se deben recordar las incertidumbres y dificultades prácticas propias de los casos de la bomba de tiempo.¹⁵¹ De hecho, en la mayoría de los casos sólo se sabrá *ex post* si la bomba de tiempo realmente existía.¹⁵² Estas incertidumbres sugieren que nuestro caso modelo se dará muy raramente en la práctica y que es muy riesgoso justificar la tortura —con todas sus consecuencias— sobre una base empírica tan débil. En definitiva, una ponderación integral cualitativa excluye el uso de la tortura preventiva en interrogatorios. Este resultado se refuerza si está contenido en un marco normativo como el de la *Angemessenheit* (la adecuación), explícitamente en el § 34 StGB y, podría decirse, en disposiciones israelíes y otras disposiciones sobre la necesidad.¹⁵³ De hecho, este marco abarca todas las con-

148. Véase *supra* nota 45 ss. y texto principal.

149. Véase *supra* notas 107 y 108 y texto principal.

150. Véase ya *supra* nota 105.

151. Véase KREMNIETZ y SEGEV, *supra* nota 12, p. 549 ss. Véase también KREMNIETZ, *supra* nota 13, p. 264 ss. (p. 271) desviándose de la Commission of Inquiry en la evaluación de la amenaza terrorista y el peligro concreto puesto en los casos de la bomba de tiempo (p. 264: ninguna amenaza a la existencia de Israel; ninguna vida en concreto, ni peligro inmediato; la información obtenida era de naturaleza general; el grupo de sospechosos, demasiado amplio, extendiéndose a quienes prestaban apoyo pasivo etc.); sobre la incertidumbre para los investigadores véase también ENKER, *supra* nota 37, p. 73 y GUR-ARYE, *supra* nota 3, p. 192; sobre los problemas prácticos también LENCKNER y PERRON, *supra* nota 57, para. 32 nm. 62a; crit. recientemente también WATTAD, *supra* nota 62, pp. 36 s.

152. Véase también BENVENISTI, *supra* nota 12, p. 602; SCARRY, *supra* nota 38, p. 284; WALDRON, *supra* nota 38, p. 1715. ZUCKERMAN, *supra* nota 48, pp. 367-368, correctamente nos recuerda las dificultades que siempre existirán en el juicio que se hace *ex post* para descubrir la verdad.

153. Cfr. MOORE, *supra* nota 42, pp. 288-289; KREMNIETZ y SEGEV, *supra* nota 12, p. 547; KRETSCHMER, *supra* nota 18, pp. 106, 112-113.

sideraciones normativas derivadas de leyes de derechos humanos y constitucionales relevantes en nuestro caso, y es por consiguiente una expresión del enfoque deontológico.¹⁵⁴

3. El argumento en favor de la exculpación

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 respecto de los oficiales de policía o agentes de seguridad individuales que pudieran encontrarse a sí mismos en situaciones donde la tortura es el único medio disponible para evitar un peligro serio para la vida humana. En semejante situación no puede esperarse que la voluntad del agente siempre «supere las presiones y evite cometer errores».¹⁵⁵ Sin embargo, este nivel individual, interesado en las categorías de culpa personal y culpabilidad, puede ser tenido en cuenta concediendo a estos oficiales una excusa en vez de una justificación.¹⁵⁶

El caso modelo, similar a una situación de coacción extrema,¹⁵⁷ demuestra en forma llamativa la ventaja de esta distinción para

154. Mientras algunos cuestionan el sentido de este requisito dado que todas las consideraciones ya forman parte de la ponderación de males, la opinión dominante en la doctrina alemana todavía le concede una importancia considerable como una suerte de segunda fase del control normativo; esto es convincente en tanto el balance realizado en la primera fase no vaya más allá del caso concreto, en el sentido integral explicado anteriormente (*supra* nota 145 y texto principal); para una discusión véase ROXIN, *supra* nota 10, para. 16 nm. 91 ss. con más referencias. *In casu* el LG Frankfurt, *supra* nota 4, p. 693 ss. y la mayoría de los estudiosos descartó la adecuación de (una amenaza de) tortura, véase ROXIN, *supra* nota 18, p. 465; JEßBERGER, *supra* nota 18, p. 714 col. izq.; más referencias en LG Frankfurt, *supra* nota 4, pp. 694-695.

155. Para este estricto punto de vista véase, sin embargo, GUR-ARVE, *supra* nota 3, p. 188.

156. Como se ha dicho antes (*supra* nota 62) esta distinción es incluso aceptada *in casu* por autores cuyos sistemas legales no aceptan, *en general*, la distinción entre justificación y excusa.

157. Para una discusión al respecto aplicada al caso *Erdemović* cfr. AMBOS, *supra* nota 69, p. 1042 ss.

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. El aparato doctrinal para alcanzar esta exención es de importancia secundaria, en tanto se trate de una excusa. En el Derecho alemán el recurso a la necesidad exculpante (*entschuldigender Notstand*) del § 35 StGB¹⁵⁸ 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. No obstante se ha argumentado en forma convincente que en circunstancias excepcionales podría ser invocada una causa supra-legal.¹⁵⁹ El acusado podría de esta forma ser absuelto en lugar de ser con-

158. En la ley israelí no hay tal disposición. El párrafo 1 del § 35 StGB dice: «(1) 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 un 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, porque él mismo ha causado el peligro o porque se encuentra en una especial relación jurídica. Sin embargo puede reducirse la pena conforme al § 49(1), cuando el autor no debía asumir el peligro en consideración a una especial relación jurídica.»

159. Cfr. ROXIN, *supra* nota 18, pp. 468-469, proponiendo concretamente una «necesidad supra-legal de exclusión de responsabilidad» (*übergesetzlicher verantwortungsausschließender Notstand*) pero sólo para los casos de la bomba de tiempo, y no para los de secuestro como en el caso Daschner (para este caso a favor de una excusa supra-legal WITTECK, *supra* nota 18, p. 44); para una discusión general véase *idem*, *supra* nota 10, para. 22 nm. 146 ss, esp. nm. 166 ss. Contra esta solución JEßBERGER, *supra* nota 18, pp. 714-715, para quien un torturador siempre debe ser encontrado culpable; sin embargo, este autor acogió favorablemente el fallo de Frankfurt en otro trabajo (JICJ (2005), p. 1066) el cual, con un razonamiento similar al de ROXIN, optó por una exención de pena. En cuanto a la culpabilidad con JEßBERGER concuerda KINZIG, *supra* nota 18, p. 812; en el resultado también SCHILD, *supra* nota 18, p. 79, aunque crítico de la posición apodíctica de JEßBERGER y a favor de una excusa para personas privadas; en contra de una exculpación de funcionarios públicos también WATTAD, *supra* nota 62, pp. 41, 48 con el argumento de que ellos representan al Estado y éste nunca puede ser exculpado; pero con esto se ignora el carácter *personal* de una exculpación.

denado con una sentencia moderada¹⁶⁰ o en vez de ser condenado pero eximido de pena como en el caso *Daschner*.¹⁶¹

V. ¿EFECTO ANTICIPADO EN LA TORTURA PREVENTIVA?

La pregunta que queda por resolver, en cuanto a si el tratamiento de la responsabilidad penal del torturador tendría un efecto anticipado en la licitud de la tortura preventiva, puede responderse rápidamente. Si se sigue la solución de la excusa sostenida en este trabajo, tal efecto sería *a limine* precluido por la naturaleza personal de la excusa, ligada al agente. Sin embargo, aún si se favoreciese una solución de justificación, ya sea que se invoque legítima defensa o que se invoque necesidad, esto no cambiaría el resultado con respecto a la ilicitud de la tortura preventiva. Esto ha sido sostenido correctamente por la Israel Supreme Court:

«La defensa por "necesidad" no constituye una fuente de autoridad que permita a los investigadores de GSS hacer uso de medios físicos durante el curso de los interrogatorios. El razonamiento que subyace en nuestra posición está anclado en la naturaleza de la defensa por "necesidad". Esta defensa trata de decidir aquellos casos que involucran una reacción individual a un determinado conjunto de hechos: [e]sto es un esfuerzo ad hoc, en reacción a un acontecimiento. Es el resultado de una improvisación dado el carácter imprevisible de los acontecimientos (...). Así, la misma naturaleza de la defensa no le permite servir como fuente de un poder administrativo general.»¹⁶²

160. Para esta solución GAETA, *supra* nota 16, pp. 793-794.

161. *Supra* nota 8.

162. Israel Supreme Court, *supra* nota 12, para. 35-37 (36) [«The "necessity" defence does not constitute a source of authority, allowing GSS investigators to make use physical means during the course of interrogations. The reasoning underlying our position is anchored in the nature of the "necessity" defence. This

La defensa por necesidad, como cualquier base substantiva para excluir la responsabilidad penal, permite una evaluación *ex post* de la conducta de un individuo, la cual implica el cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos de un delito (*actus reus* y *mens rea*). No se establece un estándar general de conducta ni contiene normas generales para orientar la conducta humana *ex ante* ni *in abstracto* —para tal propósito sería necesario que el parlamento promulgue una ley—¹⁶³ sino que sólo evalúa *ex post* (después del hecho) e *in concreto* la comisión de un de-

defence deals with deciding those cases involving an individual reacting to a given set of facts; [i]t is an ad hoc endeavour, in reaction to a[n] event. It is the result of an improvisation given the unpredictable character of the events ... Thus, the very nature of the defence does not allow it to serve as the source of a general administrative power.». Para el mismo resultado KREMNIETZ, *supra* nota 13, p. 237 ss.; KREMNIETZ y SEGEV, *supra* nota 12, p. 536 ss.; HECKER, *supra* nota 80, p. 215. Para un punto de vista diferente véase sólo BRUGGER, *supra* nota 13, p. 168 ss., quien argumenta con contra-normas que prevalecen por encima de la prohibición de la tortura; su restricción teleológica de la prohibición de la tortura ya ha sido rechazada *supra*.

163. Commission of Inquiry, *supra* nota 3, p. 184 (para. 4.5): «The law itself must ensure a proper framework for the activity of the GSS regarding Hostile Terrorist Activity (HTA), with all their attendant problems and dilemmas [«La propia ley debe asegurar un esquema apropiado para la actividad del GSS [Servicio de Seguridad Nacional Israeli, K.A.] respecto a la Actividad Hostil Terrorista (HTA), con todos sus problemas y dilemas que le atañen»]; Israel Supreme Court, *supra* nota 12, para. 36: «The Rule of Law... requires that an infringement on a human right be prescribed by statute, authorizing the administration to this effect» [«El Estado de Derecho (...) requiere que una infracción a un derecho humano sea prescripto por estatuto, autorizando a la administración para este efecto»]; para. 37: «general directives governing the use of physical means during interrogations must be rooted in an authorization prescribed by law» [«las directivas generales que dirigan el uso de los medios físicos durante los interrogatorios deben estar basadas en una autorización prescripta legalmente»]; ENKER, *supra* nota 37, p. 63 ss.; KREMNIETZ y SEGEV, *supra* nota 12, p. 538: «preferable that a power to carry out an action, as the lesser evil, will be set in a specific and explicit legislation» [«preferible que el poder de llevar a cabo una acción, como el mal menor, esté establecido en una legislación específica y explícita»]. Véase también HERDEGEN, *supra* nota 37, Art. 1(1) nm. 45 (p. 33) para quien el legislador habrá de definir el ámbito de las violaciones a la dignidad humana permitidas, si tales violaciones son acaso aceptadas.

lito por parte de un individuo, con miras a verificar su compatibilidad con el orden legal en su conjunto y tomando en cuenta las circunstancias extraordinarias de la conducta.¹⁶⁴

164. Véase también Israel Supreme Court, *supra* nota 12, para. 36: «allowing one who acts... to escape criminal liability... does not possess any additional normative value» [«permitir a quien actúa (...) que evada la responsabilidad penal (...) no posee ningún valor normativo adicional»]; KREMNITZER, *supra* nota 13, p. 238: «based upon the unique, isolated and extraordinary character of the situation which makes it an exception to the rule... granted ad hoc, after the fact... difficult to conceive it as guiding behaviour in advance in a specified situation» [«(...) basado en el carácter único, aislado y extraordinario de la situación que hace de ella una excepción a la regla (...) concedida ad hoc, después del hecho. (...) difícil de concebir como una pauta guía por adelantado en una situación específica»]; p. 241: «ad hoc decision in a concrete case» [«decisión ad hoc en un caso concreto»]; KREMNITZER y SEGEV, *supra* nota 12, p. 538: «the basic idea behind the concept of the lesser evil, embodied in the necessity defense, is that it is hard (perhaps impossible) to determine in advance all types of actions that are justified under extraordinary circumstances» [«la idea básica tras del concepto del mal menor, cristalizado en la defensa por necesidad, es que es difícil (quizás imposible) determinar previamente todos los tipos de acciones que están justificadas bajo circunstancias extraordinarias»]. ENKER, *supra* nota 37, pp. 61-62: «after-the-fact judgment based on a narrow set of considerations in which we are concerned with the immediate consequences, not far-reaching and long-range consequences, on the basis of a clearly established order of priorities of both means and ultimate values ... The defence of Necessity does not define a code of primary normative behaviour» [«el juzgamiento luego-del-hecho basado en un conjunto reducido de consideraciones en las cuales estamos confrontados con las consecuencias inmediatas, no con las consecuencias de largo alcance y de vasto-rango, sobre la base de un orden de prioridades claramente establecido respecto de los medios y los valores últimos... La defensa por necesidad no define un código de conducta normativa primaria»]. GROSS, *supra* nota 31, p. 1550: «ex post ratification serves, at most, as an ad hoc, individualized defense to specific state agents against civil or criminal charges in particular cases. It cannot serve as a general, institutional, conduct-guiding rule to be relied upon ex ante» [«la ratificación ex post sirve, en la mayoría de los casos, como una defensa ad hoc, individualizada, para agentes estatales específicos contra cargos civiles o penales en casos particulares. Esto no puede servir como una regla de conducta, general, institucional, en la cual confiar ex ante»].

EL USO «TRANSNACIONAL» DE PRUEBA OBTENIDA POR MEDIO DE TORTURA*

KAI AMBOS

RESUMEN

El artículo examina el uso «transnacional» de prueba obtenida por medio de tortura, es decir, el uso de prueba obtenida por medio de tortura por parte de Estados o Partes en juicios criminales nacionales. Parte en un nivel teórico, desde la doctrina de Beling de la «prueba prohibida» («Beweisverbote») (infra A.). Primero, el uso «supranacional» de prueba obtenida mediante tortura, es decir, el uso frente a tribunales penales internacionales (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, «TPIY», Tribunal Penal Internacional para Ruanda, «TPIR», y Corte Penal Internacional, «CPI»), es analizado (B.) en cuanto a su posible influencia en las prácticas nacionales. Se concluye que tal prueba es siempre inadmisible ya que no es confiable y, más importante, porque su uso es antitético y perjudicial a la integridad de los procedimientos (B. III). Segundo, la mis-

* Traducción del original en inglés del Prof. Dr. Ezequiel Malarino, Buenos Aires. Para facilitar la comprensión del texto a los lectores hispanohablantes, también se han traducido las citas de doctrina y jurisprudencia del inglés y alemán. Agradezco a mi asistente María Laura Böhm y a mi colaborador estudiantil Szymon Swiderski por su ayuda. Agradezco a los Profs. Paul Roberts (Nottingham) y Dr. Richard Vogler (Sussex) por sus comentarios críticos y constructivos e igualmente al revisor anónimo de la Israeli Law Journal por sus críticas observaciones.

ma conclusión debe ser extraída para el uso transnacional de prueba obtenida mediante tortura (C.). La exclusión de tal prueba se sigue del derecho internacional, en particular del Art. 15 de la Convención contra la Tortura de la ONU, «CT-ONU» (C.I), y de las leyes internas de Alemania e Inglaterra y Gales como dos jurisdicciones representativas del proceso penal «inquisitorial» y «adversarial» (C. II.). Tercero, la carga de la prueba en cuanto a que tal material probatorio no fue obtenido mediante tortura recae en el Estado y el criterio es que se trate de un riesgo real y serio (D.).

INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva del derecho penal (internacional) la cuestión de la tortura tiene dos aspectos. El primero es material: ¿es ilícito el uso de la tortura en todas las situaciones, incluso en las más extremas en donde ella es aplicada para salvar vidas de inocentes (llamada tortura preventiva), y el torturador debe siempre ser castigado? He intentado encontrar una respuesta diferenciada a esta cuestión en otro lugar.¹ El segundo aspecto es procesal: ¿la prueba obtenida por medio de tortura puede ser utilizada en procesos penales? En países regidos por el reinado del derecho (*rule of law*) y el juicio justo (*fair trial*) la respuesta es simple y clara: «no», si la tortura fue aplicada por autoridades nacionales y la prueba obtenida con la tortura sería usada en un proceso penal posterior. Para tal situación, que podría llamar «uso directo de prueba obtenida por medio de tortura», las normas de procedimiento nacionales establecen claras prohibiciones.² Estas prohibiciones nacionales están basadas en el dere-

1. «May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?», en *Journal of International Criminal Justice* («JICJ»), núm. 6 (2), 2008, pp. 261-288; en castellano en: *Revista Penal* (España), 2009, núm. 24 (en edición).

2. Véase, por ejemplo, el § 136 a (1) de la *Ordenanza Procesal Penal alemana* (*Strafprozessordnung*, «StPO»), cuya traducción es la siguiente: «La libertad de resolución y manifestación de la voluntad del imputado no puede ser afectada a través de malos tratos, cansancio, injerencia corporal, suministro de sustancias, tortura, engaño o hipnosis. Sólo puede emplearse coerción si el derecho procesal penal lo permite. La amenaza de efectuar una medida inadmisibles según sus disposiciones y la promesa de una ventaja no prevista legalmente están prohibidas». El apartado (3) expresa: «La prohibición de los apartados (1) y (2) rige independientemente del consentimiento del imputado. Las declaraciones que han sido obtenidas en violación de esta prohibición no pueden ser valoradas, aun cuando el imputado consienta su valoración». Véase también el § 166 de la *Ordenanza Procesal Penal austriaca* (*Strafprozessordnung*): «En perjuicio del acusado [...] no está permitido usar su testimonio, así como aquellos de testigos y co-acusados, como prueba, si ellos: 1. Fueron obtenidos bajo tortura (art. 7 PIDCP, [...], art. 3 CEDH, [...], y art. 1 (1) y 15 CT-ONU [...]) [...]. Véase también el art. 171 § 5 del *Código Procesal Penal polaco* (*Kodeks Postępowania Karnego*) según el cual no está permitido «influir la declaración de la perso-

cho de los derechos humanos, en particular el art. 15 de la Convención contra la Tortura de la ONU («CT-ONU»).³ Una cuestión más compleja, que será analizada en este trabajo, es la de si tales prohibiciones también son aplicables al *uso transnacional de prueba obtenida por tortura*, esto es, a situaciones en que la tortura es aplicada en un país y la prueba obtenida es utilizada en otro. Es posible distinguir aquí dos situaciones. Primero, el Estado A que tiene una clara prohibición de utilizar prueba obtenida por tortura traslada a un sospechoso al Estado B –conocido por sus prácticas de tortura– para obtener tal prueba. Segundo, el Estado A en una investigación (conjunta) en el Estado B consigue prueba por medio de tortura y sus investigadores traen la prueba al país para presentarla en un proceso penal. La diferencia entre estos casos es obvia: en el primer caso, la práctica de tortura en el Estado B es usada conciente e intencionalmente para sortear las prohibiciones de tortura del Estado A; en el segundo caso, el Estado A consigue prueba por medio de tortura accidentalmente, sin utilizar intencionalmente las prácticas de tortura del Estado B. El uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura debe ser distinguido del *uso supranacional de tal prueba*, esto es, el uso ante tribunales penales internacionales. Luego de una breve explicación del punto de partida teórico relativo al uso de prueba obtenida ilegalmente,

na bajo examen a través de coerción o amenaza ilícita» y el art. 170 § 1 (1) según el cual una solicitud probatoria referida a tal evidencia será denegada. En el procedimiento *francés* todo acto de investigación puede ser apelado ante la *Chambre d'Instruction*, la cual puede declararlo nulo y excluir la evidencia así obtenida («requête en nullité», Art. 170-174 Code de Procédure Pénale) cf. STEFANI, G./LEVASSEUR, G./BOULOC, B., *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 21.ed. 2008, número marginal («nm») 107, 777; PFEFFERKORN, F., *Einführung in das französische Strafverfahren*, Hamburg, Lit, 2006, pp. 176, 178. Sobre la Ley de Policía y Prueba Criminal inglesa (*Police and Criminal Evidence Act*; en adelante PACE: *Police and Criminal Evidence Act*) de 1984 véase infra C. II. 2.

3. Para un análisis detallado, véase infra C. I.; véase también THIENEL, T., «The Admissibility of Evidence Obtained by Torture Under International Law», en *European Journal of International Law* («EJIL»), 2006, núm. 17(2), pp. 349-367, p. 356 ss.

comenzaré con el análisis de la problemática a nivel supranacional, dado que puede producir algunas conclusiones importantes respecto del uso transnacional en los tribunales nacionales de prueba obtenida mediante tortura.

A. EL PUNTO DE PARTIDA TEÓRICO

El enfoque positivista y desligado de los principios del Estado de Derecho en el uso de prueba obtenida ilegalmente sólo fue superado en Alemania, y en los sistemas procesales influenciados por el pensamiento alemán, a comienzos del siglo xx con la teoría de las «prohibiciones probatorias» de Ernst Beling (*Beweisverbote*), publicada en 1903.⁴ La idea fundamental de esta teoría es que la búsqueda de la verdad dentro de la investigación procesal penal tiene limitaciones debidas a los intereses contrapuestos de índole colectiva e individual.⁵ La determinación de estas limitaciones depende principalmente de la posición que el ordenamiento jurídico otorga al *individuo* frente al poder estatal.⁶ En una democracia liberal constitucional, ordenada de acuerdo a los principios del Estado de Derecho, esta posición encuentra su expresión más significativa en los derechos fundamentales, especialmente en la dignidad humana y el libre desarrollo de la

4. BELING, E., *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozess*, Breslau, Schletter, 1903 (Address inaugural en la Universidad de Tübingen); ya antes: BENNECKE/BELING, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Breslau, Schletter, 1900, §§ 83 3., pp. 327 ss. Véase también SENGE, L., en *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, München, Beck, 6.ed. 2008, antes del § 48 nm. 20; JAHN, M., «Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaats und der effektiven Bekämpfung des Terrorismus», en: *Verhandlungen zum 67. Deutschen Juristentag* [„DJT“] Erfurt 2008, vol. I, Gutachten [estudios] Parte C, C 1-128, en C 21.

5. Véase también: HENKEL, H., «Strafverfahrensrecht, Stuttgart et al., Kohlhammer, 1968, p. 271; OTTO, H., «Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren», en *Goldsammer's Archiv für Strafrecht* («GA»), núm. 117, 1970, pp. 289-305, p. 289.

6. Véase OTTO, *supra* nota 5, p. 291, donde se refiere a Beling.

personalidad, garantizados constitucionalmente o por los tratados de Derechos Humanos aplicables.⁷ En esta clase de ordenamiento hay áreas que el legislador constitucional ha protegido de la injerencia estatal; por lo tanto, en principio, el esclarecimiento de hechos a través de determinados medios probatorios resulta inadmisibles y prohibido.⁸ Como lo expuso el Tribunal Supremo de Justicia alemán (*Bundesgerichtshof*): «Si bien el fin del tribunal penal es descubrir la verdad, en un Estado constitucional la verdad no puede ser perseguida a cualquier precio».⁹ Por lo tan-

7. Véase también: BELING, *supra* nota 4, p. 37: „Allseitig einverstanden wird man darüber sein, dass auch der Strafprozess die Menschenwürde achten muss, und dass daher ein unlöslicher Konflikt zwischen Menschenwürde und Strafprozessinteresse zu einem Beweisverbot führen muss. (...) Aber auch von der Menschenwürde abgesehen wird die moderne Anschauung – und sicher mit Recht – darauf bestehen, dass jedem seine Persönlichkeitssphäre vor Staatszugriff sichergestellt werde, auch im Strafprozess.“ [«Existirá acuerdo en torno a que también el proceso penal debe tener en consideración la dignidad humana, y que consecuentemente de allí surge un conflicto insoluble entre dignidad humana e intereses del proceso penal, que conlleva a una prohibición de prueba. (...) Pero, aún dejando de lado la dignidad humana, la opinión moderna seguirá afirmando –y seguramente con razón– que la esfera de la personalidad de cualquier individuo debe ser asegurada ante la intervención estatal, también en el proceso penal.»] (énfasis en el original). Véase también: ROGALL, K., «Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* («ZStW»), 1979, núm. 91, pp. 1-44, p. 9; EISENBERG, U., *Beweisrecht der Strafprozessordnung*, München, Beck, 6.ed. 2008, Parte 1, Cap. 3 párr. 330; KÖHNE, H.-H., *Strafprozessrecht*, Heidelberg, Müller, 7.ed. 2007, nm. 880.

8. ROGALL, *supra* nota 7, p. 6.

9. BGH, Sentencia, 14 de junio de 1960, reimpresso en BGHSt 14, p. 358, p. 365 = *Neue Juristische Wochenschrift* («NJW»), 1960, núm. 13, p. 1580 ss., 1582: „Allerdings hat diese Rechtsauffassung zur Folge, daß wichtige, unter Umständen die einzigen Mittel zur Aufklärung von Straftaten unbenutzt bleiben. Das muß jedoch hingenommen werden. Es ist auch sonst kein Grundsatz der StPO, daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte (§§ 245, 52 ff., 252, 81 a ff., 95 ff., 69 Abs. 3 StPO).« [«Sin embargo, esta interpretación jurídica tiene por consecuencia que importantes medios para el esclarecimiento de delitos –en ciertos casos, los únicos medios– no puedan ser utilizados. Sin embargo, esto debe ser tolerado. No es un principio de la OPP, que la verdad deba ser investigada a cualquier precio (§§ 245, 52 ss., 252, 81 a ss., 95 ss., 69 apartado 3 OPP)]. Véase

to, el acusado es reconocido y respetado como un sujeto activo y no simplemente como el objeto de los procesos penales.¹⁰ Su libertad de decisión y de acción es intangible e invulnerable; no puede ser menoscabada ni manipulada.¹¹ La manipulación de la libre voluntad del acusado mediante amenazas, coerción, engaño u otros métodos similares debe ser prohibida, y esta prohibición debe ser hecha efectiva mediante las sanciones correspondientes. Sin embargo, las prohibiciones de prueba no tienen solo el componente individual de proteger los derechos individuales¹² y vengar su violación mediante la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente *en contra*¹³ del acusado.¹⁴ Las prohibiciones probatorias conllevan también una *dimension colectiva*

también BGH, Sentencia, 17 de marzo de 1983 reimpressa en BGHSt 31, p. 304, p. 309 = *NJW*, 1983, núm. 36, p. 1570 ss., p. 1571: „[...] die StPO zwingt nicht zur Wahrheitserforschung um jeden Preis.“ [«(...) el OPP no obliga a la investigación de la verdad a cualquier precio.»]

10. Véase más reciente KELKER, B., «Die Rolle der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren», en *ZStW*, 2006, núm. 118 (2), pp. 389-426, p. 420 ss.; para una perspectiva con base en principios constitucionales véase MURMANN, U., «Über den Zweck des Strafprozesses», en *GA*, 2004, núm. 151, pp. 65-86, p. 65 ss.; en particular sobre la relación sujeto-objeto ROBERTS, P., «Subjects, objects, and values in criminal adjudication», en DUFF, A./FARMER, L./MARSHALL, S./TADROS, V. (coord.), *The trial on trial. Vol. 2. Judgment and calling to account*, Oxford et al., Hart, 2006, pp. 37-64, p. 40 ss.

11. SCHMIDT, E., «Zur Frage der Eunarkon-Versuche in der gerichtlichen Praxis», en *Süddeutsche Juristenzeitung* («SJZ»), 1949, p. 449, p. 450.

12. Originalmente así en especial ROGALL, *supra* nota 7, p. 16 ss.

13. Es controvertido, sin embargo, si información exculpatória no debería ser siempre admitida en la prueba ya que opera en favor del acusado (en este sentido ROXIN, C./SCHÄFER, G./WIDMAIER, G., «Die Mühlenteichtheorie, Überlegungen zur Ambivalenz von Verwertungsverboten», en *Strafverteidiger* («StV»), 2006, núm. 26, pp. 655-660, pp. 656, 659, 660; ROXIN, C., «Beweisverwertungsverbot bei bewußter Mißachtung des Richtervorbehalts (Bspr. von BGH StV 2007, 337)», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* («NSStZ»), 2007, núm. 27, pp. 616-618, p. 618; conc. JAHN, *supra* nota 4, C 112 ss. (114).

14. Sobre esta teoría «vindicativa» [«vindication»] o «curativa» [«remedial»] crit. ROBERTS, P./ZUCKERMAN, A., *Criminal Evidence*, Oxford et al., OUP, 2004, pp. 151, 152 ss.

al preservar la *integridad constitucional* del orden legal,¹⁵ especialmente mediante la garantía y realización de un juicio justo.¹⁶ Esto fue reconocido en 1961, mucho después de Beling, por la Suprema Corte de Justicia de USA cuando al explicar la regla de exclusión –equivalente a la doctrina de las «Beweisverbote»– por «el imperativo de la integridad judicial»,¹⁷ developed by others to «integridad moral».¹⁸ Un efecto colateral (positivo) de las reglas de exclusión podría ser el impacto disciplinario que estas reglas podrían tener en las autoridades investigadoras, pero éste no puede ser su propósito principal ya que existen procedimientos administrativos específicos para sancionar la conducta ilegal de los agentes oficiales.¹⁹ En resumen, el interés públi-

15. Sobre este aspecto véase también SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozessordnung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1957, vol. II, § 136a nm. 21 con su doctrina de la superioridad moral del Estado, sobre la cual se desarrolla la exigencia de un juicio justo (ibid., vol. I, nms. 40, 44, 49). Esta dirección sigue también la doctrina de Gerhard FEZER sobre la función autolimitativa del Estado, en: id., *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, Heidelberg, Müller, 1995, p. 20 ss.

16. BEULKE, W., *Strafprozessrecht*, Heidelberg, Müller, 10. ed. 2008, nm. 454; FINGER, T., «Prozessuale Beweisverbote – Eine Darstellung ausgewählter Fallgruppen», en *Juristische Arbeitsblätter* («JA»), 2006, núm. 38, pp. 529-539, p. 530.

17. *Mapp v. Ohio*, 367 U.S., p. 659 [«the imperative of judicial integrity»]; véase DRESSLER, J., *Understanding Criminal Procedure*, Newark, NJ, LexisNexis, 3. ed. 2002, p. 381, señalando sin embargo también la jurisprudencia subsiguiente, que está cerca de renunciar por completo a la regla de exclusión de la Cuarta Enmienda.

18. ROBERTS/ZUCKERMAN, *supra* nota 14, p. 157 ss.

19. El efecto «disciplinario» o «disuasivo» es controvertido: a favor la Suprema Corte de Justicia de USA desde *Mapp v. Ohio*, véase DRESSLER, *supra* nota 17, pp. 381-382; crítico en cambio OTTO, *supra* nota 5, pp. 292, 301, argumentando que las reglas de exclusión son «kein geeignetes Mittel zur Disziplinierung der Strafverfolgungsorgane» [«no son un método adecuado para el disciplinamiento de los órganos investigadores»]; crít. también ROBERTS/ZUCKERMAN, *supra* nota 14, p. 155 ss.; también en esta línea crítica la decisión 2 d) de la sección de Derecho Penal del 67mo. *Deutschen Juristen Tag* (Erfurt 2008), de acuerdo con la cual la función de las prohibiciones o exclusiones probatorias no debería ser el mantenimiento de la conducta legal de las instancias investigadoras (42 votos a favor, 31 en contra, 5 abstenciones). Véase, por otro lado, sobre las consecuencias prácticas para el entrenamiento policial ARLOTH, F., «Dogmatik in der Sackgasse – Zur Diskussion um die Beweisverwertungsverbote», en *GA*, 2006, núm. 153, pp. 258-

co o estatal en descubrir la verdad en un juicio penal puede ser outweighed por los *intereses privados* protegidos como garantías fundamentales o derechos, o incluso por el *interés colectivo* en la integridad de los procesos criminales y, en definitiva, por el orden constitucional. Este enfoque doble *individual-colectivo* también es seguido en el nivel internacional, en particular al considerarse el posible efecto del uso de prueba «tainted» en la integridad de los procesos (véase *infra* B.).

El sistema en cuestión de las prohibiciones probatorias o de reglas de exclusión puede generar tensiones entre la justicia material (realización del *ius puniendi*) y la justicia procesal (protección de derechos y de la integridad judicial).²⁰ En otras palabras, esto podría acarrear una relación conflictiva entre, por una parte, el interés en el funcionamiento de una administración de justicia penal encaminada a la investigación y sanción efectiva de delitos, y, por otra parte, la protección de los derechos fundamentales del acusado y la integridad del sistema en su conjunto.²¹ Esto no permite una «regla simple, algorítmica, apta para todo fin» inflexible,²² sino que muchas veces requiere de un balance delicado de intereses que conduce a decisiones que muy pocas veces satisfacen a ambas partes –fiscal y defensor– equitativamente. En todo caso, reglas basadas en principios constitucionales rigen el uso de la prueba obtenida ilegalmente, y sus consecuencias son el precio que un Estado constitucional regido por los principios del Estado de Derecho, un verdadero *Rechtsstaat*, debe estar dispuesto a pagar si quiere estar a la altura de la letra de su propia ley.

261, p. 259; en esta línea más positiva también PRITZWITZ, C., «Richtervorbehalt, Beweisverwertungsverbot und Widerspruchslösung bei Blutentnahmen gem. § 81 a Abs. 2 StPO», en *StV*, 2008, núm. 28, pp. 486-494, p. 494; JAHN, *supra* nota 4, C 57 ss.

20. See AMELUNG, K., «Zum Streit über die Grundlagen der Lehre von den Beweisverwertungsverböten», en *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin u.a., de Gruyter, 2001, pp. 1259-1280, p. 1279; JÄGER, M., *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, München, Beck, 2003, p. 128.

21. Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional) Entscheidungen (Fallos), vol. 44, p. 353, aquí p. 374.

22. ROBERTS/ZUCKERMAN, *supra* nota 14, p. 159 [«simple, algorithmic, all-purpose rule»].

B. EL USO SUPRANACIONAL DE PRUEBA OBTENIDA POR TORTURA

Aunque los procesos ante los Tribunales ad-hoc de la ONU (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, «TPIY», y Tribunal Penal Internacional para Ruanda, «TPIR») están fuertemente influenciados por la tradición de *common law*,²³ con respecto a la admisión de prueba ha sido adoptada una postura liberal más típica de la tradición de *civil law*.²⁴ No hay reglas técnicas estrictas. Esto se debe, por un lado, a la necesidad que tiene un Tribunal internacional de «combinar las tradiciones jurídicas de muchos países»;²⁵ por otro lado, es el resultado del hecho de que los tribunales penales internacionales, debido al violento contexto de sus casos, se confrontan a menudo con falta de evidencia que debe ser compensada con reglas probatorias flexibles.²⁶

I. TPIY/TPIR

Las reglas para la admisión de pruebas se encuentran en las Reglas de Procedimiento y Prueba de ambos tribunales, que han sido establecidas por los jueces (cfr. art. 15 del Estatuto del TPIY y art. 14 del Estatuto del TPIR). Dado que ambas normativas son esencialmente idénticas me concentraré en las RPP del TPIY e indicaré las diferencias cuando sea necesario. Hasta ahora, ni

23. NEMITZ, J. C., «Die Hauptverhandlung unter besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts», en *Internationale Strafgerichtshöfe*, 2005, núm. 53.

24. MAY, R./WIERDA, M., *International Criminal Evidence*, Ardsley/NY, Transnational Publishers, 2002, p. 93; AMBOS, K., «The Structure of International Criminal Procedure: Adversarial, Inquisitorial or Mixed?», en BOHLANDER, M. (coord.), *International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedure*, London, Cameron May, 2007, pp. 429-503, p. 477 ss.; Id., *Internationales Strafrecht*, München, Beck, 2.ed. 2008, § 8 nm. 32.

25. ARCHBOLD, *International Criminal Courts* (KAHN, K.A.A. et al. eds.), 2.ed. 2005, § 9-1 [«to combine the legal traditions of many countries»].

26. Cf. MAY/WIERDA, *supra* nota 24, pp. 95, 98 ss.; ARCHBOLD, *supra* nota 25, § 9-2.

el TPIY ni el TPIR han tenido que decidir sobre la admisión de prueba obtenida por medio de tortura.

La regla 89, la «Carta Magna» del derecho probatorio,²⁷ contiene el principio general de que «una Sala puede admitir toda prueba relevante que estime con valor probatorio» (regla 89 (C) RPP del TPIY y TPIR) y que «puede excluir prueba si su valor probatorio es sustancialmente superado por la necesidad de asegurar el juicio justo»²⁸ (regla 89 (D) RPP del TPIY). Si bien las RPP del TPIR no contienen tal regla de exclusión específica en la correspondiente sección sobre reglas de pruebas (reglas 89 ss.), la regla 70 (F) RPP del TPIR confirma el poder inherente de las Salas de juicio del TPIR de excluir prueba «si su valor probatorio es sustancialmente superado por la necesidad de asegurar un juicio justo».²⁹ Si bien, en el resultado, la regla 89 (D) concede una amplia discreción con respecto a la exclusión de prueba –sin sujeción a las reglas probatorias nacionales (regla 89 (A))–, la regla 95 es más específica con respecto a prueba obtenida a través de ciertos métodos (prohibidos) y por consiguiente es aplicable específicamente a la prueba obtenida por medio de tortura. Ella reza como sigue:

«Ninguna prueba será admisible si es obtenida a través de métodos que arrojen una duda sustancial sobre su fiabilidad o si su admisión es antitética a y dañaría gravemente la integridad del proceso.»³⁰

27. NEMITZ, *supra* nota 23, p. 56.

28. [«a chamber may admit any relevant evidence which it deems to have probative value» –89 (C)–], [«may exclude evidence if its probative value is substantially outweighed by the need to ensure a fair trial» –89 (D)–].

29. [«if its probative value is substantially outweighed by the need to ensure a fair trial»]. Véase MAY/WIERDA, *supra* nota 24, p. 100; también SCHABAS, W., *The UN International Criminal Tribunals –The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge et al., CUP, 2006, p. 459.

30. [«No evidence shall be admissible if obtained by methods which cast substantial doubt on its reliability or if its admission is antithetical to, and would seriously damage, the integrity of the proceedings.»].

Si bien es controvertido si esta regla es una *lex specialis* respecto de la regla 89 (D)³¹ o sólo clarifica su contenido,³² es claro que ella excluye la prueba obtenida por medio de métodos prohibidos sin ninguna ponderación ulterior (como expresado, por el contrario, en la regla 89 (D): «superado por la necesidad ...»).³³ Esta regla deja a los jueces la decisión sobre qué métodos arrojan «una duda sustancial sobre su fiabilidad» o cuando la admisión de prueba sería «antitética» y «dañaría gravemente» el proceso.³⁴ Por lo tanto, si cierta prueba ha de ser admitida o excluida depende de las circunstancias de cada caso.³⁵

De modo interesante, la versión original de la regla era más clara con respecto a nuestra cuestión. Ella excluía la admisión de prueba obtenida por medios «que constituyen una grave violación a los derechos humanos internacionalmente protegidos». Dada la protección contra la tortura en varios instrumentos de derechos humanos y el estatus de la prohibición de tortura como *ius cogens* (véase *infra* 2.), la prueba obtenida por medio de tortura constituiría «una grave violación a los derechos humanos internacionalmente protegidos»³⁷ y en consecuencia tendría que

31. Para este punto de vista SAFFERLING, C. J. M., *Towards an International Criminal Procedure*, Oxford et al., OUP, 2003, p. 295; para un punto de vista diferente NEMITZ, *supra* nota 23, p. 70; según el cual la regla 95 sólo tiene una «klarstellende Bedeutung» [una función de clarificación].

32. Cf. NEMITZ, *supra* nota 23, p. 70.

33. [«outweighed by the need ...»].

34. [«cast substantial doubt on its reliability»], [«antithetical»], [«seriously damage»].

35. Rule 89 (D): A Chamber may exclude evidence if its probative value is substantially outweighed by the need to ensure a fair trial.

36. Citado según CALVO-GOLLER, K. N., *The Trial Proceedings of the International Criminal Court – ICTY and ICTR Precedents*, Leiden et al., Nijhoff, 2006, p. 97 [«which constitute a serious violation of internationally protected human rights»]; véase también ZAPPALÀ, S., *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford et al., OUP, 2003, p. 151. El título original rezaba: «Evidence obtained by means contrary to international protected human rights.» [«Prueba obtenida por medios contrarios a los derechos humanos internacionalmente protegidos.»] (modificado en la 12ava revisión de las RPP).

37. [«a serious violation of internationally protected human rights»].

ser excluida. Sin embargo, con la modificación de la regla 95 la exclusión no es más «una cuestión de medios, sino una de resultado». Como establece la regla, aun si son violados derechos humanos internacionalmente protegidos, como la libertad frente a la tortura, los jueces cuentan aún con discreción para admitir prueba obtenida por medio de tortura, en tanto y en cuanto ellos la consideren confiable y no gravemente dañina para la integridad del proceso. Por consiguiente, estas condiciones de admisibilidad deben ser analizadas con más detalle.

1. ¿Es la tortura un método que arroje dudas sustanciales sobre la fiabilidad de dicha prueba?

La no fiabilidad de la prueba obtenida por tortura fue, además de consideraciones humanitarias, la razón principal de su abolición de los códigos de procedimiento penal de la Europa continental por la reforma ilustrada post-revolucionaria.³⁸ La doctrina coincide en que la imposición de tortura es más adecuada para evaluar la capacidad del sospechoso a soportar el dolor que su lealtad a la verdad.⁴⁰ Claramente, la mayoría de los interrogados bajo tortura admitiría casi todo para frenar la imposición de dolor adicional. En el viejo procedimiento criminal inquisitivo de la época medieval la cuestión de la fiabilidad a menudo conducía a limitar el uso de información que podría ser verificada posteriormente, por ejemplo, registrando el lugar donde el sospecho-

38. Como expuesto por CALVO-GOLLER, K. N., *supra* nota 36, p. 97 [«no longer a matter of means but one of result»].

39. Véase, por todos, IGNOR, A., *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846*, Paderborn et al., Schöningh, 2002, p. 163 ss., señalando que la tortura no sólo era considerada como inhumana, sino también cada vez más como ineficiente para la persecución y castigo de los verdaderos criminales.

40. LANGBEIN, J. H., *Torture and the Law of Proof, Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago, UCP, 2006, p. 8; KÖHNE, *supra* nota 7, nm. 890; PATTENDEN, R., «Admissibility in Criminal Proceedings of Third Party and Real Evidence Obtained by Methods Prohibited by UNCAC», en *The International Journal of Evidence & Proof*, 2006, núm. 10, pp. 1-41, p. 6 ss.

so torturado había indicado que estaba el arma homicida.⁴¹ La no fiabilidad de la prueba obtenida por tortura fue también una de las razones para la introducción de la regla de exclusión del art. 15 CT-ONU, que será discutida luego con más detalle (C. I. 1.). Se consideró que invocar tal declaración no fiable ante un tribunal sería contrario al principio del «juicio justo».⁴² En definitiva, aunque la Sala de juicio debería siempre excluir la prueba obtenida por tortura en vista de la «duda sustancial» en cuanto a su fiabilidad, podrían existir aún casos en donde tal prueba pueda ser verificada por investigaciones posteriores y pueda probarse que era correcta. Por consiguiente, la cuestión crucial en cuanto a su admisibilidad es la siguiente:

2. ¿La admisión de prueba obtenida por medio de tortura sería antitética y dañaría gravemente la integridad del proceso?

Aunque esta parte de la regla 95 no se refiera al método a través del cual la prueba es obtenida, sino a la consecuencia (resultado) de su admisión para el proceso en su conjunto, una Sala de Juicio debe aún evaluar la prueba a la luz de la manera y las circunstancias que rodearon su obtención. Si la admisión de la prueba sería «antitética» y «dañaría gravemente la integridad del proceso» depende de la gravedad de la violación cometida para obtener la prueba.⁴³ Como regla es posible decir que con el incremento del nivel de gravedad de la violación aumenta también la probabilidad de que la admisión sea «antitética» y «dañ[e] gravemente la integridad del proceso».⁴⁴

41. LANGBEIN, *supra* nota 40, p. 5.

42. BURGERS, J. H./DANIELIUS, H., *The United Nations Convention Against Torture - A Handbook on the Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman and Degrading Treatment and Punishment*, Dordrecht et al., M. Nijhoff, 1988, p. 148.

43. [«antithetical»] [«Would seriously damage the integrity of the proceedings»].

44. [«antithetical»] [«seriously damage the integrity of the proceedings»]. Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Brđjanin*, Case No. IT-99-36-T, Decision on the Defence Objection to Intercept Evidence (Oct. 3, 2003), par. 61 ss.

En cuanto a la prueba obtenida por medio de tortura es posible distinguir entre aquella *obtenida por los investigadores* del tribunal y aquella lograda por terceros. En el primer caso, puede haber pocas dudas acerca de que tal prueba será considerada como altamente antitética a y dañina para la integridad del proceso y en consecuencia tendría que ser excluida. Esto se sigue, antes que nada, de la importancia de la prohibición de tortura que el mismo TPIY ha reconocido en su frecuentemente citada decisión en el caso *Furundzija* en donde consideró a esta norma como de *ius cogens*⁴⁵ y como «uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional».⁴⁶ En *Nikolic*, la Sala de juicio incluso consideró en un *obiter* que graves maltratos o torturas de un sospechoso pueden constituir un obstáculo a la jurisdicción del Tribunal:

«En circunstancias en que un acusado ha sido gravemente maltratado, quizás incluso sometido a (...) tortura, antes de ser entregado al Tribunal, esto puede constituir un impedimento jurídico al ejercicio de la jurisdicción sobre tal acusado. Éste sería ciertamente el caso, si personas que actúan en nombre de la Fuerza de Estabilización en Bosnia y Herzegovina o el Procurador estuvieren involucrados en tales muy graves maltratos (...)»⁴⁷ (...) No sería apropiado para una Corte de justicia juzgar a una víctima de esos abusos».⁴⁸

45. *Prosecutor v. Furundzija*, Case No. IT-95-17/1, Judgment, (Dec. 10, 1998), par. 144, 153 s.

46. Id. par. 154 [«one of the most fundamental standards of the international community»]; para ulteriores referencias véase AMBOS, *supra* nota 1, p. 265 s.; recientemente MÖHLENBECK, M., *Das absolute Folterverbot*, Frankfurt a.M., Lang, 2008, p. 39 ss.

47. Véase *Prosecutor v. Nikolic*, Case No. IT-94-2-PT, Decision on Defence Motion Challenging the Exercise of Jurisdiction by the Tribunal, (Oct. 9, 2002), par. 114; también citado en *Prosecutor v. Nikolic*, Case No. IT-94-2-AR73, Decision on Interlocutory Appeal Concerning Legality of Arrest (June 5, 2003), par. 28.

48. *Prosecutor v. Nikolic* (June 5, 2003), *supra* nota 47, par. 30 [«In circumstances where an accused is very seriously mistreated, maybe even subject to (...) torture, before being handed over to the Tribunal, this may constitute a legal im-

De esto se sigue, *a fortiori*, que la prueba obtenida por medio de tortura sería antitética a y dañina para la integridad del proceso y en consecuencia debería ser excluida. Esto es aplicable no sólo a la prueba obtenida por los investigadores del Tribunal, sino también a aquella obtenida por personas que actúan en nombre del Tribunal, por ejemplo, las fuerzas de mantenimiento de la paz de la ONU. Otra cuestión es, sin embargo, cómo debe ser tratada la prueba obtenida por otros *terceros* independientes, en particular, las autoridades nacionales, que actúan sin ninguna vinculación con los tribunales. Esta cuestión tiene una gran importancia práctica para todo tribunal penal internacional, dado que normalmente éstos no cuentan con suficiente personal para obtener toda la evidencia y dependen de la cooperación de las autoridades nacionales.⁴⁹

Como ha sido dicho antes, los tribunales no han tomado una decisión sobre la admisión de prueba obtenida por medio de tortura. Sin embargo, ellos tuvieron que tratar con prueba obtenida por autoridades nacionales en violación de los derechos de los sospechosos aplicables ante esos tribunales. Así, la Sala en *Celebici* se enfrentó con la cuestión de si podía admitir prueba que había sido obtenida durante un interrogatorio llevado a cabo por la policía austriaca en ausencia del abogado del sospechoso. Aunque el derecho nacional aplicable (austriaco) de la época no preveía un derecho a la defensa técnica durante el interrogatorio policial y, en consecuencia, la prueba había sido legalmente obtenida según el derecho austriaco,⁵⁰ la Sala de Juicio sostuvo que el procedimiento austriaco lesionaba el derecho a la defensa técnica según el art. 18 (3) del Estatuto del TPIY y que, en consecuencia, las declaraciones hechas ante la policía eran

pediment to the exercise of jurisdiction over such an accused. This would certainly be the case where persons acting for SFOR or the Prosecution were involved in such very serious mistreatment (...). (...) it would be inappropriate for a court of law to try a victim of these abuses].

49. SAFFERLING, *supra* nota 31, p. 292.

50. La nueva Ordenanza Procesal Penal de 2004 concede tal derecho, ver la sección 164 (2).

inadmisibles en el proceso.⁵¹ Una posición similar parece haber sido tomada en la primera decisión de apelación del TPIR en el caso *Barayagwiza*.⁵² La cuestión era si la excesiva duración de la detención provisional del acusado en Camerún (sin ser informado inmediatamente sobre los cargos en su contra) convertiría a su arresto, de otro modo legítimo, en ilegítimo y podría constituir un obstáculo a la jurisdicción (personal) del Tribunal sobre la base de la «doctrina del abuso de proceso». La Sala de Apelación respondió esta cuestión de manera afirmativa, separando la cuestión del órgano responsable por la duración de la detención del efecto de la violación como tal:

«Incluso si la culpa es compartida entre los tres órganos de los tribunales —o es el resultado de la acción de un tercero, como Camerún—, esto socavaría la integridad del proceso judicial para proceder. Además, sería injusto para el apelante enfrentar un juicio sobre esas acusaciones si sus derechos fueron abiertamente violados. Por consiguiente, para la doctrina del abuso de proceso es irrelevante qué entidad o entidades fueron responsables por las alegadas violaciones de los derechos del apelante.»⁵³

Aunque esto se sigue, otra vez *a fortiori*, de que la prueba obtenida por medio de tortura nunca puede ser admitida, una Sala de Apelación diferente modificó posteriormente esta decisión, centrándose sobre las responsabilidades (organizacionales) por la duración de la detención y denegando un recurso

51. *Prosecutor v. Delalic et al.*, Case No. IT-96-21-T, Decision on Zdravko Mucic's Motion for the Exclusion of Evidence (Sept. 2, 1997), par. 52.

52. *Prosecutor v. Barayagwiza*, Case No. ICTR-97-19-AR72, Decision (Nov. 3, 1999).

53. *Id.* par. 73 [even if fault is shared between the three organs of the Tribunals — or is the result of the action of a third party, such as Cameroon — it would undermine the integrity of the judicial process to proceed. Furthermore it would be unfair for the Appellant to stand trial on these charges if his rights were egregiously violated. Thus, under the abuse of process doctrine, it is irrelevant which entity or entities were responsible for the alleged violations of the Appellant's right.].

por una lesión de los derechos del acusado, pues esto era responsabilidad principal de terceros.⁵⁴ De manera similar, en *Brđjanin*, una Sala de Juicio admitió transcripciones de conversaciones telefónicas interceptadas (ilegalmente) por fuerzas de seguridad de Bosnia y Herzegovina con el argumento de que la «función de este Tribunal no es disuadir y sancionar la conducta ilegal de las autoridades de investigación domésticas, excluyendo la prueba obtenida ilegalmente».⁵⁵ En otras decisiones el TPIR se ha abstenido de supervisar la legalidad de los actos de autoridades nacionales.⁵⁶

Resumiendo esta jurisprudencia, es claro que los tribunales no admitirían prueba obtenida mediante tortura por sus propios investigadores o por fuerzas que actúan en su nombre (como, por ejemplo, la Fuerza de Estabilización –SFOR– en *Nikolic*), pero no es claro cómo tratarían a tal prueba si fuera producida por terceros actuando de manera completamente independiente. Voy a sostener que la prueba obtenida por medio de tortura no debe ser admitida bajo ninguna circunstancia, independientemente de su proveniencia. Dado el estatus de la prohibición de la tortura como «uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional»,⁵⁷ ésta no puede ser comparada

54. *Prosecutor v. Barayagwiza*, Case No. ICTR-97-19-AR72, Decision (Mar. 31, 2000), par. 71, refiriéndose a nuevos hechos que «diminish the role played by the failings of the prosecutor as well as the intensity of the violation of the rights of the appellant.» [«disminuyen el rol jugado por los defectos del procurador, así como la intensidad de la violación de los derechos del apelante.»]

55. Véase *Prosecutor v. Brđjanin*, *supra* nota 44, par. 63 (no. 9) [«function of this Tribunal is not to deter and punish illegal conduct by domestic law enforcement authorities by excluding illegally obtained evidence»]; véase también *Prosecutor v. Kordic et al.*, Case No. IT-95-14/2-T, Oral Decision of Judge May (Feb. 2, 2000), Transcript 13671: «It's not the duty of this Tribunal to discipline armies or anything of that sort.» [«No es deber de este Tribunal el disciplinar ejércitos o nada semejante»] (referida en *Brđjanin*, como citada).

56. Véase SLUITER, G., «International Criminal Proceedings and the Protection of Human Rights», en *New England Law Review*, 2002-2003, núm. 37, pp. 935-948, p. 941 con varias referencias en la nota 25.

57. *Supra* nota 46 [«one of the most fundamental standards of the international community»].

con lesiones ordinarias o menores de reglas de procedimiento. Incluso en estos casos los tribunales no ignoran la infracción, pero, en ciertas ocasiones, conceden preeminencia a la importancia de la prueba para el proceso concreto; en este contexto, el hecho de que la prueba fue cometida por un tercero puede jugar un papel a favor de su admisión. En otras palabras, la responsabilidad personal o de la organización por la infracción, esto es, la cuestión de si la infracción puede ser imputada a los tribunales es sólo un aspecto a tener en cuenta en la ponderación de intereses.⁵⁸ Claramente, el resultado de esta ponderación cambia con la gravedad de la infracción procesal en cuestión y las consideraciones a favor de la admisión de pruebas no pueden superar a una violación de una prohibición tan importante como la prohibición de tortura.⁵⁹ En otras palabras, la regla procesal –*in casu* la prohibición de obtener prueba mediante tortura– puede adquirir una importancia tal que impide cualquier ponderación de intereses y que, en consecuencia, su infracción importa necesariamente la exclusión de la prueba respectiva. Del mismo modo, la «doctrina de la bandeja de plata» de la Corte Suprema de los EE.UU.,⁶⁰ sobre cuya base la prueba obtenida

58. Tal ponderación también puede ser identificada en *Brđjanin*, *supra* nota 44, par. 63 (no.7) y 63 (no. 8) donde la Sala expresa (con referencia a *Prosecutor v. Delalic et al.*, Case No. IT-96-21-T, Decision on the Tendering of Prosecution Exhibits 104-108 (Feb. 9, 1998) par. 18-20) que su tarea sería puesta en peligro si la prueba no pudiera ser admitida a causa de «a minor breach of procedural rules» [«una violación menor a reglas de procedimiento»], dada la gravedad de los casos que ella debe resolver en general e *in casu* dada la gravedad de los cargos contra el acusado. En consecuencia, «it would be utterly inappropriate to exclude relevant evidence due to procedural considerations, as long as the fairness of the trial is guaranteed.» [«sería completamente inapropiado excluir prueba relevante debido a consideraciones de procedimiento, en tanto en cuanto la lealtad del juicio esté garantizada.»]

59. En forma similar SLUITER, *supra* nota 56, pp. 946-947, enfatizando la naturaleza de la violación.

60. Sobre la base de la doctrina («nacional») de la bandeja de plata [«silver platter doctrine»], originalmente la Corte Suprema también permitió el uso en las Cortes federales de prueba que había sido obtenida ilegalmente por oficiales de los Estados. Pero posteriormente denunció esta posición en el caso *Elkins*

por particulares o por un gobierno extranjero estaba generalmente permitida,⁶¹ ha sido limitada cuando la infracción procesal, como en el caso de la tortura, «conmueve la conciencia de la Corte americana».⁶²

Hay consideraciones adicionales, basadas en el derecho de los tribunales, que hablan en contra de admitir prueba obtenida por medio de tortura aun cuando fuera obtenida por terceros. Primero, la obligación de los tribunales establecida en sus Estatutos de asegurar que el proceso sea justo y rápido (art. 20 (1) TPIY, art. 19 (1) TPIR) se extiende a violaciones de reglas procesales anteriores al juicio, dado que ellas pueden afectar el carácter de justo del proceso como tal. Esto significa que tales violaciones deben ser consideradas y no pueden ser despachadas con consideraciones meramente organizacionales relacionadas con la responsabilidad por la violación.⁶³ Segundo, la regla 95 debe ser interpretada a la luz de su versión original que, como fue explicado arriba, claramente prohibía la admisión de prueba obtenida mediante tortura. La modificación de la regla no tuvo el propósito de limitar, sino de ampliar los derechos del acusado.⁶⁴ Tercero, la misma Sala en el caso *Brđjanin* emitió el

v. United States, 364 U.S. 206, 80 S.Ct. 1437 U.S. (1960), véase Worrall, J. L., *Criminal Procedure*, Boston, Pearson Allyn & Bacon, 2.ed. 2007, p. 55.

61. *United States v. Janis*, 428 U.S. 433, 455 n. 31 (1976).

62. *United States v. Fernández-Caro*, 677 F.Supp. 893, 894 (S.D. Tex. 1987) [«shocks the conscience of American court.»]: «If conduct of foreign officers «shocks the conscience of American court, fruits of their mischief will be excluded under Fourth Amendment.» [«Si la conducta de oficiales extranjeros «conmueve la conciencia de la Corte Americana, los frutos de su ilícito serán excluidos bajo la Cuarta Enmienda.»]. Véase recientemente SCHARF, M. P., «Tainted provenance: When, if ever, should Torture Evidence be admissible?», en *Washington and Lee Law Review*, 2008, núm. 65, pp. 129-172, p. 151 ss., extendiendo este argumento al uso por los tribunales de prueba obtenida por terceros mediante tortura.

63. Cf. SLUITER, *supra* nota 56, pp. 942 ss. argumentando incluso que «every human rights violation» [«toda violación a derechos humanos»] debe ser tomada en consideración.

64. ZAPPALÀ, *supra* nota 36, refiriéndose al Segundo informe anual del TPIY (ICTY Second Annual Report), par. 26 incluida la nota 9 en conjunto con el título («To broaden the rights of suspects and accused persons»), disponible en in-

15 de febrero de 2002 una decisión sobre los estándares que gobiernan la admisibilidad de la prueba («*Order on the Standards Governing the Admissibility of Evidence*») donde estableció que las «declaraciones que no son voluntarias, sino que son obtenidas de los sospechosos por medio de una conducta opresiva, no pueden pasar el examen de la regla 95».⁶⁵ De manera similar, dentro del marco del procedimiento de admisión de culpabilidad (*guilty plea*) (regla 62bis), la admisión debe ser hecha voluntariamente para que sea aceptada como una confesión.⁶⁶ Esto muestra que la voluntariedad, que siempre es anulada con la tortura, es un presupuesto para que la declaración sea admitida.⁶⁷ Cuarto, hay un argumento teleológico con respecto a los

ternet: www.un.org/icty/rappannu-e/1995/index.htm (consultado por última vez el 19 de febrero de 2008).

65. *Prosecutor v. Brđjanin*, *supra* nota 44, par. 67 [«statements, which are not voluntary but are obtained from suspects by oppressive conduct, cannot pass the test under Rule 95 of the Rules.»].

66. Cf. la regla 62bis RPP-TPIY que establece: «If an accused pleads guilty in accordance with Rule 62 (vi), or requests to change his or her plea to guilty and the Trial Chamber is satisfied that: (i) the guilty plea has been made voluntarily; [...]» [«Si un acusado se declara culpable de acuerdo con la regla 62 (vi) o solicita cambiar su manifestación y declararse culpable y la Sala de Juicio está satisfecha con que: (1) la declaración de culpabilidad ha sido hecho voluntariamente; [...]»] (bastardilla agregada).

67. Claramente, la analogía con la declaración de culpabilidad se basa en la premisa de que es una confesión, y como tal un elemento de prueba (cf. *Blackstone's Criminal Practice* 2009, Oxford 2008, F17.2 (s. 2645): «A plea of guilty is a confession for the purposes of PACE 1984, s. 82 (1), and as such admissible in evidence provided that the provisions of s. 76 (2) are complied with.» [«Una declaración de culpabilidad es una confesión a los fines de PACE 1984, s. 82 (1), y como tal es admisible como prueba si están dadas las previsiones de la sec. 76 (2)]. Estrictamente hablando, sin embargo, se trata solo de un acto formal y su admisión en la prueba puede variar de acuerdo a las circunstancias del caso (cf. *R v. Rimmer* [1972] 1 WLR 268 CA, mentado por Blackstone tal como el caso) y de la discreción judicial, y afirmando que una declaración va a ser solo «rarely» [«raramente»] admitida en la prueba [272]; véase también, recientemente, *R v. Adams* (Ishmael) [2008] 1 Cr App R 35, [2007] EWCA Crim 3025: «Whether a suggestion of a plea at a case management hearing is or is not a probable admission or is or is not a safe basis for identifying what the issue is will

crímenes de competencia de los tribunales: si la tortura es parte de esos crímenes (como un crimen contra la humanidad o un crimen de guerra, art. 2 (b), art. 5 (f) Estatuto del TPIY y art. 3 (f), art. 4 (a) Estatuto del TPIR) sería contradictorio que los tribunales pudieran admitir prueba obtenida por una conducta que ellos mismos deben juzgar.⁶⁸ El argumento no puede ser refutado con el razonamiento de que los tribunales tienen que juzgar los «crímenes más graves conocidos a la humanidad»⁶⁹ y de que, en consecuencia, está justificado un enfoque más flexible para la admisión de la prueba obtenida (por medio de tortura).⁷⁰ Éste no es un argumento material, sino el procesal discutido arriba con respecto a la ponderación de intereses. Por consiguiente, son aplicables los mismos contra-argumentos: hay un límite a la ponderación si uno de los valores en juego es absoluto, esto es, *in casu* el valor absoluto de la prohibición de tortura.

II. La Corte Penal Internacional

La situación ante la CPI es esencialmente la misma. El artículo 69 (7) del Estatuto de la CPI –*lex specialis* respecto de la regla general de admisibilidad del apartado (4) del mismo artículo–⁷¹ repite la (nueva) regla 95 de las RPP de los TPIY/TPIR y establece:

«No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos

vary from case to case.» [«Si la sugerencia de una declaración de culpabilidad en la audiencia preliminar de un caso es o no es un reconocimiento demostrable, o es o no es una base segura para identificar cuál es la cuestión, va a variar de caso a caso.»].

68. En forma similar PATTENDEN, *supra* nota 40, p. 15.

69. [«gravest crimes that are known to mankind»].

70. SCHARF, *supra* nota 62, p. 155.

71. El art. 69 (4) se centra en el «valor probatorio» de la evidencia y en el posible «perjuicio» para un juicio justo. Véase también PIRAGOFF, D. K., en TRIPFETERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Wien, NWV, 2. ed. 2008, art. 69, nm. 9. Las RPP-CPI no contienen reglas más concretas, véanse las reglas 63 ss.

humanos internacionalmente reconocidas cuando: (a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o (b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él.»

De este modo, en principio, la prueba obtenida en violación de derechos humanos no es *per se* inadmisibile, sino que la decisión depende de su fiabilidad y sus efectos sobre la integridad del proceso. Así, en el caso *Lubanga*⁷² la defensa invocó una violación al art. 33 del Código Procesal Penal congolés por un allanamiento que se había realizado en la vivienda de Lubanga sin que él se encontrase presente.⁷³ Si bien la Sala de Cuestiones Preliminares (*Pre-Trial Chamber*) reconoció una violación del principio de proporcionalidad y por tanto una violación de «derechos humanos internacionalmente reconocidos» no declaró inadmisibile la prueba en cuestión ya que consideró que en el caso concreto dicha violación no afectaba la «fiabilidad» de tal prueba ni perjudicaba la integridad del proceso.⁷⁴ La Sala consideró, con base en la revisión de la jurisprudencia relevante, que únicamente graves violaciones pueden acarrear la exclusión de la prueba, agregó sin embargo que la prueba sólo era admisible «a los fines de la audiencia de confirmación», enfatizando además el «alcance limitado» de tal audiencia así como la posibilidad de que la Sala de Primera Instancia (*Trial Chamber*) se pronuncie en forma diferente respecto de la admisibilidad de la prueba en cuestión.⁷⁵

En cuanto a la prueba obtenida por medio de tortura, las mismas consideraciones antes efectuadas conducirían a su inadmisibilidad.

72. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges (Jan 29 2007).

73. *Id.*, par. 62 ss.

74. *Id.*, par. 81 ss. [«internationally recognised human rights»], par. 85 [«reliability»].

75. *Id.*, par. 86 ss., par. 90 [«for the purpose of the confirmation hearing»], [«limited scope»].

sibilidad absoluta.⁷⁶ Esto es aplicable a toda la prueba obtenida por medio de tortura independientemente de su fuente o su efecto a favor o en contra del acusado.⁷⁷ Del párrafo 8 del art. 69⁷⁸ se deriva la irrelevancia para la CPI del derecho nacional, dado que la Corte no se pronunciará sobre la «aplicación» de dicho derecho. Consecuentemente, la CPI debe juzgar la admisibilidad sobre la base de su derecho; en particular, su «aplicación e interpretación (...) deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos» (art. 21 (3)). Esta clara referencia a derechos humanos fundamentales, tal como la libertad frente a la tortura, es un fuerte argumento adicional de que hay «algunas violaciones que, por su naturaleza, son tan crasas o tan incompatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos que la admisión de prueba obtenida por tales medios siempre será antitética a y dañina para la integridad del proceso.⁷⁹ *Last but not least*, con respecto al procedimiento de admisión de culpabilidad previsto en el art. 65 del Estatuto de la CPI también se reconoce que tal admisión debe hacerse

76. Para el mismo resultado CALVO-GOLLER, *supra* nota 36, p. 286, «The difficulty does not lie in cases of evidence obtained by means of grave breaches of an internationally recognized human right, such as torture for example, but by means of less severe measures.» [«La dificultad no radica en los casos de prueba obtenida por medio de graves violaciones a un derecho humano internacionalmente reconocido, tal como la tortura por ejemplo, sino a través de medidas menos severas.»]

77. Véase también PIRAGOFF, *supra* nota 71, art. 69 nm. 66 («no distinction between evidence proffered by the Prosecutor or the accused, or requested by the Court» [«ninguna distinción entre prueba ofrecida por el Procurador o el acusado, o requerida por la Corte»]). El punto sin embargo es controvertido, en cuanto a prueba obtenida mediante tortura utilizada en contra del torturador véase la discusión de la postura de Scharf *infra* notas 99 ss.

78. Art. 69 (8) ECPI: «La Corte, al decidir sobre la pertinencia o la admisibilidad de las pruebas presentadas por un Estado, no podrá pronunciarse sobre la aplicación del derecho interno de ese Estado.»

79. PIRAGOFF, *supra* nota 71, art. 69 nm. 71 [«some violations which, by their nature, are always so egregious or so inconsistent with internationally recognized human rights that the admission of evidence obtained»]; véase también PATTENDEN, *supra* nota 40, p. 15.

«voluntariamente» (ver art. 65 (1) (b)) y que sería «nula e inválida»⁸⁰ si fuera obtenida por medio de tortura.

III. Primera conclusión intermedia con respecto al uso supranacional de prueba obtenida por medio de tortura

El uso supranacional de prueba obtenida por medio de tortura es siempre inadmisibile. Tal evidencia no es fiable y, más importante, su uso es antitético a y perjudicial para la integridad del proceso. Para considerar inadmisibile a esta prueba es suficiente con que exista uno de estos dos defectos; dado que la regla 95 TPIY/TPIR y el art. 69 (7) del Estatuto de la CPI prevén una formulación alternativa («o»). Una distinción entre prueba obtenida por medio de tortura por los investigadores del tribunal o por terceros no puede ser hecha razonablemente, ya que sólo minaría la regla general que espera que los tribunales penales internacionales –como modelos para la justicia penal nacional– respeten completamente los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Esto implica que estos tribunales no pueden utilizar prueba obtenida en violación de estos derechos. Como ha señalado Sluiter:

«Como modelos para la justicia penal internacional, puede esperarse que el TPIY y el TPRI respeten plenamente los derechos humanos internacionalmente protegidos. A largo plazo, el apoyo a y la confianza en formas de atribución penal internacional, incluyendo la recientemente establecida corte penal internacional (CPI), dependerá de si los tribunales pueden hacer honor a esta expectativa o no.»⁸¹

80. GUARAGLIA, F./HOCHMAYR, G. en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Wien, NWV, 2.ed. 2008, art. 65, nm. 25.

81. SLUITER, *supra* nota 56, p. 935 [«As models for international criminal justice, the ICTY and the ICTR may be expected to fully respect internationally protected human rights. In the long run, the support for and confidence in forms

C. EL USO TRANSNACIONAL DE PRUEBA OBTENIDA MEDIANTE TORTURA

El uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura ha sido objeto de dos decisiones recientes de cortes superiores en Gran Bretaña y Alemania. Ambas pueden informar nuestra discusión y servir como casos modelo.

En el caso *A and others v. Secretary of State for the Home Department*⁸² la Casa de los Lores británica (*House of Lords*) tenía que decidir si los tribunales británicos podían admitir como prueba declaraciones que habían sido obtenidas por medio de tortura por oficiales de un Estado extranjero sin estar involucradas las autoridades británicas. Los recurrentes fueron detenidos en aplicación de la sección 23 de la Ley sobre antiterrorismo, crimen y seguridad (*Anti-terrorism, Crime and Security Act*) de 2001.⁸³ La disposición autoriza la detención por un período indefinido de sospechosos certificado como terroristas internacionales según la sección 21 de esa Ley si, por razones jurídicas o prácticas, es imposible deportarlos. La persona certificada terrorista según la sección 21 puede apelar a la Comisión de Apelación Especial de inmigración (*Special Immigration Appeals Commission*—SIAC—) contra la certificación argumentando que no hay motivos razonables para la sospecha (véase la sección 25 de la Ley). Los recurrentes sostuvieron que el secretario de Estado se

of international criminal adjudication, including the recently established permanent international criminal court (ICC) will depend on whether or not the tribunals can live up to this expectation.].

82. *A and Others v. Secretary of State for the Home Department* (No. 2) [2005] UKHL 71, [2005] 3 WLR 1249, disponible también en internet: www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051208/aand-1.htm (consultada por última vez el 25 de febrero de 2008) [en adelante *A and others*, HL].

83. Las secciones 21 a 32 de esta ley han sido revocadas por la Prevention of Terrorism Act 2005 [Ley de prevención de Terrorismo de 2005], la cual fue luego enmendada por la Counter-Terrorism Act 2008 [Ley de Contra-Terrorismo] (véase www.statutelaw.gov.uk) (véase también WALKER, C., «Keeping Control of Terrorists without Losing Control of Constitutionalism», en *Stanford Law Review*, 2007, pp. 1395-1463.

había basado ilegalmente para la emisión de los certificados en prueba obtenida por medio de tortura proporcionada por otro Estado. Sin embargo, la SIAC sostuvo que la prueba, en la cual se fundaba (en parte) la sospecha, podía ser usada y en consecuencia rechazó la apelación. La Corte de Apelación para Inglaterra y Gales confirmó esa decisión. El 8 de diciembre de 2005, los Cámara de los Lores, concordando con la posición de los recurrentes, anuló la decisión por unanimidad, sosteniendo que el *common law* prohíbe la admisión de prueba obtenida por medio de tortura «independientemente de dónde, o por quién o con base en qué autoridad fue impuesta la tortura».⁸⁴

En su decisión del 14 de junio de 2005, el Tribunal Superior estadual de Hamburgo (*Oberlandesgericht*) tuvo que tratar con una cuestión similar en el caso *«El Motassadeq»*.⁸⁵ Motassadeq fue imputado de un delito similar a la conspiración previsto en el § 30 (2) tercera alternativa del Código penal alemán (*Strafgesetzbuch*)⁸⁶ en relación con los ataques del 11 de septiembre. El Departamento de Estado de los EE.UU. proporcionó, vía fax, resúmenes de declaraciones de tres miembros de Al Qaida de alta jerarquía prestadas en interrogatorios cumplidos por autoridades estadounidenses mientras esas personas estaban detenidas.⁸⁷ A causa de la sospecha general, basada en informes de prensa y de organismos de derechos humanos, de que los miembros de Al Qaida eran sometidos a tortura, el Tribunal buscó información sobre el lugar y las circunstancias de los interrogatorios; pero tal información no pudo ser obtenida. Si bien el Tribunal admitió en última instancia las declaraciones como evidencia —dado que,

84. *A and others*, HL, *supra* nota 82, para. 10 (Lord Bingham) [«irrespective of where, or by whom, or on whose authority the torture was inflicted.»].

85. OLG Hamburg, Decisión del 14 de junio de 2005, reeditada en *NJW*, 2005, núm. 58, p. 2326 ss., p. 2326, [en adelante OLG Hamburg, *El Motassadeq*].

86. Acuerdo con otro para cometer un crimen o instigar a cometerlo.

87. No es claro dónde exactamente estaban detenidos los testigos. El Tribunal Superior estadual de Hamburgo (OLG Hamburg, *El Motassadeq*, *supra* nota 85, p. 2327) expresó que ellos estaban «... mit hoher Wahrscheinlichkeit zumindest im Zugriffsbereich der Administration der USA ...» [«... con alta probabilidad al menos dentro del ámbito de la administración de los EE.UU. ...»].

con base en la libre apreciación de la prueba disponible, la tortura no pudo ser probada (sobre la delicada cuestión de la carga y el estándar de la prueba, véase más detalladamente *infra* C.), también declaró, en un *obiter*, que ninguna declaración obtenida por tortura –sin importar su proveniencia (autoridades nacionales o extranjeras)– puede ser admitida como prueba.⁸⁸

Si se comparan estos dos casos, lo más llamativo es que en ninguno de ellos las autoridades nacionales estaban involucradas en la obtención de la prueba respectiva. Según la distinción hecha en la introducción, entre la obtención pro-activa de la prueba mediante el traslado del sospechoso a Estados que practican la tortura (primera situación) y la obtención más bien accidental de tal evidencia (segunda situación), estos casos corresponden a la segunda situación. Sin embargo, si (aun) en esta situación la admisión de prueba obtenida por medio de tortura debe ser considerada legalmente imposible, entonces lo mismo vale *a fortiori* para la primera situación. En cuanto al subsiguiente análisis esto significa que la segunda situación debe ser examinada en primer lugar y la primera sólo debe serlo si la prueba

88. OLG Hamburg, *El Motassadeq*, *supra* nota 85, p. 2326, se refiere en el segundo principio guía («Leitsatz») de la sentencia al art. 15 de la CT-ONU y aplica esta disposición a testimonios obtenidos bajo tortura por autoridades extranjeras («... Verbot der gerichtlichen Verwertung von durch Folter herbeigeführten Aussagen, das ... auch bei im Ausland durch Organe anderer Staaten mittels Einsatzes von Folter herbeigeführten Aussagen eingreift.» [«... prohibición de valoración judicial de declaraciones provocadas por medio de tortura, que ... también opera en caso de declaraciones provocadas por medio de tortura en el extranjero por parte de órganos de otros Estados»]). Además, en su tercer principio guía, el Tribunal sostuvo que el § 136a OPP también es aplicable, por analogía, si tales medios de interrogación prohibidos son practicados por autoridades extranjeras y constituyen una flagrante violación de la dignidad humana («... auf die Anwendung unzulässiger Vernehmungsmethoden durch Angehörige anderer Staaten entsprechend anwendbar, sofern die Erkenntnisse, um deren Verwertung es geht, unter besonderes krassem Verstoß gegen die Menschenwürde zu Stande gekommen sind.» [«... aplicable correspondientemente a la utilización de métodos de interrogación inadmisibles por parte de miembros de otros Estados, en tanto los reconocimientos, de cuya valoración se trata, hayan sido obtenidos a través de una violación especialmente crasa de la dignidad humana.»]).

obtenida por medio de tortura es considerada admisible en esta (segunda) situación.

I. El uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura a la luz del derecho internacional

El uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura puede ser incompatible con el art. 15 CT-ONU y el principio del juicio justo tal como es reconocido especialmente en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos («CEDH») y la jurisprudencia respectiva.

1. Art. 15 CT-ONU

a) Ratio y alcance

El art. 15 CT-ONU es la única regla universal⁸⁹ que explícitamente excluye la prueba obtenida por medio de tortura:

«Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración.»

Los *travaux* de la CT-ONU⁹⁰ demuestran que esta regla obligatoria fue incluida en la convención esencialmente por dos razones: La primera era la salvaguarda de la lealtad del proceso,

89. La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura (Adoptada en la Asamblea General de la OEA, en su 15to Período Ordinario de Sesiones, Cartagena de Indias, Colombia, 9/12/1985) tiene una regla similar en su Art. 10: «Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el caso de que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por este medio el acusado obtuvo tal declaración.»

90. Tal como narrado por BURGER/DANIELIUS, *supra* nota 42, p. 148.

dado que toda declaración hecha bajo tortura es, como ya ha sido antes expuesto, susceptible de ser no fiable. La segunda razón era para desalentar el uso de la tortura, eliminando uno de sus principales incentivos para aplicarla. Además, en última instancia, el art. 15 CT-ONU refleja el «más amplio principio»,⁹¹ también expresado en la regla 95 de las RPP de los TPIYI/TPIR y en el art. 69 (7) (b) Estatuto de la CPI, de la salvaguarda de la integridad del proceso (judicial).⁹² Impidiendo el uso de la prueba obtenida por medio de tortura en el proceso judicial, el art. 15 CT-ONU no sólo asegura que sea excluida la prueba no fiable, sino también la prueba que «abusa[ría] y degrada[ría] el proceso»⁹³ e «involucra[ría] al Estado en una contaminación moral». El art. 15 CT-ONU no sólo es aplicable —obviamente— a la situación «clásica» en que el Estado utiliza la prueba que él mismo ha obtenido en un juicio penal contra el acusado (torturado),⁹⁴ sino también a la prueba obtenida mediante tortura en otro Estado. Esto se sigue ya de una interpretación literal, dado que el art. 15

91. *A and others*, HL, *supra* nota 82, para. 39 (Lord Bingham) [«wider principle»].

92. La disposición no se extiende a los procedimientos administrativos llevados a cabo por la rama ejecutiva; para una discusión THIENEL, T., «Foreign Acts of Torture and the Admissibility of Evidence», en *JICJ*, 2006, núm 4, pp. 401-409, p. 406.

93. *A and others*, HL, *supra* nota 82, para. 39 (Lord Bingham) [«abuse and degrade the proceedings»]. Lord Bingham remite a *United States v. Toscanino*, 500 F.2d 267, 276 (2d Cir. 1974) pero esta Corte lo expresó de una manera un poco diferente: «Drawing again from the field of civil procedure, we think a federal court's criminal process is abused or degraded where it is executed against a defendant who has been brought into the territory of the United States by the methods alleged here» [«Partiendo otra vez del campo del proceso civil pensamos que un proceso penal ante una Corte federal es abusado o degradado cuando se ejecuta contra un acusado que ha sido traído al territorio de los EE.UU. por los métodos aquí alegados»].

94. *The people (Attorney General) v O'Brien* (1965) IR 142, 150 [«involve the state in moral defilement.»]; reimpresso en *A and others*, HL, *supra* nota 82, par. 17, 39 (Lord Bingham).

95. Esto es, prueba obtenida aplicando tortura al acusado o a otras personas que puedan incriminar al acusado; al respecto, véase THIENEL, *supra* nota 3, pp. 358-359; PATTENDEN, *supra* nota 40, p. 7; sobre la aplicación de prueba derivada, esto es, de prueba obtenida a partir de una declaración hecha bajo tortura, véase PATTENDEN, *supra* nota 40, pp. 8-10.

CT-ONU no limita la exclusión a la prueba propia (nacional) obtenida mediante tortura, sino que establece de manera general que «ninguna declaración (...) hecha como resultado de tortura» será invocada como prueba «en ningún procedimiento», esto es, la prueba obtenida mediante tortura no es admisible independientemente de su proveniencia,⁹⁶ inclusive la prueba que se haya obtenido con base en aquella (efecto extendido).⁹⁷ El limitado alcance de la disposición puede ser explicado por su *ratio*, a saber, eliminar incentivos para el uso de tortura, así como impedir la producción de prueba no fiable y cualquier perjuicio a la integridad del proceso; la proveniencia de la prueba no altera su naturaleza ilícita y sus efectos negativos. Además, si los proyectistas hubieran querido limitar el alcance de la disposición, ellos fácilmente hubieran podido hacer lo que hicieron con respecto a otras obligaciones que surgen de la CT-ONU (véase, por ejemplo, el art. 2 (1), 12 y 13).⁹⁸ De hecho, ellos han actuado así con respecto a la utilización (excepcional) de la prueba obtenida mediante tortura en contra del torturador con el fin de probar la existencia de la declaración bajo tortura (véase el art. 15 última parte). Sin embargo, una aplicación extensiva de esta excepción por vía de analogía a otros casos contra el torturador, como recientemente ha sugerido Scharf,⁹⁹ ha de ser rechazada.

96. Para el mismo resultado BRUHA, T., «Folter und Völkerrecht», en *Das Parlament, Aus Politik und Zeitgeschichte*, 2006, núm 36, disponible en internet: www.bundestag.de/dasparlament/2006/36/Beilage/003.html (consultado por última vez el 25 de febrero de 2008); THIENEL, *supra* nota 3, pp. 360-361; PATTENDEN, *supra* nota 40, p. 10; ver también OLG Hamburg, *El Motassadeq*, *supra* nota 85, segundo principio guía como citado *supra* en la nota 88.

97. NOWAK, M./MCARTHUR, E., *The UN Convention against Torture*, Oxford et al., OUP, 2008, Art. 15 nm. 2, p. 75 ss., 88; concordante ESSER, A., «EGMR in Sachen Gäfgen v. Deutschland (22978/05), Urt. v. 30.06.2008», en *NSIZ*, 2008, pp. 657-662, p. 659; en el resultado también MÖHLENBECK, *supra* nota 46, p. 162 ss.

98. *A and others v. Secretary of State for the home Department* (No 2) [2004] EWCA Civ 1123, [2005] 1 WLR 414, también disponible en internet: www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/1123.html (consultado por última vez el 25 de febrero de 2008), par. 448 [en adelante *A and others*, EWCA].

99. SCHARF, *supra* nota 62, p. 159 ss.

Scharf sostiene que las declaraciones biográficas de los detenidos del centro de tortura Tuol Sleng de los Jemeres Rojos (*Khmer Rouge*) deberían ser admitidas como prueba en el juicio contra los líderes de los Jemeres Rojos ante las Cámaras extraordinarias del Tribunal internacional establecido por la ONU.¹⁰⁰ Scharf es bien conciente del riesgo de que tal excepción socave el art. 15 CT-ONU y en consecuencia propone cuatro criterios que deberían ser satisfechos para que un tribunal pueda considerar prueba obtenida mediante tortura. Primero, tal prueba nunca debe ser utilizada en un proceso donde la víctima de dicho abuso es el acusado. Segundo, nunca debe ser utilizada cuando las autoridades de persecución estuvieran directa o indirectamente involucradas en los actos de maltrato. Tercero, tal prueba tampoco debe ser considerada a menos que fuera suficientemente corroborada. Cuarto, no debería ser admitida si, con esfuerzos razonables, la autoridad de persecución pudiera obtener prueba no manchada que fuera efectiva para establecer la responsabilidad penal.¹⁰¹ Aunque sea difícil de aceptar que acusados como los líderes de los Jemeres Rojos saquen ventaja del art. 15 CT-ONU, esto es, una disposición que ciertamente no estaba destinada a ampararlos frente a la responsabilidad penal, el daño causado a la legitimidad de un proceso contra torturadores *que se basa esencialmente en prueba obtenida mediante tortura* no debería ser subestimado y ciertamente no puede ser superado por los cuatro criterios propuestos por Scharf. En efecto, estos criterios no se relacionan con la cuestión de la integridad o lealtad del proceso, sino que sacrifican estas consideraciones en nombre de la «eficiencia probatoria»¹⁰² con vistas a condenar acusados con la mayor facilidad posible. Tal «flexibilidad», uno de cuyos ejem-

100. Véase www.eccc.gov.kh; para una explicación general del marco jurídico véase KASHYAP, S., «The Framework of Prosecutions in Cambodia», en AMBOS, K./OTHMAN, M., *New Approaches in International Criminal Justice*, Freiburg i.B., ed. iuscrim, 2003, pp. 189-205.

101. SCHARF, *supra* nota 62, p. 170.

102. «evidentiary efficiency»

plos recientes es el proceso contra Saddam Hussein,¹⁰³ perjudica, a largo plazo, a la justicia penal internacional.

b) El impacto del art. 15 CT-ONU en el derecho doméstico

La CT-ONU, como un tratado internacional, no tiene fuerza vinculante en el derecho local, a menos que se le haya dado efecto a través de una incorporación explícita, sea a través de un acto del parlamento o ley o, además, en algunas jurisdicciones de *common law*, a través de principios de derecho consuetudinario internacional.¹⁰⁴ Esto significa que la CT-ONU sólo es parte del derecho alemán, pero no del derecho doméstico inglés, porque sólo en el primero el acto legislativo correspondiente ha sido adoptado por el parlamento.¹⁰⁵ Si el tratado en cuestión puede ser aplicado directamente (en parte) por tribunales locales depende de la naturaleza y contenido de sus normas, esto es, si ellas son lo suficientemente claras y precisas para ser «auto-ejecutorias» (*self executing*) con respecto a individuos sin necesidad de una clarificación ulterior por disposiciones locales.¹⁰⁶ De otra forma, el efecto de ese tratado estaría limitado a imponer una obligación general de adaptar el orden jurídico a los objetivos establecidos por sus reglas.¹⁰⁷

En *A and Others*, el juez Lord Neuberger negó que el art. 15 CT-ONU fuera auto-ejecutorio en los tribunales ingleses, dado que está dirigido a «todo Estado parte».¹⁰⁸ Sin embargo, éste no

103. [«flexibility»]; Véase AMBOS, K./SAID, P., «Das Todesurteil gegen Saddam Hussein», en *Juristen Zeitung* [JZ], 2007, núm. 62, pp. 822-828.

104. Respecto del Reino Unido, véase *A and others*, HL, *supra* nota 82, par. 27 (Lord Bingham) con ulteriores referencias; respecto de Alemania véase el art. 59 (2) de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*); ver también DOEHRING, K., *Völkerrecht*, Heidelberg, Müller, 2.ed. 2004, nm. 708 ss.; MALANCZUK, P., *Akehurst's modern introduction to international law*, London, Routledge, 7.ed. 2007, p. 65 ss.

105. BGBl. 1990 II p. 246.

106. Véase DOEHRING, *supra* nota 104, nm. 731, 735; HERDEGEN, M., *Völkerrecht*, München, Beck, 7.ed. 2008, § 22 nm. 5; KUNIG, P., en VITZTHUM, W. G. (ed.), *Völkerrecht*, Berlin, de Gruyter Recht, 3.ed. 2004, núm. 99.

107. Véase también THIENEL, *supra* nota 3, p. 351 ss.

108. *A and others*, EWCA, *supra* nota 98, par. 435 [«each state party»].

es un argumento convincente, dado que los tratados internacionales no siempre distinguen entre el gobierno y otros órganos del Estado.¹⁰⁹ Más bien, el hecho que el art. 15 CT-ONU obliga a los Estados partes a asegurar que la prueba obtenida mediante tortura no sea invocada en procesos (judiciales) da a entender que está dirigido a la rama judicial.¹¹⁰ El mismo punto de vista ha sido seguido por el Tribunal Federal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*),¹¹¹ aunque la jurisprudencia del Comité contra la tortura de la ONU y la práctica de los Estados no son uniformes.¹¹² Sea como fuere, el Tribunal Superior estadual de Hamburgo aplicó el art. 15 CT-ONU como una regla de exclusión local «auto-ejecutoria».¹¹³ Aun cuando no se quiera ir tan lejos en contra de una concepción dualista, no puede negarse que el art. 15 CT-ONU es obligatorio para los Estados parte de la CT-ONU y, como tal, esa disposición informa la interpretación del derecho y la práctica locales respectivos. Por consiguiente, la *House of Lords* usó correctamente el art. 15 CT-ONU como una pauta para interpretar el derecho doméstico inglés y sus obligaciones según el CEDH.¹¹⁴

109. Véase, por ejemplo, el art. 6 I CEDH; véase también OLG Hamburg, *El Motassadeq*, *supra* nota 85, p. 2328; THIENEL, *supra* nota 3, p. 352.

110. Véase también THIENEL, *supra* nota 3, p. 352.

111. BVerfG, decisión del 31 de mayo de 1994 *reimpresa en: NJW*, 1994, núm. 47, p. 2883 ss.

112. Para una discusión ver también THIENEL, *supra* nota 3, p. 353.

113. OLG Hamburg, *El Motassadeq*, *supra* nota 85, p. 2326: «innerstaatlich unmittelbar geltendes und im Strafverfahren zu beachtendes Verbot der gerichtlichen Verwertung...» [directamente vigente en el derecho interno y prohibición de valoración judicial a observar en el proceso penal...].

114. *Id. A and others*, HL, *supra* nota 82, par. 27 (Lord Bingham): Los recurrentes «rely on the well established principle that the words of a United Kingdom statute, passed after the date of a treaty and dealing with the same subject matter, are to be construed, if they are reasonably capable of bearing such a meaning, as intended to carry out the treaty obligation and not to be inconsistent with it.» [«se basan en el muy afianzado principio de que el texto de una ley del Reino Unido, aprobada luego de la fecha de un tratado y referida al mismo tema, debe ser interpretado, si razonablemente es capaz de tener tal significado, como si estuviera destinado a cumplir la obligación del tratado y no como si

2. El art. 6 (1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos

En el CEDH no hay una regla de exclusión explícita de la prueba obtenida por medio de tortura. La prohibición de tortura del art. 3 CEDH no se refiere a la cuestión de las consecuencias procesales por la violación de este derecho, en particular no establece una regla de exclusión.¹¹⁵ A pesar de ello, tal regla puede ser inferida de una interpretación sistemática y teleológica del principio del juicio justo consagrado en el art. 6 (1) del CEDH en concordancia con el art. 3 del CEDH.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no prescribe reglas de admisibilidad de la prueba, sino que en este punto deja a los Estados parte una amplia discreción;¹¹⁶ este Tribunal solamente examina —en una especie de evaluación del efecto general— si el proceso en su totalidad fue justo. Por consiguiente, en *Schenk v. Switzerland* el Tribunal sostuvo que su tarea no era decidir «como una cuestión de principio y en abstracto» si la prueba —que fue obtenida en contra del derecho local— puede ser admisible en juicio sin privar al recurrente de su derecho a un juicio justo, sino analizar si el proceso en su totalidad fue justo.¹¹⁷ Adoptando este punto de vista el TEDH puso énfasis en el hecho de que la conversación telefónica registrada ilícitamente no era la única prueba sobre la cual se basaba la condena del acusado¹¹⁸ y que él tuvo oportunidad suficiente para cuestionar la autenticidad de la grabación.¹¹⁹ Por lo tanto, en el caso de prueba

fuera incompatible con él.) (con cita de *Garland v British Rail Engineering Ltd.* [1983] 2 AC 751, 771).

115. Zur Begründung eines Verwertungsverbots nun ESSER, *supra* nota 97, p. 658 s.

116. *Schenk v. Switzerland*, Eur. Ct. H.R., Application no. 10862/84, par. 46 (12 de Julio de 1988); *Mialhe v. France* No.2 Eur. Ct. H.R., Application no. 18978/91, par. 43 (26 de septiembre de 1996).

117. *Schenk v. Switzerland*, *supra* nota 116, par. 46 [«as a matter of principle and in abstract»].

118. *Id.* par. 48.

119. *Id.* par. 47; *Kahn v. United Kingdom*, Eur. Ct. H.R., Application no. 55394/97, par. 38 (12 de mayo de 2000).

obtenida en violación del art. 8 CEDH (derecho a una vida privada y familiar) el TEDH estableció que la admisión de tal prueba sólo viola el art. 6 (1) CEDH si el proceso en un todo no fue justo.¹²⁰ *In casu*, el TEDH lo negó, tomando en consideración la naturaleza de la violación y la oportunidad del acusado de cuestionar la autenticidad de la prueba involucrada.¹²¹

El TEDH ha adoptado, sin embargo, un punto de vista diferente con respecto a los tratamientos inhumanos y degradantes de acuerdo con el art. 3 CEDH. En el caso *Jalloh v. Germany*¹²² declaró –luego de repetir el principio general de una evaluación general– que respecto de prueba obtenida mediante métodos constitutivos de una violación del art. 3 CEDH eran aplicables consideraciones diferentes, dado que esta norma protege uno de los valores más fundamentales de la sociedad y, a diferencia de otras disposiciones, no admite excepciones.¹²³ Aunque el TEDH dejó abierta la cuestión de si la admisión de prueba obtenida por tratamientos inhumanos y degradantes convierte por sí misma al proceso en injusto,¹²⁴ fue más explícito con respecto a la tortura:

«prueba inculpativa –sea en la forma de una confesión o de prueba material– obtenida como resultado de actos de violencia o brutalidad u otras formas de tratamiento que puedan ser caracteri-

120. *Kahn v. United Kingdom*, *supra* nota 119, par. 34; véase también *P.G. and J.H. v. United Kingdom*, Eur. Ct. H.R., Application no. 44787/98, par. 76 ss. (25 de septiembre de 2001) enfatizando que la prueba viciada era «not the only evidence against the applicants» [«no era la única prueba contra los recurrentes»] (par. 79).

121. *Kahn v. United Kingdom*, *supra* nota 119, par. 38 ss.; *P.G. and J.H. v. United Kingdom*, Eur. Ct. H.R., Application no. 44787/98, par. 79 ss. (25 de septiembre de 2001). Véase también MEYER-LADEWIG, J. *Europäische Menschenrechtskonvention*, Handkommentar, Baden-Baden, Nomos, 2. ed. 2006, art. 6 nm. 55b.

122. En el caso *Jalloh v. Germany* la policía había suministrado por la fuerza al recurrente, que era sospechoso de tráfico de drogas, un vomitivo, con el fin obtener la droga escondida en su cuerpo y utilizarla como evidencia en su contra.

123. *Jalloh v. Germany*, Eur. Ct. H.R., Application no. 54810/00, par. 99 (11 de julio de 2006).

124. *Id.* par. 107.

zados como tortura nunca debería ser usada como prueba de la culpabilidad de la víctima, independientemente de su valor probatorio. Cualquier otra conclusión sólo serviría para legitimar indirectamente la clase de conducta moralmente reprobable que los autores del artículo 3 de la Convención buscaron proscribir (...).¹²⁵

De alguna manera, con esta clara exclusión de la prueba obtenida por tortura el TEDH hizo hincapié en la naturaleza y gravedad de la violación y, por ello, hizo lo mismo que ya había hecho *in abstracto* en *Kahn v. UK*.¹²⁶ También vale la pena mencionar que el TEDH limitó el alcance de su afirmación a «prueba inculpativa (...) usada como prueba de la culpabilidad de la víctima»,¹²⁷ permitiendo así, aparentemente, la admisión de prueba obtenida por medio de tortura a favor del acusado. Aunque este punto de vista puede rendir homenaje al amplio derecho de defensa del acusado del art. 6 (3) (c) CEDH, está en conflicto sin embargo con la *ratio* de la regla de exclusión del art. 15 CT-ONU y, en consecuencia, debería ser rechazado.¹²⁸

En todo caso, el TEDH confirmó su posición en *Harutyunyan v. Armenia*. La cuestión del caso se refería a si el acusado había sido privado de un proceso justo por la admisión de su confesión y de otras declaraciones inculpativas de terceros que habían sido arrancadas por medio de tortura. El TEDH resolvió –recordando expresamente los principios desarrollados en *Jalloh*

125. *Id.* par. 105.

126. *Kahn v. United Kingdom*, *supra* nota 119, par. 34 [«[i]ncriminating evidence – whether in the form of a confession or real evidence – obtained as a result of acts of violence or brutality or other forms of treatment which can be characterised as torture should never be relied on as proof of the victim's guilt, irrespective of its probative value. Any other conclusion would only serve to legitimate indirectly the sort of morally reprehensible conduct which the authors of Article 3 of the Convention sought to proscribe (...).»].

127. [«incriminating evidence (...) relied on as proof of the victims guilt»].

128. Para un enfoque flexible PATTENDEN, *supra* nota 40, pp. 11, 36 ss., quien sostiene que la exclusión depende de la importancia de la prueba para el acusado; si es crucial para su defensa, la exclusión sería injusta; véase también *infra* nota 160 y en el texto principal.

*v. Germany*¹²⁹ que independientemente del impacto que las declaraciones obtenidas bajo tortura tuvieran sobre el resultado del proceso penal contra los recurrentes, el uso de esta prueba convierte a su juicio como un todo en injusto.¹³⁰ Luego de arribar a esta conclusión, el tribunal no halló necesario ocuparse de la diferente cuestión de si la admisión de prueba obtenida por medio de tortura lesiona el derecho a no auto-incriminarse (*nemo tenetur se ipsum accusare*).¹³¹ Aunque el alcance de este derecho se limita a declaraciones incriminatorias en perjuicio del acusado, es altamente relevante en nuestro caso.¹³² Este derecho, aunque no explícitamente mencionado en el art. 6 CEDH, es un principio internacionalmente reconocido y, en cierto modo, la otra cara de la presunción de inocencia consagrada en el art. 6 (2) CEDH.¹³³ De él se sigue que la autoridad de persecución penal debe intentar probar su caso sin recurrir a prueba que ha sido obtenida del acusado mediante opresión de su voluntad. De lo contrario, el tribunal debe decidir si el uso de tal prueba constituye una violación no justificada del derecho a la luz de todas las circunstancias del caso.¹³⁴ Dado que su razón subyacente es respetar y proteger la voluntad del acusado y evitar una injusticia (*miscarriage of justice*),¹³⁵ es evidente que cualquier declaración obtenida mediante tortura –en cuanto método que explíci-

tamente se propone quebrar la voluntad del sospechoso y tiende a producir confesiones falsas– constituye una flagrante violación de este derecho y en consecuencia debe ser excluida para preservar un juicio justo. *Last but not least*, en el reciente caso *Gäfgen*,¹³⁶ la Corte distinguió entre el uso de prueba que fue resultado directo de una violación del art. 3 CEDH y el uso de aquella que fue sólo el fruto (indirecto) de tal violación. Mientras que en el primer caso la prueba «nunca debería estar basada en ella para probar la culpabilidad de la víctima, independientemente de su valor probatorio»,¹³⁷ en el último caso hay por lo menos una «fuerte presunción» de que el uso de tal prueba tacharía al juicio en su conjunto de injusto.¹³⁸

En suma, la jurisprudencia reciente del TEDH considera que la admisión de prueba obtenida por medio de tortura lesiona el juicio justo en el sentido del art. 6 (1) CEDH, dado que la tortura es tan grave que su uso convertiría al procedimiento en su conjunto en injusto.¹³⁹ Aunque el tribunal no se refiere específicamente al uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura, la jurisprudencia analizada, especialmente con respecto

129. *Harutyunyan v. Armenia*, Eur. Ct. H.R., Application no. 36549/03, par. 63 (28 de junio de 2007).

130. Id. par. 66 [«regardless of the impact of the statements obtained under torture had on the outcome of the applicant's criminal proceedings, the use of this evidence rendered his trial as a whole unfair.»].

131. Id. par. 67.

132. Véase también THIENEL, *supra* nota 3, pp. 356-357, 362; id., *supra* nota 92, p. 404 (sin otros argumentos).

133. MEYER-LADEWIG, *supra* nota 121, art. 6 nm. 52. Véase también, respecto de los tribunales penales internacionales: AMBOS, K., «The Right of Non Self-incrimination of Witnesses Before the ICC», en *Leiden Journal of International Law*, 2002, núm. 15, pp. 155-177, p. 156 ss.

134. *Saunders v. United Kingdom*, Eur. Ct. H.R., Application no. 19187/91, par. 68 ss. (17 de diciembre de 1996).

135. Id. par. 68 ss.

136. *Gäfgen v. Germany*, Eur. Ct. H. R., Application no. 22978/05, par. 99, 105 ss. (30 de junio de 2008).

137. Ibid., par. 99 [«should never be relied on as proof of the victim's guilt, irrespective of its probative value»].

138. Ibid., par. 105 [«strong presumption»].

139. Concordantemente PATTENDEN, *supra* nota 40, p. 34 ss.; GAEDÉ, K., *Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, p. 322; THIENEL, *supra* nota 92, 404; LUBIG, S./SPRENGER, J., «Beweisverwertungsverbote aus dem Fairnessgebot des Art. 6 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR», en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* [«ZIS»], disponible en <www.zis-online.com>, 2008, núm. 3, pp. 433-440, p. 439, quienes sin embargo sólo quieren aceptar la prohibición de valoración en caso de violación de los derechos de participación; TALMON, S., «Der Anti-Terror-Kampf der USA und die Grundrechte», en KÄMMERER, A. (coord.), *An den Grenzen des Staates*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, p. 75, p. 94 ss., quien en forma similar resalta el «Anspruch auf materielle Beweisteilhabe» [«derecho a participación material en la producción de prueba»] (p. 98); ESSER, *supra* nota 97, p. 661 s. con una triple diferenciación; MÖHLENBECK, *supra* nota 46, p. 171.

a la importancia dada a la protección frente a la tortura, da a entender que para el tribunal sería indiferente si la prueba fue obtenida por medio de tortura provocada por terceros. En efecto, en *Schenk v. Switzerland* el tribunal no cuestionó el hecho de que la grabación fuera hecha por un particular, es decir, como en el caso de autoridades nacionales extranjeras, no podía ser atribuida directamente al Estado, sino que esencialmente se centró en la naturaleza de la violación en el marco de una ponderación de intereses.¹⁴⁰ Esto significa que la cuestión decisiva es si la naturaleza de la violación —como el interés lesionado del acusado— es tal que superaría el interés del Estado a usar dicha prueba y en consecuencia convertiría al proceso en su conjunto en injusto. Es interesante notar que a la misma conclusión llegó la Casa de los Lores en su decisión en *A and others*. Si bien en el momento de la decisión de los Lores el TEDH no había aún decidido el caso *Harutyunyan v. Armenia*, Lord Bingham of Cornhill expresó que él tenía pocas dudas en cuanto a que el tribunal habría considerado que la admisión de prueba obtenida por medio de tortura constituye una violación del art. 6 (1) de la CEDH.¹⁴¹ Para llegar a esta conclusión, los Lores invocaron el art. 15 de la CT-ONU para interpretar la garantía del juicio justo del art. 6 CADH,¹⁴² incorporado en el derecho británico doméstico con la Ley de derechos humanos de 1998 (*Human Rights Act 1998*).¹⁴³ Este enfoque es correcto, dado que el art. 31 (3) (c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴⁴ prevé que toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las

140. Véase también THIENEL, *supra* nota 3, p. 362.

141. *A and Others*, HL, *supra* nota 82, par. 26 (Lord Bingham). Véase también PATTENDEN, *supra* nota 40, p. 13 enfatizando correctamente la gravedad de la violación.

142. *A and others*, HL, *supra* nota 82, par. 29 (Lord Bingham).

143. MAY, R./POWLES, S., *Criminal Evidence*, London, Sweet & Maxwell, 5.ed. 2004, p. 369; La *Human rights Act 1998* está disponible en internet: www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980042_en_1 (consultada por última vez el 25 de febrero de 2008).

144. Adoptada el 22 de mayo de 1969; en vigor desde el 27 de enero de 1980, UN-Treaty Series vol. 1155, p. 331.

relaciones entre las partes deberá ser tomada en consideración para interpretar los tratados internacionales. El mismo TEDH invocó la definición de tortura del art. 1 de la CT-ONU para dar al término tortura del art. 3 CEDH un significado más concreto.¹⁴⁵ La referencia al art. 15 CT-ONU también es convincente porque es la única disposición con alcance universal que se ocupa explícitamente de nuestra cuestión y da a ella una clara respuesta, esto es, la absoluta exclusión de la prueba obtenida por medio de tortura independientemente de su proveniencia. Dado el estatus de la CT-ONU como tratado internacional y la importancia fundamental de la prohibición de tortura en derecho internacional, ésta es una respuesta final y de autoridad.

II. El uso transnacional de prueba obtenida por tortura a la luz de la tradición de *civil law* alemana y de *common law* inglesa

Como resulta de las referencias esporádicas al derecho (jurisprudencial) alemán e inglés en el texto precedente, la posición de estas dos jurisdicciones en relación con nuestra cuestión es muy similar. Dado que estas jurisdicciones pertenecen a diferentes familias jurídicas (el *civil law* romano germánico y el *common law* angloamericano) y como tal se aproximan de manera diferente al problema de la prueba obtenida ilícitamente, un resultado similar o idéntico con respecto a nuestra cuestión produciría un fuerte argumento y punto de partida para un principio general de derecho en el sentido del art. 38 (c) Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

1. Alemania: el § 136 a de la Ordenanza Procesal Penal

La cuestión del uso de prueba obtenida ilícitamente en Alemania ha sido enormemente influenciada por la teoría de Ernst

145. *Selmouni v. France*, E. Ct. H.R., Application no. 25803/94, par. 97 (28 de julio de 1999).

Belting de las «prohibiciones probatorias» (*Beweisverbote*), publicada tempranamente en 1903.¹⁴⁶ La idea básica de esta teoría es que el interés público en averiguar la verdad en un proceso penal puede ser superado por intereses privados protegidos como derechos o garantías fundamentales. Como el Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*; BGH) señaló: Aunque el objetivo del proceso penal es descubrir la verdad, en un Estado constitucional la verdad no puede ser perseguida a cualquier precio.¹⁴⁷

El § 136a de la Ordenanza procesal penal alemana (OPP) contiene una regla de exclusión obligatoria para toda la prueba obtenida por medio de tortura por las autoridades nacionales. Si bien la «tortura» no está expresamente mencionada en el apartado 1 de esta disposición, los métodos enumerados en este apartado pueden llegar a constituir tortura. Aunque hay muchas reglas en la OPP para la salvaguarda de derechos individuales, el § 136a es uno de los pocos casos en que el derecho explícitamente dispone una prohibición absoluta de utilizar en el proceso tal prueba ilícita. La razón de tal estricta regla de exclusión es la protección de la dignidad humana consagrada en el art. 1 de la *Grundgesetz* (Ley Fundamental), la *Grundnorm* (norma fundamental) de la constitución alemana.¹⁴⁸ Forzar al acusado por medio de torturas o medios similares a hacer una declaración lo degradaría a «objeto» del procedimiento penal, lo cual es incompatible con su estatus de parte procesal¹⁴⁹ y con su dignidad. La regla de exclusión también es aplicable a las declaraciones de testigos.¹⁵⁰

146. BELING, *supra* nota 4; véase también SENGE, *supra* nota 4, antes del § 48 nm. 20.

147. Decisión del 14 de junio de 1960, *supra* nota 9, p. 365 = 1582; véase también la decisión del BGH del 17 de marzo de 1983, *supra* nota 9, p. 309 = 1571.

148. BVerfG, decisión del 19 de octubre de 1983, en *NJW*, 1984, núm. 37, p. 428 ss., p. 428; BGH, decisión del 16 de febrero de 1954, en BGHSt 5, p. 332, p. 333 = *NJW*, 1954, núm. 7, p. 649 ss., p. 649.

149. BGH, decisión del 16 de febrero de 1954, *supra* nota 148, p. 333 = 649: «Der Beschuldigte ist Beteiligter, nicht Gegenstand des Strafverfahrens» [El imputado es un sujeto, no un objeto del proceso penal] (argumentando en contra del uso de un detector de mentiras).

150. El § 69 III OPP establece que el § 136 a OPP también es aplicable a testigos.

Aunque el § 136a OPP se dirige de manera explícita únicamente a las autoridades nacionales¹⁵¹ y, en consecuencia, no es directamente aplicable a terceros,¹⁵² incluidas las autoridades extranjeras, es generalmente reconocido que, independientemente de su proveniencia, la prueba no puede ser utilizada si fue obtenida de una manera que constituye una violación especialmente grave de la dignidad del acusado. En tal situación, por ejemplo, en el caso de prueba obtenida por medio de tortura, ha de ser aplicado analógicamente el § 136a (3) OPP.¹⁵³ De hecho, en *Motassadeq*, el Tribunal Superior estadual de Hamburgo sostuvo que la regla de exclusión también es aplicable en caso de prueba obtenida por medio de tortura por órganos de otro Estado.¹⁵⁴ Por varias razones, éste es el punto de vista correcto. Antes que nada, el uso de tal prueba por un tribunal nacional sería en sí mismo una violación de las obligaciones a que el Estado se ha comprometido por la CT-ONU. Como se ha concluido antes (C.I.1.a)), el art. 15 CT-ONU excluye cualquier declaración obtenida por medio de tortura independientemente de su origen. Además, una lectura conjunta de las obligaciones que

151. BGH, decisión del 6 de diciembre de 1961, en BGHSt 17, p. 14, p. 19 = *NJW*, 1962, núm. 15, p. 598 ss., p. 598; MEYER-GOßNER, L., *Kurzkomm. zur Strafprozessordnung*, München, C.H. Beck, 50. ed. 2007, § 136 a, nm. 2.

152. MEYER-GOßNER, *supra* nota 151, § 136 a nm. 3.

153. OLG Hamburg, *El Motassadeq*, *supra* nota 85, segundo principio guía tal como citado *supra* en la nota 88; MEYER-GOßNER, *supra* nota 151, § 136a nm. 3; JAHN, *supra* nota 4, C 102, 103; véase también la decisión del Tribunal Superior estadual de Celle (OLG Celle) del 19 de septiembre de 1984, en *NJW*, 1985, núm. 38, p. 640 ss., p. 641 (sobre la aplicación analógica del principio *ne-mo-tenetur* a particulares); dejando la cuestión abierta recientemente BGH, *NSIZ*, 2008, p. 643. Para una prohibición de valoración probatoria de resultados obtenidos por particulares por medios penalmente sancionados o mediante violación de la dignidad humana cfr. Decisiones 12 c) cc) und dd) de la Sección de Derecho Penal del 67. DJT 2008, *supra* nota 4.

154. OLG Hamburg, *El Motassadeq*, *supra* nota 85, tercer principio guía tal como citado *supra* en la nota 88 p. 2329; en el mismo sentido también MEYER-GOßNER, *supra* nota 151, § 136 a nm. 3; GLEß, S., en LÖWE-ROSENBERG, *Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Tomo 2, Berlin et al., de Gruyter, 25. ed. 2004, § 136a nm. 79.

se derivan de la CT-ONU, en particular de los arts. 2 (1), 4 y 14 (1), y el estatus de *ius cogens* de la prohibición lleva a la conclusión de que el Estado debe hacer todo lo que está dentro de su poder para prevenir y abstenerse de consentir hechos de tortura.¹⁵⁵ Aunque la obligación del Estado de proteger a las personas frente a la tortura, incluso por particulares,¹⁵⁶ sólo puede extenderse a su territorio,¹⁵⁷ queda en la decisión soberana de los tribunales aceptar o no en un proceso penal prueba obtenida por medio de tortura por parte de autoridades de otro Estado. Si se aceptara esta prueba, se enviaría el mensaje contradictorio de que la tortura por algunos es inadmisibles, pero por otros podría ser tolerada, como si esto cambiara la naturaleza del acto de tortura como ataque patente a la dignidad humana. Admitir la prueba obtenida por medio de tortura minaría, por tanto, el efecto disuasivo general de la regla de exclusión, es decir, desalentar a las autoridades nacionales —o en este caso: extranjeras— del uso de la tortura.¹⁵⁸ Segundo, el uso de prueba obtenida por

155. En el mismo sentido Lord Bingham, *A and others*, HL, *supra* nota 82, par. 34: «There is reason to regard it a duty of state, (...) to reject the fruits of torture inflicted in breach of international law» [«Hay razón para considerar un deber de Estado (...) rechazar el fruto de tortura infligida en infracción del derecho internacional»] (remitiendo a varias fuentes internacionales); también THIENEL, *supra* nota 3, p. 363 ss.; críticamente PATTENDER, *supra* nota 40, p. 15 ss.; SCHARF, *supra* nota 62, p. 23.

156. MEYER-LADEWIG, *supra* nota 121, art. 3 nm. 3.

157. Cf. art. 2 (1) CT-ONU: «bajo su jurisdicción»; art. 3 CEDH en conexión con art. 1 CEDH: «de su jurisdicción»; concordantemente THIENEL, *supra* nota 3, p. 361; para una posible aplicación extra-territorial de la CEDH en casos de extradición véase *infra* C. III.

158. Para la mayoría de la doctrina alemana este efecto disuasivo es sólo un efecto colateral, véase VOLK, K., *Grundkurs StPO*, München, Beck, 5.ed. 2006, § 28 nm. 7; críticamente desde la perspectiva del *common law* ROBERTS/ZUCKERMAN, *supra* nota 14, p. 155 ss.; para MAY/POWLES, *supra* nota 143, p. 298, no es función de los tribunales el disciplinar a la policía; ZANDER, M., *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, London, Sweet & Maxwell, 5.ed. 2005, p. 362, hace referencia a la crítica de la *Philips Royal Commission* [N. del T.: el autor se refiere a la Comisión Real sobre Procedimiento Penal —*Royal Commission on Criminal Procedure*— presidida por Cyril Philips y que presentó su informe en enero de 1981].

medio de tortura revictimizaría a la víctima de la tortura, atacando nuevamente su dignidad.¹⁵⁹ Tercero, la no fiabilidad de la prueba obtenida por medio de tortura, antes demostrada (B. I. 1.), otra razón para no admitir tal evidencia, no cambia según la proveniencia de la prueba. Por último, pero no por ello menos importante: la prueba obtenida bajo tortura que es admitida en el proceso dañaría siempre, provenga de donde provenga, la integridad del proceso (véase *supra* B. I. 2.).

Por las mismas razones, no parece que deba hacerse una excepción a la aplicación estricta de la regla de exclusión, en caso de que la prueba obtenida por tortura opere a favor del acusado.¹⁶⁰ El hecho de que el § 136a OPP esté destinado, en principio, a proteger al acusado no cambia la evaluación crítica de conjunto del uso de prueba obtenida por medio de tortura. El efectivo ejercicio del derecho de defensa (véase ya *supra* I. I. 2.) no depende de la admisión de prueba obtenida por medio de tortura favorable al acusado.

2. Gran Bretaña: ¿Regla de exclusión?

La aproximación del *common law* a la admisión de prueba (no de confesión) puede ser descrita como abiertamente «liberal» y sin principios, admitiendo básicamente toda evidencia

159. Véase VOLK, *supra* nota 158, § 28 nm. 35.

160. Éste es el punto de vista mayoritario: BAUJONG, K. en *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, München, Beck, 5.ed. 2003, § 136a nm. 37; DIEMER, H., en *ibid.*, 6.ed. 2008, § 136a nm. 37; HANACK, E.-W., en *LÖWE-ROSENBERG, Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Tomo 2, Berlin *et al.*, de Gruyter, 25.ed. 2004, p. 63; GLEß, *supra* nota 154, § 136a nm. 71; MEYER-GÖßNER, *supra* nota 151, § 136 a nm. 27; VOLK, *supra* nota 158, § 28 nm. 24; para una excepción DENCKER, F., *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, Köln *et al.*, Heymann, 1977, p. 73 ss.; véase también BGH, decisión del 7 de mayo de 1953, en BGHSt 5, p. 290, pp. 290-291 según el cual la prohibición del § 136a OPP no depende del resultado obtenido (distinguiendo *in casu* entre una confesión verdadera y una falsa). Véase para la discusión internacional *supra* nota 128 y el texto respectivo.

que es considerada relevante.¹⁶¹ Una conocida frase de un juez del siglo diecinueve lo expresa del siguiente modo: «No importa cómo la obtienes: incluso si la robas, sería admisible».¹⁶² Sólo hacia el final del último siglo esta posición ha devenido más restrictiva permitiendo a los jueces excluir prueba relevante,¹⁶³ si fue obtenida ilegalmente y su admisión sería contraria a un juicio justo o lesionaría la regla contra la auto-incriminación.¹⁶⁴ El gran avance actual, dando más peso a consideraciones de principios de derechos humanos, fue llevado a cabo con la Ley de Policía y Prueba Criminal de 1984 (*Police and Criminal Evidence Act 1984, PACE*)¹⁶⁵ y la Ley de Derechos humanos de 1988 (*Human Rights Act 1998*) que incorporó el CEDH, especialmente su artículo 6.¹⁶⁶ El sistema actual puede ser descrito todavía como flexible, pues en general la admisibilidad de la prueba es decidida sobre la base de un análisis del caso concreto por medio de una ponderación de intereses (derechos vs. condena).¹⁶⁷

Las secciones 76 (2) y 76A (2) PACE prevén que las confesiones obtenidas por medio de «opresión» o a través de un interrogatorio y que resulten «no fiables» «no deberán» ser admitidas como evidencia.¹⁶⁸ Esto es una regla de exclusión¹⁶⁹ que prime-

161. Véase MAY/POWLES, *supra* nota 143, pp. 285-286; ROBERTS/ZUCKERMAN, *supra* nota 13, pp. 148 ss.; ZANDER, *supra* nota 158, p. 360.

162. Citado según MAY/POWLES, *supra* nota 143, p. 286.

163. Sobre la importancia de la relevancia como la primera cuestión de admisibilidad ROBERTS/ZUCKERMAN, *supra* nota 14, pp. 96, 98 ss., pp. 150-151.

164. Cf. MAY/POWLES, *supra* nota 143, p. 286 ss.

165. Sobre su importancia ver ZANDER, *supra* nota 158, p. 360 ss. (366); ROBERTS/ZUCKERMAN, *supra* nota 14, p. 147.

166. La doctrina habla en este contexto de «constitucionalización» del derecho de la prueba penal, véase ROBERTS/ZUCKERMAN, *supra* nota 14, p. 175; véase también MAY/POWLES, *supra* nota 143, pp. 304-306.

167. ROBERTS/ZUCKERMAN, *supra* nota 14, p. 162: «sensible relationship of proportionality between the seriousness of a rule violation and the implications for justice and public safety of excluding evidence ...» [«sensata relación de proporcionalidad entre la gravedad de la violación de una regla y las implicancias para la justicia y la seguridad pública de la prueba a excluir...»].

168. [«oppression»], [«unreliable»], [«shall not»].

169. Véase también A and others, HL, *supra* nota 82, par. 15, donde Lord

ro estaba justificada en la inherente falta de fiabilidad de tal evidencia y luego, además, en el principio *nemo tenetur* y en la importancia de un adecuado comportamiento de la policía hacia las personas bajo custodia.¹⁷⁰ El término «opresión» debe ser entendido de manera amplia, incluyendo, en particular, a la tortura (sub-sección 8).¹⁷¹ De acuerdo a la sección 78, el tribunal puede excluir prueba que pueda tener un «efecto adverso para un justo proceso».¹⁷² Por lo tanto, el juez tiene discreción¹⁷³ para

Bingham expresa que la importancia del principio reside en el hecho «that common law has refused to accept that oppression [...] should go to the weight rather than the admissibility of the confession» [«que el common law ha rechazado aceptar que la opresión [...] deba referirse al peso más que a la admisibilidad de la confesión»].

170. Id. par. 16-17 con otras referencias. Véase también ZANDER, *supra* nota 158, p. 342.

171. [«oppression»]; Véase ZANDER, *supra* nota 158, pp. 347 ss.

172. [«adverse effect on the fairness of the proceedings»]; El texto completo es más complicado: «In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it.» [«En cualquier proceso, la Corte puede negarse a aceptar prueba que la autoridad de persecución propone que sea tenida en cuenta, si la Corte estima, considerando todas las circunstancias, incluidas las circunstancias en que la prueba fue obtenida, que la admisión de la prueba tendría tal efecto adverso para un justo proceso que la corte no deba admitirla.»].

173. Véase también la sección 82 (3) PACE que dispone que nada de la parte VIII de la Ley (referida a la prueba en el procedimiento penal en general) «shall prejudice any power of a court to exclude evidence at its discretion.» [«menoscabaré el poder de la Corte para excluir evidencia a su discreción»]. Los antecedentes históricos muestran que se quiso ampliar la discreción de la Corte en comparación con el *common law* tradicional (cf. ZANDER, *supra* nota 158, pp. 363-364; poco claro ARCHBOLD, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (RICHARDSON, P.J. et al. (eds.)), London, Sweet & Maxwell, 2007, § 15-453. Críticamente sobre el concepto de discreción judicial en este contexto ROBERTS/ZUCKERMAN, *supra* nota 14, p. 96, quienes conceden, sin embargo, en su análisis concreto de la sección 78 que «is no feasible substitute for trial judges' good faith judgement in the exercise of their discretion ...» [no hay un «sustituto posible para el juicio de buena fe de los jueces en el ejercicio de su discreción ...»] (p. 174).

excluir prueba que es, siguiendo la regla tradicional del *common law*, admisible en principio, pero que *in casu* sería contraria a un juicio justo,¹⁷⁴ en particular si ella «ha sido obtenida de un modo indignante para los valores civilizados».¹⁷⁵ Aunque el argumento del juicio justo fue reforzado con la Ley de derechos humanos, está íntimamente relacionado con la idea de preservar la *integridad moral* del procedimiento penal y evitar el *abuso de proceso*.¹⁷⁶ Esta última doctrina prohíbe «el ejercicio arbitrario, opresivo o abusivo del poder estatal», en particular «recibir prueba en un procedimiento en curso, si al hacer ello se ayudaría o premiaría la comisión de alguno de tales ilícitos por una agencia del estado».¹⁷⁷ Sin embargo, aunque la sección 78 parece haberse «convertido en un bastión primario de la lealtad y la integridad moral en el proceso penal inglés»,¹⁷⁸ la regla está limitada a la prueba de la acusación¹⁷⁹ y la jurisprudencia proporciona pocas pautas en cuanto a su aplicación concreta, a excepción de requerir una violación de la regla significativa y sustancial.¹⁸⁰

174. Véase *Halawa v. F.A.C.T.* [1995] 1 Cr.App.R. 21, 33.

175. *Regina v. Governor of Brixton Prison*, ex p. Levin [1997] AC 741, 748, HL [«has been obtained in a way which outrages civilised values.»]

176. Sobre esta doctrina véase también id. p. 179; PATTENDEN, *supra* nota 40, p. 30 ss.

177. Véase *A and others*, EWCA, *supra* nota 98, par. 248 [«the exercise of State power in an arbitrary, oppressive or abusive manner», [«receive evidence in ongoing proceedings, if to do so would lend aid or reward to the perpetration of any such wrongdoing by an agency of the State.»]; ROBERTS/ZUCKERMAN, *supra* nota 14, p. 179.

178. ROBERTS/ZUCKERMAN, *supra* nota 14, p. 180 [«moulded into a primary bulwark of fairness and moral integrity in English criminal proceedings»].

179. Esto se sigue de la formulación: «... evidence on which the prosecution proposes to rely to be given ...» [«prueba que la autoridad de persecución propone que sea tenida en cuenta», véase también PATTENDEN, *supra* nota 40, p. 39.

180. Para un análisis crítico y riguroso véase ROBERTS/ZUCKERMAN, *supra* nota 14, p. 160 ss. (p. 164: «judicial task of developing an admissibility regime ... remains an unfinished project ...» [«la tarea judicial de desarrollar un régimen de admisibilidad ... sigue siendo un proyecto inconcluso»]; p. 174: «little or no concrete guidance for trial judges...» [«poca o ninguna orientación concreta para los jueces de mérito ...»] de parte de la Corte de Apelación); véase también ZANDER, *supra* nota 158, p. 367 ss. (p. 367: «on a case-by-case basis, without any clearly articulated theory.» [«sobre la base del caso concreto, sin una teoría cla-

Es controvertido si la sección 78 es aplicable a la prueba (transnacional) obtenida por medio de tortura sin intervención de autoridades británicas. Aunque el uso de tortura tendría que ser considerado con seguridad como una violación de la regla significativa y sustancial, una cuestión diferente es si esto también hace inadmisibles la prueba obtenida por medio de tortura por parte de autoridades extranjeras. La Corte de Apelaciones en *A and others* lo rechazó,¹⁸¹ Lord Bringham lo afirmó con el argumento de que la doctrina del abuso de proceso también es aplicable si el fundamento del caso sería moralmente inaceptable.¹⁸² Lord Nicholls invoca la condena universal y la repugnancia de la tortura para justificar su exclusión. Él distingue, además, entre el uso preventivo de la tortura por la policía para evitar que explote una «bomba de tiempo activada»¹⁸³ y el uso represivo de prueba para lograr la convicción del acusado. Mientras el primero puede ser considerado correcto, el último no puede ser admitido.¹⁸⁴ La distinción entre tortura preventiva y tortura represiva

ramente articulada»]; p. 378: «no general guidelines» [«sin pautas generales»]; MAY/POWLES, *supra* nota 143, p. 293 ss. (p. 301: «no hard and fast rules» [«sin reglas resistentes y rápidas»]); pero también ARCHBOLD, *supra* nota 173, señalando, por un lado, que el «precise scope [is] ... unclear» [«alcance exacto ... no [es] claro»] (§ 15-453), por el otro, que hay una «substantial guidance» [«orientación sustancial»] por la jurisprudencia (§ 15-455) y, de nuevo, que «no general guidance» [«no hay «ninguna orientación general»] (§ 14-457).

181. Véase *A and others*, EWCA, *supra* nota 98, par. 137, 252, 253: «given that the specific rule against involuntary confessions is not engaged (we are not dealing with tortured defendants), the general rule – evidence is admissible if it is relevant, and the court is not generally concerned with its provenance – applies.» [«dado que no está comprometida la regla específica en contra de confesiones no voluntarias (no estamos tratando con acusados torturados), es aplicable la regla general – la prueba es admisible si es relevante y si la Corte no está en general involucrada con su proveniencia.»]. Es interesante poner de relieve que ninguno de los *Law Lords* (Jueces de la Cámara de los Lores) sostuvo esta posición en *A and others*, HL, *supra* nota 82.

182. Véase *A and others*, HL, *supra* nota 82, par. 19 (Lord Bingham) [«if the foundation for the case would be morally unacceptable»].

183. [«a ticking bomb»].

184. Véase *A and others*, HL, *supra* nota 82, par. 67 ss. (Lord Nicholls); A favor de flexibilidad y una ponderación similar, sin distinguir, sin embargo, entre

es en efecto importante y nos recuerda a la controvertida discusión de la punibilidad del torturador (preventivo) en los casos de una bomba a punto de explotar, en los cuales era indiscutido que tal evidencia no podía ser usada en un proceso penal.¹⁸⁵ En síntesis, la prueba transnacional sólo puede ser admitida si en el Estado extranjero han sido respetadas las reglas de procedimiento.¹⁸⁶ Éste no es el caso si la prueba fue obtenida por medio de tortura. La admisión de dicha evidencia dañaría siempre, independientemente de su proveniencia, la integridad del proceso y constituiría un abuso de proceso.

III. Segunda conclusión intermedia con respecto a la prueba transnacional obtenida por medio de tortura

Tanto el derecho internacional aplicable (*supra* I.) como el derecho nacional de Alemania y Gran Bretaña (II.) indican que la prohibición del uso de prueba obtenida por medio de tortura es «categorica» y que, como tal, se extiende también a la prueba transnacional obtenida por autoridades extranjeras con aplicación de tortura, aunque no estén involucradas en ningún modo las autoridades nacionales (segunda situación, ver la introducción y B *in fine*). La regla de exclusión respectiva también es aplicable, *a fortiori*, a la primera situación arriba descrita, en la cual un Estado produce tal evidencia de manera proactiva o, al menos, está involucrado en su producción. Cualquier otra conclusión dejaría abiertas las puertas a dobles estándares y socavaría la naturaleza absoluta de la prohibición de tortura.

Para la primera situación de un Estado proactivo puede hacerse un argumento adicional a favor de la regla de exclusión: de acuerdo con el art. 3 CEDH (o art. 7 PIDCP) un Estado par-

tortura preventiva y represiva PATTENDEN, *supra* nota 40, p. 32 ss.; por la admisibilidad en el caso de una bomba a punto de explotar también ROBERTS/ZUCKERMAN, *supra* nota 14, p. 153.

185. Véase AMBOS, *supra* nota 1, p. 263 con nota 6.

186. Cf. MAY/POWLES, *supra* nota 143, p. 300.

te está obligado a abstenerse de cualquier acto que pudiera exponer a personas bajo su jurisdicción a la tortura; en particular, está establecido que una persona no debe ser extraditada a un Estado donde corre el riesgo de ser torturada.¹⁸⁷ El Estado que recibe la solicitud de extradición (Estado requerido) es considerado en esta situación responsable por la violación del art. 3 CEDH, dado que posibilita la violación en el Estado requirente, aun cuando ésta no fuera su intención. Una situación aún peor existe en el caso de extradición a un Estado torturador: el Estado que entrega a la persona hace posible la tortura en el Estado receptor e incluso se propone hacerlo.¹⁸⁸ Este Estado tuvo, por tanto, «jurisdicción» en el sentido del art. 1 CEDH sobre la persona entregada.¹⁸⁹ De manera similar, si el Estado que recibe la prueba estuvo involucrado en su producción (ilegal), su subsiguiente uso constituye un abuso de proceso.¹⁹⁰

D. LA CARGA Y EL ESTANDARD DE PRUEBA

Aunque las consideraciones precedentes tomaron por cierto que la tortura, dejando de lado los problemas de definición,¹⁹¹ había sido efectivamente aplicada, en la práctica a menudo esto es desconocido y en consecuencia se plantea la cuestión de a quién corresponde la carga de la prueba y qué estandard de prueba ha de ser aplicado.

Generalmente, la carga de la prueba sólo puede ser distribuida entre las diferentes partes en un tipo de procedimiento que deja la responsabilidad de la producción y presentación de la

187. Véase por ejemplo *Soering v. United Kingdom*, Eur. Ct. H.R., Application no. 14038/88, par. 111 (7 de julio de 1989); más recientemente también Tribunal Estadual de Thüringen, Thür. OLG Ausl 7-06 v. 25.1.2007, en *StV*, 2008, p. 650.

188. Véase también THIENEL, *supra* nota 3, p. 366.

189. [«jurisdiction»]; Véase *supra* nota 157 y THIENEL, *supra* nota 3, pp. 366-367.

190. Cf. MAY/POWLES, *supra* nota 143, p. 300. Sobre los paralelos con las ex-tradiciones jurídicas con igual resultado también TALMON, *supra* nota 139, p. 93 s.

191. Sobre esto, con ulteriores referencias AMBOS, *supra* nota 1, p. 265 ss.

prueba en las manos de esas partes. En dicho sistema adversarial, como el inglés, la carga de la prueba en cuanto a la culpabilidad corresponde normalmente a la fiscalía, pero en cuanto a otros elementos de prueba, como principio general del common law, a la parte que los quiere invocar.¹⁹² Por el contrario, en un sistema de tipo inquisitivo o dirigido por un juez, como el alemán, siempre es el Estado (el ministerio público fiscal o el juez), y no las partes, quien debe indagar sobre el asunto. Si bien el acusado puede proponer prueba relevante, el tribunal no depende de esta actividad. El juez está obligado a investigar los hechos «*ex officio*» (véase el § 244 (2) OPP) extendiendo la recepción de prueba a todos los hechos relevantes para el caso.¹⁹³

En cuanto a la prueba (transnacional) obtenida bajo tortura es discutible si el enfoque ordinario arriba descrito es apropiado. En un procedimiento adversarial, esto significaría que el acusado tendría que probar la aplicación de tortura, dado que él quiere aducir este argumento para anular evidencia; en un procedimiento inquisitivo, el tribunal debe investigar el asunto, pero el riesgo de que no pueda ser probado es cargado al acusado.¹⁹⁴ Así, en *Motassadeq*, el Tribunal Superior estadual de Hamburgo no tuvo por probado que las declaraciones de tres testigos, cuyos resúmenes fueron remitidos por autoridades estadouni-

192. Cf. MAY/POWLES, *supra* nota 143, § 04-35 («The burden of establishing the conditions of admissibility of other evidence will fall on whichever side is seeking to adduce it.» [«La carga de establecer las condiciones de admisibilidad de otra prueba recaerá sobre la parte que busca aducirlas»]); SEABROOKE, S./SPRACK, J., *Criminal Evidence & Procedure*, London, Blackstone, 2.ed. 2004, p. 14 («In general the burden of proof in the «voir dire» will be upon the party who asserts that the evidence should be admitted.» [«En general, la carga de la prueba en el «voir dire» recaerá sobre la parte que afirma que la prueba debe ser admitida»]); ROBERTS/ZUCKERMAN, *supra* nota 14, p. 331. [N. del T.: en el derecho estadounidense se llama «voir dire» al procedimiento en el cual las partes discuten la composición del jurado y cuestionan eventualmente su imparcialidad].

193. BGH, decisión del 4 de abril de 1951, en BGHSt 1, p. 94, p. 96; BGH, decisión del 17 de octubre de 1983, en BGHSt 32, p. 115, p. 122 = NJW, 1984, núm. 37, p. 247 ss., p. 248.

194. BGH, decisión del 28 de junio de 1961, en BGHSt 16, p. 164, p. 167 = NJW 1979, 1980 (1961), núm. 14; MEYER-GOßNER, *supra* nota 151, § 136 a nm. 32.

denses, habían sido obtenidas por medio de tortura y, en consecuencia, fueron admitidas como evidencia.¹⁹⁵ Ninguno de estos enfoques es apropiado por razones prácticas y por consideraciones relacionadas con el principio del juicio justo. En términos prácticos, es difícil para el acusado probar el uso de tortura si él no fue la víctima de ella y en consecuencia no tiene signos físicos para demostrarla. En casi todos los casos de posible tortura de un testigo, el acusado no está en posición de aducir hechos fiables para probar la tortura.¹⁹⁶ Por lo tanto, del acusado no puede esperarse más que «exponga alguna razón plausible (...) de que la prueba ha venido, o es probable que haya venido, de uno de aquellos países que ampliamente se sabe o se cree que practican la tortura».¹⁹⁷ En efecto, la sección 78 PACE permite a la Corte excluir evidencia si lo cree necesario, para lo que sería suficiente con que la defensa plantee la cuestión.¹⁹⁸ Con esto, la carga de la prueba se traslada a la parte que aduce la prueba que supuestamente ha sido obtenida por medio de tortura, esto es, esta parte, normalmente el Estado, debe probar que no se ha aplicado tortura o que no existe un «riesgo real» en este sentido.¹⁹⁹ Esto está en conformidad con la interpretación que hace

195. OLG Hamburg, *El Motassadeq*, *supra* nota 85, pp. 2326, 2328.

196. *A and others*, HL, *supra* nota 82, par. 55 (Lord Bingham), par. 116 (Lord Hope). Por las mismas razones, Nigel Rodley, Relator Especial sobre la Tortura de la ONU, recomendó que no se requiera del detenido una «conclusive proof of physical torture» [«prueba concluyente decisiva de tortura física»], en *Report of Visit to Turkey*, U.N. Doc. E/CN. 4/1999/61/Add. 1 (1999), par. 113 (e)) disponible en internet <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/104/37/PDF/G9910437.pdf?OpenElement> (consultado por última vez el 26 de febrero de 2008); similar NOWAK/Mc ARTHUR, *supra* nota 97, nm. 81.

197. *A and others*, HL, *supra* nota 82, par. 56 (Lord Bingham) [«advance so me plausible reason (...) that evidence has, or is likely to have, come from one of those countries widely known or believed to practice torture»]; también par. 116 (Lord Hope): «All he can reasonably be expected to do is to raise the issue (...)» [«Todo lo que razonablemente puede esperarse que él haga es que plantee la cuestión (...)»]. Conc. NOWAK/Mc ARTHUR, *supra* nota 97, nm. 84. Críticamente en relación con el art. 6 (1) CEDH THIENEL, *supra* nota 92, p. 407.

198. Cf. MAY/POWLES, *supra* nota 143, p. 308.

199. *A and others*, HL, *supra* nota 82, par. 56 (Lord Bingham); concordante-

el Comité contra la Tortura del art. 15 CT-ONU según la cual la disposición supone un deber positivo del Estado de examinar si declaraciones llevadas ante sus tribunales han sido hechas bajo tortura.²⁰⁰ En un sistema inquisitivo, la misma solución podría ser alcanzada mediante una aplicación analógica del principio *in dubio pro reo*, usualmente aplicable sólo con respecto a hechos relativos a la culpabilidad del acusado,²⁰¹ al caso de prueba producida por medio de tortura o por métodos comparables.²⁰² Si, como en *Motassadeq*, el uso de tortura no puede ser probado, la duda operaría a favor del acusado, es decir, se debería suponer que la prueba controvertida fue producida bajo tortura y, en consecuencia, no podría ser admitida. A su vez, la prueba solamente puede ser admitida si el uso de tortura puede ser definitivamente refutado.²⁰³ En este sentido ya ha decidido el BGH que en caso de faltar los puntos de apoyo suficientes y confiables para una instrucción exitosa, las correspondientes manifestaciones del acusado no pueden ser valoradas.²⁰⁴ El BGH así implici-

mente par. 80 (Lord Nicholls), par. 98 (Lord Hoffmann); también conc. NOWAK/McARTHUR, *supra* nota 97, nm. 82, 84. Para otro punto de vista ZANDER, *supra* nota 158, pp. 380-381 según quien la defensa tiene que «to persuade the court that there is a serious issue as to unfairness ...» [«persuadir a la Corte de que hay una grave cuestión de injusticia [procesal] ...»] y que, en síntesis, llega «remarkably close» [«increíblemente cerca»] de la carga de la prueba que está en la defensa. De manera similar ARCHBOLD, *supra* nota 173, § 15-462: «evidential burden (...) that there is an issue to be decided (...) will rest on the defence.» [«carga probatoria (...) que hay una cuestión a decidir (...) recaerá en la defensa.»].

200. *P.E. v. France*, Complaint. No. 193/2001, UN Doc. A/58/44, p. 150 (par. 6.3.); *G.K. v. Switzerland*, Complaint. No. 219/2002, *ibid.*, p. 185 (par. 6.10); de esto THIENEL, *supra* nota 3, p. 355 deriva que el art. 15 reduce «any burden of proof on persons other than the state to an evidentiary burden only of triggering the positive obligation of the state.» [«toda carga de la prueba sobre personas diferentes al Estado a la carga probatoria de sólo provocar la obligación positiva del Estado»].

201. BGH, decisión de 28 de junio de 1961, *supra* nota 194, p. 166 = 1980.

202. Véase por ejemplo VOLK, *supra* nota 158, § 18, nm. 22 en el caso del § 136 a OPP; en nuestro contexto también TALMON, *supra* nota 139, p. 84.

203. Para la inversión de la carga de la prueba que allí se presenta también JAHN, *supra* nota 4, C 109; TALMON, *supra* nota 139, p. 84.

204. BGH NStZ-Rechtsprechungsreport Strafrecht 2007, p. 80 ss., p. 81.

tamente y en favor del acusado parte de la falta de instrucción, cuando ésta no es seguro que pueda ser probada de acuerdo al convencimiento del Tribunal de juicio.

Estas consideraciones evidencian que la cuestión de la carga de la prueba está relacionada con el estándar de la prueba. Mientras que en un sistema adversarial debe exigirse desde un principio un cambio de la carga de la prueba, en un sistema inquisitivo la cuestión no es la carga sino en estándar de prueba, dado que la primera recae de todas maneras en el Estado (tribunal). La cuestión crucial entonces es qué necesita ser demostrado para excluir la prueba: ¿es suficiente con que haya un riesgo real o alta probabilidad de que la tortura fue aplicada o debe ser probada plenamente? Mientras que la Casa de los Lorens siguió la primera posición, más flexible en *A and others* (la minoría²⁰⁵ optó por un «riesgo real», la mayoría²⁰⁶ por «alta probabilidad»), el *Oberlandesgericht* de Hamburgo²⁰⁷ siguió la última posición más estricta. Esta posición parece encontrar un sostén en el art. 15 de la CT-ONU que se refiere a una declaración «que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortu-

205. *Supra* nota 200 y texto principal.

206. Véase *A and others*, HL, *supra* nota 82, par. 120 ss., 121 (Lord Hope): «Is it established, by means of such diligent inquiries into the sources that it is practicable to carry out and on a balance of probabilities, that the information relied on by the Secretary of State was obtained under torture?» [«¿Está establecido, por medio de tales diligentes investigaciones que es factible llevar a cabo sobre las fuentes y con base en una ponderación de probabilidades, que la información confiada por el Secretario de Estado fue obtenida bajo tortura?»] (bas-tardilla en el original); véase también *ibid.*, par. 138 ss. (Lord Rodger), par. 156 ss. (Lord Carswell), par. 172 ss. (Lord Brown).

207. El *Oberlandesgericht* de Hamburgo requirió la plena prueba de la tortura y consideró que las dudas existentes acerca de las circunstancias del interrogatorio conciernen al valor probatorio y no a la admisibilidad de las declaraciones (OLG Hamburg, *El Motassadeq*, *supra* nota 85, pp. 2326, 2328); *crít.* GLEß, *supra* nota 154, § 136a nm. 79 con nota 351. Del mismo modo la Decisión Nr. 11 de la Sección Penal del 67. DJT «Die ein Beweisverwertungsverbot begründenden Umstände bedürfen des vollen Nachweises im Einzelfall.» [«Las circunstancias que fundan una prohibición de valoración probatoria requieren ser plenamente comprobadas en el caso concreto.»].

ra»,²⁰⁸ es decir, la aplicación de tortura debe ser efectivamente «demostrada». Sin embargo, otra vez aquí se plantea la cuestión de si un estándar estricto de este tipo es apropiado a la luz de las dificultades para probar con certeza el uso de tortura por parte de un Estado extranjero. Este Estado difícilmente cooperará en el esclarecimiento de los hechos²⁰⁹ y sin su cooperación es difícil encontrar prueba segura para probar la tortura. Además, el riesgo real o aún la alta probabilidad de que la prueba fue obtenida por medio de tortura es suficiente para contaminar la evidencia y así desacreditar el procedimiento. Finalmente, para un verdadero Estado de Derecho el riesgo real, es decir, la posibilidad seria de que haya sido utilizada prueba obtenida por medio de tortura debe ser suficiente para tornar insostenible el proceso.²¹⁰ Por todas estas razones, debe considerarse suficiente el estándar de un riesgo real, serio.²¹¹

CONCLUSIÓN FINAL: CONTRA LA ADMISIÓN DE PRUEBA TRANSNACIONAL OBTENIDA POR MEDIO DE TORTURA

El análisis del derecho de los tribunales penales internacionales ha mostrado que la prueba (supranacional) obtenida por medio de tortura no debe ser admitida, dado que tal prueba no es fiable y daña la integridad del proceso (B. III.). Lo mismo vale para la admisión ante tribunales nacionales de prueba (transnacional) obtenida por medio de tortura (C. III.). La estricta regla

208. Énfasis K.A.

209. Cfr. También JAHN, *supra* nota 4, C 109 (Prueba „praktisch unmöglich“ [«prácticamente imposible»]); así como TALMON, *supra* nota 139, p. 84.

210. Para este argumento en relación con el art. 6 (1) CEDH véase también THIENEL, *supra* nota 92, pp. 408-409. Sobre las presunciones de hecho del TEDH cfr. ESSER, *supra* nota 97, p. 660.

211. Para el mismo resultado THIENEL, *supra* nota 92, p. 409; NOWAK/McARTHUR, *supra* nota 97, Art. 15 nm. 84. Véase también JAHN, *supra* nota 4, C 109 con fundamentación del derecho constitucional.

de exclusión del art. 15 CT-ONU confirma este punto de vista. La *ratio* de esta regla es la no fiabilidad general de prueba obtenida por medio de tortura, su carácter lesivo de valores civilizados y su efecto degradante sobre la administración de justicia.²¹² Dada la desventaja de la defensa en el proceso penal, la carga de la prueba debe recaer en la parte que quiere presentar la prueba controvertida, es decir, el Estado. Por consideraciones prácticas y fundamentales basadas en el principio del juicio justo tal evidencia no debe ser admitida si hay un riesgo real, serio de que haya sido obtenida por medio de tortura (D.).

212. Véase la posición de los recurrentes citadas en *A and Others*, HL, *supra* nota 82, par. 28 (6) (Lord Bingham).

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, G., Estado de Excepción. Homo Sacer II, Ed. Pre-Textos, Valencia 2004 (orig. en italiano: Stato di Eccezione, 2003).
- , Medios sin fin: Notas sobre la política, Ed. Pre-Textos, Valencia 2001 (orig. en italiano: Mezzi senza fine. Note sulla politica, 1996).
- AMBOS, K., Die transnationale Verwertung von Folterbeweisen, en: *Strafverteidiger* 2009 (próximo a publicarse); en inglés por publicarse en *Israel Law Review* 41 (2009).
- , El derecho penal frente a amenazas extremas, en: Caudernos Luis Jiménez de Asúa, No. 34, Madrid 2007.
- , Feindstrafrecht, en: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 124 (2006), p. 1-30.
- , Internationales Strafrecht, 2da Edición, Ed. C.H. Beck, München 2008.
- , New Approaches in International Criminal Justice, Ed. Iuscrim, Freiburg im Breisgau 2003.
- , Other Grounds Excluding Responsibility, en: A. Cassese, P. Gaeta y J.R.W.D. Jones (coords.), *The Rome Statute of the ICC: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press 2002, pp. 1003-1048.
- , The Right of Non Self-incrimination of Witnesses Before the ICC, *Leiden Journal of International Law* 15 (2002), p. 155-177.
- , The Structure of International Criminal Procedure: Adversarial, Inquisitorial or Mixed? en: Bohlander, M. (ed.), Interna-

- tional Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedure, p. 429 – 503, London 2007.
- , Toward a Universal System of Crime: Comments on George Fletcher's Grammar of Criminal Law, en: *Cardozo Law Review* 28 (2007), p. 2647 (versión española «Dogmática jurídico-penal y concepto universal del hecho punible», *Política Criminal* 5/2008, www.politicacriminal.cl).
- AMBOS, K./PIRMURAT, S., Das Todesurteil gegen Saddam Hussein, en: *Juristen Zeitung* 62 (2007), p. 822-828.
- AMELUNG, K., Zum Streit über die Grundlagen der Lehre von den Beweisverwertungsverböten, in: *Festschrift für Claus Roxin*, Ed. De Gruyter, p. 1259, Berlín 2001.
- ARENDT, H., Los orígenes del totalitarismo, Alianza Editorial, Madrid 2006 (orig. en alemán: *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, 1951).
- ARLOTH, F., Dogmatik in der Sackgasse – Zur Diskussion um die Beweisverwertungsverböte, en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 153 (2006), p. 258ss.
- BELING, E., Die Beweisverböte als Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozess, Ed. Schletter, Breslau 1903.
- BENNECKE, H./BELING, E., Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrechts, Ed. Schletter, Breslau 1900.
- BENVENISTI, E., The Role of National Courts in Preventing Torture of Suspected Terrorists, en: *European Journal of International Law* 8 (1997), p. 596.
- BERNER, A.F., Die Notwehrtheorie, en: *Archiv des Criminalrechts* 29 (1848), p. 547.
- BERNSMANN, K., Entschuldigung durch Notstand, Ed. Heymanns, Köln et al. 1989.
- BEULKE, W., Strafprozessrecht, 10ma Edición, Ed. Müller, Heidelberg 2008.
- BOUJONG, K., PFEIFFER, G., Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 5a Edición, Ed. C.H. Beck, München 2003.
- BRUGGER, W., Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, en: *Der Staat* 35 (1996) p. 67.
- , Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, *Juristenzeitung* 55 (2000) p. 165 (en inglés: Two Res-

- ponses from German Law, en: *American Journal of Comparative Law* 48 (2000) p. 661).
- BRUHA, T., Folter und Völkerrecht, en: *Das Parlament, Aus Politik und Zeitgeschichte* Nr. 36, 04.09.2006.
- BURGERS, J. HERMAN/DANELIUS, H., The United Nation Convention Against Torture – A Handbook on the Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman and Degrading Treatment and Punishment, Ed. Martinus Nijhoff, Dordrecht 1988.
- CALVO-GOLLER, K. N., The Trial Proceedings of the International Criminal Court – ICTY and ICTR Precedents, Ed. Martinus Nijhoff, Leiden 2006.
- DELMAS-MARTY, M., The Paradigm of the War on Crime, en: *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), p. 584.
- DENCKER, F., Verwertungsverbot im Strafprozess, Ed. Heymann, Köln 1977.
- DERSHOWITZ, A. M., Is it Necessary to apply "Physical Pressure" to terrorists – and to Lie about it?, en: *Israel Law Review* 23 (1989) p. 192.
- , Tortured Reasoning, en: S. Levinson (coord.), *Torture: A Collection*, Oxford University Press, 2004, p. 257.
- , Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge, en: *New Haven: Yale University Press* 2002, pp. 158-163.
- DOEHRING, K., Völkerrecht, 2da Edición, Ed. Müller, Heidelberg 2004.
- DRESSLER, J., Understanding Criminal Procedure, 3era Edición, Ed. Lexis Nexis, Newark (NJ) 2002.
- DUFF, A./FARMER, L./MARSHALL, S./TADROS, V. (eds.), The trial on trial Vol. II - Judgment and calling to account, Ed. Hart, Oxford 2006.
- DÜX, H., Meinungen zur 'Folterdiskussion', en: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 36 (2003), p. 180.
- EISENBERG, U., Beweisrecht der Strafprozessordnung - Spezialkommentar, 6a Edición, Ed. Beck, München 2008.
- ENKER, A., The Use of Physical Force in Interrogations and the Necessity Defence, en: *Israel and International Human Rights Law: The Issue of Torture* (1995), p. 55.

- ERB, V., Notwehr als Menschenrecht, en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2005, p. 593.
- ESSER, R., EGMR in Sachen Gäfgen v. Deutschland (22978/05), *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2008, p. 657.
- FELLER, S.Z., Not "actual" Necessity, but "possible" Justification; not "moderate" Pressure but either "Unlimited" or "None at all", en: *Israel Law Review* 23 (1989) p. 201.
- FEZER, G., Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, Ed. Müller, Heidelberg 1995.
- FINGER, T., Prozessuale Beweisverbote – Eine Darstellung ausgewählter Fallgruppen, en: *Juristische Arbeitsblätter* 38 (2006), p. 529ss.
- FLETCHER, G., Basic Concepts of Criminal Law, *Oxford University Press*, New York 1998.
- , The Right and the Reasonable, en: *Harvard Law Review* 98 (1985) p. 949.
- GAEDE, K., Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, Ed. Duncker & Humblot, Berlin 2007.
- GAETA, P., May Necessity be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?, en: *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), p. 785.
- GRECO, L., Die Regeln hinter der Ausnahme. Gedanken zur Folter in sog. ticking time bomb-Konstellationen, en: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 154 (2007), pp. 628.
- GROSS, O., Are Torture Warrants Warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience, en: *Minnesota Law Review* 88 (2004) p. 1481.
- GUR-ARYE, M., Can the War Against Terror Justify the Use of Force in Interrogations?, en: S. Levinson (coord.), *Torture: A Collection*, Oxford University Press, 2004, pp. 183.
- HANNICH, R./APPL, E., Karlsruher Kommentar zur Strafprozedur, 6a Edición, Ed. Beck, München 2008.
- HAURAND, G./VAHLE, J., Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen, en: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 22 (2003) p. 513.
- HECKER, W., Relativierung des Folterverbots in der BRD?, en: *Kritische Justiz* 36 (2003) p. 210.

- HENKEL, H., Strafverfahrensrecht, 2a Edición, Ed. Kohlhammer, Stuttgart 1968.
- HERDEGEN, M., Völkerrecht, 7a Edición, Ed. Beck, München 2008.
- HERZBERG, R., Folter und Menschenwürde, en: *Juristenzeitung* 60 (2005) p. 321 ss.
- HOOPER, J./ORMEROD, D., Blackstone's Criminal Practice 2009, Oxford University Press, Oxford 2008.
- IGNOR, A., Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846, Ed. Schöningh, Paderborn *et al.* 2002.
- IMSEI, A., Moderate Torture on Trial: Critical Reflections on the Israeli Supreme Court Judgement Concerning the Legality of General Security Services Interrogation Methods, en: *Berkeley Journal of International Law* 19 (2001) pp. 328 ss.
- JÄGER, M., Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, Ed. Beck, München 2003.
- JAHN, M., Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaats und der effektiven Bekämpfung des Terrorismus, en: *Verhandlungen zum 67. Deutschen Juristentag [DJT]*, Vol. I, Erfurt 2008.
- , Das Strafrecht des Staatsnotstandes, Ed. Klostermann, Frankfurt am Main 2004.
- JAKOBS, G., Terroristen als Personen im Recht, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 117 (2005) p. 839.
- JEROUSCHEK, G./KÖLBEL, R., Folter von Staats wegen?, en: *Juristenzeitung* 58 (2003) p. 613.
- JEßBERGER, F., Bad Torture – Good Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany, en: *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), p. 1059-1073.
- , Übungsklausur StR »Wenn Du nicht redest, füge ich Dir große Schmerzen zu«, *Jura* 25 (2003) p. 711.
- KADISH, S.H., Torture, the State and the Individual, *Israel Law Review* 23 (1989) p. 345.
- KAHN, K., Archbold, International Criminal Courts, 2da Edición, Ed. Sweet & Maxwell, London 2005.

- KELKER, B., Die Rolle der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 118 (2006), p. 389ss.
- KINDHAUSER, U., STRAFRECHT, Allgemeiner Teil, 3ª edición, Ed., Nomos, Baden-baden, 2008.
- KINZIG, J., Not kennt kein Gebot?, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 115 (2003) p. 791.
- KREMNITZER, M./SEGEV, R., The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue?, en: *Israel Law Review* 34 (2000) p. 509.
- , The Landau Commission Report: Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the Needs of the Security Service?, en: *Israel Law Review* 23 (1989) p. 238 ss.
- KRETSCHMER, B., Folter in Deutschland: Rückkehr einer Ungeheuerlichkeit, en: *Recht und Politik* 39 (2003) p. 102.
- KRETZMER, D., Introduction, en: *Israel and International Human Rights Law: The Issue of Torture* (1995), p. 4.
- , The Torture Debate: Israel and Beyond, en: D. Downes, P. Rock, Ch. Chinkin y C. Gearty (coord.), *Crime, Social Control and Human Rights. Essays in honour of Stanley Cohen*, Ed. Willan Publishing, Cullompton 2007.
- KÜHNE, H.-H., Strafprozessrecht – eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7a Edición, Ed. Müller, Heidelberg 2007.
- LANGBEIN, J. H., Torture and the Law of Proof, Europe and England in the Ancien Régime, University of Chicago Press, Chicago 2006.
- , The Legal History of Torture, en: S. Levinson (coord.), *Torture: A Collection*, Oxford University Press, 2004, p. 93ss.
- LOWE, E./ROSENBERG, W./RIEß, P., Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz - Großkommentar Vol. 2, 26a Edición, Ed. de Gruyter Recht, Berlin 2006.
- LUBIG, S./SPRENGER, J., Beweisverwertungsverbote aus dem Fairnessgebot des Art. 6 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, en: *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 3 (2008), p. 433-440.
- LÜDERSEN, K., Die Folter bleibt tabu – kein Paradigmenwechsel ist geboten, en: K. Rogall *et al.* (coord.), *Festschrift für*

- Hans-Joachim Rudolphi, Ed. Luchterhand/Wolters Kluwer, Neuwied 2004.
- MALANCZUK, P., Akehurst's modern introduction to international law, 8a Edición, Ed. Routledge, New York 2008.
- MAUNZ, T. (fund.)/DÜRIG, G. (fund.)/HERZOG, R. (ed.) *et al.*, *Grundgesetz (Loseblatt)*, Tomo I – Art. 1 - 5, 44to. suplemento de febrero 2005, Ed. C.H. Beck, München 1958 -.
- MAY, R./POWLES, S., Criminal Evidence, 5a Edición, Ed. Sweet & Maxwell, London 2004.
- MAY, R./WIERDA, M., International Criminal Evidence, Ed. Transnational Publishers, Ardsley (NY) 2002.
- MERKEL, R., Folter und Notwehr, en: M. Pawlik/R. Zaczek (coord.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Ed. Carl Heymanns, Berlin 2007.
- MEYER-GOßNER, L., Kurzkomentar zur Strafprozessordnung, 51a Edición, Ed. Beck, München 2008.
- MEYER-LADEWIG, J., Europäische Menschenrechtskonvention - Handkommentar, 2da Edición, Ed. Nomos, Baden-Baden 2006.
- MIEHE, O., Nochmals: Die Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot, en: *Neue Juristische Wochenschrift* (2003) p. 1219.
- MÖHLENBECK, M., Das absolute Folterverbot, Ed. Lang, Frankfurt am Main 2008.
- MOLINA, F., La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: es justificable la tortura?, en: A. Cuerda Riezu (coord.), *La Respuesta del Derecho Penal ante los Nuevos Retos*, Ed. Dykinson, Madrid 2006.
- MOORE, M.S., Torture and the Balance of Evils, en: *Israel Law Review* 23 (1989) p. 280.
- MURMANN, U., Über den Zweck des Strafprozesses, en: *Goltammer's Archiv für Strafrecht* 151 (2004), p. 65ss.
- NEMITZ, J.-C., Die Hauptverhandlung unter besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts, en: *Internationale Strafgerichtshöfe*, Stefan Kirsch (ed.), 1era Edición, Ed. Nomos, Baden-Baden 2005.
- NOWAK, M./MCARTHUR, E., The UN Convention against Torture, Oxford University Press, Oxford 2008.
- OTTO, H., Diskurs über Gerechtigkeit, Menschenwürde und Menschenrechte, en: *Juristenzeitung* 60 (2005) p. 473.

- , Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren, en: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 117 (1970), p. 289ss.
- PATTENDEN, R., Admissibility in Criminal Proceedings of Third Party and Real Evidence Obtained by Methods Prohibited by UNCAT, en: *The International Journal of Evidence & Proof* 10 (2006), p. 6ss.
- PERRON, W., Foltern in Notwehr?, en: B. Heinrich (coord.), *Festschrift für Ulrich Weber*, Ed. Giesecking, Bielefeld 2004, p. 143.
- PFEFFERKORN, F., Einführung in das französische Strafverfahren, Ed. LIT, Hamburg 2006.
- POSNER, R. A., Torture, Terrorism, and Interrogation, en: S. Levinson (coord.), *Torture: A Collection*, Oxford University Press, 2004, p. 291.
- PRITZWITZ, C., Richtervorbehalt, Beweisverwertungsverbot und Widerspruchslösung bei Blutentnahmen gem. § 81 a Abs. 2 StPO, en: *Strafverteidiger* 28 (2008), p. 486 – 494.
- RICHARDSON, P. J. (ed.), *Archbold, Criminal Pleading, Evidence and Practice*, Ed. Sweet & Maxwell, London 2007.
- ROBERTS, P./ZUCKERMANN, A., *Criminal Evidence*, Oxford University Press, Oxford 2004.
- ROBINSON, P., Letter to the Editor, en: *Israel Law Review* 23 (1989) p. 189.
- RODLEY, N., Report of Visit to Turkey, U.N. E/CN.4/1999/61/Add.1, 27 January 1999, disponible en internet: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/104/37/PDF/G9910437.pdf?OpenElement>
- ROGALL, K., Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverböten, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 91 (1979), p.1.
- ROXIN, C., Beweisverwertungsverbot bei bewußter Mißachtung des Richtervorbehalts, en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 27 (2007), p. 616ss.
- , Kann Staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?, en: J. Arnold et al. (coord.), *Festschrift für Albin Eser*, Ed. C.H. Beck, München 2005 p. 461.

- , *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Vol. I, 4a Edición, Ed. C.H. Beck, München 2006.
- ROXIN, C./SCHÄFER, G./WIDMAIER, G., Die Mühlenteichtheorie, Überlegungen zur Ambivalenz von Verwertungsverböten, en: *Strafverteidiger* 26 (2006), p. 655ss.
- SAFFERLING, C. J. M., *Towards an International Criminal Procedure*, Oxford University Press, Oxford 2003.
- SALIGER, F., Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 116 (2004) 35, pp. 46-47.
- SCARRY, E., Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz, en: S. Levinson (coord.), *Torture: A Collection*, Oxford University Press, 2004, p. 281.
- SCHABAS, W., *The UN International Criminal Tribunals – The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H. (coords.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ma. Edición, Ed. C.H. Beck, München 2006.
- SCHARF, M. P., Tainted provenance: When, if ever, should Torture Evidence be admissible?, en: *Washington & Lee Law Review* 65 (2008), p. 129-172
- SCHILD, W., Folter(androhung) als Straftat, en: G. Gehl (coord.), *Folter – zulässiges Instrument im Strafrecht*, Ed. Bertuch, Weimar 2005, p. 59.
- SCHMIDT, E., *Lehrkommentar Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Vol. II*, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1957.
- , Zur Frage der Eunarkon-Versuche in der gerichtlichen Praxis, en: *Süddeutsche Juristenzeitung* 1949, p. 449.
- SEABROOKE, S./SPRACK, J., *Criminal Evidence & Procedure*, 2da Edición, Ed. Blackstone, London 2004.
- SHANY, Y., The Prohibition against Torture and Cruel, Degrading and Inhuman Treatment and Punishment: Can the Absolute be Relativized under International Law?, en: *Catholic University Law Review* 56 (2007), p. 101.
- SHUE, H., Torture, en: S. Levinson (coord.), *Torture: A Collection*, Oxford University Press, 2004.

- SLUITER, G., International Criminal Proceedings and the Protection of Human Rights, en: *New England Law Review* 37 (2002-2003), p. 935-948.
- STEFANI, G./LEVASSEUR, G./BOULOC, B., Procédure pénale, 21era Edición, Ed. Dalloz, Paris 2008.
- TALMON, S., Der Anti-Terror-Kampf der USA und die Grundrechte, en: *An den Grenzen des Staates*, A. Kämmerer (ed.), Ed. Duncker & Humblot, Berlín 2008, p. 75-100.
- THIENEL, T., Foreign Acts of Torture and the Admissibility of Evidence, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), p. 401.
- , The Admissibility of Evidence Obtained by Torture Under International Law, en: *European Journal of International Law* 17 (2006), p. 349.
- TRIFFTERER, O., Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 1era Edición, Ed. Nomos, Baden-Baden 1999.
- VEC, M., Schmerz gegen Wahrheit? Oder: Auch Not kennt ein Gebot, en: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (periódico alemán), 4 de marzo de 2003.
- VITZTHUM, W., Völkerrecht, 4a Edición, Ed. de Gruyter Recht, Berlín 2007.
- VOLK, K., Grundkurs StPO, 6a Edición, Ed. Beck, München 2008.
- WAGENLÄNDER, G., Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter, Ed. Duncker & Humblot, Berlín 2006.
- WALDRON, J., Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House, en: *Columbia Law Review* 105 (2005) p. 1681.
- WALKER, C., Keeping Control of Terrorists without Losing Control of Constitutionalism, en: *Stanford Law Review* 59 (2007), p. 1395-1463.
- WATTAD, M. S., The Torturing Debate on Torture, en: *Northern Illinois University Law Review* 29 (2008), pp. 39.
- WEßLAU, E., Die staatliche Pflicht zum Schutz von Verbrechenopfern und das Verbot der Folter, en: N. Paech *et al.* (coord.), *Völkerrecht statt Machtpolitik*, Ed. VSA, Hamburg 2004, p. 390.

- WITTRECK, F., Menschenwürde als Foltererlaubnis?, en: Gehl, *Folter – zulässiges Instrument im Strafrecht*, p. 37.
- WORRALL, J. L., Criminal Procedure, 2da edición, Ed. Pearson Allyn & Bacon, Boston 2007.
- ZANDER, M., The Police and Criminal Evidence Act 1984, 5a Edición, Sweet & Maxwell, London 2005.
- ZAPPALÀ, S., Human Rights in International Criminal Proceedings, Oxford University Press, Oxford 2005.
- ZUCKERMAN, A., Coercion and the Judicial Ascertainment of Truth, en: *Israel Law Review* 23 (1989) p. 357.