

¿ES POSIBLE EL DESCARGO DE LA IMPUTACIÓN EN EL DELITO DE TORTURA?

IS IT POSSIBLE TO USE LEGAL DEFENSES TO EXEMPT CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR THE CRIME OF TORTURE?

Ariana Bassino Balta*
Consortio Roger Yon & SMB Abogados

Torture is proscribed in the majority of countries, and prohibited by numerous international instruments. However, torture is nowadays a practice that takes place in many countries, even though there exists a majority agreement in favor of absolute prohibition of this conduct.

In the present article, the author analyzes the possibility of using legal defenses to exempt criminal responsibility for the crime of torture. In order to do this, the author examines historical, doctrinal and jurisprudential aspects, concluding that in certain situations it is possible to appeal to traditional legal defenses, particularly self-defense.

KEY WORDS: Criminal Law; torture; self-defense; legal defenses; “ticking time bomb” situations.

La tortura se encuentra proscrita en la mayoría de países, y está vetada por diversos instrumentos internacionales. No obstante, la tortura es en la actualidad una práctica que se lleva a cabo en muchos países, a pesar de un discurso mayoritario de prohibición absoluta de la misma.

En el presente artículo, la autora realiza un análisis sobre la posibilidad de aplicar eximentes en el juicio de imputación del delito de tortura. Para ello, examina aspectos históricos, doctrinales y jurisprudenciales, concluyendo que en determinadas situaciones límite se verifican los presupuestos y requisitos de las causas de justificación tradicionales, en particular de la legítima defensa.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal; tortura; legítima defensa; causas de justificación; situaciones “ticking time bomb”.

* Abogada. Magíster en Derecho Penal por las Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra. Magíster en Estudios Jurídicos Avanzados por la Universidad de Barcelona. Socia del Consortio Roger Yon & SMB Abogados. Contacto: abassino@rogeryon-smb.com.

Nota del editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 26 de enero de 2016 y aceptado por el mismo el 08 de febrero de 2016.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la tortura es una práctica prohibida no solo por normas de carácter internacional, sino por la legislación interna de la mayoría de países¹. Su prohibición es catalogada por los organismos internacionales de defensa de los Derechos Humanos como absoluta², y es recogida en las Constituciones de diversos países con el mismo carácter³.

No obstante, resulta también una práctica utilizada por diferentes gobiernos que la emplean clandestinamente como medio de investigación para la obtención de medios de prueba de la comisión de delitos. Incluso, hay países que, burlando abiertamente su prohibición, trasladan a extranjeros sospechosos, por lo general del delito de terrorismo, a otros países donde la tortura es práctica cotidiana. Ahí, sostienen que las normas internacionales que prohíben su práctica deben interpretarse de con-

formidad con los derechos que reconoce su Constitución y alegan que al encontrarse fuera de su territorio, estos derechos no tienen alcance para ciudadanos extranjeros⁴.

En este sentido, a nivel doctrinal se viene discutiendo respecto de la legitimidad del empleo de la tortura y otras medidas en situaciones límite⁵. Como resultado del análisis de casos reales, han surgido posturas que defienden la legitimación de prácticas prohibidas tanto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como por los ordenamientos internos.

En esta línea, la expuesta por el profesor Günther Jakobs en su libro “Derecho penal del enemigo”, en el que parte de la distinción entre “persona” y “enemigo”, según la cual “si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal –determinado por derechos y deberes–,

¹ Según información extraída de la Organización Amnistía Internacional, en África existen más de treinta países en los que la tortura no es considerada delito. En este Continente, solo diez países la tienen tipificada como delito. Ver: <https://www.es.amnesty.org/stoptortura/la-tortura-en-el-mundo/>

² Así lo establecen la Convención Europea de Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas, entre otros instrumentos internacionales.

³ Por ejemplo, en la Constitución peruana el artículo 2 inciso 24 literal h señala: “Toda persona tiene derecho [...] A la libertad y a la seguridad personales [...] Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad”. En la Constitución española, el artículo 15 establece: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

⁴ Es el caso de los oficiales de la administración del ex presidente de Estados Unidos de Norteamérica George Bush, que, a pesar de que en el año 1990 el Congreso había ratificado la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en el 2005 sostenían que, toda vez que no se reconocía vigencia a la Constitución a extranjeros fuera de las fronteras de Estados Unidos, y la prohibición de tratos inhumanos, crueles y degradantes era coherente con los principios de la Constitución, la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no protegía a los extranjeros que eran mantenidos bajo custodia por autoridades estadounidenses en otros países. Ver: COLE, David y Jules LOBEL. “Less Safe, Less Free: Why America Is Losing the War on Terror”. Nueva York: The New Press. 2007. p. 35.

⁵ En Alemania, la discusión respecto de la legitimidad de la tortura adquirió gran relevancia en el 2003 a partir del caso Jakob von Metzler, niño que fue secuestrado y asesinado por Magnus Gäfgen, quien al ser detenido se negó a señalar el lugar donde se encontraba cautivo el niño, supuestamente aún con vida. Ante su negativa, el vicepresidente de la policía de Frankfurt, Wolfgang Daschner, autorizó que se le amenazara con utilizar la violencia física durante el interrogatorio, revelando Gäfgen el lugar donde se encontraba el niño que ya se encontraba muerto. Este caso mereció la condena del TEDH a Alemania por la vulneración de la prohibición absoluta de la tortura en atención a las amenazas psicológicas perpetradas contra el detenido (STEDH 01/06/2010, Gran Sala. Asunto Gäfgen vs. Alemania). Ver: CANO PAÑOS, Miguel Ángel. “Caso de la Luftsicherheitsgesetz”. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coordinador). “Casos que hicieron doctrina en Derecho penal”. Segunda Edición. Madrid: La Ley. 2011. pp. 911-934. En Estados Unidos, después de los atentados del 11 de setiembre de 2001, en menos de un mes se iniciaron operaciones militares en Afganistán, y a los dos meses ya se había promulgado la denominada Patriot Act, que restringía derechos y libertades civiles en beneficio de una supuesta seguridad. Como parte de esta política se trasladó a los detenidos sospechosos del delito de terrorismo a la base naval de Guantánamo, centro de detención en donde se les niega a los detenidos garantías fundamentales como el debido proceso, además de encontrarse sometidos a métodos de interrogatorio equiparables a la tortura. Ver: ALLHOFF, Fritz. “Terrorism, ticking time-bombs, and torture”. Chicago: The University of Chicago Press. 2012. p. 5. Los atentados del 11 de setiembre de 2001 también tuvieron consecuencias en la política legislativa de otros países como Alemania, que, luego de que un ciudadano secuestrara una pequeña avioneta cerca de la ciudad de Frankfurt y amenazara con estrellarla contra la sede del Banco Central Europeo, en el 2005 aprobó la Ley de Seguridad Aérea que establecía en su parágrafo 14, párrafos 3 y 4, la posibilidad de intervención directa de las Fuerzas Armadas cuando una nave fuera a ser utilizada para atentar contra la vida de seres humanos y la única forma de hacer frente a ese peligro fuera la intervención militar, otorgándose al Ministro de Defensa la potestad de ordenar la intervención militar. En el 2006, el Tribunal Constitucional Alemán declaró la inconstitucionalidad del parágrafo 14, párrafo 3 de la ley, en la sentencia recaída en el expediente 357/2005. Ver: CANO PAÑOS, Miguel Ángel. Óp. cit. Loc. cit.

la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo”⁶.

El uso de la tortura como medio de interrogatorio ha sido defendido por países como Estados Unidos de América como parte de una política denominada de prevención⁷, abriéndose la discusión respecto de si es posible su utilización y en qué supuestos. En el ámbito penal, se encuentra vigente el debate de si es posible la aplicación de las causas de justificación previstas en la ley en caso de supuestos límite, denominados *ticking time bomb* o de “bomba de relojería”, en los que se presentan conflictos de intereses, planteándose la posibilidad de que la prohibición de la tortura no tenga el carácter absoluto que normalmente se le reconoce.

Inspira el presente artículo el tratamiento de casos límite en los que se ha empleado la tortura, los que se encuentran distantes de una política estatal o sectorial sistemática –terrorismo de Estado– o de instituciones vinculadas a éste, en cuyos casos no cabe la aplicación de las teorías aquí expuestas. No faltará alguna autoridad que pretenda amparar el empleo de la tortura –que de hecho existe– en la dogmática. Sin embargo, la dogmática debe servir justamente para materializar el modelo de Estado y garantizar los derechos

que el mismo consagra, limitando cualquier práctica contraria a derecho.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA TORTURA

La práctica de la tortura se remonta al inicio de las civilizaciones. En la Antigua Grecia y Roma, era común la tortura a los esclavos, práctica que luego se extendió al resto de ciudadanos⁸ y se configuró como un medio de prueba⁹. Durante la Edad Media, la tortura, denominada “tormento”, tenía un uso generalizado dentro del sistema de investigación penal como medio de prueba¹⁰. Al considerarse la confesión del inculcado como una prueba irrefutable de su responsabilidad, el tormento estaba dirigido principalmente a obtener una confesión, aun cuando también era empleado en las declaraciones de ciertos testigos para buscar conocer circunstancias del ilícito penal o a sus participantes¹¹.

El empleo de la tortura como medio de prueba constituía el reflejo del sistema penal vigente en esa época, que consideraba al reo –aun cuando sólo pesara sobre él la sospecha de que había cometido un delito– merecedor de castigo sin consideración de las circunstancias en que se consiguiera su confesión o, menos aún, de las circunstancias en las que cumpliera la pena que se le impusiera¹². Ello llevaba a que siempre, ante la ausencia de pruebas, se buscara la confesión del sospechoso

⁶ JAKOBS, Günther. “Derecho penal del enemigo”. Segunda edición. Pamplona: Editorial Civitas. 2006. p. 16. En el mismo libro, el profesor Manuel Cancio Meliá señala que posturas como la propuesta por el profesor Jakobs no corresponden al ámbito del Derecho Penal, sino al ámbito de una guerra, lo que afirma es reconocido como tal en Estados Unidos. Para este autor, la inclusión o no en el Derecho Penal de estos planteamientos determina la posibilidad de que se pretenda sostener su legitimación en el ordenamiento jurídico o se reconozca su distanciamiento del derecho, pero avalándose por una situación de excepción.

⁷ En palabras del Procurador General del Estado de Estados Unidos, John Ashcroft, “In order to fight and to defeat terrorism, the Department of Justice has added a new paradigm to that prosecution—a paradigm of prevention”. Ver: COLE, David y Jules LOBEL. Óp. cit. p. 1.

⁸ BARQUÍN SANZ, Jesús. “Los Delitos de Tortura y tratos inhumanos o degradantes”. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. 1992. pp. 3-4.

⁹ Así lo afirma De la Cuesta Arzamendi al señalar: “De conformidad con los principios que regían el enjuiciamiento y, en particular, la consideración del reo como fuente de prueba y su deber de cooperar al esclarecimiento de los hechos, el empleo lícito del tormento –en ausencia de otras pruebas y sujeto a estrechos requisitos y exigencias– fue frecuente en el Derecho histórico español, como en la práctica totalidad de los países extranjeros”. En: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L. “El Delito de Tortura” Barcelona: Editorial Bosch. 1990. p. 84.

¹⁰ A pesar de que el Judaísmo, el Cristianismo y el Islam la prohibían, era empleada no solo a nivel de procesos judiciales, sino también de procesos eclesiásticos, como en la Inquisición. Definida por el profesor M. Cherif Bassiouni como “un ejemplo de tortura sistemática practicada en nombre del Cristianismo, que la prohibía” En: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L. Óp. cit. p. XI., definida a inquisicionales en ma inquisición judiciales, sino cambios fundamentales lo aplicable en situaciones en m

¹¹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. “La tortura en España”. Segunda edición. Barcelona: Editorial Ariel. 1994. p. 99. Se señala: “El tormento era una prueba del proceso penal, subsidiaria y reiterable, destinada a provocar por medios violentos la confesión de culpabilidad de aquel contra quien hubiera ciertos indicios; o dirigida, a veces, a obtener la acusación del reo contra sus cómplices, o también a forzar las declaraciones de los testigos”.

¹² Estas consideraciones posteriormente formaron parte de los principios de la Ilustración. Así lo afirmó el catedrático Tomás y Valiente, al señalar que el motivo por el que los cuestionamientos al empleo del tormento resultaron infructuosos antes de la segunda mitad del siglo XVIII, se debió a que los mismos se dirigían únicamente a la tortura como medio de prueba y no al sistema penal en su conjunto, en el que el tormento era solo un elemento que resultaba coherente. Ver: TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Ibid. p. 123.

empleando el tormento, y se presumiera que mentía si no reconocía la comisión de los delitos que se le atribuían¹³.

Así, al ser considerado sospechoso, y por tanto, reo de un delito, no solo se empleaba del tormento para la confirmación de su realización y averiguación de sus circunstancias, sino que se buscaba la confesión de todos los delitos que hubiera cometido, bajo el entendido de que si había cometido uno, podía haber cometido muchos más¹⁴. Frente a las imputaciones que se formularan en contra de una persona cabía únicamente la presunción de culpabilidad, siempre y cuando no se tratara de personas que gozaran del privilegio de estar exentas de sufrir tormentos¹⁵.

El empleo de la tortura como mecanismo legal de investigación siguió vigente durante la Edad Media, hasta fines del siglo XVII, en el que la influencia de la Ilustración y el predominio de la razón que la misma sostenía alcanzaron el ámbito penal, impulsando su reforma y sentando las bases del Estado de Derecho. Federico II de Prusia fue el primero en disponer la abolición del tormento en Prusia en 1756 de manera absoluta¹⁶. Gustavo III siguió sus pasos en Suecia en 1772, siendo estos los dos primeros reinos en prohibir el empleo de la tortura.

Los principios de legalidad y de humanidad de las penas constituyeron dos ámbitos de particular relevancia en el planteamiento del Nuevo Régimen, impulsado por la Ilustración. Con relación al origen del principio de legalidad, el profesor Santiago Mir Puig señala: “En su sentido actual, el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y suponía una organi-

zación política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto –contrato social– en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular”¹⁷.

Mir Puig identifica al principio de humanidad de las penas como el que “en mayor medida caracteriza el origen y la evolución del contenido del sistema penal contemporáneo”¹⁸, afirmando que “nació este de la mano de la reivindicación de una humanización del rigor de las penas previstas en el Derecho del Antiguo Régimen [...]. Se pasó así primero, de un sistema penal que giraba en torno a la pena de muerte y a las penas corporales, a otro cuya espina dorsal han sido las penas privativas de libertad”¹⁹. En este planteamiento, fue innovador y determinante el aporte de Beccaria, quien en 1766, en su obra “De los delitos y de las penas”, partió de la teoría del contrato social²⁰.

Culminada la Segunda Guerra Mundial y, precisamente, debido a las afectaciones a los derechos de las personas ocurridas durante la misma, surgió un interés global en comprometer a los Estados al respeto de los derechos fundamentales. Por ello, se promovió la suscripción y ratificación de distintos instrumentos internacionales relativos a los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario²¹, instaurándose tribunales supranacionales competentes para garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados.

¹³ Ello se advierte de las Actas de Tormento de fecha 20 de julio de 1648, obrantes en el Archivo Histórico Nacional, Sección de Consejos, legajo 5576. Ver: TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. “La tortura en España. Estudios Históricos”. Barcelona: Editorial Ariel. 1973. pp. 16 y ss.

¹⁴ La arbitrariedad en la atribución de la responsabilidad penal y, con ello, la sindicación como reo de las personas, la evidencia Beccaria al señalar que: “se da la tortura para descubrir si el reo lo es de otros delitos fuera de aquellos sobre que se le acusa, cuyo hecho equivale a este raciocinio: Tú eres reo de un delito, luego es posible que lo seas de otros ciento. Esta duda me oprime, y quiero salir de ella con mi criterio de la verdad; las leyes te atormentan porque eres reo, porque puedes ser reo, porque yo quiero que tú seas reo”. En: BECCARIA, Cesare. “De los delitos y de las penas”. Tercera edición. Madrid: Editorial Alianza. 2014. p. 78.

¹⁵ Se consideraban exentos de sufrir tormentos los nobles, consejeros del Rey, regidores, jueces, abogados, militares, los menores de catorce años, mayores de sesenta y embarazadas.

¹⁶ En 1740, al asumir el trono la había abolido para todos los delitos con excepción del delito de traición. Ver: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L. Óp. cit. p. 84.

¹⁷ MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. Novena edición. Barcelona: Editorial Reppertor. 2011. p. 105.

¹⁸ *Ibid.* p. 122.

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ Ver: BECCARIA, Cesare. Óp. cit. pp. 41-42. En la que autor señala: “Las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar de una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. La suma de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario”.

²¹ Si bien en los años 1864, 1906 y 1929 se habían adoptado los Convenios de Ginebra, el texto de los mismos fue reemplazado por los de los años 1949 y 1952 vigentes en la actualidad.

La tortura es, en la actualidad, una práctica que se lleva a cabo en muchos países²². A pesar de que los Estados han suscrito y ratificado diferentes instrumentos internacionales²³ y, conforme a las obligaciones asumidas en los mismos, prohibido en su legislación interna la tortura y tipificado su empleo como delito²⁴. Su práctica clandestina es usual en interrogatorios, y su empleo es frecuente consecuencia de la suspensión de garantías que establecen diferentes leyes denominadas “de excepción”²⁵ para hacer frente a delitos que amenazan la seguridad nacional²⁶. El recurso a la tortura para perseguir delitos que ponen en riesgo la forma de Estado es recurrente en la historia²⁷, y es hoy sostenido con seriedad en diversos Estados considerados democráticos y respetuosos de los derechos fundamentales.

III. PLANTEAMIENTOS ACTUALES RESPECTO DEL CONFLICTO EFICACIA-GARANTÍA EN SITUACIONES EXCEPCIONALES

Ignatieff sostiene que existen dos corrientes que explican el rol de los derechos en el Estado democrático. En primer lugar, la corriente pragmática, que entiende la democracia como “sinónimo de gobierno de la mayoría”²⁸, afirmando que “las democracias tienen, ciertamente, cartas de derechos, pero estos derechos existen para servir a los intereses fundamentales de la mayoría”²⁹. Es decir, se entiende que los derechos fundamentales tienen como finalidad la protección de la democracia y, en esa medida, la protección de la persona,

por formar parte del Estado en el que se impone la democracia. Por ello, la libertad personal se ve subordinada al mantenimiento del gobierno³⁰, que hace uso de sistemas de control del Estado para evitar su autoritarismo.

La segunda corriente, denominada moral, entiende a la democracia como algo más que el gobierno de la mayoría, consagrando un sistema de derechos que limitan a los gobiernos y que se reconocen inherentemente a las personas. Conforme a esta concepción, se entiende que “la libertad es importante, a su vez, porque es una condición previa para vivir con dignidad”³¹ y la dignidad se concibe como “el derecho a desarrollar tu vida lo mejor que puedas, dentro de los límites de la ley, y a tener voz, aunque sea pequeña, en el desarrollo de los asuntos públicos”³². El autor refiere que los conceptos de democracia que sostienen ambas corrientes conviven de manera regular en la sociedad, existiendo un equilibrio. Sin embargo, esto cambia en situaciones consideradas de emergencia, particularmente referidas al terrorismo, en las que hay sectores que sostienen la prevalencia de la seguridad frente al respeto de los derechos fundamentales.

Se pueden clasificar en tres posturas las ideas principales referidas al respeto a los derechos y garantías fundamentales en tiempos de emergencia terrorista:

- a) La primera postura, basada en la concepción pragmática de la democracia, conjuga

²² Ver: www.amnesty.org/es/what-we-do/torture/

²³ Tanto en ámbitos regionales, como universales.

²⁴ La abolición de la tortura en textos constitucionales no determinó su desuso, sino que se trataba y sigue tratando de una práctica que no tiene amparo en el ordenamiento jurídico. Ver: MAQUEDA ABREU, María Luisa. “La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1986. pp. 423-424.

²⁵ Ello a pesar de que el artículo 3 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas, estableció expresamente la prohibición de su justificación aun en caso de emergencia pública. En el mismo sentido, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales estableció la prohibición de derogar la garantía de la prohibición de la tortura aun en caso de “peligro que amenace la vida de la nación”. Ejemplo de las denominadas leyes de excepción son la legislación antiterrorista en España y la denominada Patriot Act en Estados Unidos, entre otras.

²⁶ Y con ello, se entiende, la continuidad del Estado Democrático.

²⁷ Así lo advierten Fernando Savater y Gonzalo Martínez Fresneda al afirmar: “La verdadera tortura nace con el interés por la intimidad del otro, es decir, nace con la pregunta. Si se trata tan solo de castigar o destruir al otro, no hay tortura; lo que hace aparecer ésta es el afán de cuestionarle, de poner a la víctima en cuestión. La *quaestio* de los romanos estaba admitida más que aprobada en la jurisprudencia romana, pero sólo podía aplicarse a los cuerpos serviles. Ningún ciudadano libre de Roma podía ser torturado [...]. Pero las cosas cambian cuando se impone el cristianismo como ideología oficial del Imperio. En tiempos de Constantino, se añade a las leyes la terrible excepción de que cuando pueda existir intención hostil contra el príncipe o la República todos los privilegios quedan suspendidos y todas las condiciones igualadas ante la represión”. En: SAVATER, Fernando y Gonzalo MARTÍNEZ FRESNEDA. “Teoría y presencia de la tortura en España”. Barcelona: Editorial Anagrama. 1982. p. 18.

²⁸ IGNATIEFF, Michael. “El mal menor. Ética política de una era de terror”. Madrid: Editorial Taurus. 2004. p. 18.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Ello debido a que es precisamente el ejercicio de esa libertad la que coloca en peligro al Estado que la otorga.

³¹ IGNATIEFF, Michael. *Óp. cit.* p. 20.

³² *Ibidem*.

aquellas ideas que sostienen que, en situaciones de emergencia, principalmente de índole terrorista, debe priorizarse la seguridad de la que depende la libertad de la mayoría.

Son tres los fundamentos principales de esta postura. En primer lugar, que de la historia se evidencia que en situaciones de emergencia siempre se ha recurrido de manera temporal a la restricción de derechos fundamentales, lo que ha permitido la supervivencia de las democracias a lo largo del tiempo: “las democracias sobreviven en parte debido a que no permiten que los derechos sean un obstáculo para tomar medidas enérgicas”³³, siendo lo importante la eficacia que se logra con la medida³⁴. El segundo fundamento parte de la clasificación de los terroristas como enemigos³⁵, afirmándose que “la justicia –para las víctimas de los atentados terroristas– exige que los terroristas sean tratados como enemigos de la raza humana y se les debe dar caza sin respeto alguno a sus derechos humanos”³⁶. Finalmente, un tercer fundamento que se sostiene es que los acuerdos internacionales no deben restringir las posibilidades de un Estado de lucha contra el terrorismo³⁷.

- b) La segunda postura, basada en la concepción moral de la democracia, parte de que los derechos no pueden ser revocados en situaciones de emergencia porque constituyen la base de la democracia. Esta postura sostiene que los derechos “son compromisos fundamentales con la dignidad individual que deberían limitar la acción del gobierno tanto en periodos seguros como en épocas de peligro”³⁸.

Frente al fundamento de la temporalidad alegado por la primera postura, ésta sostiene que, en caso de restricción de derechos fundamentales, se traicionan las bases de la propia democracia. De igual forma, respecto de la condición de enemigos de los terroristas, esta postura sostiene que los derechos humanos son inherentes a todas las personas por tener esta calidad, constituyendo garantías irrevocables. Se refiere, además, que conforme a los Convenios de Ginebra, incluso los combatientes gozan de derechos y garantías que deben ser respetadas en caso de conflictos armados. Finalmente, respecto de los compromisos asumidos a través de instrumentos internacionales, esta postura sostiene que se trata de compromisos éticos universales que deben respetarse más allá del sistema legal de cada Estado.

- c) El autor plantea una tercera postura, denominada “el mal menor”, que parte de analizar la situación de emergencia en el caso concreto y determinar si merece la pena la restricción de los derechos fundamentales. A diferencia de la primera postura, no se sostiene que esta restricción sea merecida en atención a la calidad de enemigos que se otorga a los terroristas. Se entiende que es una restricción que conlleva el reproche moral de atentar contra la dignidad de la persona, pero que, en el caso, resulta necesaria para la defensa de muchas otras³⁹.

Para Ignatieff, es necesaria la concurrencia de requisitos para que la –necesaria– restricción de los derechos fundamentales que permite esta postura genere el menor daño posible: “Debido a que las medidas son mo-

³³ Ibid. p. 21.

³⁴ En este sentido, Fritz Allhoff afirma: “To my mind what ultimately matters is whether the practices are effective. It either is or is not the case that we gain critical intelligence by holding detainees indefinitely (*id est*, without affording them due process) and/or by torturing them”. En: ALLHOFF, Fritz. Óp. cit. p. 62.

³⁵ La misma idea ha sido anteriormente sostenida por Jakobs, quien afirma que esta clasificación es establecida por las propias leyes antiterroristas que, a través de sus conceptos, sindicaron a los terroristas como enemigos contra los que hay que luchar. Ver: JAKOBS, Günther. Óp. cit. p. 60.

³⁶ IGNATIEFF, Michael. Óp. cit. p. 22.

³⁷ Allhoff afirma que en las situaciones de emergencias terroristas –*War on Terror*–, cabe sostener excepciones que justifiquen un trato diferenciado para los que denomina combatientes enemigos, pudiendo establecerse estas excepciones por criterios de tiempo, espacio o grupo al que se aplican. Ver: ALLHOFF, Fritz. Óp. cit. p. 49.

³⁸ IGNATIEFF, Michael. Óp. cit. Loc. cit.

³⁹ Este supuesto es tratado por la doctrina como colisión de deberes, planteándose una particular dificultad en el caso de conflictos de bienes o intereses de igual valor. Ahí se contraponen las teorías consecuencialistas y deontológicas a fin de determinar la conducta debida. Cabe precisar que en casos de este tipo de conflictos se discute si corresponde la justificación de la conducta o la exculpación del autor, coincidiendo unánimemente la doctrina en que no corresponde la imposición de una pena. Ver: CHIESA, Luis. “Caso La Mignonette”. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”. CANO PAÑOS, Miguel Ángel. “Caso de la Luftsicherheitsgesetz”. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coordinador). Óp. cit.

ralmente problemáticas, deben estar estrictamente dirigidas a un objetivo, ser aplicadas al menor número posible de personas, ser utilizadas como último recurso y estar sometidas al escrutinio contradictorio de un sistema democrático abierto⁴⁰.

El autor propone seis criterios sobre los cuales considera debe valorarse la posibilidad de restringir derechos y garantías fundamentales en situaciones de emergencia: (i) en primer lugar, someter las medidas que se pretendan adoptar a una prueba de la dignidad, por medio de la cual se rechazarán siempre “los castigos crueles y fuera de lo común, la tortura, los trabajos forzados y la ejecución extrajudicial, así como la extradición de los sospechosos a países que no respeten los derechos⁴¹”; (ii) en segundo lugar, refiere la necesidad de verificar que realmente se requiera apartarse de las normas del debido proceso, en lo que denomina la prueba conservadora; (iii) en tercer lugar, propone una prueba de efectividad, esto es, analizar si las medidas dispuestas en la situación de emergencia terrorista efectivamente van a tener como consecuencia una mayor seguridad en la población; (iv) en cuarto lugar, señala que debe verificarse si otras medidas menos gravosas han fallado, a fin de que la restricción de los derechos y garantías fundamentales constituya el último recurso; (v) en quinto lugar, se refiere a la prueba de la revisión contradictoria, a fin de que los órganos correspondientes del Estado se pronuncien respecto de la medida tomada; y, (vi) finalmente, señala que las medidas restrictivas de derechos y libertades fundamentales que se decidan implantar en situaciones de emergencia terrorista deberán dictarse en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado⁴².

En el ámbito específico del empleo de la tortura, los fundamentos de estas posturas son asumidos, por un lado, para afirmar la posibilidad de justificar su práctica en casos en los que se busca evitar un “mal mayor⁴³”, por el otro, para rechazar la posibilidad de su justificación.

IV. POSTURAS FRENTE AL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL EMPLEO DE LA TORTURA EN SUELTOS DE EXCEPCIÓN

En España, la doctrina mayoritaria es contraria a la aceptación de las causas de justificación en el delito de tortura, interpretando que ello se encuentra expresamente prohibido por el texto constitucional⁴⁴. Así, se afirma que el artículo 15 de la Constitución Española, que establece que “en ningún caso” se puede someter a tortura a las personas, debe ser interpretado “en el sentido de que nunca el recurso a la tortura podrá considerarse justificado, de que ningún interés o bien privado o estatal en posible conflicto se considerará prevalente y dará derecho a torturar⁴⁵”. En la legislación peruana, la norma constitucional establece que “nadie debe ser [...] sometido a tortura”, restándose validez a las declaraciones obtenidas mediante violencia y estableciendo responsabilidad para quienes la empleen.

Barquín afirma que el texto contenido en el artículo 15 de la Constitución Española debe interpretarse literalmente, señalando “que no cabe excepción alguna a la antijuridicidad⁴⁶ cuando se realicen los hechos descritos en el tipo penal que recoge el delito de tortura. Maqueda, por su parte, afirma la imposibilidad de justificar la conducta de un funcionario que tortura a otra persona para evitar un hecho muy grave, señalando tres razones: que “siempre habrá otros medios menos lesivos a disposición del funcionario público eventualmente válidos para resolver el conflicto”, que “la dignidad de la víctima lesionada por los actos de tortura o de tratos inhumanos o degradantes es un bien no susceptible de ponderación” y que “la tortura no es un instrumento fiable para averiguar la verdad”; a estos fundamentos Barquín agrega que el empleo de la tortura constituye una afectación a la presunción de inocencia.

El empleo de la tortura se percibe por la doctrina especializada como extremadamente grave debido a tres motivos fundamentales: (i) primero, porque constituye un atentado al derecho a la integridad moral, manifestación del derecho a la dignidad cuya protección no solo es el fin supremo del Estado, sino que traspasa fronteras para configurarse como un derecho de protección interna-

⁴⁰ ALLHOFF, Fritz. Óp. cit. p. 24.

⁴¹ IGNATIEFF, Michael. Óp. cit. p. 43.

⁴² Ibid. pp. 43-44.

⁴³ Siendo lo problemático determinar qué constituye un mal mayor.

⁴⁴ En este sentido: Roxin, Muñoz Conde, Carbonell Mateu y González Cussac, entre otros.

⁴⁵ GRIMA LIZANDRA, Vicente. Óp. cit. p. 158.

⁴⁶ BARQUÍN, Jesús. Óp. cit. p. 264.

cional; (ii) segundo, porque, además del atentado a la integridad moral, se busca, en muchos casos, la admisión de la responsabilidad de la víctima, es decir, imputarle la comisión de un delito; y, (iii) en tercer lugar, porque el funcionario que la lleva a cabo es quien decide cuándo ha obtenido la información que requería y, por lo tanto, cuándo detener los actos que afectan la integridad moral del torturado.

Así, Savater y Martínez Fresneda señalan: “La pregunta del torturador saquea la intimidad de la víctima, la devasta; pero esta labor de asolamiento es inacabable, pues nunca se puede estar absolutamente seguro de que ya se ha revelado todo. Para estar seguro de que el torturado dice la verdad, el verdugo tiene que saber de antemano cuál es la verdad o, al menos, cuál es la verdad con la que él va a conformarse. Lo más terrible de la tortura, lo que la hace objetivamente inacabable, es que la verdad sea establecida por el verdugo”⁴⁷.

Grima sostiene que existe una prohibición absoluta de la tortura en el ámbito jurídico-político y que “con ello se proclama que no hay intereses generales que se consideren superiores al de la prohibición de la tortura. Ni aun la más grave situación de peligro para el propio sistema democrático o la supervivencia del Estado puede justificar la tortura. No existe interés político preponderante que pueda justificar (dar derecho a) la utilización de la tortura”⁴⁸. Sin embargo, afirma que “el carácter absoluto de la prohibición de torturas respecto de cualquier otro interés colectivo (incluido el de la propia existencia del Estado democrático) no puede trasladarse directamente a la esfera jurídico-penal [...] se quiere decir simplemente que el artículo 15 de la Constitución no impide por sí mismo la concurrencia de las causas de justificación ordinarias en el caso concreto”⁴⁹.

Por ello, sostiene que deberá analizarse en el caso concreto los bienes o intereses en conflicto a fin de determinar, conforme al fundamento de la justificación, si la salvación del bien o interés resulta preponderante al que se afecta con la conducta típica⁵⁰. Para ello distingue, en el caso de la tortura indagatoria, aquellos supuestos en los cuales el

conflicto se da entre la integridad moral afectada por la tortura y el interés del Estado en que se descubran y sancionen los delitos –la eficacia del proceso público sancionador–, y aquellos en los que el conflicto involucra otros bienes o intereses debido a que las infracciones no han concluido o se están cometiendo.

En el primer caso, “se trata de supuestos en los que la tortura indagatoria viene presidida por una finalidad meramente represiva o reparadora, pero no preventiva, pues la infracción, en tanto ya cometida, no puede ser evitada; consecuencia de lo cual es que el interés de que no se cometa el delito no está en conflicto, porque ya no existe”. En estos casos, niega la posibilidad de aplicar una causa de justificación debido a que la eficacia del proceso público sancionador no es prevalente al interés protegido por el delito de tortura.

Además, afirma que el legislador ya ha resuelto el conflicto de intereses en este caso a favor de la integridad moral, tipificando en tal sentido el delito⁵¹. La dificultad que se encuentra en el razonamiento antes expuesto se desprende de la concepción del ilícito de tortura de la que parte el autor: “atentar contra la integridad moral con el fin de obtener confesión o información en el curso de un procedimiento público investigador y/o sancionador”⁵², concepto que resulta más restringido que el tipificado expresamente en el Código Penal (tanto en el español como en el peruano).

En el segundo caso de infracciones que no han concluido o se están cometiendo, Grima afirma un conflicto distinto: la colisión entre el interés protegido por el delito de tortura y el atacado o puesto en peligro por la infracción que aún no ha concluido y que se intenta impedir. Para el tratamiento de estos casos, el autor parte de tres motivos por los cuales entiende que “en la generalidad de los casos no podrán concurrir causas de justificación en la tortura indagatoria”⁵³.

En primer lugar, conforme al principio de jerarquía, señala que si bien la Constitución tiene aplicación en el ámbito político, sí obliga, conjuntamente con las obligaciones asumidas a través de instrumentos internacionales, a considerar por lo

⁴⁷ SAVATER, Fernando y Gonzalo MARTÍNEZ FRESNEDA. Óp. cit. pp. 19-20.

⁴⁸ GRIMA LIZANDRA, Vicente. Óp. cit. p. 159.

⁴⁹ Ibid. p. 160.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibid. p. 163.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibid. p. 166.

menos restringidos los supuestos de aplicación de las causas de justificación⁵⁴.

En segundo lugar, refiere que la prohibición de la tortura se sustenta en el derecho a la dignidad, que conforme al artículo 10 de la Constitución Española⁵⁵ es el fundamento del orden político y de la paz social, lo que determina que “los bienes jurídicos protegidos en el delito de tortura indagatoria no son sólo personales, sino también públicos o políticos. Mediante la prohibición de la tortura no sólo se tutela la libertad y la integridad del individuo, sino también el orden político y la paz social del que la dignidad es fundamento, y la misma legitimidad democrática del Estado”⁵⁶; por ello, concluye que justificar la tortura implica negar la dignidad de la persona –utilizarlo como un objeto–, lo que conlleva a negar el fundamento del Estado de Derecho.

En tercer lugar, expone la necesidad de que los casos excepcionales en los que se admitan causas de justificación para la tortura deben ser mínimos y encontrarse establecidos, a fin de no otorgar al Estado la posibilidad de incluir todos sus actos dentro de estos supuestos⁵⁷. Por ello, afirma que la mayoría de casos quedarán resueltos negándose la posibilidad de aplicar causas de justificación.

Respecto de esta postura, debe resaltarse la distinción entre los supuestos en los que ya se llevó a cabo el hecho ilícito y, por tanto, la admisión de la tortura sería una reacción a la comisión de un delito, y aquellos en los que aún se está desarrollando el ilícito, que son en estricto los que plantean un verdadero conflicto de intereses que lleva a evaluar la aplicación de las causas de justificación.

Por lo demás, parece que afirmar que admitir la justificación de la tortura implica negar el derecho a la dignidad de la persona, conllevaría también, bajo el mismo razonamiento, a poder afirmar que aceptar la justificación del homicidio sería negar el derecho a la vida de la persona, lo que resulta inco-

rrrecto. Además, afirmar que de aceptarse la justificación esta debiera ser solo en supuestos mínimos y establecidos en realidad no aclara la postura del autor en relación al tratamiento jurídico que, finalmente, propone para el empleo de la tortura en situaciones de excepción.

A. Aplicación de eximentes en el juicio de imputación por el delito de tortura

En lo que se refiere a la legítima defensa, Roxin rechaza la posibilidad de su aplicación como causa de justificación del delito de tortura, señalando que ésta “se dirige contra las acciones del agresor que amenazan bienes jurídicos, contra las cuales uno puede protegerse a sí mismo y a otros en la medida en que sea necesario. La tortura, por el contrario, inflige al torturado suplicios corporales para obtener por la fuerza una declaración, por tanto, no se contenta con la defensa corporal, sino que convierte cuerpo y alma del afectado en objeto sin voluntad de una acción coactiva. En esta instrumentalización de la personalidad del torturado reside la infracción contra la dignidad humana que va más allá de una mera defensa frente al ataque y que justifica la prohibición categórica de la tortura”⁵⁸.

Es decir, Roxin plantea que la defensa frente a un ataque ilegítimo no puede realizarse mediante la realización de actos considerados atentatorios a la dignidad humana, sosteniendo una excepción a la norma que regula la legítima defensa que, sin embargo, no se encuentra establecida en la propia norma.

En lo que se refiere al estado de necesidad como causa de justificación, conforme a los requisitos que se recogen en el ordenamiento jurídico, “se tiene que formular la tesis de que el interés de la vida de la víctima es considerablemente más importante que la observancia de la prohibición de la tortura”⁵⁹. Molina sostiene que la ponderación que debe llevarse a cabo para determinar si cabe la justificación de la tortura mediante el estado de

⁵⁴ El texto constitucional rechaza la posibilidad de emplear la tortura aun en supuestos de gravedad que puedan conllevar a la desaparición del sistema democrático, por lo que si se descarta su empleo en supuestos de tal gravedad, es posible afirmar la imposibilidad de justificar la práctica de la tortura.

⁵⁵ En la Constitución peruana, el derecho a la dignidad se encuentra consagrado en el artículo 1, que lo establece como el fin supremo de la sociedad y del Estado.

⁵⁶ GRIMA LIZANDRA, Vicente. Óp. cit. p. 167.

⁵⁷ En este sentido, Grima afirma que la jurisprudencia española ya ha establecido criterio en la Sentencia del Tribunal Supremo del 01 de febrero de 1994, en la que señaló: “Nada más paradójico y grave que una lucha contra el delito –contra cualquier delito– fuera de los cauces estrictos de la legalidad”; y en el Auto del Tribunal Supremo del 18 de junio de 1992, en el que se estableció: “no se puede obtener la verdad a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad. Sólo aquello que es compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales, así la dignidad, la intimidad dentro de los parámetros fijados por la ley”. Ibid. pp. 167-168.

⁵⁸ ROXIN, Claus, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?”. En: Cuadernos de Política Criminal 83 (junio). 2004. p. 27.

⁵⁹ Ibidem.

necesidad, necesariamente determinará que su empleo conlleva un mal mayor debido que la convierte en una “medida política de poder”⁶⁰.

Este autor hace referencia a una sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Israel del 6 de setiembre de 1999 en la que resalta no solo la resolución de declarar la ilegalidad de las prácticas de tortura que venían empleándose en los interrogatorios a detenidos sospechosos del delito de terrorismo, sino que la misma fuera emitida por un Estado que se encontraba en una permanente situación de emergencia que amenazaba su existencia debido a los continuos ataques terroristas⁶¹.

Por el contrario, en el caso de Estados Unidos de Norteamérica, ante la emergencia terrorista que se inició con los atentados del 11 de setiembre de 2001 se recurrió a la emisión de un memorándum del Fiscal General, mediante el cual: (i) se relativizó la gravedad de ciertos actos de tortura; (ii) se otorgó al Presidente poderes amplios para dar órdenes en el marco de “la guerra contra el terror”, sin que estas órdenes pudieran ser cuestionadas ni por las disposiciones del ordenamiento jurídico estadounidense; y, (iii) se afirmó la posibilidad de justificar estos actos⁶² invocando el estado de necesidad o la legítima defensa, afirmando para ello que “cualquier mal que pudiera causarse durante un interrogatorio es insignificante si se compara con el mal evitable, la probable muerte de miles de personas por nuevos atentados”⁶³. Así, quienes en la actualidad defienden la posibilidad de justificar el empleo de la tortura lo hacen afirmando que su práctica logra evitar un mayor daño⁶⁴.

Roxin se muestra contrario a la posibilidad de que la tortura pueda ser justificada mediante una ponderación de intereses en el marco de un estado de necesidad, afirmando que, conforme a la legislación, el mismo exige que el hecho que se lleve a cabo sea un medio adecuado para evitar el peligro, descartando que la lesión a la dignidad que se pro-

duce como consecuencia de la comisión del delito de tortura pueda constituir el medio adecuado exigido por la norma⁶⁵. Al tratarse de un delito que protege la dignidad humana, cuya naturaleza es la intangibilidad, el intento de justificación de actos de tortura siempre fracasará puesto que “la dignidad humana no admite ponderación”⁶⁶.

Asimismo, afirma que en la doctrina se plantea también la posibilidad de entender que, al no permitirse la tortura del responsable de un delito, se estaría afectando la dignidad de la víctima de este y, ante el conflicto entre la dignidad de la víctima y la dignidad del delincuente, debe prevalecer la dignidad de la víctima. Roxin se aparta de esta postura, afirmando que la vulneración de la dignidad de la víctima por parte del delincuente no legitima al Estado a atentar contra la dignidad del delincuente “porque su superioridad moral frente al delincuente reside precisamente en que no utiliza los mismos medios que este”⁶⁷.

Afirma, además, que la obligación del Estado de proteger la vida y la dignidad de las personas está “dentro de los límites establecidos a la actuación del Estado de Derecho”⁶⁸. También afirma que el empleo de la tortura es contrario a la presunción de inocencia, toda vez que en caso de admitir su justificación no solo se llevaría a cabo en personas demostradas culpables, sino también en personas sobre las cuales aún no ha recaído una condena y que, luego de la investigación, podrían resultar inocentes.

Respecto de la exigente de miedo insuperable, Grima identifica dos supuestos posibles. Por un lado, el del subordinado ante las amenazas de su superior de atentar contra él o contra su familia si no accede a torturar a una persona; y por el otro, el del funcionario que pretende evitar un mal y cree que no existe otra solución que no sea torturar a una persona. En ambos casos, el autor sostiene que no se verifica el requisito de la insuperabili-

⁶⁰ El autor afirma que la ponderación debe realizarse no solo entre los derechos del torturado y las potenciales víctimas salvadas, sino que se requiere de una análisis global que se trate “de comparar el mundo sin la acción justificada y el mundo con la acción justificada”. Ver: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Óp. cit. pp. 279-280.

⁶¹ Ibid. p. 272.

⁶² Ello, haciendo referencia a un estado de necesidad supralegal con los siguientes requisitos: “opción de un conflicto inevitable por el mal menor en una valoración ex ante; ausencia de alternativas menos lesivas; y, lo que es especialmente destacable, inexistencia de regla especial que resuelva el conflicto excluyendo la invocación del estado de necesidad”.

⁶³ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Óp. cit. p. 276.

⁶⁴ Así lo señala Allhoff al afirmar: “nobody would seriously argue that torture is justified unless it prevents some greater harm”. Ver: ALLHOFF, Fritz. Óp. cit. p. 56.

⁶⁵ ROXIN, Claus. Óp. cit. p. 28.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibid. p. 29.

⁶⁸ Afirma que “el deber de ayuda del Estado termina si sólo pudiera ser cumplido en la medida en que deja de ser Estado de Derecho”. Ver: Ibid. pp. 29 y ss.

dad, toda vez que la formación de los funcionarios conlleva precisamente una mayor exigibilidad de actuar dentro de las vías legales⁶⁹.

Barquín, siguiendo a Maqueda, acepta la posibilidad de apreciar el miedo insuperable en la conducta de un funcionario que, en caso de no realizar los actos de tortura que se le exigen llevar a cabo, pueda ser inmediatamente atacado. Sin embargo, afirma que el requisito de inmediatez que determina la insuperabilidad del miedo no se dará normalmente en la realidad⁷⁰. Grima sostiene, a pesar de admitir la posibilidad de su aplicación, que la misma debe hacerse con criterios restrictivos en atención a la prohibición constitucional e internacional de su empleo⁷¹. Por su parte, al negar la posibilidad de ponderación de la dignidad, Barquín rechaza la aplicación del estado de necesidad como causa de exculpación⁷².

En general, la doctrina es más flexible en lo que se refiere a la admisión de causas de exculpación⁷³. La discusión respecto de la posibilidad de excluir la imputación personal en el caso de la comisión del delito de tortura se centra en los supuestos de inexigibilidad de otra conducta⁷⁴. Conforme al criterio establecido por el Tribunal Supremo español –Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 5 de junio de 1995–, estos supuestos sólo deben ser admitidos en casos excepcionales y en el marco de las eximentes expresamente establecidas en el artículo 20 del Código Penal español⁷⁵.

El principal problema que encontramos en admitir las causas de exculpación en el delito de tortura

es –además de que ello evidencia que el rechazo a admitir las causas de justificación es de índole más moral que jurídico– que su valoración resulta mucho más subjetiva que la de las causas de justificación, existiendo aquí sí un riesgo de que sus efectos se amplíen indeterminadamente.

B. La justificación de la tortura en supuestos límite o denominados *ticking time bomb*

Especial referencia merece el tratamiento por la doctrina de los supuestos denominados *ticking time bomb*. Para ello se precisa, en primer lugar, delimitar estos supuestos⁷⁶. Conforme lo señala Lobet, solo se podrá afirmar la existencia de un supuesto de *ticking time bomb* cuando se cumplan tres requisitos: (i) el peligro para la vida de muchos civiles inocentes; (ii) la inminencia de este peligro⁷⁷; y, (iii) la seguridad de que la persona a la que se pretende someter a las prácticas de tortura ha tenido participación directa en la generación del peligro⁷⁸. Esta definición descarta, por tanto, los supuestos de tortura para prevenir hechos futuros o encontrar a los responsables de un delito, que muchos autores incluyen dentro de esta clasificación⁷⁹.

Para Grima, en estos supuestos –aunque los ejemplos que refiere no corresponden en su totalidad a casos a los que corresponda esta clasificación– tampoco cabe la aplicación de causas de justificación: “Primero, porque en la inmensa mayoría de casos, el mal que se pretende conjurar es menor al que se causa con la tortura. Segundo, porque en todos los casos, la práctica de la tortura supo-

⁶⁹ Ver: GRIMA LIZANDRA, Vicente. Óp. cit. pp. 188-189.

⁷⁰ Al respecto, afirma: “cabe la posibilidad teórica de apreciar la no exigibilidad de otra conducta a un funcionario que realiza la del tipo básico de tortura y tratos inhumanos o degradantes en condiciones de miedo insuperable. Otra cosa muy distinta es que pueda darse en la realidad, puesto que la exigencia expuesta conlleva la necesidad de que ese hipotético miedo lo sea a ser inmediatamente atacado, puesto que, de lo contrario, el Derecho vigente proporciona sobrados instrumentos para proteger la vida y la integridad del funcionario que se pudiera ver en una de estas situaciones improbables”. Asimismo, refiere que “sólo el temor a muy graves males, entre los que no se encuentran las represalias administrativas o laborales, podrá constituir la base para obedecer una orden de torturar”. En: BARQUÍN, Jesús. Óp. cit. pp. 277-278.

⁷¹ No menciona sin embargo el autor ningún parámetro referido al establecimiento de estos criterios. Ver: GRIMA LIZANDRA, Vicente. Óp. cit. pp. 187-188.

⁷² BARQUÍN, Jesús. Óp. cit. p. 276.

⁷³ De lo que se advierte que se considera como problema principal, más que el hecho real y constatado de que se emplee la tortura, el hecho de reconocer que la misma pueda justificarse.

⁷⁴ Ello debido a que en el ámbito de la imputabilidad no es problemática la determinación de la imputación personal. Queda descartado el supuesto de minoría de edad cuando el sujeto activo sea funcionario público, mientras que en el resto de casos y de eximentes, entre ellas el trastorno mental transitorio y la intoxicación plena conllevarán a su análisis y aplicación sin consideraciones particulares.

⁷⁵ En el mismo sentido: CEREZO MIR, José. “Curso de Derecho Penal Español Parte General”. Madrid: Editorial Tecnos. 2005. p. 138. De igual forma, en el Código Penal peruano, las eximentes de la responsabilidad penal se encuentran previstas en el artículo 20.

⁷⁶ Ello en atención a que existen autores que incluyen dentro de esta categoría supuestos que no tienen esta naturaleza.

⁷⁷ De este requisito la referencia al reloj, como símbolo de que el tiempo para evitar el daño se agota.

⁷⁸ LLOBET ANGLÍ, Mariona. “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”. Barcelona: InDret. 2011. p. 10.

⁷⁹ Entre ellos, Dershowitz y Grima.

ne una vulneración del principio de prohibición de exceso⁸⁰: en la mayoría de supuestos, por ausencia del requisito de necesidad (al no ser el único medio disponible o el menos gravoso de los disponibles para conjurar el mal a evitar); y en todos los casos, por ausencia del requisito de idoneidad del medio (al no ser la tortura un medio objetivamente apto para obtener una confesión o testimonio, y, en definitiva, para evitar el mal); y, evidentemente, no siendo el medio apto para tal fin, tampoco concurrirá nunca el requisito de proporcionalidad en sentido estricto pues ninguna forma en que el mismo se utilice podrá considerarse proporcionada⁸¹.

Al respecto, debe resaltarse la importancia de delimitar adecuadamente los supuestos que corresponden a los que se valoran en el presente apartado. Así, al remitirnos a esta delimitación se podrá evidenciar que no es posible apreciar en estos casos las razones que presenta el autor para rechazar las causas de justificación.

En tal sentido, la afirmación de que no se trata del único medio disponible para evitar el mal queda de plano descartada por tratarse precisamente de casos en los que una de las características esenciales, conforme ha sido expuesto, es que no existe otra forma de evitar un mal inminente. Respecto del rechazo de la idoneidad, no se ofrece mayor fundamento que permita rechazar de plano, como lo hace el autor, que la tortura pueda ser eficaz para la evitación del mal inminente. Finalmente, respecto de la proporcionalidad sucede lo mismo que en el supuesto anterior.

Roxin sostiene la necesidad de analizar en estos casos la concurrencia de una causa de exculpación supralegal⁸², afirmando que “en casos extraordinariamente extremos tiene que mantenerse la prohibición absoluta de tortura, pero que puede resultar absurdo el castigo del que salva infringiendo la prohibición”. Sustenta tal afirmación en la singularidad de la situación, que lleva a afirmar que es improbable que pueda volver a ocurrir, y con ello descarta abusos que puedan generar un efecto de “rotura del dique” o “pendiente resbaladiza”.

Al respecto, cabe la misma crítica que se formuló en el apartado anterior respecto de la aplicación de las causas de exculpación. Llobet llama la atención respecto de las propuestas que sugieren eximir la pena *ex post*, afirmando que ello genera no solo inseguridad jurídica, sino que también propicia consideraciones extra legales sobre las que no existe forma de control alguno y, por tanto, sí implican un riesgo de expansión⁸³.

Para Molina, “el argumento de la *ticking bomb* opera como un «caballo de Troya». Le abrimos las puertas y finalmente la fortaleza de los Derechos Humanos es tomada. Hemos, como mucho, salvado una situación concreta a cambio de condenar un número incontable de otras⁸⁴. Aunque reconoce que, ante supuestos que califica como trágicos absolutos –*Ticking Bomb Nuclear*–, la solución no es tan fácil, ello no lo lleva a afirmar la posibilidad de justificación, aun en estos casos, sino a plantear la posibilidad de tolerar la propia muerte, lo que sin duda, como decisión personal, puede ser admirable, pero no imponible a terceras personas.

Para Greco, admitir la justificación de la tortura en estos casos determinaría o bien afirmar la regla de la caducidad, por la cual, al ser la persona torturada el responsable de la situación de peligro catastrófico que debe evitarse, perdería su derecho a la dignidad; o bien afirmar la regla de los costes, por la cual, la dignidad solo sería un derecho a garantizarse en aquellos supuestos en los que su respeto resultara conveniente y no hubiera un interés mayor que defender⁸⁵.

De aceptar el primer supuesto, el autor refiere que ello implicaría que el derecho a la dignidad se supeditara a la forma de vida de la persona y no tuviera la naturaleza de inherente que se le atribuye. Además, de aceptarse que es el comportamiento previo de la persona el que lo hace merecedor o no del derecho a la dignidad, no habría distinción entre este delincuente y cualquier otro. En lo que se refiere al segundo supuesto, el riesgo que acusa el autor parte de que, al aceptar la instrumentalización de la persona para fines considerados de

⁸⁰ Ver: GRIMA LIZANDRA, Vicente. Óp. cit. p. 170.

⁸¹ Ibid. p. 175.

⁸² Supuesto que incluye dentro de los casos que denomina “comunidad de peligro”, como el de los “médicos de la eutanasia, que durante el nazismo colaboraron en la matanza de diversos enfermos mentales para poder salvar a la gran mayoría de los que se encontraban en peligro”. ROXIN, Claus. Óp. cit. p. 30.

⁸³ Como ejemplos de este riesgo, la autora menciona las prácticas de tortura llevadas a cabo en Guantánamo y Abu Ghraib, en las que se sustraía a las personas del ámbito de la legalidad teniendo certeza los funcionarios de que no serían procesados ni sancionados. Ver: LLOBET ANGLÍ, Mariona. Óp. cit. p. 18.

⁸⁴ Ver: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Óp. cit. p. 280.

⁸⁵ GRECO, Luis. “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*”. Barcelona: InDret. 2007. p. 12.

mayor valor, nada impediría que invocando estos fines se pudiera también justificar la tortura de terceros como los hijos del terrorista. Estos fundamentos lo llevan a rechazar la justificación de la tortura aun en estos supuestos.

Respecto de la alegada regla de la caducidad, cabe precisar que el mismo cuestionamiento podría hacerse al fundamento de la legítima defensa en general, en la que es precisamente la agresión ilegítima de una persona –su actuación previa– la que permite al atacado llevar a cabo una conducta lesiva al atacante –que en otra situación sería considerada antijurídica– para repeler su agresión, sin que nadie sostenga que por ello se prive de la dignidad al agresor ilegítimo. Respecto de la regla de los costes, la misma significa una crítica en general a la teoría de la ponderación, ya que no se ofrece elementos que determinen consideraciones particulares cuando la dignidad es uno de los intereses a ponderar⁸⁶.

Dentro de quienes afirman la posibilidad de emplear la tortura en estos casos, existen posiciones más radicales como la de Dershowitz⁸⁷, quien propone regular un proceso legal de tortura para interrogatorios en casos excepcionales, con la finalidad de que a través de este proceso se establezcan límites al estado y se eviten abusos. Para Llobet, esta propuesta, que “aboga por la regulación de un procedimiento de autorización (judicial o gubernamental) para tortura, mediante una orden de tortura (*torture warrant*)”⁸⁸, no se podría llevar a cabo en la práctica debido a la naturaleza de inminencia del peligro que conllevan los supuestos clasificados como *ticking time bomb*, que impediría poder seguir un procedimiento para la obtención de una autorización de algún organismo estatal. Además, acusa a la propuesta de extenderse a supuestos que escapan a los clasificados como *ticking time bomb* debido a la previsión de utilizar la tortura para prevenir ataques futuros.

Al descartar la posibilidad de incluir en el ordenamiento jurídico la regulación de prácticas de tortura en supuestos de excepción⁸⁹, Llobet plantea la posibilidad de aplicar estructuras de descargo de la imputación que ya pertenecen al sistema jurídico penal. Así, al valorar la posibilidad de acudir al estado de necesidad justificante para determinar la justificación de la tortura, refiere, siguiendo a Molina, que dentro de una visión global ello no sería posible en virtud de que determinaría la concurrencia de un mayor mal, transformándose a la tortura en un instrumento político⁹⁰.

Por el contrario, Llobet sí afirma la posibilidad de acudir a la estructura de la legítima defensa de terceros para justificar la tortura, restringiendo de esta manera los supuestos en los que cabría su aplicación a aquellos en los que ya exista el inicio de la ejecución de una agresión ilegítima a terceros⁹¹, se tuviera certeza absoluta del responsable del ataque –agresión ilegítima– y no hubiera una posibilidad menos lesiva de evitarlo⁹².

El recurso por parte del Estado a las causas de justificación es motivo de cuestionamiento, conforme lo expone Roxin⁹³. Sin embargo, a nuestro parecer no queda claro el motivo de este rechazo. Si se considera conforme a derecho que particulares puedan actuar en defensa de bienes de terceros ante agresiones ilegítimas, con más razón podrá atribuirse esta potestad al Estado, más aun cuando, en un Estado de Derecho, la respuesta siempre deberá limitarse a la que menos afecte a los derechos fundamentales que reconoce.

Por ello, siguiendo la línea de Llobet, consideramos que sí es posible afirmar la posibilidad de valorar la legítima defensa como causa de justificación en el juicio de imputación por el delito de tortura en aquellos casos en los que se verifiquen los requi-

⁸⁶ En este sentido, llama también la atención que la mayoría de autores que refieren la intangibilidad del derecho a la dignidad sostengan su prevalencia sobre el derecho a la vida.

⁸⁷ Molina Fernández afirma que esta propuesta se llevó a cabo para buscar dar legitimidad a prácticas que resultaban contrarias al ordenamiento jurídico. Ver: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Óp. cit. p. 275.

⁸⁸ LLOBET ANGLÍ, Mariona. Óp. cit. p. 10.

⁸⁹ Debido a que esta regulación no tendría dentro de un Estado democrático, ni mucho menos dentro del sistema constitucional español. Ibid. p. 20.

⁹⁰ Como lo muestra la historia, toda vez que alegándose la teoría del mal menor, se generalizó su empleo en la denominada guerra del terror.

⁹¹ Descartando con ello la justificación de la tortura para descubrir a los autores o las circunstancias de un delito ya consumado.

⁹² Ver: LLOBET ANGLÍ, Mariona. Óp. cit. p. 29.

⁹³ Según Roxin, en la doctrina alemana es ampliamente discutido que la violencia estatal pueda recurrir a causas de justificación penal, afirmando que “con frecuencia se defiende la opinión de que las causas de justificación penal sólo tendrán validez para el ciudadano, mientras que la policía podría basarse en autorizaciones policiales especiales”. En: ROXIN, Claus. Óp. cit. p. 27.

sitos que establece el ordenamiento jurídico para la concurrencia de la legítima defensa de terceros.

No se puede olvidar que la legítima defensa es una eximente que forma parte del ordenamiento jurídico –tanto español como peruano–, además de encontrarse reconocida por la doctrina y jurisprudencia, que constituyen fuente de derecho. Al tratarse de un precepto comprendido en la Parte General del Código Penal, extiende sus efectos a todos los delitos recogidos en la Parte Especial, incluido el delito de tortura, sin que en ninguno de los dos artículos –ni en el que se regula la eximente, ni en el que se tipifica el delito– se prevea una excepción para su aplicación.

V. CONCLUSIONES

1. La evolución del tratamiento jurídico de la tortura evidencia que ha pasado de ser el medio de prueba fundamental del proceso, cuando la confesión era la prueba de la responsabilidad penal por excelencia, a ser un delito que protege uno de los bienes jurídicos más importantes del ordenamiento jurídico.

2. En los últimos años, y como consecuencia de la promoción de los Derechos Humanos y del fin de la Segunda Guerra Mundial, se han elaborado, suscrito y ratificado diversos instrumentos internacionales –a nivel mundial y regional– que recogen derechos y garantías fundamentales de las personas, entre ellas, el derecho a no ser torturadas.

Con muchos de estos instrumentos internacionales se han creado, además, órganos de control que tienen a cargo la verificación del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados parte y, en algunos casos, hasta potestad de sanción a los mismos en caso de incumplimiento comprobado. Además, los ciudadanos cuentan con estos organismos supranacionales a los que pueden recurrir en caso de atentados a sus derechos fundamentales, incluido el de la prohibición de la tortura, en los casos en que no obtengan tutela por parte de los órganos estatales.

3. La prohibición de la tortura está presente no solo en instrumentos internacionales, sino en la legislación interna –constitucional, penal y procesal– de muchos estados. Sin embargo, ello no ha determinado su erradicación. Frente a la realidad, esto es, que la tortura se sigue practicando en la mayoría de países, hay quienes sostienen su prohibición absoluta afirmando que su empleo atenta

contra los derechos fundamentales de las personas, que constituyen la base del sistema democrático.

Por otra parte, hay quienes afirman que cabe el empleo de métodos de interrogatorio en los que se admita la tortura en caso sea posible afirmar que con los mismos se pueda obtener información relevante para la lucha contra el terrorismo. También hay quienes sostienen la necesidad de regular el empleo de la tortura en interrogatorios llevados a cabo en el marco de supuestos excepcionales a fin de imponer límites y evitar excesos; sin embargo, este planteamiento es rechazado por la doctrina al entenderlo contrario al Estado de Derecho.

4. En supuestos límite, denominados *ticking time bomb*, la doctrina mayoritaria acepta la posibilidad de exculpar a los autores del delito de tortura, aunque ello conlleva a que, en la práctica, lo que se promueva sea una actuación al margen de la ley que se presta a subjetividades que ponen en riesgo la seguridad jurídica. Esta postura evidencia que el rechazo a reconocer la posibilidad de justificar la tortura no corresponde a un rechazo a la práctica de la tortura en sí misma o a defender la necesidad de sancionarla, sino simplemente a no querer asumir la posibilidad de su justificación, aun en supuestos en los que se considere que no deba ser sancionada.

5. Partiendo de una adecuada delimitación de los supuestos que deben ser comprendidos dentro de los denominados *ticking time bomb*, es posible apreciar la estructura de la legítima defensa de terceros y, en caso de verificarse su presupuesto y requisitos, aplicarla como causa de justificación del delito de tortura.

La aceptación de la aplicación de esta eximente en el caso del empleo de la tortura en supuestos específicos que se puedan clasificar dentro de los denominados *ticking time bomb* no implica que pueda ampliarse a contextos de inseguridad ciudadana o de otro tipo de emergencia que se haya podido declarar, los que escapan a los requisitos y supuestos clara y expresamente establecidos en el presente artículo.

6. No corresponde rechazar la aplicación de las causas de justificación –y la legítima defensa en particular– a hechos llevados a cabo por el Estado, ya que si a los particulares se otorga

la potestad de repeler agresiones ilegítimas, con más sentido, en un Estado de Derecho que se rija por las normas previstas, la misma potestad podrá ser otorgada al Estado, que atenderá a los límites establecidos en la norma y optará por repeler las agresiones ilegítimas en la medida menos lesiva posible.

7. El delito de tortura se encuentra regulado en la Parte Especial del Código Penal, por lo que le son de aplicación todos los preceptos que establece la Parte General, incluido el que regula las eximentes como la legítima defensa, siempre y cuando se verifiquen el presupuesto y los requisitos para su aplicación.