



Kai
Ambos

Tortura y derecho penal

Respuestas en situaciones de emergencia

Centro de
Investigación
en Filosofía
y Derecho

Universidad
Externado
de Colombia



Kai
Ambos

Tortura y derecho penal

Respuestas en situaciones de emergencia

Centro de
Investigación
en Filosofía
y Derecho

Universidad
Externado
de Colombia

Tortura y derecho penal

Respuestas en situaciones de emergencia

Universidad Externado de Colombia

Rector

Fernando Hiestrosa

COLECCIÓN DE ESTUDIOS N.º 39

Serie orientada por

Eduardo Montealegre Lynett

Director del

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

KAI AMBOS

Tortura y derecho penal
Respuestas en situaciones
de emergencia

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

ISBN 978-958-710-463-9
ISBN EPUB 978-958-772-016-7

© 2009, **KAI AMBOS**
© 2009, **UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uextemado.edu.co
www.uextemado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2009
Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones
Composición: David Alba

ePub x Hipertexto Ltda. / www.hipertexto.com.co

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del

Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor

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* n.º 7, 2009. A1-7, pp. 1-51 [www.politicacriminal.cl/n_07/a_1_7.pdf] y en *Las prohibiciones probatorias*, E. Beling et al., Bogotá, Temis, 2009) para el *Israeli Law Review*. Mientras el primero ya fue publicado (*jicj*, t. 6, 2008, pp. 261-287), del segundo aparece una versión modificada en la revista alemana *Strafverteidiger* (t. 29, 2009, pp. 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. En el primer capítulo se 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 capítulo se dedica a examinar si el uso "transnacional" de prueba obtenida por medio de tortura, es decir, el uso de prueba obtenida en el extranjero por un Estado o Partes en juicios criminales, lleva consigo una prohibición (absoluta) de utilización de esta prueba en el proceso nacional.

Agradezco a MARÍA LAURA BÖHM (Göttingen/Hannover) y al profesor Dr. EZEQUIEL MALARINO (Buenos Aires) la traducción de los artículos. Finalmente debo, de nuevo, agradecimientos a la editorial de la Universidad Externado de Colombia y en particular al colega EDUARDO MONTEALEGRE y su eficiente asistente ÁNGELA DE LA TORRE, sin cuya intermediación no habría salido oportunamente este libro.

KAI AMBOS

ABREVIATURAS

AM. J. INT'L L.	American Journal of International Law
AT	Allgemeiner Teil (parte general)
BGBL	<i>Bundesgesetzblatt</i> (Boletín Oficial Federal alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHST	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (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
CCT	Comité Contra la Tortura
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
CR.APP.R.	Criminal Appeal Reports
CT-ONU	Convención de la Tortura
DDHH	Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DJT	Deutscher Juristentag
DPI	Derecho Penal Internacional
ECHR	European Convention on Human Rights (CEDH)
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (TEDDHH)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (CEDDHH)
EU	Europäische Union (Unión Europea)
EUGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (Revista Alemania)
EUR. CT. H.R.	European Court of Human Rights
EUR. J. OF INT'L L.	European Journal of International Law, International Law
EWCA	England and Wales Court of Appeal
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (Revista Alemania)

GSS	The General Security Service (Servicio de Seguridad Nacional Israelí)
HTA	Hostile Terrorist Activity (Actividad Hostil Terrorista)
HU	Hebrew University
ICC	International Criminal Court
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda (Tribunal Penal Internacional para Ruanda; citado también por TICR)
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia; citado también por TICY)
IHR	International Human Rights
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. Int'l. L., Leiden J.	Leiden Journal of International Law (Revista internacional)
Int. L.	Leiden Journal of International Law (Revista internacional)
LR	Lowen Rosenberg (Comentario STPO Alemania)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
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-CCT	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes
OPP	Ordenanza Procesal Penal alemana (STPO)
PACE	Police and Criminal Evidence Act
PACG	Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
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
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 (Código Penal alemán)
STPO	Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal alemana)
STR	Strafrecht (derecho penal)
STV	Strafverteidiger (Revista Alemana)
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
UKHL	United Kingdom House of Lords
UNCAT	The United Nations Convention against Torture
UNTS	UN Treaty Series
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)

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

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 secuestro reciente en Alemania. Ambos casos pueden combinarse en un 'caso modelo' para evaluar si la demanda de una prohibición absoluta de la tortura puede realmente prevalecer en situaciones extremas en las que podría ser el único medio de obtener la información necesaria para prevenir daños (de mayor gravedad) a personas inocentes. Aun en estas situaciones, la prohibición absoluta de la tortura no debe hacerse más flexible ex ante ni in abstracto; dadas la postura

inequívoca en el derecho 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 este 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 el cumplimiento estricto de la regla de conducta 'no torturar'. Este resultado se desarrollará en

la última parte de este capítulo considerando las disposiciones pertinentes de los Códigos Penales israelí y alemán, así como las del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI). Más adelante se comparan los casos israelí y alemán; no obstante, antes se hacen algunas aclaraciones respecto del estatus y racionalidad de la prohibición internacional de la tortura, y se considera un "caso modelo", donde la tortura preventiva podría ser necesaria.

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 de 2001. 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" 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 con miras 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 israelí (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 el centro de la escena a partir de un caso de secuestro en Alemania^{4}: MAGNUS GAEEFGEN, estudiante de derecho, secuestró a un pequeño de once años de edad quien era hijo de un ejecutivo bancario de Frankfurt

y exigió un millón de euros por el rescate del niño. GAEFGEN fue arrestado cuando 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 esta 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 confesó 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 parágrafo 240 del Código Penal Alemán (*Strafgesetzbuch* - 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 parágrafo 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}. Esta es una decisión salomónica, que parece acertar 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 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*)^{11}.

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? ¿Se podría extraer conclusiones en común y hacer recomendaciones sobre las experiencias israelí y alemana a partir de estos casos? Cada una de estas preguntas tendrán acá respuestas afirmativas. Si se comparan los debates académicos en Israel y en Alemania sobre estos casos o, más exactamente, el debate internacional desde el reporte de la *Commission of Inquiry* y la decisión central de la *Israel Supreme Court* del 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 tortura 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 escrito trata de hacer 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 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. 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. Debe quedar claro, por último, que esta investigación parte del presupuesto de que los casos de tortura deben ser y serán penalmente perseguidos^{14}.