

DEUS PROVIDE ET PROVA

Revista

Enero 2012

29

LABOR



tirant lo blanch

Revista Penal

Número 29

Sumario

Doctrina

– La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal argentino, por <i>Gustavo A. Arocena</i>	5
– La “ineficacia” de la prueba ilícita en el proceso penal italiano: entre el principio de taxatividad y la ponderación de intereses, por <i>Carlotta Conti</i>	29
– La pequeña criminalidad insidiosa en las infracciones contra el patrimonio. Análisis de las últimas reformas penales, por <i>M^a José Cuenca García</i>	48
– Incertidumbres y callejones sin salida en la elaboración de la doctrina italiana en materia de dolo eventual, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i>	69
– Nuevas formas de criminalidad patrimonial a través de Internet, por <i>Fátima Flores Mendoza</i>	75
– ¿Existe el principio de <i>la ley especial deroga la ley general</i> en materia penal? La confusión de un sector de la doctrina penalista respecto del principio de especialidad, por <i>Pablo Hernández-Romo Valencia y José Luis González Cussac</i>	87
– Responsabilidad penal del asesor jurídico, por <i>Diego-Manuel Luzón Peña</i>	97
– El derecho en la guerra contra el terrorismo. El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno (“derecho penal del enemigo”), por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	115
– Un problema de técnica-legislativa: las cláusulas innominadas en la reforma del Derecho penal económico, por <i>Irene Navarro Frías</i>	127
– El fundamento de la autoría mediata y los requisitos de la instrumentalización en los delitos dolosos e imprudentes, por <i>Luciana de Oliveira Monteiro</i>	145
– La teoría de los delitos de infracción de deber —Fundamentos y consecuencias— por <i>Raúl Pariona Arana</i> ..	167
– La voluntad del legislador penal: del texto refundido de Código penal de 1973 a la reforma de 2010, por <i>Luis Ramón Ruiz Rodríguez</i>	178
– Historia y Dogmática del Derecho penal fragmentario, por <i>Thomas Vormbaum</i>	203
Sistemas penales comparados: Delitos contra la seguridad en el tráfico rodado.....	223
Bibliografía: Notas bibliográficas sobre la tortura, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	265
In Memoriam: Hans Joachim Hirsch, por <i>Eduardo Demetrio Crespo</i>	272
Crónicas	
– El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, por <i>Salvador Herencia Carrasco</i>	277
– Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Göttingen (Alemania) 5-16 de septiembre de 2011, por <i>John E. Zuluaga</i>	289
Noticias	294



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaime I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Victor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Georg Steinberg y Martina Kratz (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Alejandro Rodríguez Barilla (Guatemala)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Gastón Chaves Hontou (Uruguay)
Giuseppe Amara (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL:
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Bibliografía



Notas bibliográficas sobre la tortura

Francisco Muñoz Conde

La práctica de la tortura, tanto como forma de castigo, como método de investigación, o como prevención de la comisión de un delito, es casi tan vieja como la Humanidad y ha sido una constante a través de los siglos, tal como se refleja en miles de documentos históricos, literarios y artísticos. Los castigos corporales y los tormentos que hoy nos producen horror eran una realidad cotidiana en la Administración de Justicia en los países que hoy presumen, sin embargo, con razón, de un pasado artístico y cultural de primera magnitud. Sólo el espíritu ilustrado que surge en el siglo XVIII, la desvinculación del Derecho natural del Derecho divino y su conceptualización como un puro producto de la razón humana, la elevación de la libertad, la igualdad y la fraternidad y posteriormente la dignidad humana a la categoría de valores supremos, fueron desterrando progresivamente del Ordenamiento jurídico penal codificado de los países más cultos y avanzados la tortura como instrumento de castigo y de investigación judicial.

Desde entonces la erradicación de la tortura ha ido ganando paulatinamente terreno hasta el punto de haber dado lugar a una Convención internacional, ratificada por la casi totalidad de los Estados integrantes de la Comunidad internacional. En este sentido se puede decir que la tortura, a diferencia de lo que sucede todavía con la pena de muerte, ha pasado definitivamente, al menos desde el punto de vista jurídico, al Museo de la Historia, y como tal ha sido un tema de frecuente investigación entre los especialistas en Historia del Derecho, entre los que destaca, por ejemplo, en el panorama historiográfico español la monografía de Francisco Tomás y Valiente "La tortura en España".

Sin embargo, este panorama idílico de erradicación casi absoluta de la tortura en el ámbito jurídico nacional

e internacional, no deja de ser una mera declaración de principios que confrontada con la realidad práctica se queda muchas veces, en unos países más que en otros, en una mera declaración retórica vacía de contenido. Pero lo más preocupante no es el abismo existente entre la prohibición jurídica de la tortura y su práctica frecuente como medio de investigación o incluso de castigo, sino que recientemente se estén elevando voces en el ámbito de la política, y también en el académico, que cada vez con mayor contundencia y claridad consideran que, en casos extremos (por supuesto), no debe excluirse completamente que se apliquen a los sospechosos medidas de coacción física (la psíquica casi se da por supuesto) para obtener alguna información valiosa que impida un atentado terrorista, o que pueda salvar a alguien en peligro inminente de muerte o de graves daños. Aunque para ello se aducen casos concretos, como el de la coacción física a un sospechoso de haber puesto o de saber donde está puesta una bomba que puede explotar en cualquier momento en un lugar concurrido de personas (caso de las llamadas "ticking-bombs" en Israel), o a un sospechoso de haber secuestrado a un niño para que revele donde lo tiene escondido y así poder salvar su vida (caso "Daschner", en Alemania), la verdad es que de un modo más o menos explícito, y dada la creciente amenaza generalizada de ataques terroristas, se admite no sólo que el particular afectado directamente por la amenaza puede emplear la tortura para prevenirla o defenderse de algún modo ante ella, sino que sean los funcionarios del Estado los que puedan emplear medidas de coacción física, tratos crueles e inusuales, bajo una cobertura legal, o por lo menos con la promesa implícita de impunidad, considerando, con diversos argumentos, que el hecho estaría justificado o por lo menos exento de responsabilidad penal.

Es evidente que con ello se relativiza la prohibición absoluta de la tortura, admitiéndola en algunos casos y en determinadas circunstancias, sino también la prohibición de valorar los datos que a través de ella se obtengan, admitiendo que los datos así obtenidos sean un medio probatorio lícito que puede conducir a una condena penal.

Naturalmente, tampoco faltan voces que se han levantado contra esta tendencia, reclamando el mantenimiento de la prohibición absoluta de la tortura, como un valor universal, que no debe ser debilitado en ningún caso, ni bajo ninguna circunstancia, y rechazando, en consecuencia, la utilización de los datos e informaciones que a través de la tortura se puedan conseguir como material probatorio en un proceso penal.

La polémica a la que estamos aludiendo comenzó ya hace tiempo cuando se levantaron las primeras voces a finales del siglo XVIII y principios del XIX contra una práctica hasta entonces habitual y perfectamente lícita, pero se ha agudizado recientemente sobre todo cuando a raíz del atentado contra las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre de 2001, las tropas americanas y sus aliados invadieron Afganistán, país en el que se presumía se entrenaban los terroristas, y luego Irak para derrocar el régimen tiránico de Saldan Hussein, con la alegación, que después se demostró falsa, de que éste disponía de “armas de destrucción masiva” dispuestas a ser lanzadas contra Estados Unidos, Israel y otros países del mundo occidental. Como consecuencia de estas guerras, muchos de los prisioneros habidos en ellas fueron conducidos a prisiones como la de Abu Ghraib, o la Base americana en Guantánamo (e incluso a prisiones secretas de países no revelados), en los que claramente y con pruebas fehacientes que así lo demuestran, fueron sometidos a tratos inhumanos, crueles y degradantes totalmente gratuitos, simplemente para diversión de los que los practicaban o como forma de humillación de los prisioneros; pero también a severos interrogatorios en los que se emplearon distintas formas de tortura para obtener información relevante en la lucha antiterrorista. Frente a eso, la Administración norteamericana del Presidente Bush no sólo ha admitido estos hechos, sino que de un modo u otro los ha justificado, o por lo menos asumido como algo inevitable e incluso necesario, sin que, salvo en alguna contada ocasión, se haya procedido contra los autores de tales prácticas.

En lo que sigue se comentan dos obras surgidas al calor de esta polémica y las diversas consideraciones que en ellas se hacen en torno a un problema, que, por lo menos en el ámbito jurídico, parecía haber quedado

resuelto definitivamente y que, sin embargo, está adhiriendo cada vez mayor relevancia con argumentos que, a mi juicio son rechazables, pero que deben ser contrastados y contestados no sólo en el ámbito puramente jurídico, sino también en el de la filosofía política y moral.

1. WALDRON, Jeremy, *Torture, Terror and Trade-Offs, Philosophy for the White House (Tortura, Terror y Transacciones, Filosofía para la Casa Blanca)*, Oxford University Press, New York 2010, 357 pp.

El libro de Jeremy Waldron es un buen reflejo del debate que desde el punto de vista filosófico, político y jurídico se ha suscitado en los Estados Unidos de América, a raíz de los atentados el 11 de septiembre de 2001, pero también de la actitud adoptada por la Administración norteamericana frente a esos atentados, de ahí el curioso subtítulo de “Filosofía para la Casa Blanca”, pues es precisamente desde este edificio sede de la residencia oficial de Presidente de los Estados Unidos de América, desde donde han surgido muchos documentos oficiales que de algún modo justifican o incluso dan directrices sobre como practicar la tortura, al que se la intenta disfrazar con otros nombres, para obtener información de los presos y detenidos en las guerras de Afganistán o Irak o de cualquier otro detenido o sospechoso de poder ser un terrorista o estar involucrado en cualquier tipo de acto terrorista contra los Estados Unidos de América.

En este libro se recogen varios extensos trabajos, algunos ya publicados anteriormente, sobre terrorismo, pero también sobre las torturas que, de un modo más o menos encubierto, con el apoyo expreso o tácito de la Administración norteamericana, se han venido practicando en las prisiones secretas de algunos países y en la base americana de Guantánamo con los presuntos terroristas y miembros de Al Qaeda detenidos y hechos prisioneros en las guerras de Afganistán e Irak.

En un primer capítulo se plantea el difícil equilibrio que se produce en situaciones extremas en el binomio libertad-seguridad. De ahí que el autor emplee en el título del libro la palabra inglesa “trade-off” que significa la transacción que hay que hacer cuando se quiere conseguir algo, pero a cambio hay que ceder en otra cosa, pero también el balance que dejan esas transacciones. En este caso se trata del precio que hay que pagar en libertad cuando en situaciones de emergencia se quiere conseguir más seguridad. A este respecto, Waldron distingue entre lo que llama transacción intrapersonal y transacción interpersonal. En la primera es el propio

sujeto individual el que a cambio de mayor seguridad cede un poco de su libertad. Un ejemplo de este tipo de transacción sería la obligación de abrocharse el cinturón de seguridad, porque de este modo se reduce el riesgo de muerte en caso de accidente. También entraría en esta clase de transacción la reducción del ámbito de la libertad individual que redundaría en beneficio de otras personas y no sólo en el propio beneficio; así, por ejemplo, el tener que quitarse los zapatos o el cinturón al pasar determinados controles en un aeropuerto, que obviamente persigue la prevención de algún atentado similar al de las Torres Gemelas en Nueva York el 11 de septiembre de 2001.

Pero donde mayores problemas se plantean es en la segunda clase de transacción; la interpersonal, es decir, cuando ya no se trata de reducir “mi libertad”, sino la de otras personas en beneficio de la seguridad de otro grupo de personas mayoritario. Y es aquí donde se pueden producir los mayores abusos y dar lugar a que una reducción excesiva de los espacios de libertad lleve a anularla prácticamente. Waldron plantea la necesidad en esta segunda clase de transacción de establecer ciertos límites para evitar que los derechos fundamentales del individuo sean sacrificados en aras de la seguridad. Y aquí es donde entra de lleno en el tema más importante de su libro: la tortura. El planteamiento que hace Waldron es si justamente la seguridad, es decir la prevención de un ataque terrorista similar al del 11 de septiembre, justifica la tortura de quien puede dar información relevante, evitando así que se produzca el atentado terrorista. Ciertamente, dice Waldron, al sospechoso de terrorismo no sólo se le limita su libertad cuando se le tortura, sino también su seguridad, realizando sobre su cuerpo y su mente un acto de terror, aunque sea para proteger la seguridad de otros. Aquí la transacción entre libertad y seguridad se hace claramente a costa de la primera, haciendo que la balanza se incline en favor de la seguridad colectiva de un grupo más o menos amplio de personas, anulando completamente la libertad y, por supuesto, la seguridad también del individuo torturado.

Una buena parte de los que dentro de la Administración norteamericana, empezando por el propio Presidente Bush, admiten que puede haber en estos casos una transacción en beneficio de la seguridad, es que realmente no se trata literalmente de “tortura”, sino de actos de coerción física o simplemente dolorosos, que no afectan a órganos vitales ni producen su fracaso, y que, por tanto, quedan “short of torture”, es decir no llegan al nivel de la tortura propiamente dicha. Desde este punto de vista, no serían tortura, sino actos de coerción física o simplemente dolorosos, no prohibidos

por las Convenciones internacionales, ni por el Derecho interno americano, prácticas como el “water boarding”, es decir, meter la cabeza del detenido en un balde de agua hasta producirle síntomas de ahogamiento; o poner al detenido en situaciones de privación sensorial, o, al contrario, obligarle a escuchar música a gran volumen y no dejarlo dormir; azuzarle perros, arrojarle a la cara paños manchados con sangre menstrual, que se considera sangre impura; dejarle horas sin poder moverse hasta el punto de que tienen que revolcarse en sus propias heces y orines; o incluso golpearles y meterles astillas en las uñas. Y precisamente por eso, por no considerarlas torturas propiamente dichas, se han llevado a cabo abiertamente con los detenidos en las prisiones de Abu Ghraib o Guantánamo, controladas por los Estados Unidos de América, pero también en las de otros Estados que han colaborado con los Estados Unidos en este tipo de prácticas, encerrando en prisiones secretas a los detenidos que les llevaba el ejército americano en vuelos también secretos (pero que cruzaban o hacían escalas en otros países). No deja de ser paradójico, y una muestra evidente del cinismo con el que las grandes potencias y especialmente los Estados Unidos de América llevan a cabo la política internacional, que algunos de estos países, como Siria o Libia, estuvieran regidos por dictaduras que los Estados Unidos en unión de sus aliados quieren ahora (agosto/septiembre 2011) derrocar, con el pretexto de la defensa de los derechos humanos que también antes han sido masivamente violados por esos regímenes dictatoriales sin que nadie protestara por ello. Lo que demuestra una vez más que los intereses que mueven a los que quieren derribar a sus antiguos colaboradores, no son precisamente la defensa de los derechos humanos, sino otros menos elevados, pero económicamente más rentables, como es el control de sus pozos petroleros.

Pero el problema que plantea Waldron es si, independientemente de lo que se pueda llamar tortura o simple maltrato y de los límites de la misma, existe un derecho personal absoluto a no ser objeto de un trato degradante, que incluso sin llegar a producir la muerte, provoque gran dolor y sufrimiento en el que lo padece. Y si existe ese derecho, entonces, dice, no puede ser una mercancía con la que se pueda negociar; es decir, no entraría en el balance o en la ponderación de intereses en juego. El estado de necesidad que siempre se invoca en estos casos, incluso en su forma de mera disculpa individual, no vendría en aplicación, simplemente porque el sacrificio del derecho individual a no ser torturado no entraría en la transacción que se pretende realizar.

Y esto es, en opinión de Waldron, quien cita en este sentido la opinión de los más reputados teóricos y filósofos del derecho norteamericanos, como Nozick, Rawls o Dworkin, lo que sucede con la prohibición de la tortura, tanto a nivel internacional, en la Convención internacional sobre la misma, como en el propio Derecho americano, donde está también expresamente prohibida. A este tema (tortura y derecho positivo) dedica expresamente el capítulo 7, en donde se enfrenta con la opinión de algunos autores como John Yoo, Alan Dershowitz y Jay Bybee, que de un modo más o menos explícito admiten la tortura en algunos casos. Waldron invoca frente a ellos no sólo decisiones ya clásicas de la Corte Suprema americana, las Convenciones de Ginebra y la Convención internacional contra la tortura, ratificadas por los Estados Unidos, sino lo que él llama los “arquetipos” legales, es decir, determinados modelos o pautas de conducta que se han ido estableciendo dentro de una determinada cultura jurídica, como pueden ser por ejemplo la prohibición de la esclavitud y el tráfico de esclavos o de las penas corporales mutiladoras, algunos derechos procesales del imputado en un proceso penal como el habeas corpus, etc., y que, en su opinión, constituyen el eje central de esa cultura, sin el que la misma no puede sobrevivir. Waldron analiza en el capítulo 7, bajo la rúbrica de “Tortura y Derecho positivo”, la forma en que se han ido estableciendo estos “arquetipos” en el Derecho americano, pero también en el Derecho internacional. Para él, la vigencia de estos arquetipos es la única vía que permite distinguir entre el derecho y la brutalidad, y su consecuencia más inmediata en el momento presente es la prohibición de la tortura como una prohibición absoluta que no admite excepciones; socavar este arquetipo supone, en opinión de Waldron (p. 260) destruir una concepción del derecho que renuncia al salvajismo y a una concepción de un Estado que pretende alcanzar sus fines (incluso los más urgentes) y asegurar a sus ciudadanos de forma honorable y sin recurrir a la brutalidad y al terror.

Otro aspecto interesante que trata Waldron en su monografía es el debate sobre la tortura desde el punto de vista de las religiones cristianas (capítulo 8). Aunque ciertamente, la imagen de un Cristo torturado y crucificado podía utilizarse como un argumento contra la tortura y la pena de muerte, más bien ha sucedido lo contrario: la idea que se ha transmitido es que el Hijo de Dios tenía que pasar por este trance para salvar a la Humanidad y purgar sus pecados, pero no como un argumento en contra del procedimiento que se empleó contra él, que siguió siendo empleado por las Instituciones de las Iglesias cristianas, sobre todo por la Ca-

tólica a través de la Inquisición, contra los disidentes, llamados herejes, o partidarios de otras religiones. Es más, algunas de esas Iglesias en guerra a través de la excomunión contra prácticas que le parecen reprobables como el aborto, jamás han hecho la misma condena de la práctica de la tortura, que hasta épocas recientes utilizaron en sus procedimientos penales. Desde luego, lo mismo podría decirse de otras religiones no cristianas, como la judía o la musulmana, que igualmente, cada una por su lado, han contribuido, directa o indirectamente, con argumentos de diverso tipo a legitimar la tortura y la pena de muerte.

En el capítulo 9 hace un análisis lingüístico de los términos “cruel, inhumano y degradante” que se utilizan como equivalentes a la tortura en las Declaraciones internacionales de Derechos humanos, que a pesar de su indeterminación son, en opinión de Waldron, la mejor prueba de la amplitud de la prohibición universal de la tortura que incluye también otras formas de provocar dolor y sufrimiento.

En este libro Waldron se ocupa también, como se indica en el título, del tema que ha dado lugar al renacimiento del debate sobre la tortura: el terrorismo. Así, por ejemplo, se ocupa en los capítulos 3 y 4 del concepto de terrorismo y su difícil delimitación de los actos de guerra, destacando como elemento distintivo principal que la violencia se dirige contra la población civil, aunque admite que eso se da igual en las guerras como “daños colaterales”, si bien en las mismas matar al adversario puede ser lícito, lo que no lo es nunca en caso de terrorismo. Pero aún considerando el terrorismo como un acto de guerra, Waldron invoca el Derecho internacional sobre la misma y el Derecho humanitario contenido en las Convenciones de Ginebra, para llegar a la conclusión de que también en la guerra existen unos límites jurídicos (*ius ad bellum*, *ius in bello*) que deben ser respetados por igual por las partes en conflicto, sean dos Estados beligerantes en pie de igualdad (guerras simétricas, sean el Estado y un grupo u organización sin base territorial determinada pero diseminada en diversas partes del mundo como Al Qaeda (guerras asimétricas). En todo caso, confiesa Waldron la dificultad que existe para dar un concepto de terrorismo, considerando que más importante que definirlo es comprenderlo.

El libro de Waldron es, pues, un libro interesante y actual, aunque a veces peca de farragoso y reiterativo como consecuencia de estar compuesto de diversos trabajos, algunos ya publicados anteriormente, que se superponen con los de nueva elaboración. En todo caso, un libro que merece la pena leer no sólo por su conte-

nido, sino también porque emplea un material jurisprudencial y bibliográfico principalmente norteamericano, que refleja la preocupación teórica e intelectual suscitado en ese país a raíz de los sucesos del 11 de septiembre de 2001, verdadero leit motiv que recorre toda la obra.

2. AMBOS, Kai, *Terrorismo, tortura y Derecho penal, Respuestas en situaciones de emergencia, Atelier Estudios jurídicos, Barcelona 2009, 135 pp.*

En la presente monografía se recogen dos amplios trabajos que su autor había publicado anteriormente en inglés. En ellos se plantea el problema de la tortura en un doble plano: uno sobre si puede el Estado torturar sospechosos para salvar la vida de inocentes; el otro sobre el uso “transnacional” de la prueba obtenida por medio de tortura.

El primer tema ha sido ampliamente tratado en la literatura alemana bajo la rúbrica de “Rettungsfolter” (“tortura de salvamento”) en relación con el caso Daschner, en el que un Jefe de Policía del Land de Hessen autorizó que se amenazara con tortura a un sospechoso de haber secuestrado a un niño para que revelara su paradero. El sospechoso ante esta amenaza reveló donde lo tenía escondido pero ya lo había asesinado previamente. El secuestrador fue condenado por secuestro y asesinato a reclusión perpetua, y el Jefe de la Policía por coacciones a una pena puramente simbólica que le fue condonada.

En este trabajo Kai Ambos se ocupa también de la admisibilidad de la tortura en el caso de la “ticking bomb” (bomba del tiempo) cuando se sospecha que un terrorista ha puesto una bomba en algún lugar público y se teme que ésta pueda estallar en cualquier momento, no habiendo otra forma de desactivarla y evitar la explosión que obtener del sospechoso la información correspondiente, aunque sea a través de la tortura. Este caso motivó una resolución de la Comisión of Inquiry israelí que recomendó ejercer una “medida moderada de coacción física” con los sospechosos de terrorismo, y una decisión de la Corte Suprema israelí que adoptó un criterio parecido, que ha sido igualmente defendido con sus propios argumentos por el conocido profesor de la Universidad de Harvard Alan Dershowitz..

Para enfrentarse con este problema, Ambos se ocupa, en primer lugar, de la racionalidad de la prohibición de la tortura en los textos internacionales, Tratados y Convenios de Derechos humanos, y en el Derecho penal Internacional, tanto en el Derecho internacional humanitario como en el Estatuto de la Corte penal internacional.

Aunque en estos textos hay una cierta divergencia terminológica sobre la diferencia entre tortura, malos tratos y tratos crueles, Kai Ambos se inclina por considerar que el concepto de tortura incluye también en los textos internacionales los tratos crueles, que provocan dolor y sufrimiento más allá del que es inherente a la privación de derechos que implican algunas penas legales, como la pena de prisión. Con ello refuta el intento de algunos juristas que niegan el carácter de tortura a aquellas prácticas dolorosas que no implican fracaso de órganos vitales, como meter astillas en las uñas, cubrir la cabeza con bolsas de plástico, provocando sofocamientos, etc. Hay, sin embargo, una menor energía en la condena de la amenaza de tortura, que no llega a materializarse en actos de violencia efectiva, como sucedió en el caso Daschner, en el que el Jefe de la Policía autorizó que se amenazara con torturarlo al presunto secuestrador del menor para que revelara su paradero. Efectivamente, parece, en principio, que la mera amenaza de tortura no equivale a la tortura misma, pero no debe olvidarse que, como se demuestra en la definición de la tipicidad de algunos delitos como el robo o la agresión sexual, intimidación y violencia son prácticamente equivalentes a los efectos de doblegar la voluntad del coaccionado. La intimidación no es más que el sucedáneo psíquico de la violencia, y la misma gravedad y e incluso mayor efecto intimidatorio puede tener amenazar a un detenido con matar a sus seres más queridos, simular su fusilamiento, dispararle con una pistola de fogeo puesta sobre la sien, mostrarle tenazas y pinchos, aplicarles electrodos en los genitales aunque sin llegar a la descarga eléctrica, que unas bofetadas o golpes más o menos fuertes. En todo caso, como la práctica demuestra, la tortura psíquica es bastante frecuente, entre otras cosas porque es más difícil de probar y no deja secuelas aparentes. Lo que sí está claro es que, aunque puede distinguirse teóricamente en abstracto entre tortura, trato inhumano y maltrato, Kai Ambos reconoce que sólo en el caso concreto puede llegar a afirmarse cuando hay una cosa y otra, y, desde luego, la prohibición rige para todos los casos en los que la coacción física tiene una cierta relevancia en orden a doblegar la voluntad del detenido.

En todo caso, Ambos, distingue entre la prohibición de la tortura como prohibición absoluta para el Estado y la prohibición referida al individuo investigador que la practica en algún caso extremo, en la que admite una cierta relativización de la prohibición. Para ello aplica la distinción tan conocida en la dogmática penal alemana, que Ambos conoce perfectamente, entre causas de justificación y causas de exculpación, Entre las

primeras analiza la legítima defensa y el estado de necesidad, rechazando su aplicación, porque, entre otros argumentos, ello supondría legitimar la tortura y convertirla en un acto lícito, con las consecuencias que de ello se derivarían, por ejemplo, en relación con la utilización de la información así obtenida como prueba en un proceso penal. Pero no excluye la posibilidad de una exculpación, cuando el agente torturador se encuentra en una situación extrema y no ve otra posibilidad que emplear la tortura para salvar vidas humanas inocentes. El argumento en sí no parece rechazable, siempre que se refiera a algún caso particular concreto en el que el sujeto se encuentre en esa situación de necesidad extrema, que en la dogmática penal alemana se califica de “como una situación de no exigibilidad”, pero no deja de ser una vía de escape para que cualquier torturador utilice este argumento para finalmente eximirse de responsabilidad penal. Además de que la distinción justificación-exculpación, tan cara a la dogmática penal alemana, pero poco asumida fuera del ámbito de influencia de la misma, no puede olvidarse que el caso en el que plantea esta distinción (el caso Daschner) se trata de un caso aislado, individual y extremo. El verdadero problema se presenta cuando la práctica de la tortura se realiza de forma sistemática y casi rutinaria en prisiones y campos de detención como el de Guantánamo por parte de funcionarios e investigadores oficiales, como una forma de obtención de información para la lucha antiterrorista. A mi juicio, en este último caso se hace difícil admitir cualquier forma de exculpación de funcionarios que con absoluta frialdad, invocando la razón de Estado o la defensa del mismo o de una seguridad colectiva frente a peligros extremos pero no inminentes, someten al detenido a prácticas claramente contrarias a las Convención internacional de la tortura y violadoras de la dignidad humana. Aquí la prohibición absoluta adquiere todo su sentido y no debe ser debilitada por ninguna excusa de carácter personal, salvo que se trate de la reacción individual de alguien afectado directamente por la amenaza en su vida o integridad física o la de sus seres más queridos, en los que cláusulas generales como la no exigibilidad o la perturbación emocional puede tener algún efecto atenuante de la responsabilidad penal. Pero ni siquiera en la dogmática penal alemana se admite el estado de necesidad exculpante cuando el sujeto que tortura o personas allegadas no están amenazadas directamente por el peligro, y tampoco en el Common Law se admite la eximente de “duress” en los casos de homicidio (y quizás tampoco de tortura), como ya se puso de relieve en la decisión del Tribunal Internacional para la Ex

Yugoeslavia en el caso Erdemovic (oficial serbio que mandó el pelotón de fusilamiento de musulmanes bosnios, porque habían amenazado de muerte a su mujer e hijos si no cumplía esa orden).

En una segunda parte de esta monografía Kai Ambos se ocupa de otro problema íntimamente relacionado con el anterior: El uso “transnacional” de prueba obtenida mediante tortura

Obviamente, de la prohibición absoluta de la tortura y, en opinión de Ambos, de la ausencia de se posible justificación se deduce la prohibición de admitir o valorar como prueba la información que pueda haber obtenido mediante su práctica.

Aplicando, como punto de partida teórico, la teoría que ya formuló a principios del siglo XX el penalista alemán Ernst Beling de las “Beweissverbote” (“prohibiciones probatorias”), Ambos consideran que esta prohibición en el caso de la tortura es absoluta y no admite ninguna excepción, pero no ya no sólo cuando la tortura se ha practicado en el mismo país donde se presenta como prueba, sino también cuando se pretende valorar los datos obtenidos mediante tortura por el Tribunal de un país distinto al que se practicó o por un Tribunal penal internacional.

En primer lugar, Ambos se ocupa también de lo que llama “uso supranacional de la prueba de tortura”, es decir, de su admisibilidad por los Tribunales penales internacionales. Ambos, como buen conocedor de esta materia, analiza las disposiciones contenidas en los Estatutos de los Tribunales penales internacionales de Ruanda y de la ex Yugoeslavia, en el de la Corte penal Internacional y en los Convenios Internacionales de Derechos humanos, llegando a la conclusión de que si bien en estos textos no está explícitamente prohibida la utilización de pruebas obtenidas mediante tortura en algún país, esta debe ser rechazada en la medida que es una prueba poco fiable, que arroja dudas sustanciales sobre la veracidad de lo que con ella se obtiene, y porque, y esto es lo más importante, la admisión de una prueba así obtenida sería “antitética y dañaría gravemente la integridad del proceso”, como se reconoció expresamente por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoeslavia en casos como el Furndzija o el Nolic, citados y comentados expresamente por Ambos. Sin embargo, hay otras decisiones en las que se han admitido pruebas obtenidas ilegalmente, bien por prolongación excesiva de la detención del acusado (caso Barayaguiza, fallado por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda), o por el empleo de escuchas ilegales (caso Brdjamin, fallado por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoes-

lavia). No obstante, Ambos insiste en que nunca serían admisibles estas decisiones si las pruebas se hubieran obtenido mediante tortura, lo que viene a confirmar, en definitiva, que las reglas de exclusión (como se les llama en el Derecho americano) solo tienen valor de prohibición absoluta en el caso de tortura, admitiéndose en otros casos en los que ha habido violaciones de otros derechos fundamentales como la libertad o la intimidad, en los que la ponderación con otros intereses en juego debilitaría la prohibición.

Lo mismo cabe decir, en opinión de Ambos, respecto al art. 69 (7) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que si bien sólo excluye plenamente la prueba obtenida con violación de lo dispuesto en el propio Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidos, cuando no sean fiables, o perjudiquen la integridad del proceso, no cabe duda de que la tortura entraría claramente dentro de estos supuestos, y ello independientemente, y esto es muy importante indicarlo, tanto si la tortura ha sido practicada por los propios investigadores del Tribunal Penal Internacional, o por terceros ajenos al mismo.

Una situación aparentemente distinta se da en el caso de la utilización “transnacional” de la prueba obtenida mediante tortura, es decir, cuando un tribunal de un país determinado se enfrenta a la cuestión de si puede utilizar como prueba la obtenida mediante tortura en otro país. Sobre este tema ya ha habido resoluciones contradictorias, por ejemplo, en el Reino Unido, en donde finalmente la Cámara de los Lores anuló decisiones de tribunales inferiores y resolvió que no podían ser admitida este tipo de prueba; y en Alemania, donde un tribunal de Hamburgo las aceptó con el argumento de que no quedaba probado de que la prueba se hubiera obtenido mediante tortura en el país de origen, USA, que por cierto se negó a dar al tribunal detalles al respecto.

Ambos se muestra claramente contrario, también en este ámbito, a la valoración de este tipo de prueba, alegando en apoyo de su tesis dos importantes preceptos vinculantes para los Estados, el art. 15 de la Carta de la ONU y el art. 6 (1) del Convenio Europeo de Derechos humanos, si bien este último más por la vía de la interpretación que ha hecho del mismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que por una prohibición expresa contenida en el mismo (caso *Jalloh v. Germany*). Pero además Ambos también analiza los preceptos del Derecho alemán y del Derecho británico, que igualmente avalan, aunque por distintos motivos, la tesis de la prohibición absoluta de valoración de la prueba obtenida mediante tortura.

Tras una serie de consideraciones sobre la carga y el estándar de prueba, termina Ambos su monografía con una clara conclusión, que compartimos plenamente, contra la admisión de prueba transnacional obtenida mediante tortura.

La presente monografía constituye, a mi juicio, una magnífica y completa exposición de los problemas en ella tratados, en la que no sólo se analizan los aspectos jurídicos nacionales e internacionales de la prohibición de la tortura, sino que ofrece también un excelente estudio de Derecho comparado entre el sistema del *Civil Law* continental europeo (aunque sólo referido al Derecho alemán), y el *Common Law* (referido principalmente al Derecho británico), a lo que se añade además una exhaustiva información jurisprudencial nacional e internacional y una completa bibliografía. No puede dejar de señalar, por último, la cuidada y buena traducción al español realizada por los colegas argentinos María Laura Böhm y Ezequiel Malarino, que hace que su lectura, absolutamente recomendable, sea fácilmente asequible a cualquier lector, aunque no sea un buen conocedor de los problemas aquí tratados.