

SEXTA PARTE

¿PUEDE LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA ADMITIR EXCEPCIONES
EN EL DERECHO PENAL INTERNO E INTERNACIONAL
CONTEMPORÁNEO?

I. Algunas precisiones conceptuales

Una ulterior temática que también se ha considerado pertinente abordar en la presente obra es la referida a la posibilidad de que se pueda recurrir al empleo de la tortura en determinadas situaciones límite o particularmente polémicas; dicho con otras palabras, la interrogante acerca de si pueden admitirse o no excepciones a la prohibición de la tortura en el Derecho penal interno e internacional contemporáneo, concretamente frente a casos puntuales como lo es la delincuencia organizada o el terrorismo, y sobre todo con respecto a este último.

Así, aludiendo a la conocida frase anglosajona, “*last but not least*”, se ha estimado oportuno tratar dicha cuestión en último término pues de ese modo ya se tiene como contexto conceptual el análisis previamente realizado en este mismo trabajo respecto de otros aspectos necesarios para una mejor comprensión de esta actual y discutida temática (tales como la definición del llamado “Derecho penal del enemigo”, el rol de la policía en la actual sociedad punitivista y “enemicista”, así como la denominada lucha antiterrorista, entre otros).

Como se ha tratado de exponer previamente, nadie duda que las amenazas a la paz y seguridad de la humanidad son en el momento presente una realidad tangible y de gran impacto, pero no por ello pueden ser utilizadas para socavar las mismísimas bases de un modelo que busca la protección de todos los ciudadanos como lo es el Estado social y democrático de Derecho y de Justicia (recogido expresamente con dicha fórmula en la Constitución venezolana), el cual ciertamente no puede limitarse a ser un mero slogan político, sino que tiene que encontrar reflejo obligatoriamente en la calidad de vida y el efectivo disfrute de un conjunto de derechos fundamentales por parte de todos los individuos que, aún en contra de su voluntad, se encuentran *de jure* y *de facto* bajo la autoridad de la propia sociedad, lo que impide que puedan ser extraídos de esa posición, que no es otra que la propia condición humana, y ello no es susceptible de modificación (de allí que todo ser humano nace, se desarrolla y muere como tal).

Ahora bien, debe observarse en relación a lo antedicho que es la existencia de esas amenazas cada vez mayores, sumada a un conjunto de factores a los que ya se ha hecho referencia de alguna manera (intereses políticos, económicos, étnicos y raciales, incluso religiosos), lo que ha conllevado la muy presente “tentación” de recurrir a métodos “no-tradicionales” para hacer frente a una criminalidad que precisamente suele ser clasificada también como “no-tradicional”. Esto es de alguna manera el “caldo de cultivo” de la actual “praxis punitiva contra enemigos” que puede detectarse en diferentes ordenamientos jurídicos de todo el mundo.

Como parte de ese conjunto de medidas “no-tradicionales” o “excepcionales” que se discute en la actualidad si deben o no aplicarse desde el aparato del Estado (en el Derecho penal interno) o de la comunidad internacional (en el Derecho penal internacional), se encuentra el recurso a la tortura, si bien, en principio, pareciera que quienes la consideran necesaria, entenderían que su uso debiera limitarse a un cierto número de casos límite o aislados (“*einzelfälle*”) y siempre de carácter excepcional (“*ausnahmefälle*”), siendo los dos principales en el debate, los siguientes: el caso del secuestro de una persona cuyo paradero es conocido por el presunto secuestrador, y el caso de las denominadas “*ticking bombs*” o bombas de tiempo, cuya ubicación conoce el presunto terrorista¹.

Se hace imperativo, no obstante, llevar a cabo algunas precisiones conceptuales antes de entrar al análisis sucinto de la posibilidad de emplear la tortura en los referidos casos, o formulado de otra manera, de admitir excepciones a la prohibición universal de la tortura.

De esta manera, el primer punto que requiere aclaración es el atinente al concepto mismo de tortura, puesto que resulta ineludible conocer ante todo a qué se hace referencia exactamente cuando se habla de esta conducta, especialmente porque en el lenguaje común se utiliza en ocasiones con diferentes sentidos.

¹ Un interesante estudio de esta temática concreta, al que se ha seguido en parte en este trabajo, se encuentra en AMBOS, Kai. *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España. 2009. También, GRECO, Luis. *Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs*. En: InDret. Revista para el análisis del Derecho. No. 4. Barcelona, España. 2007. Una breve reseña de los inicios del debate en Alemania puede encontrarse en FOLLMAR, Petra; HEINZ, Wolfgang und SCHULZ, Benjamin. *Zur aktuellen Folterdebatte in Deutschland*. Deutsches Institut für Menschenrechte. Berlín, Alemania. 2003.

Así, impera decir que el concepto de tortura es amplio, ya que el mismo permite aludir a diferentes situaciones en cuyo marco es posible hablar de tortura, pudiendo decirse que la divergencia entre dichos contextos o casos es la finalidad o el objetivo perseguido con la aplicación de los actos constitutivos de tortura.

En este orden de ideas, puede tomarse la definición que de la tortura aporta un importante documento internacional que cuenta con la ratificación de la mayor parte de los países de la comunidad internacional, como lo es la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, y que forma parte del ordenamiento jurídico venezolano, en virtud de la respectiva Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial No. 34.743, de fecha 26 de junio de 1991.

A la luz de la referida Convención (artículo 1), la tortura puede ser definida como todo acto por el cual se inflige intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público a otra persona, en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

En parecido sentido, aunque sin referencia alguna a la cuestión de los fines, el artículo 181 del Código Penal venezolano, castiga “los sufrimientos, ofensas a la dignidad humana, vejámenes, torturas o atropellos físicos o morales cometidos en persona detenida, por parte de sus guardianes o carceleros, o de quien diera la orden de ejecutarlos”.

A su vez, y quizá por el déficit de la recién citada tipificación, la Constitución Nacional, en el numeral 1 de la Disposición Transitoria Cuarta, ordena que se legisle, bien en una ley especial, bien mediante una reforma al Código Penal, sobre la tortura; destacándose de esta manera la relevancia que desde la perspectiva del constituyente tiene la prohibición de la tortura, que además tiene rango constitucional, no sólo mediante la incorporación de la legislación internacional (vía artículo 23 de la Carta Magna), sino porque

en el numeral 1 del artículo 46 constitucional se dispone que “ninguna persona podrá ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, mientras que en el numeral 2 del mismo precepto se añade que “toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, siendo esta expresión de suma importancia al dar cuenta que todo ser humano, por el mismísimo hecho de serlo (o por el nudo hecho de serlo), posee dignidad y ésta debe ser respetada.

Tomando en cuenta, entonces, la definición que aporta la Convención de la ONU sobre la Tortura, es posible hacer una clasificación de las diferentes formas de tortura según el fin para el cual ésta sea aplicada, de la siguiente manera:

- 1) Tortura para obtención de información;
- 2) Tortura para obtención de una confesión;
- 3) Tortura para castigar un hecho cometido o presuntamente cometido;
- 4) Tortura para intimidar o coaccionar;
- 5) Tortura motivada por discriminación.

Como se puede constatar de la clasificación recién enunciada, una persona puede ser torturada por diferentes razones, y precisamente en esa finalidad que se persiga radicaría la distinción que estaría haciéndose en el debate actual sobre la tortura, siendo que, al parecer, en algún caso, el fin justificaría los medios, suponiendo esto un regreso al conocido aforismo del que supuestamente se habrían apartado o despedido los Estados modernos².

² Como se aseguraba, aunque ya es evidente que en la praxis no es así, en BRUGGER, Winfried. *Darf der Staat Ausnahmeweise Foltern?*. En: *Der Staat*. No. 35. Pág. 67. Dunckner & Humblot Verlag. Berlín, Alemania. 1996. En este ensayo, señalaba BRUGGER que a la pregunta, que puede ser hecha evidentemente de manera retórica, acerca de si el Estado tiene permitido torturar debía responderse que naturalmente no, por cuanto los Estados modernos se habrían separado o despedido del lema o aforismo “el fin justifica los medios”, de modo que ello no les estaría dado (“*Darf der Staat foltern? Diese Frage kann man offensichtlich nur rethorisch stellen, um die uns allen gemeinsame Überzeugung um so nachdrücklicher herauszustellen: Natürlich nicht! Und das ergibt Sinn: Der moderne Rechtsstaat hat sich von der Devise „Der Zweck heiligt die Mittel“ verabschiedet*”).

Ahora bien, resulta evidente que la tortura de un individuo siempre ha de tener una finalidad, la cual tiene detrás una cierta motivación, pero ello no quiere decir, sin embargo, que la tortura pueda ser calificada como un delito de intención necesariamente, esto es, como un delito en el que existe una intención del agente que se dirige a la consecución de un resultado que va más allá del acto mismo³. En efecto, desde el punto de vista de la lógica criminológica de la tortura, es cierto que siempre se está buscando un determinado fin con la aplicación de la misma a un sujeto, sin embargo, el concepto de tortura no exige la demostración o prueba de esa finalidad para considerar configurada la comisión de actos de tortura, pues lo relevante aquí es la ejecución de aquéllos, más allá del objetivo que persigan.

Es por ello, entonces, que acertadamente, el Texto de los Elementos de los Crímenes, complementario al Estatuto de la Corte Penal Internacional y herramienta fundamental para su interpretación, señala en la nota al pie al artículo 7, 1), f), relativo a la tortura como modalidad de los crímenes de lesa humanidad, que “se entiende que no es preciso probar ninguna intención específica en relación con este crimen”. No obstante, lo que sí debe probarse en todo caso es que la comisión de los actos de tortura se haya hecho de manera dolosa, por lo que los sufrimientos graves en cuestión deben ser infligidos intencionalmente, quedando excluidos, como es claro, aquellos sufrimientos que fueren inherentes a la imposición de sanciones legítimas.

Apuntado esto, y antes de pasar a los pretendidos “casos especiales o excepcionales” en que se admitiría la flexibilización de la prohibición de la tortura, se estima pertinente y conveniente dejar unas breves palabras acerca de los demás casos en los que al menos parece haber un cierto consenso en cuanto a su inadmisibilidad en el Derecho penal interno e internacional contemporáneo.

En ese sentido, puede observarse que hay un repudio generalizado frente a la tortura que se inflige a una persona para castigarle por un hecho cometido o supuestamente cometido por ella, en tanto resulta oprobioso que al sufrimiento y estigmatización propios a la aplicación de la sanción penal (por lo general, una pena privativa de libertad), se le sumen sufrimientos y

³ Sobre la noción de delitos de intención puede verse a ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Pág. 317. Editorial Civitas. Madrid, España. 1997.

vejámenes adicionales que a todas luces resultan innecesarios y suponen por demás un exceso de violencia sin asidero.

Esto se deriva directamente de un principio que en la dogmática penal contemporánea se encuentra ampliamente reconocido como lo es el denominado principio de respeto a la dignidad humana o de humanidad de las penas⁴, el cual tiene además respaldo constitucional en diferentes ordenamientos jurídicos del mundo; así, por citar algunos ejemplos, en el ya referido artículo 46 de la Constitución venezolana, el artículo 10.1 de la Constitución española y el artículo 1.1 de la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, conocida familiarmente como Ley Fundamental de Bonn, por haber sido aprobada en dicha ciudad).

Por su parte, otra clase de tortura que no tiene por qué encontrar mayor polémica para su rechazo en la actualidad es aquella que se realiza para intimidar o coaccionar, ya que, en sentido parecido a la argumentación empleada para repudiar la tortura como castigo, en este supuesto lo fundamental es también el respeto a la dignidad humana, ya no sólo en cuanto a que se debe infligir el menor mal necesario al condenado, sino en tanto todo ser humano debe ser tenido y tratado en todo momento, en el sentido kantiano, como un fin en sí mismo, nunca como un medio.

Esta clase de tortura, entonces, no sería más que el empleo de la persona torturada como un mero medio o instrumento para ejercer coacción o intimidación sobre los demás, por lo que se trataría de una manifestación de una teoría preventivo-general negativa de la pena, rechazada por la doctrina penal dominante, puesto que se reduce a la persona a constituir un objeto a través del cual se daría el ejemplo. Así, la persona a la cual se aplica este tipo de tortura se le estaría ubicando dentro del “Derecho de las cosas”, vulnerando de esa manera la dignidad que le es inherente, recordando escenas propias de épocas en que la brutalidad contra los delincuentes se

⁴ Considerando el respeto a la dignidad humana o la humanidad de las penas como principio fundamental del actual Derecho penal, en la manualística, y entre muchos otros, JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Volumen Primero. Pág. 35. Bosch Casa Editorial. Barcelona, España. 1981; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Pág. 131. Editorial B de F. Buenos Aires, Argentina. 2004; BARRETO ARDILA, Hernando. *Lección 3: Concepción del Estado y su influencia en la teoría del delito*. En: AGUDELO BETANCUR, Nodier y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Pág. 50. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2002; y RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. *Síntesis de Derecho Penal. Parte General*. 2da Edición. Revisada y ampliada. Pág. 61. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. 2007.

realizaba públicamente para mostrar a los demás lo que podría pasarles de incurrir en conductas delictivas como el sujeto torturado.

Es recordado, a ese respecto, el famoso y por demás grotesco caso de Damiens, relatado por FOUCAULT, quien describe detalladamente las diversas torturas públicas que se hicieron a este sujeto, entre otras cosas, tenacearle diversas partes del cuerpo y verter sobre las mismas plomo derretido y aceite hirviendo así como ser desmembrado por cuatro caballos, para luego echar sus miembros y el tronco en el fuego y reducirles a cenizas⁵. Ciertamente, desde el punto de vista dogmático, nadie parece estar dispuesto a que esto sea presenciado de nuevo, lo que no implica que no existan en la población deseos punitivistas sumamente represivos, como se ha indicado ya en este trabajo.

Finalmente, la tortura que es ejecutada por motivos discriminatorios tampoco encontraría elementos para la flexibilización, toda vez que la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, marcadamente desde el final de la Segunda Guerra Mundial y sus brutales consecuencias, ha llevado hacia un consenso universal en torno a declarar la igualdad de todos y cada uno de los seres humanos desde su nacimiento.

Precisamente, de allí que la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948 consagre desde el mismo artículo 1 que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Siendo así, entonces, se encuentra prohibida cualquier forma de discriminación bien sea por motivos raciales, étnicos, religiosos, políticos, de género o cualesquiera otros; de modo que torturar a una persona simplemente para hacer de ella un objeto de discriminación ciertamente carece de posibles justificaciones o excepciones.

Quedarían entonces, conforme a la clasificación referida inicialmente, dos clases o formas de tortura sobre las cuales tomar partido, y que son precisamente las que en el momento presente encontrarían polémica en lo atinente a la posibilidad de su justificación o permisión en casos excepcionales, a saber, la tortura que se emplea para obtener la confesión de

⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*. Pág. 11. Siglo XXI Editores. Ciudad de México, México. 1997.

un inculpado o presunto delincuente, y la tortura ejercida para obtener de la persona en cuestión una determinada información; pudiendo acotarse que ambas formas de tortura se encuentran estrechamente vinculadas, y adicionalmente a ello que se deben formular un buen número de preguntas acerca de la manera en que ello se haría posible o, por ejemplo, qué tipo de información se pretendería obtener de la persona torturada, toda vez que esto puede ser muy diverso.

II. El reavivamiento del debate: el secuestro de Jakob von Metzler (o “el caso Daschner”)

En otoño del año 2002, el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt (Alemania), Wolfgang Daschner, ordenó a un subordinado que amenazara a Magnus Gäfgen con ejercer coacción física en su contra, a efectos de que diera información sobre el paradero del menor Jakob von Metzler (de 11 años de edad), a quien aquél había secuestrado. Concretamente, como se dio a conocer posteriormente, Daschner indicó al subordinado que le hiciera saber a Gäfgen que “*luego de previamente amenazarle, bajo supervisión médica, se le causaría dolor (sin llegar a herirle o lesionarle)*”⁶. Al parecer las amenazas fueron contundentes puesto que dieron resultado y finalmente el acusado confesó que ya había matado al niño y señaló el lugar donde se encontraba su cadáver, como efectivamente se verificó luego de la declaración.

Al acusado se le impuso en consecuencia una pena de reclusión a perpetuidad por los cargos de secuestro extorsivo y asesinato; entretanto, se procesó asimismo a Daschner y al oficial subordinado, quienes fueron considerados culpables por el tribunal de la causa: el primero de ellos por haber ordenado la comisión de un delito a un subordinado (§ 357 (1) del Código Penal alemán o *Strafgesetzbuch* – StGB) así como por el delito de coerción (§ 240 (1) StGB)⁷; mientras que al segundo se le condenó solamente por este último delito; dicha decisión fue dictada en fecha 20 de diciembre de 2004⁸.

⁶ “*Nach vorheriger Androhung, unter ärztlicher Aufsicht durch Zufügung von Schmerzen (keine Verletzungen)*”, como se relata en FOLLMAR, Petra; HEINZ, Wolfgang und SCHULZ, Benjamin. *Zur aktuellen Folterdebatte in Deutschland*. Op. cit., pág. 4.

⁷ El texto en español de estas disposiciones puede consultarse en LÓPEZ DÍAZ, Claudia (Traducción). *Código Penal Alemán (StGB)*. Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1999.

⁸ Los principales aspectos de la sentencia y algunos extractos de la misma pueden encontrarse en JESSBERGER, Florian. *Bad Torture – Good Torture. What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany*. En: *Journal of International Criminal Justice*. No. 3 (2005). Pág. 1064. Oxford Publishing. Oxford, Inglaterra. 2005.

Ahora bien, la sentencia no se limitó a encontrar culpables a los acusados por los mencionados cargos sino que se valió de lo dispuesto en el § 59 StGB (*Voraussetzungen der Verwarnung mit Strafvorbehalt*)⁹ para no imponer pena privativa de libertad alguna a los oficiales de policía procesados, sino precisamente amonestarles y reservar la pena, al entender que se presentaba una considerable mitigación de la culpabilidad por cuanto los mismos actuaron motivados por la finalidad de salvar la vida del niño secuestrado, además de presentarse en el momento de los interrogatorios del secuestrador un ambiente tenso y una gran presión emocional para los oficiales de policía a cargo del caso¹⁰. En definitiva, entonces, la sentencia se resume, como refiere JESSBERGER en el sugerente artículo previamente citado, en la frase “culpables, pero no para ser castigados” (*guilty, but not to be punished*). Debe acotarse, a su vez, que tal decisión fue objeto de un pronunciamiento negativo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según el cual esa solución no era aceptable, por lo que consideró en el fallo que Alemania había incurrido en una violación a la prohibición de la tortura.

Es así como lo ocurrido fácticamente, e igualmente la propia decisión del Tribunal Regional de Frankfurt respecto a Daschner y su oficial subordinado, trajeron consigo el reavivamiento del debate sobre la prohibición de la tortura y la pregunta acerca de si dicha prohibición puede tener alguna excepción, o dicho de otro modo, si en determinadas circunstancias como las planteadas en este caso, es admisible el uso de la tortura.

Adicionalmente a ello, la ocurrencia del caso Daschner también hizo que se trajera a colación otro ejemplo o hipótesis frente a la cual cabría igualmente reflexionar si es admisible o no el empleo de la tortura; así, el llamado caso de las *ticking time bombs* o bombas de tiempo, en que se logra la detención de la persona que se sospecha ha colocado un artefacto de esa naturaleza y que por ende se entiende que conoce su ubicación, por lo que de tal información dependería la posibilidad de desactivar la bomba antes

⁹ Lo que puede traducirse como “requisitos de la advertencia con reserva de pena”.

¹⁰ No obstante, para el mes de marzo de 2011 se dio a conocer la existencia de un proceso civil iniciado por Gäfen en contra de los funcionarios policiales, en donde éstos podrían ser condenados a pagar una indemnización por los daños derivada del hecho ilícito cometido, lo que pudiera ser procedente si se toma en cuenta que la decisión penal, aunque no aplicó una pena privativa de libertad, sí condenó como culpables a los acusados (La noticia fue reseñada en el informativo Der Spiegel, mediante su cuenta en Twitter y su página web, en fecha 17 de marzo de 2011).

de que explote o al menos desalojar el lugar, con lo que se pondría en juego la vida de múltiples seres humanos.

Como se desprende entonces de ambas hipótesis o casos límite, el recurso a la tortura se plantearía como medio para obtener información de la cual depende la vida de otro u otros seres humanos, con lo cual, como se dejaba entrever al mencionar las diversas clases de tortura, en estos ejemplos polémicos se trataría de una tortura motivada por la necesidad de llegar a la información de que dispone el sujeto torturado, debiendo advertirse de cualquier manera que, a su vez, con ello también estaría confesando la comisión del crimen y las circunstancias en que lo cometió, o en otros términos, se estaría acusando a sí mismo.

Dicho esto, podría observarse de igual manera, que en ambas hipótesis o supuestos (secuestro de una persona o colocación de una bomba de tiempo), tendrían como aspecto en común también el hecho de que la tortura se estaría empleando con una finalidad ulterior de salvar la vida de una o varias personas, pues justamente la información permitiría (en teoría o "*angeblich*") conocer el paradero del secuestrado y rescatarlo en tal virtud (en situaciones como la del caso Daschner), o haría posible saber (de nuevo: "*angeblich*") la ubicación del artefacto explosivo para desactivarlo o poner a buen resguardo a las potenciales víctimas de una explosión (en el caso de las *ticking time bombs*).

En relación a esta clase de tortura, protagónica en los dos tipos de supuestos aludidos, el debate ha puesto el centro de mira en su carácter "preventivo", esto es, en la finalidad altruista de evitación de un mal determinado (bien sea la muerte de una persona secuestrada o de quienes se encuentren en las adyacencias del lugar donde se ha colocado un artefacto explosivo), y que constituiría el trasfondo del empleo de la tortura en cuestión.

Así, la discusión actual parece querer enfatizar una distinción entre aquella tortura que se hace simplemente por motivos rechazables u oprobiosos ("tortura represiva"), y en cambio aquella otra que se llevaría a

cabo por motivos de prevención (“tortura preventiva”), por lo que habría una “tortura mala” y una “tortura buena”¹¹.

De la misma manera, un importante autor como AMBOS ha llegado a destacar que se trataría de una “*situación muy acertadamente descrita en alemán con el término <<Rettungsfolter>>*”¹², pudiendo traducirse dicho término como “tortura salvadora”; algo que desde estas modestas líneas debe ser rechazado contundentemente pues el propio uso de un tal término alemán resulta repudiable, al pretender asignar una especie de valor positivo a la tortura, maquillando con palabras lo que, como se mostrará en las reflexiones que siguen, es a todas luces injustificable o inadmisibile.

Aún más, hablar de una “tortura salvadora” (o *Rettungsfolter*), es un verdadero contrasentido y para nada acertado, ya que se trata de términos contrapuestos y que deben entrañar de esa misma manera valoraciones totalmente diferentes, por lo que en este caso el recurso a la técnica de las palabras compuestas, característico del idioma alemán, no puede considerarse plausible. La tortura es simplemente eso, tortura, independientemente de que las circunstancias en que se cometa puedan mitigar o agravar su condena o repudio, que en todo caso deberá permanecer, y por ello la importancia de no utilizar el lenguaje para encubrir el carácter negativo de la tortura; teniendo que hacerse énfasis, en consecuencia, en la importancia del lenguaje, que puede deformarse y dar lugar a presentaciones incorrectas de las cosas, lo que lamentablemente se va evidenciando un ámbito tan relevante como el del propio homicidio de un ser humano, cometido en estado de necesidad, por lo que algún autor ya habla expresamente del inadmisibile término “homicidio salvador” (*Rettungstötung*)¹³.

¹¹ Esto se ve de manera muy explícita, por ejemplo, en el título de dos contribuciones de diferentes autores sobre la temática, así el ya citado artículo de JESSBERGER, *Bad Torture – Good Torture. What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany* (“Tortura Mala – Tortura Buena. Lo que los abogados penalistas a nivel internacional pueden aprender del reciente juzgamiento de los oficiales de policía en Alemania”); así como el artículo de JAHN, Matthias. *Gute Folter – schlechte Folter? Straf-, verfassungs-, und völkerrechtliche Anmerkungen zum Begriff <<Folter>> im Spannungsfeld von Prävention und Repression* (“Tortura buena – Tortura mala? Consideraciones desde los Derechos penal, constitucional e internacional sobre la noción de “Tortura” en el ámbito conflictivo de prevención y represión”). En: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Baden Baden, Alemania. 2004.

¹² AMBOS, Kai. *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*. Op., pág. 24.

¹³ Así, expresamente, ZIMMERMANN, Till. *Rettungstötungen. Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand*. Nomos Verlag. Baden Baden, Alemania. 2009;

Ahora bien, ya habiendo puesto de relieve lo anterior, es preciso pasar a la cuestión esencial de si en casos como el de la colocación de bombas de tiempo o como el caso Daschner puede admitirse el recurso a la tortura, concretamente de qué manera podría llevarse a cabo tal admisión, que supondría, como apenas hace falta decirlo, una obvia flexibilización a la prohibición universal de la tortura.

Debe decirse que en estas líneas no se pretende más que hacer un somero análisis de dicha cuestión, teniendo que dejarse para otra ocasión la respuesta a un conjunto de interrogantes que ciertamente orbitan el tópico del empleo de la tortura, como la de si es posible establecer una responsabilidad internacional del Estado por la tortura infligida por sus agentes o funcionarios, o la de qué clase de tortura sería la que se permitiría en situaciones extremas o excepcionales (¿solamente las torturas psicológicas o también las físicas?, ¿de consecuencias leves o graves?, ¿productoras incluso de la muerte a posteriori del torturado?), entre otras.

Por tanto, el análisis que sigue (que tan sólo quiere ser un aporte más al debate y que seguramente deja más dudas que conclusiones), se habrá de remitir únicamente a discutir si la tortura es admisible excepcionalmente en el sentido de conllevar la exclusión de responsabilidad penal de quienes hacen uso de la misma, específicamente funcionarios (por lo general, de los cuerpos de seguridad del Estado), y mediante qué figura jurídica ello sería posible (legítima defensa, estado de necesidad, causa supralegal de justificación o exculpación), si cabría en esta clase de supuestos una salida “salomónica” o que pretenda ser “políticamente correcta” (como desde aquí se vislumbra la decisión alemana del caso Daschner); o, por último, si no es posible otra solución de estos casos más que la condena de quienes cometen, ordenan o ejecutan actos de tortura contra una persona detenida o bajo custodia.

III. ¿Exclusión de responsabilidad penal?

Un punto sin duda central en el debate actual sobre la tortura es el atinente a la responsabilidad penal del torturador y de quien ordena la

aludiendo al caso del homicidio de personas inocentes a bordo de un avión para lograr salvarle la vida a las potenciales víctimas del atentado terrorista a ser cometido con tal aeronave, hipótesis cuyo estudio no puede ser abordado en esta oportunidad y que amerita un análisis detenido y riguroso.

realización de la tortura, lo que supone revisar sucintamente si podría pensarse en la aplicación de alguna causa excluyente de la responsabilidad penal, tal y como son concebidas las mismas en el contexto general de la teoría del delito así como en la legislación, concretamente en el Código Penal venezolano, en el StGB y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Así, pudiera pensarse en primer lugar en la posibilidad de recurrir a la legítima defensa, argumentando que el funcionario, al llevar a cabo los actos de tortura para obtener información sobre el paradero del secuestrado o la ubicación del artefacto explosivo, lo hace precisamente para defender la vida de la víctima del secuestro o de las potenciales víctimas de la explosión de la bomba.

Para definir si esta opción es viable habrá que comenzar señalando que, utilizando las palabras de FRÍAS CABALLERO, la legítima defensa puede ser entendida como *“la repulsa o reacción necesaria y no provocada suficientemente contra la agresión ilegítima, actual o inminente, desplegada contra los derechos o bienes propios o de un tercero, realizada con razonable proporcionalidad de los medios empleados para impedirla o repelerla”*¹⁴. De este modo, es claro que el Derecho penal no puede prohibir algo tan natural e inherente al ser humano como lo es el derecho a defenderse a sí mismo o a un tercero si es agredido por otro.

Debe advertirse que la legítima defensa constituye en ese mismo orden de ideas, una causa de justificación, de hecho la causa de justificación por excelencia, toda vez que al verificarse esta hipótesis queda excluida sin duda alguna la antijuricidad de la conducta, siendo que, más bien, el Derecho expresamente autoriza el comportamiento desplegado por quien se defiende de manera legítima. Esto quiere decir, y hay que destacarlo, que de verificarse una situación de legítima defensa, se debe negar la ilicitud de la conducta, por lo cual se trata de una realidad que el Derecho en su conjunto estima permitida y no disvaliosa, al punto de que conlleva no sólo la irresponsabilidad penal, sino también la civil, administrativa o de cualesquiera otra índole.

Es por lo recién apuntado que en otro lugar se ha indicado que *“la justificación está directamente vinculada con el principio de unidad del*

¹⁴ FRÍAS CABALLERO, Jorge. *En torno de la legítima defensa (Códigos de Colombia y Argentina)*. En, del mismo autor: *Nuevos Temas Penales*. Pág. 156. Editorial Livrosca. Caracas, Venezuela. 1998.

ordenamiento jurídico, en virtud del cual una conducta que está autorizada por un sector del Derecho no puede al mismo tiempo estar prohibida por un sector distinto, y es por esta razón que la conducta que se encuentra justificada no sólo estará exenta de consecuencias jurídico-penales, sino que estará a salvo de cualquier consecuencia jurídica en general, siendo en tal virtud una conducta lícita, que el propio ordenamiento jurídico ha autorizado de manera excepcional”¹⁵. Como causa de justificación que es, la legítima defensa suprime en tal virtud la ilicitud de la conducta que aunque podrá entenderse como típica en cambio no podrá definirse como contraria a derecho.

En el Código Penal venezolano (CPv) la legítima defensa se encuentra consagrada en el numeral 3 del artículo 65, el cual tiene la particularidad de no mencionar la posibilidad de que esta causa de justificación sea ejercida en defensa de terceros, a diferencia de la regulación contenida en el § 32 StGB, que sí habla expresamente de que sea “para sí mismo o para otro” (*von sich oder einem anderen*); lo que vale también respecto del artículo 31, 1, c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) conforme al cual no es responsable quien “actúe razonablemente en defensa propia o de un tercero”.

No obstante, el que la legítima defensa no admita, al menos no expresamente, en el CPv la actuación para defender más que a uno mismo y no a un tercero, lo relevante para dilucidar si es aplicable o no a los referidos casos excepcionales de tortura no es esta cuestión.

En efecto, más importante es tener presentes los requisitos o condiciones que han de verificarse para que pueda afirmarse que se está en presencia de una legítima defensa. Así, existe considerable consenso, tanto teórico como normativo y jurisprudencial en cuanto a que la legítima defensa, para que sea tal, debe tratarse de la repulsa o reacción frente a una agresión ilegítima, que sea una defensa necesaria y que no hubiere provocación suficiente por parte de quien alega haber actuado en defensa propia (condiciones que se deben deducir incluso de la propia lógica de esta causa de justificación, y que por lo demás están recogidas explícita o implícitamente en las normas del CPv, el StGB y el ECPI).

¹⁵ Así se ha dejado expresado en RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. *Síntesis de Derecho Penal. Parte General*. 2da Edición. Revisada y ampliada. Op. cit., pág. 318.

En cuanto a dichos requisitos, puede observarse, como destaca AMBOS, que al exigirse una agresión ilegítima, la tortura solamente podría ser ejercida directamente contra el secuestrador o el terrorista, no así contra terceros inocentes (que no son atacantes o agresores), por lo que se descartaría la vía de torturar a parientes cercanos como podría ser la esposa del sujeto en cuestión¹⁶.

Más importante que lo antedicho, es si en los casos debatidos se cumpliría el requisito de la temporalidad de la agresión o el ataque, y esto ha sido un punto en que se ha enfatizado para negar o aceptar esta causa de exclusión de la responsabilidad penal para este tipo de casos. Así, es claro que la legítima defensa puede admitirse si y solo si se utiliza para impedir o repelar una agresión, que en consecuencia debe ser actual o inminente, de modo que se discute si esto es así en las hipótesis planteadas.

En supuestos como el del caso Daschner, se ha dicho que sí se verificaría este requisito en tanto se trataría de un delito continuado como es el secuestro, lo que mantendría la actualidad del ataque o la agresión y permitiría por tanto defenderse de ella¹⁷. Aquí se está en desacuerdo con lo expresado a este respecto por AMBOS ya que en realidad el delito de secuestro no es un delito continuado sino más bien un delito permanente, que es una noción ciertamente diferente y que supone que la agresión en cuanto tal ya se ha realizado, con la particularidad de que sus efectos se prolongan en el tiempo¹⁸. Es así como en casos de secuestro mal podría alegarse la actualidad o la inminencia del ataque, decayendo de tal modo la posibilidad de aplicar a estos supuestos la legítima defensa. No obstante, más adelante tendrá que hacerse una necesaria aclaratoria que se ha perdido de vista en esta cuestión y que aquí se considera esencial para tener una perspectiva lo más adecuada posible de la problemática.

Por su parte, en supuestos como el de la colocación de bombas de tiempo o *ticking time bombs* hay mayor acuerdo en cuanto a que no podría sostenerse la actualidad o inminencia del ataque si se parte de que el sujeto ya ha colocado la bomba y que ni siquiera se tiene exactitud acerca de

¹⁶ AMBOS, Kai. *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*. Op. cit., pág. 40.

¹⁷ Así lo hace AMBOS en la obra citada en la nota anterior.

¹⁸ Demostrando que el delito de secuestro es efectivamente un delito permanente, puede remitirse a mis reflexiones en RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. *Ley contra el Secuestro y la Extorsión. Comentada*. Pág. 70. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. 2009.

cuándo podría explotar la misma, por lo que sería harto difícil establecer desde qué momento ya sería actual o inminente la agresión puesto que en los casos tradicionales ello resulta obvio (así, el momento en que el agresor apenas está buscando en sus bolsillos un arma blanca o una pistola, o cuando ya la esgrime contra la persona), debiendo recordarse que no es posible una legítima defensa preventiva, vale decir, frente a ataques simplemente futuros pero inciertos (como el caso de quien sospecha que su enemigo podría llegar a agredirlo mortalmente por lo que se le adelanta y lo mata antes que eso ocurra).

Por último, podría discutirse si en estos casos se verifica la exigencia de que la defensa sea necesaria o requerida, a lo que cabría explicar que por ser situaciones extremas donde no parece haber otro medio a disposición y por estar en juego la vida de una o muchas personas o al menos su libertad individual, podría decirse que la tortura sería requerida, más allá del análisis atinente a si el Derecho puede tener como requerido algo que a la vez se tiene como ilícito, lo cual en realidad no representa mayores complejidades, como muestra el hecho de que una conducta puede perfectamente ser típica aunque excepcionalmente permitida (así, el homicidio en legítima defensa).

De cualquier modo, se descarta la posibilidad de aplicar la legítima defensa, por las razones previamente expuestas así como por el hecho de que, de lo contrario, se estaría declarando que el Derecho autoriza y considera lícita la tortura, imponiendo además deberes de tolerancia¹⁹ en el sujeto pasivo de la misma y manifestando públicamente que ello estaría perfectamente permitido e incluso patrocinado por el Estado.

Ahora bien, cabe entonces plantear si ante la ocurrencia de situaciones como la del caso Daschner o el de las *ticking time bombs* podría eximirse de responsabilidad penal a quienes recurren a la tortura, a través de la figura del estado de necesidad. A este respecto, y ante todo, es de especial importancia señalar que, al menos desde la perspectiva aquí sustentada, el estado de necesidad puede distinguirse según se presente como una causa de justificación o una causa de inculpabilidad. Esto, por supuesto, si se parte

¹⁹ He destacado esto como una característica fundamental de las causas de justificación en mi *Síntesis de Derecho Penal. Parte General*, ya citada en esta obra.

de una teoría de la diferenciación, como lo hace la doctrina dominante²⁰; no así si, en cambio se rechaza una tal premisa²¹.

En algunos contextos, valga también la acotación, esa diferenciación ha sido consagrada legalmente; así, el StGB consagra, por una parte, en el § 34 el estado de necesidad justificado (*“Rechfertigender Notstand”*) y, por la otra, en el § 35, consagra en cambio el estado de necesidad inculpable o disculpante (*“Entschuldigender Notstand”*), distinción que no se hace en el CPv, lo que no obsta, en cualquier caso para llevarla a cabo dogmáticamente y conforme a una interpretación adecuada del numeral 4 del artículo 65 de dicho instrumento normativo.

Ciertamente, no será lo mismo hablar del estado de necesidad como una causa de justificación, por ende excluyente de la antijuricidad y con efectos similares a los de la legítima defensa antes mencionados, que hablar de dicha figura como una causa de exclusión de la culpabilidad que por ende no negaría la antijuricidad de la conducta realizada, sino que más bien implicaría que el injusto quedaría igualmente configurado. En ese sentido hay que recordar que la distinción entre justificación y exculpación es de especial relevancia en la elaboración dogmática de una teoría del delito que pretenda alcanzar la mayor capacidad de diferenciar teóricamente situaciones que también deben ser entendidas como diferenciables²², lo que puede tener una trascendencia tal que implique, por ejemplo, que subsista o no la responsabilidad civil de quien ha incurrido en la conducta delictiva.

Ya se ha indicado al hablar de la legítima defensa que justificar la tortura, esto es, hacer valer una causa de justificación para excluir de responsabilidad penal a quien la comete, encontraría como principal y necesaria objeción que de ser así se estaría considerando como una conducta lícita y autorizada expresamente por el ordenamiento jurídico, lo que resulta

²⁰ Tal y como lo ponen de relieve COBO DEL ROSAL, Manuel y ANTÓN VIVES, Tomás Salvador. *Derecho Penal. Parte General*. Pág. 518. Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 1999.

²¹ Visión que cuenta entre sus partidarios, por ejemplo, a CADENAS, Javier. *Consideraciones sobre la teoría de la diferenciación del estado de necesidad*. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y CARO JOHN, José Antonio (Editores). *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*. Universidad Externado de Colombia. 2008.

²² Algo que ha sido profusamente resaltado por la dogmática penal contemporánea, como puede verse, por mencionar tan sólo a uno de los más importantes penalistas contemporáneos, en JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Pág. 195. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Madrid, España. 1997.

incompatible con la prohibición de la tortura que, al menos en términos generales, no parece haber disposición a suprimir.

En todo caso, en contra de la aplicación de un estado de necesidad como causa de justificación para los casos de tortura aquí referidos, habla asimismo el hecho de que precisamente la distinción entre esta clase de estado de necesidad y aquella que se configura como causa de inculpabilidad radica en que en la primera se verifica un conflicto entre intereses legítimamente tutelados e intereses bastardos o de una entidad menor que la de los que en definitiva son puestos a resguardo con la conducta necesaria constitutiva de tal estado de necesidad; entretanto, en la segunda lo que se evidencia más bien es un conflicto entre intereses que por igual merecen ser tutelados y cuya entidad no permite establecer una superioridad de los unos frente a los otros.

Pues bien, en los supuestos aludidos no resulta posible afirmar que se produzca un conflicto entre un interés tutelado y otro que no merezca protección o que carezca de suficiente valor como para admitir su sacrificio; así, en el caso del secuestro, se estaría hablando de la dignidad humana así como de la integridad psíquica, física y moral, e incluso de la vida en casos extremos, de la persona objeto de tortura, frente a la posible obtención de información que permita encontrar al secuestrado y, eventualmente, devolverle su libertad o salvarle la vida; son todos intereses merecedores de tutela. En el caso de la bomba de tiempo, por su parte, se podría aludir una similar argumentación. Así, parece necesario negar la posibilidad de recurrir al estado de necesidad justificado en estas hipótesis.

Siendo así cabe plantear en consecuencia la viabilidad de aplicar el estado de necesidad inculpable o disculpante, cuyo rasgo fundamental es la constatación de un conflicto de intereses todos ellos merecedores de protección y de entidad tal que mal podría admitirse el sacrificio de uno por sobre el otro, teniendo en cuenta, además, el carácter sólo eventual o de “acaso” de lograr la salvaguarda de la víctima efectivamente, que mueve a descartar el estado de necesidad justificante, pero que lleva a analizar en consecuencia esta otra posibilidad de exclusión de la responsabilidad penal.

Ante todo, puede observarse que admitir el recurso al estado de necesidad inculpable presentaría la ventaja, en relación a cualquier causa de justificación que quisiera aplicarse, de dejar inamovible el carácter ilícito o

injusto de la tortura, con lo cual se evitaría el “choque” de afirmar que se trata de algo autorizado o permitido por el Estado, a pesar de la tantas veces referida prohibición universal de la tortura.

Es importante, sin embargo, mencionar que la determinación de la figura jurídica que pudiera aplicarse para excluir de responsabilidad penal, o concretamente, exculpar a quien incurra en la práctica de la tortura es de especial trascendencia²³, porque de lo contrario se estaría sosteniendo que hay que exculparle, no importa cómo, pero hacerlo de cualquier manera, lo que, al menos desde la modesta perspectiva de esta obra, resulta inadmisibile.

Ahora bien, partiendo de tal exigencia, debe analizarse si se podrían cumplir o no los requisitos del estado de necesidad inculpable en casos como el de la bomba de tiempo o el secuestro del niño Von Metzler, para lo cual puede acudir a lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 65 del CPv, el cual enumera tales requisitos en forma no muy diversa a como en esencia lo hacen otras disposiciones de Derecho Comparado que regulan esta causa de inculpabilidad o exculpación (por ejemplo, el ya mencionado § 35 StGB).

De esta manera, puede decirse que conforme a dicha norma para que se verifique el estado de necesidad inculpable el sujeto debe obrar constreñido por la necesidad de salvar a su persona o la de otro, ante un peligro grave o inminente no causado voluntariamente por él mismo, y únicamente ante la inevitabilidad y con proporcionalidad²⁴.

Al respecto se puede discutir la temática de la actualidad o inminencia del peligro, debiendo advertirse que no puede trasladarse para ello la discusión sobre la actualidad o inminencia de la agresión que se produce en el marco de la legítima defensa.

En efecto, conforme a la regulación de la legítima defensa, lo que cuenta es la inminencia o actualidad del ataque injusto llevado a cabo por alguien, mientras que en el estado de necesidad se trata más bien de una

²³ No puede en consecuencia convenirse con AMBOS cuando sostiene que “el aparato doctrinal para alcanzar esta exención es de importancia secundaria”; así lo hace en AMBOS, Kai. *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*. Op. cit., pág. 63.

²⁴ He resumido de dicha forma los requisitos del estado de necesidad en RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. *Síntesis de Derecho Penal. Parte General*. 2da Edición. Revisada y ampliada. Op. cit., pág. 373.

situación de peligro, lo que marca la diferencia, ya que tanto el caso de la bomba de tiempo como el del secuestro puede constatarse la existencia de tal peligro, independientemente de cuándo se haya realizado la agresión en cuanto tal, por ejemplo, la privación de libertad del secuestrado o la colocación del artefacto explosivo. Siendo de esta manera, el peligro actual o inminente, desde estas líneas, se considera que sí se verificaría, pues difícilmente podría negarse la inminencia de la muerte de personas con ocasión de la explosión de la bomba, o la actualidad de la pérdida de libertad de la persona secuestrada, o en su caso, la inminencia del peligro de muerte o de lesiones a su integridad física, psíquica o moral, e incluso sexual, de esa misma persona.

Lo anterior, además, por cuanto el concepto de inminencia alude necesariamente a la existencia de una amenaza, una posibilidad basada en actos que pueden razonablemente conducir a la consecuencia perjudicial constitutiva de tal amenaza.

Esta referencia a una situación de peligro cobra mayor sentido aún en el marco del estado de necesidad inculpable o exculpante, ya que precisamente lo que resulta afectado es el elemento de culpabilidad del individuo que actúa para salvarse o salvar a otro, concretamente en lo que respecta a la normalidad situacional que debe constatarse para poder llevar adelante el juicio de imputación personal necesario; dicho en términos propios de una concepción normativa de la culpabilidad, en el estado de necesidad no le es exigible otra conducta al individuo, pues el contexto en el que actúa no le permite acatar la norma como podría hacerlo de no existir las circunstancias que afectan su comportamiento (en este caso, la necesidad de salvarse o salvar a otro del peligro en cuestión).

Ahora bien, impera decir que hasta el momento nada de lo indicado resulta realmente definitivo para desentrañar la problemática relativa a la imposibilidad de aplicar el estado de necesidad inculpable para excluir de responsabilidad a quien incurre en el delito de tortura. Así, lo que aquí se considera verdaderamente relevante a esos efectos es el requisito referido a la inevitabilidad del medio empleado. Es por la ausencia de esta condición que no puede acudirse al estado de necesidad inculpable ni en los casos de las bombas de tiempo ni en aquellos similares al caso Daschner.

A ese respecto, debe observarse que para que pueda afirmarse la existencia de un estado de necesidad inculpable la persona que persigue salvarse o salvar a un tercero del peligro existente en que se encuentra, debe hacerlo valiéndose de un medio que resulta lesivo, incluso antijurídico, pero que a la vez debe ser inevitable, es decir, ante la inexistencia de otra posibilidad.

Es por ello, y de lo contrario sería impensable esto, que la legislación incorpora la idea del exceso en el estado de necesidad, por cuanto es verdad que puede darse en la práctica que el sujeto se exceda en los medios empleados para evadir el peligro, haciendo más de lo necesario, lo que puede derivarse del propio estado psicológico en que se pueda hallar el individuo al momento de actuar ante el tantas veces referido peligro (artículo 66 CPv)²⁵.

Resumiendo, y de modo esquemático, el empleo del medio en cuestión tiene que ser necesario, por ende adecuado para evitar o sortear el peligro (entonces, estado de necesidad inculpable), no pudiendo en consecuencia hacerse más de lo necesario, lo que ya sería parcialmente inadecuado (entonces, rebaja en la pena por exceso en el estado de necesidad), y en ningún caso le está dado hacer lo que no era necesario, puesto que ello sería sin más inadecuado (entonces, afirmación del correspondiente juicio de imputación personal).

Teniendo lo anterior como premisa, cabe confrontar el caso Daschner y el de la bomba de tiempo con el requisito de la inevitabilidad. En ambos casos se entiende que la tortura del secuestrador o del terrorista sería el medio para evitar el peligro para la libertad del secuestrado (y eventualmente para su integridad o su vida), o el peligro de la explosión de la bomba y en consecuencia la pérdida de múltiples vidas.

Es aquí donde se derrumba la posibilidad de aplicar el estado de necesidad inculpable para estos supuestos, ya que en realidad no posibilidad sostener que gracias a la tortura se podrán evitar los referidos

²⁵ Artículo 66 CPv: “El que traspasare los límites impuestos por la ley en el caso del numeral 1 del artículo anterior, y por la autoridad que dio la orden en el caso del numeral 2 del mismo, y el que se excediere en la defensa, o en los medios empleados para salvarse del peligro grave e inminente, haciendo más de lo necesario, será castigado con la pena correspondiente, disminuida desde uno a dos tercios. La pena pecuniaria se aplicará con disminución de la mitad”.

peligros, y esto por la muy lógica razón de la incertidumbre que pesa a ese respecto; el torturado puede realmente no conocer la información que se le está solicitando, o puede simplemente saberla y aún así no darla a conocer, o darla a conocer de manera distorsionada, o hacerlo a medias (por ejemplo, señala la ubicación de una bomba pero no informa que ha colocado otra muy cerca, la cual termina explotando de todos modos). Esto demuestra la inadecuación de la tortura como medio para evitar el peligro de que se trate respectivamente; se está ante una incertidumbre tal que impide establecer en consecuencia la inevitabilidad del medio empleado.

Adicionalmente, y reafirmando la imposibilidad de recurrir al estado de necesidad inculpable, puede aludirse igualmente al punto del estado mental o el elemento situacional en cuyo marco actúa el sujeto, con lo que a la vez puede descartarse asimismo la vía de utilizar una causa suprallegal de exculpación.

Efectivamente, cuando se habla de una causa de inculpabilidad, como el estado de necesidad exculpante, que afecta el elemento de normalidad situacional, se entiende que el sujeto actúa, como la denominación indica, en una situación que no es normal, y que por ello mismo le impide racionalmente llevar a cabo un enjuiciamiento de su propia conducta para ajustar a la norma, vale decir, se ve afectada su posibilidad de decisión apegada a Derecho, que existiría de no ser por la existencia de esa particular situación. Ello se ve claramente en el ejemplo del naufrago; la persona ante el peligro de morir ahogada golpea salvajemente a quien está aferrado a la única tabla de salvación que flota y le produce la muerte, logrando de tal modo salvarse; es una situación psicológica anormal, en la que no tiene calma ni tiempo para evaluar que matar es ilícito y que por ende ha de abstenerse de hacerlo.

Muy distinto es el caso de las bombas de tiempo o de supuestos como el del caso Daschner; la situación psicológica de los investigadores o funcionarios policiales dista mucho de la del naufrago o, por citar el ejemplo de la coacción psicológica, de quien es amenazado con un arma de fuego apuntada directamente a su cabeza. De hecho, suele transcurrir un determinado lapso de tiempo desde que empieza la investigación y hasta que se decide la realización de la tortura del detenido, que además se decide luego de evaluar la situación y ante la falta de cooperación del sujeto, por mencionar algunos elementos. Incluso, en el caso Daschner, se tomaron el

tiempo de analizar qué se haría, quién llevaría a cabo la tortura, si se iba a requerir la presencia de un médico, entre otros aspectos. ¿Cómo es que pueden llevarse a cabo tales planteamientos, análisis, evaluaciones y ajustes de cada detalle, si se supone que es una situación extrema que anularía la asequibilidad²⁶ de la norma por parte del sujeto? La pregunta es retórica.

Aún más, la realidad muestra que algunos funcionarios dudan de llevar a cabo la tortura o incluso la amenaza de tortura, y se preguntan si serán castigados posteriormente por ello o si no van a sufrir consecuencia alguna derivada de tal actuación; ¿se haría estas preguntas el náufrago, a pesar de que el homicidio es más que evidentemente un hecho delictivo; se las haría el que está siendo apuntado con el arma de fuego? Nuevamente, la pregunta es retórica.

Y la razón de ser de que las preguntas que se han hecho en los dos párrafos anteriores sean retóricas radica en que no puede afirmarse la inexistencia o anulación de la normalidad situacional de los investigadores o funcionarios policiales en este tipo de casos, por lo que no cabe aplicar ni un estado de necesidad inculpable ni una causa supralegal de exculpación.

Por lo tanto, entonces, la tortura no puede admitir excepciones y quienes incurren en ella no pueden ser excluidos de responsabilidad penal, siendo una conducta delictiva, prohibida universalmente, violatoria de la dignidad humana y que deja en el propio torturador una sensación de repudio, como rechazo encuentra también entre la comunidad, a veces más, a veces menos, pero lo encuentra.

Ese rechazo, en cambio, no se produce, ni siquiera aisladamente, frente a quien actúa en legítima defensa o a quien logra salvar su vida bajo un estado de necesidad inculpable, o a quien ante la amenaza de que le maten abre la caja fuerte de otra persona; nadie vería mal a ninguno de esos sujetos, algo que no sucede con respecto al torturador, que incluso puede verse a sí mismo luego del episodio de forma negativa.

Son consonantes con estas reflexiones las palabras de GÓMEZ-BENÍTEZ, quien con meridiana claridad dice que *“el asesinato y la tortura*

²⁶ He usado el concepto de “asequibilidad” construido por ROXIN, para explicar el elemento de la culpabilidad en RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. *Síntesis de Derecho Penal. Parte General*. 2da Edición. Revisada y ampliada. Op. cit., pág. 334.

*moralmente justificados como medios para conseguir un fin serían aquellos pues, que no generasen sentimientos de culpabilidad en quien los llevase a cabo, ni de indignación, sino de reconocimiento en la comunidad moral a la que se pertenezca, y que, en consecuencia, podrían ser fuente de deberes jurídicos y presupuesto de una actividad organizada del estado*²⁷, por lo que, también señala este autor, de admitirse la tortura entonces tendría que llevarse a cabo la organización social de tal conducta en las academias militares o de policía (habría que impartirles en consecuencia “educación” a los funcionarios para que sepan cómo torturar a los detenidos).

A la luz de estas muy sucintas y modestas consideraciones es que puede concluirse que la tortura debe mantener su carácter delictivo y repudiable, debiendo evitarse las argumentaciones débiles que persiguen justificarla en pleno siglo XXI; la tortura, a fin de cuentas, es tan sólo un reflejo, no únicamente de la brutalidad de tiempos pretéritos, sino de la muy actual incapacidad de los Estados para neutralizar las amenazas inherentes a la ejecución de secuestros o a la existencia del terrorismo, así como de la ineficiencia de los procesos de inteligencia e investigación que, sin embargo, suelen alabarse tanto.

Referencias bibliográficas

- AMBOS, Kai. *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España. 2009.
- BARRETO ARDILA, Hernando. *Lección 3: Concepción del Estado y su influencia en la teoría del delito*. En: AGUDELO BETANCUR, Nodier y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2002.
- BRUGGER, Winfried. *Darf der Staat Ausnahmeweise Foltern?*. En: *Der Staat*. No. 35. Dunckner & Humblot Verlag. Berlín, Alemania. 1996.
- CADENAS, Javier. *Consideraciones sobre la teoría de la diferenciación del estado de necesidad*. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y CARO JOHN, José

²⁷ GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. *Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia tolerable*. En: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (Coordinadores). *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. Pág. 968. Edisofer. Madrid, España. 2008.

Alejandro J. Rodríguez Morales – Lucha antiterrorista, Derechos Humanos y discurso penal del enemigo (Vadell Hermanos Editores, 2011)

Antonio (Editores). *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*. Universidad Externado de Colombia. 2008.

- COBO DEL ROSAL, Manuel y ANTÓN VIVES, Tomás Salvador. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 1999.

- FOLLMAR, Petra; HEINZ, Wolfgang und SCHULZ, Benjamin. *Zur aktuellen Folterdebatte in Deutschland*. Deutsches Institut für Menschenrechte. Berlín, Alemania. 2003.

- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores. Ciudad de México, México. 1997.

- FRÍAS CABALLERO, Jorge. *En torno de la legítima defensa (Códigos de Colombia y Argentina)*. En, del mismo autor: *Nuevos Temas Penales*. Editorial Livrosca. Caracas, Venezuela. 1998.

- GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. *Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia tolerable*. En: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (Coordinadores). *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. Edisofer. Madrid, España. 2008.

- GRECO, Luis. *Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs*. En: InDret. Revista para el análisis del Derecho. No. 4. Barcelona, España. 2007.

- JAHN, Matthias. *Gute Folter – schlechte Folter? Straf-, verfassungs-, und völkerrechtliche Anmerkungen zum Begriff <<Folter>> im Spannungsfeld von Prävention und Repression*. En: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Baden Baden, Alemania. 2004.

- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Madrid, España. 1997.

- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen Primero*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, España. 1981.

Alejandro J. Rodríguez Morales – Lucha antiterrorista, Derechos Humanos y discurso penal del enemigo (Vadell Hermanos Editores, 2011)

- JESSBERGER, Florian. *Bad Torture – Good Torture. What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany*. En: *Journal of International Criminal Justice*. No. 3 (2005). Oxford Publishing. Oxford, Inglaterra. 2005.

- LÓPEZ DÍAZ, Claudia (Traducción). *Código Penal Alemán (StGB)*. Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1999.

- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial B de F. Buenos Aires, Argentina. 2004.

- RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. *Síntesis de Derecho Penal. Parte General*. 2da Edición. Revisada y ampliada. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. 2007.

- *Ley contra el Secuestro y la Extorsión. Comentada*. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. 2009.

- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Editorial Civitas. Madrid, España. 1997.

- ZIMMERMANN, Till. *Rettungstötungen. Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand*. Nomos Verlag. Baden Baden, Alemania. 2009.