

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 13, pp. 35-51.

¿TORTURA COMO LEGÍTIMA DEFENSA DE TERCEROS? REFLEXIONES SOBRE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE LA TORTURA Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES CON MOTIVO DE LA PELÍCULA “ENEMIGOS”*

Prof. Dra. Elisa Hoven (Univ. Leipzig)**

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2021

Fecha de aceptación: 17 de noviembre de 2021

Resumen

La película “Enemigos” (*Feinde*) reavivó el debate sobre la permisibilidad de la llamada tortura de salvamento. En este trabajo se evalúan críticamente los argumentos usuales a favor de la prohibición absoluta de la tortura incluso en estos casos a partir de escenas de la película. Finalmente, se ofrece una interpretación de la prohibición absoluta de la tortura que permitiría dejar sin castigo penal a quien realiza estas conductas, pero no sin consecuencias en otros ámbitos del derecho.

Palabras clave: tortura – legítima defensa de terceros – castigo – dignidad humana

Title: Torture as Other-Defense?

Abstract

The film “Enemies” (*Feinde*) reignited the debate on the permissibility of torture in ticking time bomb scenarios. This paper critically evaluates the usual arguments in favor of an absolute prohibition of torture even in such cases on the basis of scenes from the film. Eventually, this paper provides an interpretation of the absolute prohibition of torture that would let the perpetrator of

* Traducción del alemán al español de Leandro Dias (Universität Würzburg). Título original: “Folter als Nothilfe? Gedanken zum absoluten Folterverbot und seinen strafrechtlichen Konsequenzen aus Anlass der Filme „Feinde“”. Publicado en: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2/2021, pp. 115-122 y sometido a referato doble ciego. Se ha mantenido el formato original de citas.

** Profesora de Derecho Penal Alemán y Extranjero, Derecho Procesal Penal y Derecho Económico y de Medios de Comunicación en la Universidad de Leipzig.

such conduct go unpunished under criminal law, but not without consequences in other areas of law.

Keywords: torture – self-defense of others – punishment – human dignity

Sumario: I. Introducción: “Enemigos”; II. Sobre la vigencia de una prohibición absoluta de la tortura; III. Consecuencias de una violación a la prohibición de la tortura; IV. Conclusión.

I. Introducción: “Enemigos”

Se sabe que la vida escribe las historias más dramáticas. El secuestro de Jakob von Metzler, de once años, es una de esas historias. La decisión del entonces subjefe de la policía de Fráncfort, Wolfgang Daschner, de hacer que el autor del crimen revelara el escondite del niño mediante amenazas de tortura, dio lugar a intensas discusiones en la opinión pública y en la ciencia del derecho penal sobre la permisibilidad de la tortura para salvar una vida humana. Era solo cuestión de tiempo que Ferdinand von Schirach retomara el caso de Daschner, esta vez en forma de película, que se emitió en la ARD y en otras plataformas a principios de enero de 2021. La característica especial: la historia, basada en el secuestro de Fráncfort, se cuenta desde dos perspectivas, la del policía y la del abogado defensor del secuestrador.

Esta contribución aprovecha el “acontecimiento televisivo” para profundizar en la cuestión planteada en las películas “Enemigos: el comisario” y “Enemigos: el abogado” sobre la vigencia de la prohibición absoluta de la tortura incluso en situaciones de legítima defensa de terceros. Al hacerlo, se desarrolla la tesis de que la razón de la vigencia absoluta de la prohibición de la tortura no radica en la dignidad humana del autor y que la tortura necesaria como legítima defensa de terceros es impune. Al mismo tiempo, se pretende contrarrestar la impresión de que esta cuestión puede responderse sin ambigüedades desde el punto de vista de la ética jurídica y que la jurista o el jurista tiene una comprensión superior de la valoración “correcta” de la tortura en legítima defensa de terceros en comparación con el “ciudadano medio”.¹

¹ En la recreación mediática de la obra “Terror” de von Schirach, se podía tener la impresión de que se estaba construyendo un contraste entre el “ciudadano emocional” (que absolvería al piloto) y el jurista superior tanto en el nivel moral como en el constitucional (que debería votar por su condena). De hecho, casi ningún abogado penalista condenaría a un piloto que

HOVEN (2022) “¿Tortura como legítima defensa de terceros?”, pp. 35-51.

II. Sobre la vigencia de una prohibición absoluta de la tortura

La vigencia absoluta de la prohibición de la tortura² se toma en la política y en la esfera pública como un principio innegociable del Estado de Derecho. Sin embargo, en la ciencia, toda (supuesta) certeza debe poder ser cuestionada.³ La base legitimadora de la prohibición de la tortura estatal sin excepción tiene implicaciones para la cuestión tratada más adelante (apartado III.) de las consecuencias jurídicas para un agente de policía que viola la prohibición.

Esta contribución no aborda en detalle los conceptos y los requisitos de las prohibiciones de la tortura contenidas en el art. 3, CEDH, en el art 1, párr. 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y en el art. 104, párr. 1, frase 2, GG, sino que se ocupa únicamente de la justificación ético-jurídica de una prohibición absoluta de la tortura.⁴ Por tanto, a los efectos de esta contribución, no debe hacerse ninguna distinción entre la tortura y otras formas de trato inhumano o degradante; la “tortura” debe entenderse aquí en un sentido amplio como maltrato psíquico o físico por parte de funcionarios estatales.

1. La restricción de la discusión a la legítima defensa de terceros

El tabú de un discurso público sobre los posibles límites de la prohibición de la tortura tiene una causa esencial en las siniestras asociaciones que despierta el concepto de tortura. Asociamos la

decide derribar un avión con los pasajeros condenados para salvar miles de vidas, por homicidio o incluso asesinato; sobre esto, véase SCHILD, *Verwirrende Rechtsbelehrung - Zu Ferdinand von Schirachs "Terror"*, 2016.

² El concepto de tortura se encuentra en el art. 3, CEDH, así como también en el art. 1, párr. 1, Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, pero no en el StPO o en el StGB.

³ De otro modo, con miras a la dignidad humana, KUCHENBAUER, en *ZfL* 2020, p. 401 (410).

⁴ El art. 1, párr. 1 de la Convención de la ONU contra la Tortura define la tortura como “todo acto por el cual se inflige intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”. El art. 3, CEDH distingue de la tortura las penas o tratos inhumanos o degradantes. El art. 104, GG no menciona explícitamente el concepto de tortura, pero estipula que “[l]as personas detenidas [...] no serán sometidas a malos tratos mentales o físicos”. Sobre la interpretación de la prohibición de la tortura en el marco del CEDH, véase TEDH (Gran Sala), sentencia del 28/7/1999 - 25893/94 (Selmouni c. Francia), también en NJW 2001, 56; LOHSE / JAKOBS, en HANNICH (eds.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8.^a ed., C. H. Beck, 2019, EMRK Art. 3, n.º m. 4.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VII, número 13 (2022)

tortura a los juicios por brujería de la Edad Media y al sufrimiento de los presos políticos en los sistemas ilícitos. La película también alude a los lados más oscuros de la tortura; el tribunal no se limita a justificar la imposibilidad de valorar la confesión coaccionada con el § 136a, StPO, sino que recurre a los recuerdos de los crímenes contra los derechos humanos del nacionalsocialismo:

“Los hombres y mujeres que aprobaron nuestra Constitución habían vivido la terrible barbarie de la época nazi. Habían entendido que había que proteger a las personas frente al Estado. Y esto era también —y especialmente— cierto en el caso de la tortura”.

Estas “cadenas de asociación”⁵ corren el riesgo de nivelar las diferencias entre las distintas formas de uso de la fuerza por parte del Estado. Sin embargo, para la evaluación de la violencia utilizada, la ocasión y la motivación tienen una importancia considerable. Cualquier tortura represiva —p. ej., para extraer confesiones o castigar a los opositores políticos— debe descartarse en un Estado de Derecho.⁶ La “tortura de salvamento”, preventiva y ejercida por la policía, también es éticamente inaceptable si se dirige contra terceros no involucrados (p. ej., contra el hijo del secuestrador para persuadirle de que revele el escondite de la víctima). Por tanto, solo se discutirá la “tortura en legítima defensa de terceros”, es decir, el uso de la violencia física contra el —presunto— agresor para salvar vidas humanas.

2. ¿La dignidad humana como fundamentación de la prohibición absoluta de la tortura?

a) El carácter absoluto de la dignidad humana

⁵ HÖRNLE, en PIEPER (ed.), *Grenzen staatlicher Gewalt*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 71 (73).

⁶ La diferencia entre la defensa del peligro de carácter policial preventivo y la tortura con fines de derecho penal o represiva también es destacada por DREIER, en DREIER (ed.), *Grundgesetz, Kommentar*, vol. 1, 3.ª ed., 2013, Art. 1, n.º m. 133: “Así, [la tortura en legítima defensa] no es la reactualización de la tortura como medio (inadecuado) para establecer la verdad en el proceso penal, sino de la cuestión del secuestrador como ‘perturbador’ en el sentido del derecho policial (no como autor en el sentido del derecho penal) y de la cuestión de si se puede forzar su declaración con medidas violentas (tortura) para salvar a la víctima”.

HOVEN (2022) “¿Tortura como legítima defensa de terceros?”, pp. 35-51.

La prohibición absoluta de la tortura⁷ se justifica regularmente sobre la base de la dignidad humana del autor.⁸ La tortura reduce a la persona afectada a un objeto de la lucha contra el crimen y viola su pretensión constitucionalmente protegida al valor y al respeto social.⁹ No se puede examinar en profundidad aquí si la asunción de una violación de la dignidad sobre la base de la “fórmula del objeto” prevaleciente es convincente. Sin embargo, hay que mencionar la decisión del BVerfG sobre la Ley de Seguridad Aérea. Mientras que matar a los pasajeros de un avión secuestrado se consideró una violación de su dignidad humana, el tribunal negó tal violación de la dignidad en el caso de los secuestradores en cuanto a su responsabilidad por la situación de peligro creada:

“Quien, como los que quieren utilizar indebidamente una aeronave como arma para la destrucción de vidas humanas, ataca antijurídicamente los bienes jurídicos de otros, no se ve fundamentalmente cuestionado en su calidad de sujeto como mero objeto de la acción estatal, si el Estado se defiende del ataque antijurídico e intenta repelerlo en cumplimiento de su deber de proteger a aquellos cuya vida va a ser extinguida. Por el contrario, corresponde precisamente a la posición de sujeto del agresor el que se le atribuyan personalmente las consecuencias de su conducta autodeterminada y se le haga responsable del acontecer que ha puesto en marcha. Por tanto, no se ve perjudicado en su derecho al respeto de su propia dignidad humana”.¹⁰

Si la persona responsable del peligro no debe ser precisamente el objeto, sino el sujeto de la injerencia del Estado, entonces esto tendría que aplicarse también al caso de la tortura en legítima defensa de terceros (aquí incluso en un grado especial, ya que la persona afectada podría lograr

⁷ Aquí solo hay que señalar de pasada que no toda violencia contra el autor constituye una violación de la dignidad humana. Si la dignidad sigue estando por encima de la vida, la asunción de su violación debe limitarse a las afectaciones más graves de la pretensión de respeto de la persona. La mera amenaza de malos tratos físicos no cruza la línea de la violación de la dignidad; SCHÜNEMANN, en GA, 2020, p. 1 (4); MERKEL, en PAWLIK / ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Berlín y otras, Heymanns, 2007, pp. 375 (401); ESER, en HERZOG / NEUMANN (eds.), *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, Müller, 2010, p. 713 (716 ss.); HILLGRUBER, en EPPING / HILLGRUBER (eds.), *Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 15.11.2020*, Art. 1, n.º m. 45.1.

⁸ DI FABIO, en MAUNZ / DÜRIG, *Grundgesetz, Kommentar*, t. 1, 92. Lfg., Stand: August 2020, Art. 2 Abs. 2 S. 1 n.º m. 78 ss., en especial n.º m. 80; KARGL, en PAEFFGEN / BÖSE / KINDHÄUSER / STÜBINGER / VERREL / ZACZYK (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humboldt, 2011, p. 1163 (1178); HILGENDORF, en JZ, 2004, 331 (336).

⁹ Por todos: SALIGER, en ZStW, vol. 116, 2004, p. 35 (47); LG Frankfurt NJW 2005, 692.

¹⁰ BVerfG, sentencia del 15/2/2006 – 1 BvR 357/05, n.º m. 141.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VII, número 13 (2022)

inmediatamente el cese de las medidas del Estado revelando el escondite, por lo que tiene la situación en sus propias manos). Esto no significa que la hipótesis de una violación de la dignidad humana (y no solo de la integridad corporal) no pueda basarse en otras consideraciones. Sin embargo, una mirada a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal muestra —además de la conocida vaguedad de la “fórmula del objeto”¹¹— que incluso para la determinación de una violación de la dignidad en el caso del uso de la fuerza por parte de las autoridades estatales, no se debe recurrir a proposiciones generales (“la tortura es una violación de la dignidad”), sino que la evaluación debe hacerse a la luz de la situación concreta.

Si se parte de la base de que se ha violado el art. 1, párr. 1, GG, no debería ser posible justificar la injerencia. Dado que la dignidad humana es “intangible”, no puede ser ponderada frente a otros derechos fundamentales —incluido el derecho a la vida de la víctima—. ¹² En la doctrina, su primacía absoluta se subraya no pocas veces con cierto *pathos*¹³ y “casi siempre en modo superlativo”.¹⁴ El Tribunal Constitucional Federal no deja lugar a dudas de que el art. 1, párr. 1, GG, como “principio constitucional fundamental y valor constitucional supremo”,¹⁵ no debe ser ponderado con otros bienes constitucionales.¹⁶

Que un derecho garantizado en la Ley Fundamental haya de tener una vigencia absoluta requiere una justificación. La regulación de la convivencia social se basa en un constante balance de posiciones jurídicas contrapuestas.¹⁷ El ejercicio de la libertad encuentra sus límites en la libertad de los demás; los derechos fundamentales no existen en el vacío, sino que adquieren sus contornos en el “juego de razones contra razones”.¹⁸ Que la dignidad humana deba prevalecer siempre y sin excepción sobre las demás garantías de la Ley Fundamental representa, en este sentido, una ruptura con el sistema

¹¹ Crítico también DREIER, *supra* nota 6, Art. 1, n.º m. 55, con referencias adicionales.

¹² Norouzi, JA 2005, 306 (309); SALIGER, *supra* nota 9, p. 35 (46 s.); DI FABIO, *supra* nota 8, Art. 2 Abs. 2 S. 1 n.º m. 80.

¹³ Con ejemplos, DREIER, *supra* nota 6, Art. 1 n.º m. 42, nota al pie 199.

¹⁴ DREIER, *supra* nota 6, Art. 1 n.º m. 42. También de forma crítica, ESER habla de un “absolutismo anti-tortura”, ESER, *supra* nota 7, p. 713.

¹⁵ BVerfGE 109, 279 (311); 115, 118 (152).

¹⁶ BVerfGE 93, 266 (293); 107, 275 (284).

¹⁷ Cf. también DREIER, *supra* nota 6, previo al Art. 1, n.º m. 139.

¹⁸ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1985, p. 289.

HOVEN (2022) “¿Tortura como legítima defensa de terceros?”, pp. 35-51.

general de derechos fundamentales, que no es en absoluto evidente en otros ordenamientos jurídicos.¹⁹

La primacía incondicional de la dignidad humana no permite tener en cuenta los factores de ponderación habituales, como la gravedad de la injerencia y sus consecuencias, la consecución de la finalidad o —lo que es especialmente relevante en el caso de la tortura en legítima defensa de terceros— la posible responsabilidad de los titulares de derechos fundamentales afectados. Dado que ningún principio puede concebirse sin una excepción, una solución tan inflexible debe llevar a una contradicción con consideraciones de justicia en situaciones límite. Esto se hace evidente en el ejemplo de la “*ticking bomb*”, en el que un terrorista admite de forma creíble haber escondido una bomba que matará a miles de personas, pero que revelaría el escondite si se le infligiese un dolor mínimo.²⁰

En la literatura sobre derecho constitucional y derecho penal, por tanto, hay un número creciente de voces que cuestionan críticamente la imponderabilidad de la dignidad humana.²¹ HERDEGEN explica el triunfo de la protección absoluta de la dignidad con el “anhelo humano de encontrar certezas sencillas”.²² DREIER también describe la dignidad humana como una “especie de ancla civil-religiosa” que ofrece un “absoluto en un mundo profundamente relativista”.²³ Las prohibiciones categóricas liberan de la carga de realizar ponderaciones complejas y ofrecen soluciones simples que, al mismo tiempo, dan la apariencia de superioridad intelectual. Esto también es evidente en los debates en torno a la película “*Enemigos*”, en los que se insinúa un contraste entre las perspectivas de los legos y los juristas expertos. Mientras que el “ciudadano de a pie” solo ve lo obvio —en este caso: la amenaza a la vida del niño secuestrado—, el defensor de la

¹⁹ SCHULZE-FIELITZ, en BLANKENAGEL / PERNICE / SCHULZE-FIELITZ (eds.), *Verfassung im Diskurs der Welt – Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2004, p. 355 (364 ss.); SEIBERT-FOHR, en *Braunschweigische Wissenschaftliche Gesellschaft, Jahrbuch 2018, 2019*, p. 165 (167 ss.). Cf. sobre la situación jurídica en los Estados Unidos en relación con la tortura y la importancia de la dignidad humana WANG, *Die strafrechtliche Rechtfertigung von Rettungsfolter. Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und den USA*, Berlín, Duncker & Humblot, 2014, especialmente pp. 355 ss.

²⁰ Así, recientemente SCHÜNEMANN, *supra* nota 7, p. 1 (3).

²¹ En la doctrina de derecho constitucional, BRUGGER, en *APuZ*, 2006, p. 9; ídem, *JZ* 2000, 165; WITTEK, en *DÖV*, 2003, p. 873. Cf. también DREIER, *supra* nota 6, Art. 1 n.º m. 46 nota 222, con referencias adicionales. En la doctrina de derecho penal, p. ej., MERKEL, *supra* nota 7); GÖSSEL, en: Dannecker (ed.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007*, p. 41 (52 ss.); SCHÜNEMANN, *supra* nota 7, p. 1.

²² Herdegen, en: Maunz/Dürig, *Grundgesetz, Kommentar*, t. 1, entrega n.º 92, actualizado a agosto de 2020, Art. 1, ap. 1 n.º m. 47.

²³ DREIER, *supra* nota 6, Art. 1, n.º m. 43.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VII, número 13 (2022)

dignidad humana puede apelar a una proposición constitucional tan abstracta como cargada de significado. Esto descuida el hecho de que lo obvio no tiene por qué ser lo incorrecto y que las intuiciones generalizadas de justicia por regla general tienen un núcleo racional.

b) La prioridad incondicionada de la dignidad humana del autor frente a los derechos de la víctima

Así, no es en absoluto evidente que la dignidad humana deba tener prioridad sobre el derecho a la vida.²⁴ El Tribunal Constitucional Federal ha declarado que la vida es la “base vital de la dignidad humana”²⁵; es la base del ejercicio de todos los derechos de libertad. HÖRNLE señala con razón que, dada la irreversibilidad de la muerte, es “difícil argumentar que el derecho a no ser sustancialmente humillado o utilizado como mero objeto tiene más peso que el derecho a la vida”.²⁶

Si uno se centra en el portador de derechos fundamentales que se ve afectado, el dogma de la primacía de la dignidad no puede mantenerse de forma plausible en ningún caso. MERKEL lo ha dejado claro con una variante del “disparo fatal final”:²⁷ un policía observa cómo el hombre A intenta asfixiar a su esposa F, ya inconsciente, con el peso de su cuerpo. El policía está separado de ellos por una reja alta. Podría terminar el ataque disparando a A o infligiéndole un fuerte dolor con una “pistola de microondas” para obligarle a levantarse. Si bien el disparo mortal dirigido a salvar a la mujer sería permisible, la imposición de dolor para coaccionar a A constituiría tortura y, por tanto, no podría conciliarse con el artículo 1.1 de la Ley Fundamental.²⁸ Esta consecuencia se justifica en parte por el hecho de que “la tortura reduce a la persona afectada a un objeto (de información) determinado por el dolor corporal”, “su condición de persona es anulada por el acceso físico-psíquico”; así, la tortura violaría “lo más íntimo del ser humano, no se limita a la violación de esferas

²⁴ La intangibilidad de la dignidad humana se explica históricamente por el hecho de que los “miembros del Consejo Parlamentario todavía tenían ante sus ojos las atrocidades del régimen nacionalsocialista”. Su preocupación fundamental era no dejar que algo así volviera a surgir y poner un claro freno a cualquier tentación con la versión de esta Ley Fundamental” (LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 692 [694]). Sin embargo, en vista de la destrucción de la vida humana a una escala casi inimaginable, habría sido igualmente justificable colocar el derecho a la vida en el comienzo de la Constitución.

²⁵ BVerfGE 39, 1 (42).

²⁶ HÖRNLE, *supra* nota 5, p. 87.

²⁷ MERKEL, *supra* nota 7, p. 399.

²⁸ MERKEL afirma que puede ser indiferente el acto al que se va a coaccionar a A (si se levanta o revela un escondite), MERKEL, *supra* nota 7, pp. 399 ss.

HOVEN (2022) “¿Tortura como legítima defensa de terceros?”, pp. 35-51.

externas de libertad como el disparo final de muerte”.²⁹ Estos intentos de legitimar la permisión del disparo final de salvamento frente a la prohibición de la tortura en legítima defensa con sus efectos sobre la persona afectada necesariamente fracasan: incluso la retórica de una anulación de la personalidad humana no puede ocultar que las consecuencias de la violación de la dignidad para A son claramente menores que las de un disparo letal.³⁰

Con respecto a una misma persona, la prioridad incondicional de la dignidad no es obviamente plausible. No puede regir otra cosa para la ponderación de los derechos fundamentales de los distintos portadores. Si se contrastan las posiciones jurídicas afectadas, difícilmente puede argumentarse seriamente que la violación de la dignidad del secuestrador —con medidas dolorosas pero temporales— deba pesar más que la muerte del niño inocente.³¹ Dar prioridad a sus intereses contradiría un principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico, que no solo permite actuar contra el agresor para evitar el daño, sino que ni siquiera lo somete a los límites de la proporcionalidad. El reconocimiento del derecho a la legítima defensa y a la legítima defensa de terceros se basa en los principios fundamentales de causación y responsabilidad; estos exigen que el derecho se ponga del lado de la víctima de forma protectora.³²

c) Conflicto de dignidad y quebrantamientos del tabú

Estas consideraciones se aplican aún más si también existe el riesgo de una violación de la dignidad de la víctima. Este peligro será normalmente evidente en las situaciones de secuestro; el caso de Richard Oetker (la víctima, de 1,94 metros de altura, estaba atada en una caja de 1,45 metros de largo, los sonidos —como los gritos de auxilio— desencadenaban descargas eléctricas; Oetker resultó gravemente herido por un mal funcionamiento del aparato), pero también las

²⁹ SALIGER, *supra* nota 9, p. 35 (47). Así también: HILGENDORF, *supra* nota 8, pp. 331 (336); KARGL, *supra* nota 8, p. 1175 s.; JÄGER, en *JA*, 2008, pp. 678 (680, 683); HUFEN, en *JuS*, 2010, p. 1 (4); DI FABIO, *supra* nota 8, Art. 2, ap. 2, 1.ª oración, n.º m. 80.

³⁰ Como HÖRNLE, *supra* nota 5, p. 87; también OTTO, *JZ* 2005, 473 (480 s.); ESER, *supra* nota 7, p. 724 s.; MERKEL, *supra* nota 7, p. 375 (398 s.). HERZBERG, en ALBRECHT / KIRSCH / NEUMANN / SINNER (eds.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, 2015, p. 181 (182 ss.), considera incluso —para fundamentar la contradicción valorativa— si el disparo final de rescate no podría calificarse también de tortura.

³¹ SCHÜNEMANN, *supra* nota 7, p. 1 (4), habla aquí —con respecto a una amenaza de tortura— de una “si no perversa, sí en todo caso falsa conciencia”.

³² BRUGGER, *supra* nota 21, p. 9 (11); ÍDEM, en *JZ*, 2000, p. 165.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VII, número 13 (2022)

impresionantes descripciones de la víctima de un secuestro, Jan Philipp Reemtsma,³³ muestran que este cautiverio tendría que dar lugar casi inevitablemente a una violación a la dignidad humana de la persona afectada.³⁴

Así, los funcionarios del Estado se enfrentan a un dilema: no se les permite violar la dignidad del secuestrador mediante la tortura, pero al mismo tiempo están obligados a proteger la vida y la dignidad de la víctima.³⁵ El conflicto tampoco puede resolverse atribuyendo mayor peso a los derechos de defensa frente al Estado que a sus deberes de protección. El Estado de la Ley Fundamental debe “garantizar la seguridad y la libertad en igual medida”,³⁶ y se legitima cada vez más por “garantizar la seguridad de sus ciudadanos y, por tanto, en particular, por su capacidad, en calidad de monopolio del uso de la fuerza, de proteger a las personas frente a las agresiones recíprocas”.³⁷ El hecho de que los deberes de omitir y los deberes de actuar estén al mismo nivel se refleja también en la segunda frase del art. 1, párr. 1, GG: el respeto y la protección de la dignidad humana se formulan como mandatos de igual valor. Así, si se parte de la base de que el derecho de defensa del autor contra la tortura estatal y el deber del Estado de proteger a la víctima son, en principio, de igual rango, el conflicto de normas debe resolverse según los principios habituales.

DREIER ha señalado precisamente estas consecuencias en su extremadamente perspicaz comentario.³⁸ Aunque no aporta explícitamente una solución, sino que enuncia aquí una “tragedia

³³ REEMTSMA, *Im Keller*, 1998.

³⁴ La asunción de una violación de la dignidad como mero “soporte de estribo” para ayudar “al derecho a la vida a ser ‘equiparado’ con la dignidad del autor” (WITTEK, en *DÖV*, 2003, p. 873 [878]) parece casi cínica en este contexto. El escepticismo sobre un menoscabo de la dignidad por parte de la víctima es especialmente incomprensible si —lo que se discute aquí— se dice que incluso la mera amenaza de violencia física contra el secuestrador vulnera su dignidad (véase ya sobre esto la nota 7). ERB, *JURA* 2005, pp. 24 (27), también llama la atención sobre el hecho de que es “totalmente absurdo” acusar unilateralmente al socorrista de violar la dignidad humana porque maltrata al agresor con el fin de obtener información, mientras que al mismo tiempo se le atribuye a este, como delincuente común, en principio “solo” tocar el derecho a la vida de sus víctimas, pero no su dignidad”.

³⁵ Al respecto, en detalle y convincentemente DREIER, *supra* nota 6, Art. 1 n.º m. 133 ss.

³⁶ HILLGRUBER, en *JZ*, 2007, pp. 209 (211); al respecto, también HOVEN, en BUBLITZ / BUNG / GRÜNEWALD / MAGNUS / PUTZKE / SCHEINFELD (eds.), *Recht – Philosophie – Literatur, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humboldt, 2020, p. 873.

³⁷ DREIER, *supra* nota 6, Art. 1 n.º m. 133.

³⁸ DREIER, *supra* nota 6, Art. 1 n.º m. 133 s.

HOVEN (2022) “¿Tortura como legítima defensa de terceros?”, pp. 35-51.

ineludible” del derecho³⁹, fue acusado por activistas de la sociedad civil de relativizar la tortura.⁴⁰ La presión política culminó con la retirada del nombramiento de DREIER como juez en el BVerfG.⁴¹ Con toda la comprensión por el miedo a la tortura del Estado, que la emoción pueda prevalecer de esta manera contra la razón y la moralización contra el análisis diferenciado es un símbolo de la pobreza de la política y un peligro para el libre discurso científico. Tal sanción de reflexiones completamente legítimas —expuestas sin celo ni de un modo radical— sobre la ponderación de posiciones jurídicas sensibles debería haber provocado la protesta de la comunidad científica.⁴² Por lo demás, DREIER sigue adoptando una posición reservada en la resolución del conflicto de dignidad: los criterios de la causación del peligro y la intensidad de la amenaza de violación de los bienes jurídicos —si uno se centra únicamente en la ponderación de los bienes jurídicos en el caso concreto (lo que, como se demostrará, no es el enfoque correcto)— hablan claramente a favor de una prioridad del deber estatal de proteger a la víctima.⁴³

d) Conclusión intermedia

La fundamentación usual de una prohibición absoluta de la tortura, incluso de la tortura en legítima defensa de terceros, únicamente sobre la base de la dignidad humana del autor puede ser posible sobre la base de la interpretación (todavía) prevaleciente del art. 1, párr. 1, GG; pero no es convincente desde el punto de vista de la ética jurídica. En los casos de colisión con la dignidad de la víctima, obviamente llega a sus límites. También es difícilmente compatible con las concepciones de justicia de la mayoría de la gente explicar la prohibición de la tortura con una supuesta prioridad de los derechos del autor sobre los de la víctima. En casos individuales, la decisión de preservar al secuestrador y dejar morir al secuestrado es innegablemente injusta para las víctimas. De ahí que el

³⁹ DREIER, *supra* nota 6, Art. 1 n.º m. 133.

⁴⁰ Así, Amnistía Internacional escribió en una carta abierta al entonces alcalde de Bremen, Böhrnsen, y a Günther Oettinger: “Un juez que no defiende claramente la protección de la dignidad humana y que, por tanto, relativiza también la prohibición absoluta de la tortura, no es apto para la función de juez constitucional, ni para la de presidente del Tribunal Constitucional Federal, que debe defender el núcleo de la Constitución”, Müller, FAZ del 1/2/2008, disponible en <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundesverfassungsgericht-die-karte-dreier-sticht-nicht-1516113.html> [enlace verificado el 23/5/2022].

⁴¹ Cf. Der Tagesspiegel del 25/4/2008, disponible en <https://www.tagesspiegel.de/politik/kompromisskandidatvosskuhle-neuer-verfassungsrichter/1220748.html> [enlace verificado el 23/5/2022].

⁴² Se manifestó de forma crítica, p. ej., MERKEL, Die Zeit del 6/3/2008, disponible en <https://www.zeit.de/2008/11/Folter> (2/2/2021).

⁴³ Así también MERKEL, *supra* nota 7, p. 397, quien afirma “que el derecho de la víctima del secuestro a que no se viole su dignidad humana de forma indefensa y con un resultado fatal es considerablemente más importante que el del secuestrador a que no se le inflija dolor, cuya realización o ausencia decide él solo, bajo la obligación incondicional de decidir de forma que no se produzca”.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VII, número 13 (2022)

derecho deba explicar a partir de qué consideraciones de principio habría de tener una validez absoluta la prohibición de la tortura y a pesar de un resultado injusto al que se llega en la ponderación de casos de legítima defensa de terceros.

3. El carácter absoluto de la prohibición de la tortura como protección frente a abusos y lesiones a personas inocentes

En la mayoría de las constelaciones imaginables, la tortura constituye un ilícito flagrante; como muestran el pasado y una mirada a otros Estados, alberga considerables riesgos de abuso e instrumentalización política. Una regulación legal de los casos excepcionales en los que la tortura habría de ser permitida para el rescate de terceros no es posible sin altos riesgos. Incluso la tortura en legítima defensa de terceros se basa, en última instancia, únicamente en la sospecha frente al autor. Puede ser fuerte (como en el caso Daschner) o débil (como en la película “El enemigo”); pero si alguien es realmente responsable de agredir a otro solo puede aclararse de forma fiable mediante la apertura a prueba en un juicio oral. Así, aceptar legalmente la tortura en legítima defensa permitiría infligir dolor a una persona basándose en meras sospechas. Incluso el aumento de los requisitos del nivel de sospecha o de las pruebas no cambia el hecho de que la tortura de personas inocentes sería una posibilidad que no podría descartarse, pero que sería inaceptable en un Estado de Derecho. Además, JEROUSCHEK señaló que permitir la tortura en legítima defensa tendría que responder a cuestiones que no deberían plantearse en un sistema jurídico humano: “¿Necesitaríamos un conjunto de instrumentos de tortura adaptados a esto, porque entonces la tortura tendría que aplicarse proporcionalmente? ¿No se necesitarían entonces también especialistas en tortura como los que existían a principios de la era moderna?”⁴⁴ Von Schirach le hace abordar este punto al abogado defensor:

Biegler: Y esta tortura de salvamento, ¿debe realizarse bajo supervisión médica?

Nadler: Es una cuestión de organización. Sí, me imagino que sí.

Biegler: Entonces, ¿el médico, tras un examen exhaustivo del sospechoso, le permitirá desde el punto de vista médico cortar otro dedo? O bien ¿se establecen niveles de tortura en una ley? Y ¿cómo crees que eso va a ocurrir? ¿Vamos a enseñar

⁴⁴ JEROUSCHEK, en *JuS*, 2005, pp. 296 (301). HILGENDORF, *supra* nota 8, pp. 331 (338), busca a su vez posibilidades de aplicar medios de amenaza y coacción sin cruzar la frontera con la tortura y cometer así una violación de la dignidad humana, pero afirma “que en un ámbito tan sensible el trazado de los límites es extraordinariamente difícil” (338 nota 56) y que serían necesarias regulaciones legales en el derecho policial para hacer frente a esta dificultad.

HOVEN (2022) “¿Tortura como legítima defensa de terceros?”, pp. 35-51.

maniobras de tortura en las escuelas de policía? ¿Vamos a enseñarles a los jóvenes funcionarios cómo hacerlo correctamente? No podemos dejarlo al azar, se supone que esto es algo profesional. ¿No ves adónde te llevará abrir esta puerta?

De hecho, permitir jurídicamente la tortura en legítima defensa abriría una puerta que es mejor dejar cerrada del todo: en ninguna circunstancia debe entregarse al Estado un instrumento tan peligroso como la tortura.

El carácter absoluto de la prohibición de la tortura se basa, pues, de manera decisiva en el hecho de que las excepciones no podrían regularse o no podrían regularse sin peligros inaceptables. El ordenamiento jurídico decide defender siempre un principio (elemental para el Estado de Derecho), incluso al precio de vidas humanas. Esta decisión es correcta y sin alternativa, pero no debe ser tomada con *pathos* y sin reparos. Sin embargo, von Schirach le hace decir al abogado defensor, en respuesta a la pregunta del policía, de qué otra manera él habría obtenido respuestas y salvado a la niña secuestrada:

“Entonces no tendrás ninguna. Es tan sencillo como eso. El jefe de policía tenía razón: tenemos que soportar esto. Nos imponemos límites a nosotros mismos. No hay que decir la verdad a cualquier precio. Eso es lo que caracteriza al Estado de Derecho”.⁴⁵

La reacción del defensor muestra los peligros de la poca reflexión y la arrogancia moral; porque de “simple” esto no tiene nada. MERKEL señala con razón que no somos “nosotros” los que tenemos que soportar las consecuencias de la prohibición de la tortura, sino la víctima del secuestro y su familia.⁴⁶ En última instancia, hacemos que un niño pague con su vida por “nuestro nivel mínimo de civilización”. Así, según HÖRNLE, “quienes se sienten cómodos erigiéndose en salvadores del Estado de Derecho cuando se pronuncian contra la tortura en legítima defensa de terceros, o bien no reconocen el dilema o bien tienen poco respeto por los derechos de los individuos”.⁴⁷

El derecho debe ceder en este punto: debe renunciar a la justicia en el caso individual (pues dejar morir a la víctima secuestrada no es “justo”, como tampoco lo es la muerte de cientos de personas en el ejemplo de la “*ticking bomb*”) para proteger la vigencia de una prohibición. Esta visión

⁴⁵ Probablemente basado en *Wittreck*, DÖV 2003, 873 (879).

⁴⁶ MERKEL, *supra* nota 7, p. 402 s.

⁴⁷ HÖRNLE, *supra* nota 5, p. 91.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VII, número 13 (2022)

de la prohibición de la tortura tiene implicaciones para la valoración jurídico (penal) de la persona que, en una situación concreta, decide en contra del principio y a favor de salvar la vida humana.

III. Consecuencias de una violación a la prohibición de la tortura

Las películas terminan con la absolución del secuestrador, ya que su confesión, forzada bajo tortura, es la única prueba del delito. Para el documental que sigue a la película, se preguntó a 100 espectadores si la absolución era “justa”. El 46% contestó que sí y el 54% que no. Una diferencia relevante surge al comparar los grupos encuestados: solo el 16% de los padres calificó de justa la absolución, mientras que el 41% de los policías y hasta el 77% de los juristas dieron la misma respuesta. Sin embargo, la encuesta dice poco, porque la pregunta está mal planteada; el concepto de justicia deja lugar a diferentes valoraciones. Porque, de hecho, debería haber pocas dudas: por supuesto, la absolución de un culpable (como sabe el espectador, al fin y al cabo) no es “justa”, ya que su delito no es castigado. No obstante, el resultado es “correcto”, ya que, según la opinión general y correcta, las confesiones obtenidas mediante coacción no pueden utilizarse en los procedimientos penales en un Estado de Derecho.⁴⁸

Sin embargo, es más interesante la cuestión que se deja abierta en las películas sobre cómo tratar a un agente de policía que ha decidido utilizar la tortura.

Si la prohibición absoluta de la tortura no se basa en una primacía de la dignidad humana del autor en el caso individual, sino en la idea de la vigencia de un principio sin excepción, esto tiene consecuencias para la responsabilidad penal del agente de policía. Su actuación no estaba prohibida porque se le acusara de violar derechos superiores del secuestrador en la situación concreta, sino porque violaba un principio general del Estado de Derecho con la tortura en legítima defensa. El derecho penal, sin embargo, se pregunta si el autor ha cometido un ilícito contra su víctima, si la ha coaccionado de forma reprochable o la ha lesionado físicamente.

⁴⁸ Así, de conformidad con el § 136a, párr. 3, frase 2, StPO, también ocurrió esto en el caso Gäfgen, LG Frankfurt a.M., Sentencia del 28/7/2003 – 5/22 Ks 2/03 3490 Js 230118/02. Cf. Respecto de la cuestión subsiguiente sobre la posibilidad de valorar los interrogatorios posteriores, el fruto del árbol venenoso de la prohibición del uso de pruebas y la existencia de un impedimento procesal, p. ej., WEIGEND, en *StV*, 2003, p. 436; ROXIN, en *ARNOLD / BURKHARDT / GROPP / HEINE / KOCH / LAGODNY / PERRON / WALTHER* (eds.), *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München, C. H. Beck, 2005, p. 461 (470 s.). En cambio, a favor de poder valorar, HERZBERG, *Humanistischer Pressedienst* del 6/1/2021, disponible en <https://hpd.de/artikel/recht-und-gerechtigkeit-18858> [enlace verificado el 23/5/2022].

HOVEN (2022) “¿Tortura como legítima defensa de terceros?”, pp. 35-51.

Si los padres de la niña secuestrada hubieran infligido dolor físico al agresor para salvar la vida de su hija, estarían justificados por legítima defensa de terceros en virtud del § 32, StGB.⁴⁹ No hay lugar aquí para una restricción ético-social: la prohibición de la tortura se dirige contra el Estado, ya que el ilícito especial consiste en el abuso del poder estatal contra sus ciudadanos.⁵⁰ Que la facultad de lesionar la integridad física del agresor con el fin de salvar la vida de su víctima no puede ser seriamente cuestionada se demuestra con una mirada a la legítima defensa estándar —que no puede ser tratada de manera diferente desde el punto de vista de la dogmática jurídica—. ⁵¹ Si, p. ej., el agresor oculta la medicación vital de su víctima, no habrá duda de que la víctima debe estar habilitada a hacer que el agresor revele el escondite infligiéndole dolor —y que no tiene que tolerar su propia muerte—. Si un agente de policía actúa ahora en lugar de los padres, la valoración penal de sus acciones no puede ser diferente. El acto no se convierte en un delito de coacción o lesiones contra el secuestrador porque el autor haya actuado como funcionario público. El derecho penal juzga la conducta de las personas, no del Estado, y no puede reprochar a un agente de policía, que no actúa solamente como funcionario público, sino siempre como ser humano, una conducta que sería interpretada por cualquier otra persona como una defensa del ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, en una situación de emergencia, el agente de policía no puede ser acusado de ninguna violación punible de los derechos del secuestrador. Sin embargo, el ilícito de sus acciones radica en que, como agente de policía, ha violado la prohibición absoluta de la tortura que el Estado se ha impuesto a sí mismo. Este ilícito, por su propia naturaleza, no permite ningún correctivo *ex-post*. Incluso una confirmación retrospectiva de la sospecha contra el secuestrador no cambia el hecho de que se utilizó la tortura sobre la base de una sospecha y que, por tanto, se traspasó un límite imprescindible del Estado de Derecho. Por consiguiente, es posible adoptar medidas de derecho administrativo contra el agente de policía y, habida cuenta de la responsabilidad del Estado

⁴⁹ Por supuesto, esto solo se aplica si el niño aún podría haberse salvado, de lo contrario estaría sujeto a un error de tipo permisivo. Sin embargo, esta constelación de casos —que es relevante en la película— no debe tomarse como base aquí.

⁵⁰ JEROUSCHEK, *supra* nota 44, pp. 296 (300); HILGENDORF, *supra* nota 8, pp. 331 (335); ERB, en ERB / SCHÄFER (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 4.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2020, § 32 n.º m. 7. En casos aislados, también se discute una restricción del carácter imperioso de la legítima defensa en el caso de acciones de particulares (p. ej., GREVE, en ZIS, 2014, p. 236). El ilícito especial de la tortura radica en la superioridad del acceso del Estado al individuo; estas consideraciones no pueden aplicarse a los particulares.

⁵¹ Así también MERKEL, *supra* nota 7, p. 393.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VII, número 13 (2022)

de mantener sus normas e impedir las infracciones dentro de su propia organización, también esta adopción resulta necesaria.⁵²

El hecho de que el derecho no castigue al policía como ser humano (a través del derecho penal), sino como funcionario público (a través del derecho administrativo), no constituye una contradicción. Al fin y al cabo, el derecho impone requisitos diferentes a los seres humanos ordinarios y a los funcionarios públicos. La prohibición de la tortura se aplica al Estado y a quienes actúan en su nombre. De un agente de policía se puede esperar que se atenga a los principios que obligan al Estado; un ser humano ordinario, en cambio, puede ponderar las cosas caso por caso. Por consiguiente, la sanción al agente de policía puede —y debe— producirse únicamente en este nivel.

IV. Conclusión

Quiero sintetizar mis tesis de la siguiente forma:

1. La prohibición de la tortura debe tener una vigencia absoluta.
2. Sin embargo, la razón no es que los derechos del secuestrador tengan prioridad sobre los de su víctima. La vida del niño secuestrado pesa más que la integridad física del secuestrador. La visión unilateral de la dignidad del agresor descuida la dignidad y el derecho a la vida de la víctima, así como el principio fundamental de la responsabilidad por los propios actos imputables.
3. No se puede prescindir de la vigencia absoluta de la prohibición de la tortura sin crear riesgos de abuso o tortura de personas inocentes que son inaceptables en un Estado de Derecho.

⁵² JEROUSCHEK, *supra* nota 44, pp. 296 (301 s.), refuta el argumento de la “ruptura de la presa”. Por otra parte, ERB va demasiado lejos cuando opina que incluso la sanción disciplinaria debe descartarse, ERB, *supra* nota 34, pp. 24 (29). Su separación entre la “policía como institución” que actúa mal y el agente de policía individual, que no tiene que responder ante el derecho penal o disciplinario, es criticada por PRITTWITZ, en PUTZKE / HARDTUNG / HÖRNLE / MERKEL / SCHEINFELD / SCHLEHOFER / SEIER (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebenzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2008, p. 515 (522), dado que el Estado “nunca [actúa] por sí mismo, sino siempre a través de personas físicas. Y en la medida en que actúa como sujeto de derecho internacional y se compromete a determinados actos u omisiones, esta obligación se refiere precisamente a los actos u omisiones de las personas físicas que la representan. Cualquier otra lectura daría a las obligaciones de derecho internacional desde el principio el carácter operativo que a menudo es deplorable *ex post*, dadas las frecuentes y dramáticas discrepancias entre las obligaciones de derecho internacional de algunos Estados y su práctica estatal”. Aunque el propio PRITTWITZ no considera posible una justificación en el marco del derecho penal, él mismo señala en un punto posterior —aunque no extraiga de ello las conclusiones que aquí se presentan— que de nuevo “la diferenciación entre la prohibición de la tortura y la obligación de sancionar la tortura, por un lado, y la cuestión de la *punibilidad* concreta [el subrayado es de esta autora] de un funcionario concretamente acusado, por otro lado, es realmente evidente en el Estado constitucional” (p. 524).

HOVEN (2022) “¿Tortura como legítima defensa de terceros?”, pp. 35-51.

4. Por tanto, la prohibición de la tortura también tiene vigencia pagando el precio de un resultado injusto en casos individuales. La decisión a favor de la prohibición absoluta de la tortura es correcta, pero no es en absoluto sencilla; puede ser a costa de una vida humana.

5. La tortura en legítima defensa no es reprochable según el derecho penal. El agente de policía está justificado según el § 32, StGB; no ha cometido ningún ilícito contra el secuestrador.

6. Sin embargo, se le ha de reprochar al policía la violación a la prohibición de la tortura como principio estatal al que está obligado como funcionario público. De ahí que se le puedan imponer medidas en virtud del derecho administrativo.

El examen cinematográfico de la situación dilemática del policía es bastante interesante. Las películas no solo cuentan historias diferentes, sino que también muestran perspectivas distintas sobre la valoración jurídica de la tortura en legítima defensa: mientras que el agente de policía se enfrenta a la muerte inminente del niño secuestrado en la situación concreta, el abogado defensor puede y debe defender los principios del Estado de Derecho en el proceso penal. Principio y caso individual se encuentran en la forma de los protagonistas de la película. El hecho de que las películas hagan que ambos puntos de vista parezcan comprensibles debería dejar claro que muy pocas cosas en el derecho —y ni siquiera la prohibición de la tortura— son tan evidentes.