

IX
EL USO "TRANSNACIONAL"
DE PRUEBA OBTENIDA POR MEDIO DE TORTURA*

KAI AMBOS**

RESUMEN

El artículo examina el uso "transnacional" de prueba obtenida por medio de tortura, es decir, el uso de prueba obtenida por medio de tortura por parte de Estados o Partes en juicios criminales nacionales. Comienza, en un nivel teórico, desde la doctrina de Beling de la "prueba prohibida" (*Beweisverbote*) (*infra* 1.). Primero, el uso "supranacional" de prueba obtenida mediante tortura, es decir, el uso frente a tribunales penales internacionales (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, "TPIY", Tribunal Penal Internacional para Ruanda, "TPIR", y Corte Penal Internacional, "CPI"), es analizado (2.) en cuanto a su posible influencia en las prácticas nacionales. Se concluye que tal prueba es siempre inadmisibles ya que no es confiable y, más importante, porque su uso es antitético y perjudicial a la integridad de los procedimientos (2.3). Segundo, la misma conclusión debe ser extraída para el uso transnacional de prueba

* Traducción del original en inglés de Ezequiel Malarino (Buenos Aires). Para facilitar la comprensión del texto a los lectores hispanohablantes, se han traducido también las citas de doctrina y jurisprudencia del inglés y del alemán.

** Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Universidad Georg-August de Gotinga; juez del Tribunal estadual de Gotinga (*Landgericht*). [kambos@gwdg.de]. Agradezco a mi asistente María Laura Böhm y mi colaborador estudiantil Szymon Swiderski por su ayuda. Agradezco a los profesores Paul Roberts (Nottingham) y Dr. Richard Vogler (Sussex) por sus comentarios críticos y constructivos e igualmente al revisor anónimo del *Israeli Law Journal* por sus críticas observaciones.

obtenida mediante tortura (3.). La exclusión de tal prueba se sigue de la ley internacional, en particular del art. 15 de la Convención contra la Tortura de la ONU, "CT-ONU" (3.1.), y de las leyes internas de Alemania e Inglaterra y Gales como dos jurisdicciones representativas del proceso penal "inquisitorial" y "adversarial" (3.2.). Tercero, la carga de la prueba en cuanto a que tal material probatorio no fue obtenido mediante tortura recae en el Estado y el criterio es que se trate de un riesgo real y serio (4.).

INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva del derecho penal (internacional) la cuestión de la tortura tiene dos aspectos. El primero es material: ¿es ilícito el uso de la tortura en todas las situaciones, incluso en las más extremas en donde ella es aplicada para salvar vidas de inocentes (llamada tortura preventiva), y el torturador debe siempre ser castigado? He intentado encontrar una respuesta diferenciada a esta cuestión en otro lugar.¹ El segundo aspecto es procesal: ¿la prueba obtenida por medio de tortura puede ser utilizada en procesos penales? En países regidos por el reinado del derecho (*rule of law*) y el juicio justo (*fair trial*) la respuesta es simple y clara: "no", si la tortura fue aplicada por autoridades nacionales y la prueba obtenida con la tortura sería usada en un proceso penal posterior. Para tal situación, que podríamos llamar "uso directo de prueba obtenida por medio de tortura", las normas de procedimiento nacionales establecen claras prohibiciones.² Estas prohibiciones nacionales

¹ "May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?", en *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, n.º 6 (2), 2008, pp. 261-288; en castellano en: *Revista Penal* (España), 2009, n.º 24 (en edición).

² Véase, p. ej. el § 136 a (1) de la Ordenanza Procesal Penal alemana (Strafprozessordnung, "StPO"), cuya traducción es la siguiente: "La libertad de resolución y manifestación de la voluntad del imputado no puede ser afectada a través de malos tratos, cansancio, injerencia corporal, suministro de sustancias, tortura, engaño o hipnosis. Sólo puede emplearse coerción si el derecho procesal penal lo permite. La amenaza de efectuar una medida inadmisibles según sus disposiciones y la promesa de una ventaja no prevista legalmente están prohibidas". El apart. 3) expresa: "La prohibición de los apartados 1) y 2) rige independientemente del consentimiento del imputado. Las declaraciones que han sido obtenidas en violación de esta prohibición no pueden ser valoradas, aun cuando el imputado consienta su valoración". Véase

están basadas en el derecho de los derechos humanos; en particular el art. 15 CT-ONU.³ Una cuestión más compleja, que será analizada en este trabajo, es la de si tales prohibiciones también son aplicables al uso *transnacional de prueba obtenida por tortura*, esto es, a situaciones en que la tortura es aplicada en un país y la prueba obtenida es utilizada en otro. Es posible distinguir aquí dos situaciones. Primero, el Estado A que tiene una clara prohibición de utilizar prueba obtenida por tortura traslada a un sospechoso al Estado B —conocido por sus prácticas de tortura— para obtener tal prueba. Segundo, el Estado A en una investigación (conjunta) en el Estado B consigue prueba por medio de tortura y sus investigadores traen la prueba al país para presentarla en un proceso penal. La diferencia entre estos casos es obvia: en el primer caso, la práctica de tortura en el Estado B es usada consciente e intencionalmente para sortear las prohibiciones de tortura del Estado A; en el segundo caso, el Estado A consigue prueba por medio de tortura accidentalmente, sin utilizar intencionalmente las prácticas de tortura del Estado B. El uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura debe ser distinguido del uso *supranacional de tal prueba*, esto es, el uso ante tribunales penales internacionales.

³ también el § 166 de la Ordenanza Procesal Penal austriaca (Strafprozessordnung): "En perjuicio del acusado [...] no está permitido usar su testimonio, así como aquellos de testigos y coacusados, como prueba, si ellos: 1. Fueron obtenidos bajo tortura (art. 7º, PIDCP [...], art. 3º, CEDH [...], y art. 1º (1) y 15 CT-ONU [...]) [...]". Véase también el art. 171 § 5 del Código Procesal Penal polaco (*Kodeks Postępowania Karnego*) según el cual no está permitido "influir la declaración de la persona bajo examen a través de coerción o amenaza ilícita" y el art. 170 § 1 (1) según el cual una solicitud probatoria referida a tal evidencia será denegada. En el procedimiento francés todo acto de investigación puede ser apelado ante la *Chambre d'Instruction*, la cual puede declararlo nulo y excluir la evidencia así obtenida ("requête en nullité", arts. 170-174, Code de Procédure Pénale) conf. STEFANI, G.; LEVASSEUR, G., y BOULOC, B.: *Procédure pénale*, 21ª ed., Dalloz, París, 2008, n.m. 107, 777; PFEFFERKORN, F.: *Einführung in das französische Strafverfahren*, Lit, Hamburg, 2006, pp. 176, 178. Sobre la *Ley de Policía y Prueba Criminal inglesa* (*Police and Criminal Evidence Act*; en adelante PACE: *Police and Criminal Evidence Act*) de 1984, véase *infra* 3.2.2. Para un análisis detallado, véase *infra* 3.1; véase también THIENEL, T.: "The Admissibility of Evidence Obtained by Torture Under International Law", en *European Journal of International Law (EJIL)*, 2006, 17(2), pp. 349-367, y pp. 356 yss.

les. Luego de una breve explicación del punto de partida teórico relativo al uso de prueba obtenida ilegalmente, comenzaremos con el análisis de nuestra cuestión a nivel supranacional, dado que puede producir algunas conclusiones importantes respecto del uso transnacional en los tribunales nacionales de prueba obtenida mediante tortura.

1. El punto de partida teórico

El enfoque positivista y desligado de los principios del Estado de derecho en el uso de prueba obtenida ilegalmente sólo fue superado en Alemania, y en los sistemas procesales influenciados por el pensamiento alemán, a comienzos del siglo xx con la teoría de las “prohibiciones probatorias” de Ernst Beling (*Beweisverbote*), publicada en 1903.⁴ La idea fundamental de esta teoría es que la búsqueda de la verdad dentro de la investigación procesal penal tiene limitaciones debidas a los intereses contrapuestos de índole colectiva e individual.⁵ La determinación de estas limitaciones depende principalmente de la posición que el ordenamiento jurídico otorga al *individuo* frente al poder estatal.⁶ En una democracia liberal constitucional, ordenada de acuerdo con los principios del Estado de derecho, esta posición encuentra su expresión más significativa en los derechos fundamentales, especialmente en la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, garantizados constitucionalmente o por los tratados de derechos humanos aplica-

⁴ BELING, E.: *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozess*, Breslau, Schletter, 1903 (Address inaugural en la Universidad de Tubinga); ya antes: BENNECKE, M., y BELING, E.: *Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrechts*, Breslau, Schletter, 1900, §§ 83 3, pp. 327 ss. Véase también SENGE, L.: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6ª ed., Beck, Múnich, 2008, antes del § 48, n.m. 20; JAHN, M.: “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaats und der effektiven Bekämpfung des Terrorismus”, en *Verhandlungen zum 67. Deutschen Juristentag [DJT]*, Erfurt 2008, vol. 1, Gutachten [estudios] Parte C, C 1-128, en C 21.

⁵ Véase también: HENKEL, H.: *Strafverfahrensrecht*, Kohlhammer, Stuttgart, 1968, p. 271; OTTO, H.: “Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, n° 117, 1970, pp. 289-305, p. 289.

⁶ Véase OTTO: ob. cit., p. 291, donde se refiere a Beling.

bles.⁷ En esta clase de ordenamiento hay áreas que el legislador constitucional ha protegido de la injerencia estatal; por lo tanto, en principio, el esclarecimiento de hechos a través de determinados medios probatorios resulta inadmisibles y prohibido.⁸ Como lo expuso el Tribunal Supremo de Justicia alemán (*Bundesgerichtshof*): “Si bien el fin del tribunal penal es descubrir la verdad, en un Estado constitucional la verdad no puede ser perseguida a cualquier precio”.⁹ Por lo tanto, el acusado es

⁷ Véase también: BELING: ob. cit., p. 37: “Allseitig einverstanden wird man darüber sein, dass auch der Strafprozess die Menschenwürde achten muss, und dass daher ein unlöslicher Konflikt zwischen Menschenwürde und Strafprozessinteresse zu einem Beweisverbot führen muss. (...) Aber auch von der Menschenwürde abgesehen wird die moderne Anschauung —und sicher mit Recht— darauf bestehen, dass jedem seine Persönlichkeitssphäre vor Staatszugriff sichergestellt werde, auch im Strafprozess” [“Existirá acuerdo en torno a que también el proceso penal debe tener en consideración la dignidad humana, y que consecuentemente de allí surge un conflicto insoluble entre dignidad humana e intereses del proceso penal, que conlleva a una prohibición de prueba. (...) Pero, aún dejando de lado la dignidad humana, la opinión moderna seguirá afirmando —y seguramente con razón— que la esfera de la personalidad de cualquier individuo debe ser asegurada ante la intervención estatal, también en el proceso penal”] (énfasis en el original). Véase también: ROGALL, K.: “Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 1979, n° 91, pp. 1-44, p. 9; EISENBERG, U.: *Beweisrecht der Strafprozessordnung*, 6ª ed., Heidelberg, Múnich, Beck, 2008, Parte 1, Cap. 3, párr. 330; HÖHNE, H. H.: *Strafprozessrecht*, 7ª ed., Müller, 2007, n.m. 880.

⁸ ROGALL: *supra* nota 7, p. 6.

⁹ BGH, sentencia, 14/6/1960, reimpresso en *BGHSt*, 14, pp. 358 y 365 = *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1960, n° 13, pp. 1580 ss., 1582: “Allerdings hat diese Rechtsauffassung zur Folge, daß wichtige, unter Umständen die einzigen Mittel zur Aufklärung von Straftaten unbenutzt bleiben. Das muß jedoch hingenommen werden. Es ist auch sonst kein Grundsatz der StPO, daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte (§§ 245, 52 ff., 252, 81 a ff., 95 ff., 69 Abs. 3 StPO)” [“Sin embargo, esta interpretación jurídica tiene por consecuencia que importantes medios para el esclarecimiento de delitos —en ciertos casos, los únicos medios— no puedan ser utilizados. Sin embargo, esto debe ser tolerado. No es un principio de la OPP, que la verdad deba ser investigada a cualquier precio (§§ 245, 52 ss., 252, 81 a ss., 95 ss., 69 apartado 3 OPP)”. Véase también BGH, Sentencia, 17/3/1983 reimpressa en *BGHSt* 31, p. 304, p. 309 = *NJW*, 1983, n° 36, p. 1570 ss., p. 1571: “[...] die StPO zwingt nicht zur Wahrheitserforschung um jeden Preis” [“(...) el OPP no obliga a la investigación de la verdad a cualquier precio”].

reconocido y respetado como un sujeto activo y no simplemente como el objeto de los procesos penales.¹⁰ Su libertad de decisión y de acción es intangible e invulnerable; no puede ser menoscabada ni manipulada.¹¹ La manipulación de la libre voluntad del acusado mediante amenazas, coerción, engaño u otros métodos similares debe ser prohibida, y esta prohibición debe ser hecha efectiva mediante las sanciones correspondientes. Sin embargo, las prohibiciones de prueba no tienen solo el componente individual de proteger los derechos individuales¹² y vengar su violación mediante la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente *en contra*¹³ del acusado.¹⁴ Las prohibiciones probatorias conllevan también una *dimensión colectiva* al preservar la *integridad constitucional* del orden legal,¹⁵ especialmente me-

¹⁰ Véase más reciente KELKER, B.: "Die Rolle der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren", ZStW, 2006, n.º 118 (2), pp. 389-426, p. 420 ss.; para una perspectiva con base en principios constitucionales véase MURMANN, U.: "Über den Zweck des Strafprozesses", GA, 2004, n.º 151, pp. 65-86, p. 65 ss.; en particular sobre la relación sujeto-objeto ROBERTS, P.: "Subjects, objects, and values in criminal adjudication", en DUFF, A.; FARMER, L., MARSHALL, S., y TADROS, V. (coords.): *The trial on trial* (vol. 2): *Judgment and calling to account*, Oxford et al., Hart, 2006, pp. 37-64, p. 40 ss.

¹¹ SCHMIDT, E.: "Zur Frage der Eunarkon-Versuche in der gerichtlichen Praxis", en *Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ)*, 1949, pp. 449-450.

¹² Originalmente así en especial ROGALL: ob. cit., pp. 16 ss.

¹³ Es controvertido, sin embargo, si información exculpatória no debería ser siempre admitida en la prueba ya que opera en favor del acusado (en este sentido ROXIN, C.; SCHÄFER, G., y WIDMAIER, G.: "Die Mühlenteichtheorie, Überlegungen zur Ambivalenz von Verwertungsverboten", en *Strafverteidiger (StV)*, 2006, n.º 26, pp. 655-660, pp. 656, 659, 660; ROXIN, C.: "Beweisverwertungsverbot bei bewußter Mißachtung des Richtervorbehalts (Bspr. von BGH StV 2007, 337)", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ)*, 2007, n.º 27, pp. 616-618, p. 618; conc. JAHN: ob. cit., *supra* nota 4, C 112 ss. (114).

¹⁴ Sobre esta teoría "vindicativa" ["vindication"] o "curativa" ["remedial"] crit. ROBERTS, P., y ZUCKERMAN, A.: *Criminal Evidence*, Oxford et al., OUP, 2004, pp. 151, 152 ss.

¹⁵ Sobre este aspecto véase también SCHMIDT, E.: *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung*, Götting, Vandenhoeck & Ruprecht, 1957, vol. II, § 136a n.m. 21, con su doctrina de la superioridad moral del Estado, sobre la cual se desarrolla la exigencia de un juicio justo (ídem, vol. I, nms. 40, 44, 49). Esta dirección sigue también la doctrina de Gerhard Fezer sobre la función autolimitativa del Estado, en ídem, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, Müller, Heidelberg, 1995, 20 ss.

dante la garantía y realización de un juicio justo.¹⁶ Esto fue reconocido en 1961, mucho después de *Beling*, por la Suprema Corte de Justicia de los EE.UU. cuando se explicó la regla de exclusión —equivalente a la doctrina de las "Beweisverbote"— por "el imperativo de la integridad judicial",¹⁷ desarrollada por otros como "integridad moral".¹⁸ Un efecto colateral (positivo) de las reglas de exclusión podría ser el impacto disciplinario que estas reglas podrían tener en las autoridades investigadoras, pero éste no puede ser su propósito principal ya que existen procedimientos administrativos específicos para sancionar la conducta ilegal de los agentes oficiales.¹⁹ En resumen, el interés público o estatal en descubrir la verdad en un juicio penal puede ser compensado por los *intereses privados* protegidos como garantías fundamentales o derechos, o incluso por el *interés colectivo* en la integridad de los procesos criminales y, en definiti-

¹⁶ BEULKE, W.: *Strafprozessrecht*, Heidelberg, Müller, 10ª ed., 2008, n.m. 454; FINGER, T.: "Prozessuale Beweisverbote - Eine Darstellung ausgewählter Fallgruppen", en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 2006, n.º 38, pp. 529-539, p. 530.

¹⁷ "Mapp v. Ohio", 367 US, p. 659 ["the imperative of judicial integrity"]; véase DRESSLER, J.: *Understanding Criminal Procedure*, 3ª ed., Newark, NJ, LexisNexis, 2002, p. 381, señalando sin embargo también la jurisprudencia subsiguiente, que está cerca de renunciar por completo a la regla de exclusión de la Cuarta Enmienda.

¹⁸ ROBERTS-ZUCKERMAN: ob. cit., *supra* nota 14, pp. 157 ss.

¹⁹ El efecto "disciplinario" o "disuasiva" es controvertido: a favor la Suprema Corte de Justicia de los EE.UU. desde "Mapp v. Ohio", véase DRESSLER: ob. cit., *supra* nota 17, pp. 381-382; crítico en cambio OTTO: ob. cit., *supra* nota 5, pp. 292, 301, argumenta que las reglas de exclusión son "kein geeignetes Mittel zur Disziplinierung der Strafverfolgungsorgane" ["no son un método adecuado para el disciplinamiento de los órganos investigadores"]; crit. también ROBERTS-ZUCKERMAN: ob. cit., *supra* nota 14, pp. 155 ss.; también en esta línea crítica la decisión 2 d) de la sección de Derecho Penal del 67º *Deutschen Juristen Tag* (Erfurt 2008), de acuerdo con la cual la función de las prohibiciones o exclusiones probatorias no debería ser el mantenimiento de la conducta legal de las instancias investigadoras (42 votos a favor, 31 en contra, 5 abstenciones). Véase, por otro lado, sobre las consecuencias prácticas para el entrenamiento policial ARLOTH, F.: "Dogmatik in der Sackgasse - Zur Diskussion um die Beweisverwertungsverbote", GA, 2006, n.º 153, pp. 258-261, p. 259; en esta línea más positiva también PRITZWITZ, C.: "Richtervorbehalt, Beweisverwertungsverbot und Widerspruchslösung bei Blutentnahmen gem. § 81 a Abs. 2 StPO", StV, 2008, n.º 28, pp. 486-494, p. 494; JAHN: ob. cit., *supra* nota 4, C 57 ss.

va, por el orden constitucional. Este enfoque doble *individual-colectivo* también es seguido en el nivel internacional, en particular al considerarse el posible efecto del uso de prueba "tainted" en la integridad de los procesos (véase *infra* 2).

El sistema en cuestión de las prohibiciones probatorias o de reglas de exclusión puede generar tensiones entre la justicia material (realización del *ius puniendi*) y la justicia procesal (protección de derechos y de la integridad judicial).²⁰ En otras palabras, esto podría acarrear una relación conflictiva entre, por una parte, el interés en el funcionamiento de una administración de justicia penal encaminada a la investigación y sanción efectiva de delitos, y, por otra parte, la protección de los derechos fundamentales del acusado y la integridad del sistema en su conjunto.²¹ Esto no permite una "regla simple, algorítmica, apta para todo fin" inflexible,²² sino que muchas veces requiere de un balance delicado de intereses que conduce a decisiones que muy pocas veces satisfacen a ambas partes —fiscal y defensor— equitativamente. En todo caso, reglas basadas en principios constitucionales rigen el uso de la prueba obtenida ilegalmente, y sus consecuencias son el precio que un Estado constitucional regido por los principios del Estado de derecho, un verdadero *Rechtsstaat*, debe estar dispuesto a pagar si quiere estar a la altura de la letra de su propia ley.

2. El uso supranacional de prueba obtenida por tortura

Aunque los procesos ante los tribunales *ad hoc* de la ONU (TPIY, y TPIR) están fuertemente influenciados por la tradición del *common law*,²³ con respecto a la admisión de prueba ha sido adoptada una postura liberal más típica de la tradición de *civil*

²⁰ Véase AMELUNG, K.: "Zum Streit über die Grundlagen der Lehre von den Beweisverwertungsverböten", en *Festschrift für Claus Roxin*, De Gruyter, Berlín, 2001, pp. 1259-1280, p. 1279; JÄGER, M.: *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverböte im Strafprozess*, Beck, Múnich, 2003, p. 128.

²¹ Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional) *Entscheidungen* (Fallos), vol. 44, p. 353, aquí p. 374.

²² ROBERTS-ZUCKERMAN: ob. cit., *supra* nota 14, p. 159 ["simple, algorithmic, all-purpose rule"].

²³ NEMITZ, J. C., "Die Hauptverhandlung unter besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts", en *Internationale Strafgerichtshöfe*, 2005, n° 53.

law.²⁴ No hay reglas técnicas estrictas. Esto se debe, por un lado, a la necesidad que tiene un tribunal internacional de "combinar las tradiciones jurídicas de muchos países";²⁵ por otro, es el resultado del hecho de que los tribunales penales internacionales, debido al violento contexto de sus casos, se confrontan a menudo con falta de evidencia que debe ser compensada con reglas probatorias flexibles.²⁶

2.1. TPIY/TPIR

Las reglas para la admisión de pruebas se encuentran en las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) de ambos tribunales, que han sido establecidas por los jueces (conf. art. 15, Estatuto del TPIY y art. 14, del Estatuto del TPIR). Dado que ambas normativas son esencialmente idénticas nos concentraremos en las RPP del TPIY e indicaremos las diferencias cuando sea necesario. Hasta ahora, ni el TPIY ni el TPIR tuvieron que decidir sobre la admisión de prueba obtenida por medio de tortura.

La regla 89, la "Carta Magna" del derecho probatorio²⁷ contiene el principio general de que "una Sala puede admitir toda prueba relevante que estime con valor probatorio" (regla 89 (C) RPP del TPIY y TPIR) y que "puede excluir prueba si su valor probatorio es sustancialmente superado por la necesidad de asegurar el juicio justo"²⁸ (regla 89 (D) RPP del TPIY). Si bien las RPP del TPIR no contienen tal regla de exclusión específica en la correspondiente sección sobre reglas de pruebas (reglas 89 ss.), la regla 70 (F) RPP del TPIR confirma el poder inherente de

²⁴ MAY, R., y WIERDA, M.: *International Criminal Evidence*, Transnational Publishers, Ardsley/NY, 2002, p. 93; AMBOS, K.: "The Structure of International Criminal Procedure: Adversarial, Inquisitorial or Mixed?", en BOHLANDER, M. (coord.): *International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedure*, Cameron May, Londres, 2007, pp. 429-503, pp. 477 ss.; idem, *Internationales Strafrecht*, Beck, Múnich, 2ª ed., 2008, § 8 n.m. 32.

²⁵ ARCHBOLD: *International Criminal Courts* (Kahn, K.A.A. et al., eds.), 2ª ed., 2005, § 9-1 ("to combine the legal traditions of many countries").

²⁶ Conf. MAY-WIERDA: ob. cit., *supra* nota 24, pp. 95, 98 ss.; ARCHBOLD: ob. cit., *supra* nota 25, § 9-2.

²⁷ NEMITZ: ob. cit., *supra* nota 23, p. 56.

²⁸ ["a chamber may admit any relevant evidence which it deems to have probative value" (C)], ["may exclude evidence if its probative value is substantially outweighed by the need to ensure a fair trial" 89 (D)].

las salas de juicio del TPIR de excluir prueba “si su valor probatorio es sustancialmente superado por la necesidad de asegurar un juicio justo”.²⁹ Si bien, en el resultado, la regla 89 (D) concede una amplia discreción con respecto a la exclusión de prueba —sin sujeción a las reglas probatorias nacionales (regla 89 [A])—, la regla 95 es más específica con respecto a la prueba obtenida a través de ciertos métodos (prohibidos) y por consiguiente es aplicable específicamente a la prueba obtenida por medio de tortura. Ella reza como sigue:

“Ninguna prueba será admisible si es obtenida a través de métodos que arrojen una duda sustancial sobre su fiabilidad o si su admisión es “antitética a” y dañaría gravemente la integridad del proceso”.³⁰ Si bien es controvertido si esta regla es una *lex specialis* respecto de la regla 89 (D)³¹ o sólo clarifica su contenido,³² es claro que ella excluye la prueba obtenida por medio de métodos prohibidos sin ninguna ponderación ulterior (como expresado, por el contrario, en la regla 89 (D): “superado por la necesidad...”).³³ Esta regla deja a los jueces la decisión sobre qué métodos arrojan “una duda sustancial sobre su fiabilidad” o cuando la admisión de prueba sería “antitética a” y “dañaría gravemente” el proceso.³⁴ Por lo tanto, si cierta prueba ha de ser admitida o excluida depende de las circunstancias de cada caso.³⁵

De modo interesante, la versión original de la regla era más clara con respecto a nuestra cuestión. Ella excluía la ad-

²⁹ [“if its probative value is substantially outweighed by the need to ensure a fair trial”]. Véase MAY-WIERDA: ob. cit., *supra* nota 24, p. 100; también SCHABAS, W.: *The UN International Criminal Tribunals —The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge et al., CUP, 2006, p. 459.

³⁰ [“No evidence shall be admissible if obtained by methods which cast substantial doubt on its reliability or if its admission is antithetical to, and would seriously damage, the integrity of the proceedings”].

³¹ Para este punto de vista SAFFERLING, C. J. M.: *Towards an International Criminal Procedure*, Oxford et al., OUP, 2003, p. 295; para un punto de vista diferente NEMITZ: ob. cit., *supra* nota 23, p. 70; según el cual la regla 95 sólo tiene una “klarstellende Bedeutung” [“una función de clarificación”].

³² Conf. NEMITZ: ob. cit., *supra* nota 23, p. 70.

³³ [“outweighed by the need...”].

³⁴ [“cast substantial doubt on its reliability”], [“antithetical”], [“seriously damage”].

³⁵ Rule 89 (D): A Chamber may exclude evidence if its probative value is substantially outweighed by the need to ensure a fair trial.

misión de prueba obtenida por medios “que constituyen una grave violación a los derechos humanos internacionalmente protegidos”.³⁶ Dada la protección contra la tortura en varios instrumentos de derechos humanos y el estatus de la prohibición de tortura como *ius cogens* (véase *infra* 2), la prueba obtenida por medio de tortura constituiría “una grave violación a los derechos humanos internacionalmente protegidos”³⁷ y en consecuencia tendría que ser excluida. Sin embargo, con la modificación de la regla 95 la exclusión no es más “una cuestión de medios, sino una de resultado”.³⁸ Como establece la regla, incluso si son violados derechos humanos internacionalmente protegidos, como la libertad frente a la tortura, los jueces cuentan aún con la discreción para admitir la prueba obtenida por medio de tortura, en tanto y en cuanto ellos la consideren confiable y no gravemente dañina para la integridad del proceso. Por consiguiente, estas condiciones de admisibilidad deben ser analizadas con más detalle.

2.1.1. ¿ES LA TORTURA UN MÉTODO QUE ARROJE

DUDAS SUSTANCIALES SOBRE LA FIABILIDAD DE DICHA PRUEBA?

La no fiabilidad de la prueba obtenida por tortura fue, además de consideraciones humanitarias, la razón principal de su abolición de los códigos de procedimiento penal de la Europa continental por la reforma ilustrada posrevolucionaria.³⁹ La

³⁶ Citado según CALVO-GOLLER, K. N.: *The Trial Proceedings of the International Criminal Court - ICTY and ICTR Precedents*, Nijhoff, Leiden et al., 2006, p. 97 [“which constitute a serious violation of internationally protected human rights”]; véase también ZAPPALA, S.: *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford et al., OUP, 2003, p. 151. El título original rezaba: “Evidence obtained by means contrary to international protected human rights”. [“Prueba obtenida por medios contrarios a los derechos humanos internacionalmente protegidos”] (modificado en la 12ª revisión de las RPP).

³⁷ [“a serious violation of internationally protected human rights”].

³⁸ Como expuesto por CALVO-GOLLER: ob. cit., *supra* nota 36, p. 97 [“no longer a matter of means but one of result”].

³⁹ Véase, por todos, IGNOT, A.: *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846*, Schöningh, Paderborn et al., 2002, p. 163 ss., señalando que la tortura no sólo era considerada como inhumana, sino también cada vez más como ineficiente para la persecución y castigo de los verdaderos criminales.

doctrina coincide en que la imposición de tortura es más adecuada para evaluar la capacidad del sospechoso a soportar el dolor que su lealtad a la verdad.⁴⁰ Claramente, la mayoría de los interrogados bajo tortura admitiría casi todo para frenar la imposición de dolor adicional. En el viejo procedimiento criminal inquisitivo de la época medieval la cuestión de la fiabilidad a menudo conducía a limitar el uso de información que podría ser verificada posteriormente, por ejemplo, registrando el lugar donde el sospechoso torturado había indicado que estaba el arma homicida.⁴¹ La no fiabilidad de la prueba obtenida por tortura fue también una de las razones para la introducción de la regla de exclusión del art. 15 CT-ONU, que será discutida luego con más detalle (3.1.1). Se consideró que invocar tal declaración no fiable ante un tribunal sería contrario al principio del "juicio justo".⁴² En definitiva, aunque la Sala de juicio debería siempre excluir la prueba obtenida por tortura en vista de la "duda sustancial" en cuanto a su fiabilidad, podrían existir aun casos en donde tal prueba tras ser verificada por investigaciones posteriores pueda probarse que era correcta. Por consiguiente, la cuestión crucial en cuanto a su admisibilidad es la siguiente.

2.1.2. ¿LA ADMISIÓN DE PRUEBA OBTENIDA POR MEDIO DE TORTURA SERÍA ANTITÉTICA Y DAÑARÍA GRAVEMENTE LA INTEGRIDAD DEL PROCESO?

Aunque esta parte de la regla 95 no se refiera al método a través del cual la prueba es obtenida, sino a la consecuencia (resultado) de su admisión para el proceso en su conjunto, una Sala de juicio debe también evaluar la prueba a la luz de la manera y las circunstancias que rodearon su obtención. Si la admisión de la prueba sería "antitética a" y si "dañaría gravemente la integridad del proceso" depende de la gravedad de la

⁴⁰ LANGBEIN, J. H.: *Torture and the Law of Proof, Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago, UCP, 2006, p. 8; KÖHNE: ob. cit., *supra* nota 7, n.m. 890; PATTENDEN, R.: "Admissibility in Criminal Proceedings of Third Party and Real Evidence Obtained by Methods Prohibited by UNCAT", en *The International Journal of Evidence & Proof*, 2006, n° 10, pp. 1-41, pp. 6 ss.

⁴¹ LANGBEIN: ob. cit., *supra* nota 40, p. 5.

⁴² BURGERS, J. H., y DANIELIUS, H.: *The United Nations Convention Against Torture - A Handbook on the Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman and Degrading Treatment and Punishment*, M. Nijhoff, Dordrecht et al., 1988, p. 148.

violación cometida para obtener la prueba.⁴³ Como regla es posible decir que con el incremento del nivel de gravedad de la violación aumenta también la probabilidad de que la admisión sea "antitética a" y "dañ[e] gravemente la integridad del proceso".⁴⁴

En cuanto a la prueba obtenida por medio de tortura es posible distinguir entre aquella *obtenida por los investigadores* del tribunal y la lograda por terceros. En el primer caso, puede haber pocas dudas acerca de que tal prueba será considerada como altamente "antitética a" y "dañina para la integridad del proceso" y en consecuencia tendría que ser excluida. Esto se sigue, antes que nada, de la importancia de la prohibición de tortura que el mismo TPIY ha reconocido en su frecuentemente citada decisión en el caso "Furundzija" en donde consideró a esta norma como de *ius cogens*⁴⁵ y como "uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional".⁴⁶ En "Nicolic", la Sala de juicio incluso consideró en un *obiter* que graves maltratos o torturas de un sospechoso pueden constituir un obstáculo a la jurisdicción del tribunal:

"En circunstancias en que un acusado ha sido gravemente maltratado, quizás incluso sometido a (...) tortura, antes de ser entregado al tribunal, esto puede constituir un impedimento jurídico al ejercicio de la jurisdicción sobre tal acusado. Éste sería ciertamente el caso, si personas que actúan en nombre de la Fuerza de Estabilización en Bosnia y Herzegovina o el Procurador estuvieran involucrados en tales gravísimos maltratos (...)."⁴⁷ (...)

⁴³ ["antithetical"] ["Would seriously damage the integrity of the proceedings"].

⁴⁴ ["antithetical"] ["seriously damage the integrity of the proceedings"]. Véase, por ejemplo, "Prosecutor v. Brdjanin", caso IT-99-36-T, Decision on the Defence Objection to Intercept Evidence (Decision 10/2003), párr. 61 ss.

⁴⁵ "Prosecutor v. Furundzija", caso IT-95-17/1, Judgment (10/10/1998), párr. 144, 153 s.

⁴⁶ Idem, párr. 154 ["one of the most fundamental standards of the international community"]; para ulteriores referencias véase AMBOS: ob. cit., *supra* nota 1, p. 265 s.; recientemente MÖHLENBECK, M.: *Das absolute Folterverbot*, Lang, Frankfurt, 2008, p. 39 ss.

⁴⁷ Véase "Prosecutor v. Nikolic", caso IT-94-2-PT, Decision on Defence Motion Challenging the Exercise of Jurisdiction by the Tribunal (9/10/2002), párr. 114; también citado en "Prosecutor v. Nikolic", caso IT-94-2-AR73, Decision on Interlocutory Appeal Concerning Legality of Arrest (June 5, 2003), párr. 28.

No sería apropiado para una Corte de justicia juzgar a una víctima de esos abusos".⁴⁸

De esto se sigue, *a fortiori*, que la prueba obtenida por medio de tortura sería "antitética a" y "dañina para la integridad del proceso" y en consecuencia debería ser excluida. Esto es aplicable no sólo a la prueba obtenida por los investigadores del tribunal, sino también a aquella obtenida por personas que actúan en nombre del tribunal, por ejemplo, las fuerzas de mantenimiento de la paz de la ONU. Otra cuestión es, sin embargo, cómo debe ser tratada la prueba obtenida por otros *terceros* independientes, en particular, las autoridades nacionales, que actúan sin ninguna vinculación con los tribunales. Esta cuestión tiene una gran importancia práctica para todo tribunal penal internacional, dado que normalmente éstos no cuentan con suficiente personal para obtener toda la evidencia y dependen de la cooperación de las autoridades nacionales.⁴⁹

Como ya se afirmó, los tribunales no han tomado una decisión sobre la admisión de prueba obtenida por medio de tortura. Sin embargo, ellos tuvieron que tratar con prueba obtenida por autoridades nacionales en violación de los derechos de los sospechosos aplicables ante esos tribunales. Así, la Sala en "Celebici" se enfrentó con la cuestión de si podía admitir prueba que había sido obtenida durante un interrogatorio llevado a cabo por la policía austriaca en ausencia del abogado del sospechoso. Aunque el derecho nacional aplicable (austriaco) de la época no preveía un derecho a la defensa técnica durante el interrogatorio policial y, en consecuencia, la prueba había sido legalmente obtenida según el derecho austriaco,⁵⁰ la Sala de juicio sostuvo que el procedimiento austriaco lesionaba el derecho a la defensa técnica según el

⁴⁸ "Prosecutor v. Nikolic" (June 5, 2003), cit., *supra* nota 47, párr. 30 ["In circumstances where an accused is very seriously mistreated, maybe even subject to (...) torture, before being handed over to the Tribunal, this may constitute a legal impediment to the exercise of jurisdiction over such an accused. This would certainly be the case where persons acting for SFOR or the Prosecution were involved in such very serious mistreatment (...). (...) it would be inappropriate for a court of law to try a victim of these abuses"].

⁴⁹ SAFFERLING: ob. cit., *supra* nota 31, p. 292.

⁵⁰ La nueva Ordenanza Procesal Penal de 2004 concede tal derecho, véase la sección 164 (2).

art. 18 (3) del Estatuto del TPIY y que, en consecuencia, las declaraciones hechas ante la policía eran inadmisibles en el proceso.⁵¹ Una posición similar parece haberse tomado en la primera decisión de apelación del TPIR en el caso "Barayagwiza".⁵² La cuestión era si la excesiva duración de la detención provisional del acusado en Camerún (sin ser informado inmediatamente sobre los cargos en su contra) convertiría a su arresto, de otro modo legítimo, en ilegítimo y podría constituir un obstáculo a la jurisdicción (personal) del Tribunal sobre la base de la "doctrina del abuso de proceso". La Sala de Apelación respondió esta cuestión de manera afirmativa, separó la cuestión del órgano responsable por la duración de la detención del efecto de la violación como tal:

"Incluso si la culpa es compartida entre los tres órganos de los tribunales — o es el resultado de la acción de un tercero, como Camerún—, esto socavaría la integridad del proceso judicial para proceder. Además, sería injusto para el apelante enfrentar un juicio sobre esas acusaciones si sus derechos fueron abiertamente violados. Por consiguiente, para la doctrina del abuso de proceso es irrelevante qué entidad o entidades fueron responsables por las alegadas violaciones de los derechos del apelante".⁵³

Aunque esto se sigue, otra vez *a fortiori*, de que la prueba obtenida por medio de tortura nunca puede ser admitida, una sala de apelación diferente modificó posteriormente esta decisión, centrándose sobre las responsabilidades (organizacionales) por la duración de la detención y denegando un recurso por una lesión de los derechos del acusado, pues esto era responsabilidad principal

⁵¹ "Prosecutor v. Delalic et al.", case IT-96-21-T, Decision on Zdravko Mucic's Motion for the Exclusion of Evidence (Sept. 2, 1997), párr. 52.

⁵² "Prosecutor v. Barayagwiza", caso ICTR-97-19-AR72, Decision (Nov. 3, 1999).

⁵³ Ídem, párr. 73 ["even if fault is shared between the three organs of the Tribunals —or is the result of the action of a third party, such as Cameroon— it would undermine the integrity of the judicial process to proceed. Furthermore it would be unfair for the Appellant to stand trial on these charges if his rights were egregiously violated. Thus, under the abuse of process doctrine, it is irrelevant which entity or entities were responsible for the alleged violations of the Appellant's right"].

de terceros.⁵⁴ De manera similar, en "Brdjanin", una sala de juicio admitió transcripciones de conversaciones telefónicas interceptadas (ilegalmente) por fuerzas de seguridad de Bosnia y Herzegovina con el argumento de que la "función de este Tribunal no es disuadir y sancionar la conducta ilegal de las autoridades de investigación locales excluyendo la prueba obtenida ilegalmente".⁵⁵ En otras decisiones el TPIR se ha abstenido de supervisar la legalidad de los actos de autoridades nacionales.⁵⁶

Tras resumir esta jurisprudencia, es claro que los tribunales no admitirían prueba obtenida mediante tortura por sus propios investigadores o por fuerzas que actúan en su nombre (como, p. ej., la Fuerza de Estabilización —SFOR— en "Nikolic"), pero no es claro cómo tratarían a tal prueba si fuera producida por terceros que actúen de manera completamente independiente. Voy a sostener que la prueba obtenida por medio de tortura no debe ser admitida bajo ninguna circunstancia, independientemente de su proveniencia. Dado el estatus de la prohibición de la tortura como "uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional",⁵⁷ ésta no puede ser comparada con lesiones ordinarias o menores de reglas de procedimiento. Incluso en estos casos los tribunales no ignoran la infracción, pero, en ciertas ocasiones, conceden preeminencia a la importancia de la prueba para el proceso concreto; en este contexto, el hecho de que la prueba fue cometida por un

⁵⁴ "Prosecutor v. Barayagwiza", caso ICTR-97-19-AR72, Decision (Mar. 31, 2000), párr. 71, refiriéndose a nuevos hechos que "diminish the role played by the failings of the prosecutor as well as the intensity of the violation of the rights of the appellant" ["disminuyen el rol jugado por los defectos del procurador, así como la intensidad de la violación de los derechos del apelante"].

⁵⁵ Véase "Prosecutor v. Brdjanin", cit., *supra* nota 44, párr. 63 (nº 9) ["function of this Tribunal is not to deter and punish illegal conduct by domestic law enforcement authorities by excluding illegally obtained evidence"]; véase también "Prosecutor v. Kordic et al.", caso IT-95-14/2-T, Oral Decision of Judge May (Feb. 2, 2000), Transcript 13671: "It's not the duty of this Tribunal to discipline armies or anything of that sort" ["No es deber de este Tribunal el disciplinar ejércitos o nada semejante"] (referida en "Brdjanin", como citada).

⁵⁶ Véase SLUTER, G.: "International Criminal Proceedings and the Protection of Human Rights", en *New England Law Review*, 2002-2003, nº 37, pp. 935-948, p. 941 con varias referencias en la nota 25.

⁵⁷ *Supra* nota 46 ["one of the most fundamental standards of the international community"].

tercero puede jugar un papel a favor de su admisión. En otras palabras, la responsabilidad personal o de la organización por la infracción, esto es, la cuestión de si la infracción puede ser imputada a los tribunales es sólo un aspecto a tener en cuenta en la ponderación de intereses.⁵⁸ Claramente, el resultado de esta ponderación cambia con la gravedad de la infracción procesal en cuestión y las consideraciones a favor de la admisión de pruebas no pueden superar a una violación de una prohibición tan importante como la prohibición de tortura.⁵⁹ En otras palabras, la regla procesal —*in casu* la prohibición de obtener prueba mediante tortura— puede adquirir una importancia tal que impida cualquier ponderación de intereses y que, en consecuencia, su infracción importe necesariamente la exclusión de la prueba respectiva. Del mismo modo, la "doctrina de la bandeja de plata" de la Corte Suprema de los EE.UU.,⁶⁰ sobre cuya base la prueba obtenida por particulares o por un gobierno extranjero estaba generalmente permitida,⁶¹ ha sido limitada cuando la infracción procesal, como en el caso de la tortura, "conmueve la conciencia de la Corte americana".⁶²

⁵⁸ Tal ponderación también puede ser identificada en "Brdjanin", cit., *supra* nota 44, párr. 63 (nº 7) y 63 (nº 8) donde la Sala expresa (con referencia a "Prosecutor v. Delalic et al.", case IT-96-21-T, Decision on the Tendering of Prosecution Exhibits 104-108 (Feb. 9, 1998) párr. 18-20) que su tarea sería puesta en peligro si la prueba no pudiera ser admitida a causa de "a minor breach of procedural rules" ["una violación menor a reglas de procedimiento"], dada la gravedad de los casos que ella debe resolver en general e *in casu* dada la gravedad de los cargos contra el acusado. En consecuencia, "it would be utterly inappropriate to exclude relevant evidence due to procedural considerations, as long as the fairness of the trial is guaranteed" ["sería completamente inapropiado excluir prueba relevante debido a consideraciones de procedimiento, en tanto en cuanto la lealtad del juicio esté garantizada"].

⁵⁹ En forma similar SLUTER: ob. cit., *supra* nota 56, pp. 946-947, enfatizando la naturaleza de la violación.

⁶⁰ Sobre la base de la doctrina ("nacional") de la bandeja de plata ["silver platter doctrine"], originalmente la Corte Suprema también permitió el uso en las Cortes federales de prueba que había sido obtenida ilegalmente por oficiales de los Estados. Pero posteriormente denunció esta posición en el caso "Elkins v. United States", 364 US 206, 80 S.Ct. 1437 US (1960), véase WORRALL, J. L.: *Criminal Procedure*, Boston, Pearson Allyn & Bacon, 2ª ed., 2007, p. 55.

⁶¹ "United States v. Janis", 428 US 433, 455 n. 31 (1976).

⁶² "United States v. Fernández-Caro", 677 F. Supp. 893, 894 (S.D. Tex. 1987) ["shocks the conscience of American court"]; "If conduct of foreign officers 'shocks the conscience of American court, fruits of their mischief

Hay consideraciones adicionales, basadas en el derecho de los tribunales, que hablan en contra de admitir prueba obtenida por medio de tortura aun cuando fuera obtenida por terceros. Primero, la obligación de los tribunales establecida en sus estatutos de asegurar que el proceso sea justo y rápido (art. 20 [1] TPIY, art. 19 [1] TPIR) se extiende a violaciones de reglas procesales anteriores al juicio, dado que ellas pueden afectar el carácter de justo del proceso como tal. Esto significa que tales violaciones deben ser consideradas y no pueden ser despachadas con consideraciones meramente organizacionales relacionadas con la responsabilidad por la violación.⁶³ Segundo, la regla 95 debe ser interpretada a la luz de su versión original que, como fue explicado arriba, claramente prohibía la admisión de prueba obtenida mediante tortura. La modificación de la regla no tuvo el propósito de limitar, sino de ampliar los derechos del acusado.⁶⁴ Tercero, la misma Sala en el caso "Brdjanin" emitió el 15 de febrero de 2002 una decisión sobre los estándares que gobiernan la admisibilidad de la prueba (*Order on the Standards Governing the Admissibility of Evidence*) donde estableció que las "declaraciones que no son voluntarias, sino que son obtenidas de los sospechosos por medio de una conducta opresiva, no pueden pasar el examen de la regla 95".⁶⁵ De manera similar, dentro del marco del procedimiento de admisión de culpabilidad (*guilty plea*) (regla 62 bis), la admisión debe ser hecha volunta-

will be excluded under Fourth Amendment". ["Si la conducta de oficiales extranjeros conmueve la conciencia de la Corte Americana, los frutos de su ilícito serán excluidos bajo la Cuarta Enmienda"]. Véase recientemente SCHARF, M. P.: "Tainted provenance: When, if ever, should Torture Evidence be admissible?", en *Washington and Lee Law Review*, n° 65, 2008, pp. 129-172, p. 151 ss., extendiendo este argumento al uso por los tribunales de prueba obtenida por terceros mediante tortura.

⁶³ Conf. SLUTER: ob. cit., *supra* nota 56, pp. 942 ss. argumenta incluso que "every human rights violation", ["toda violación a derechos humanos"] debe ser tomada en consideración.

⁶⁴ ZAPPALA: ob. cit., *supra* nota 36, refiriéndose al Segundo informe anual del TPIY (*ICTY Second Annual Report*), párr. 26 incluida la nota 9 en conjunto con el título ("To broaden the rights of suspects and accused persons"), disponible en internet: www.un.org/icty/rappannu-e/1995/index.htm (consultado por última vez el 19/2/2008).

⁶⁵ "Prosecutor v. Brdjanin", cit., *supra* nota 44, párr. 67, ["statements, which are not voluntary but are obtained from suspects by oppressive conduct, cannot pass the test under Rule 95 of the Rules"].

riamente para que sea aceptada como una confesión.⁶⁶ Esto muestra que la voluntariedad, que siempre es anulada con la tortura, es un presupuesto para que la declaración sea admitida.⁶⁷ Cuarto, hay un argumento teleológico con respecto a los crímenes de competencia de los tribunales: si la tortura es parte de esos crímenes (como un crimen contra la humanidad o un crimen de guerra, art. 2° [b], art. 5° [f] Estatuto del TPIY y art. 3° [f], art. 4° [a] Estatuto del TPIR) sería contradictorio que los tribunales pudieran admitir prueba obtenida por una conducta que ellos mismos deben juzgar.⁶⁸ El argumento no puede ser refutado con el razonamiento de que los tribunales tienen que juzgar los "crímenes más graves conocidos por la humanidad"⁶⁹ y de que, en consecuencia, está justificado un enfoque más flexible

⁶⁶ Conf. la regla 62 bis RPP-TPIY que establece: "If an accused pleads guilty in accordance with Rule 62 (vi), or requests to change his or her plea to guilty and the Trial Chamber is satisfied that: i) the guilty plea has been made voluntarily; [...]" ["Si un acusado se declara culpable de acuerdo con la regla 62 (vi) o solicita cambiar su manifestación y declararse culpable y la Sala de juicio está satisfecha con que: 1) la declaración de culpabilidad ha sido hecho voluntariamente; (...)] (bastardilla agregada).

⁶⁷ Claramente, la analogía con la declaración de culpabilidad se basa en la premisa de que es una confesión, y como tal un elemento de prueba (conf. *Blackstone's Criminal Practice 2009*, Oxford, F17.2 (s. 2645): "A plea of guilty is a confession for the purposes of PACE 1984, s. 82(1), and as such admissible in evidence provided that the provisions of s. 76 (2) are complied with" ["Una declaración de culpabilidad es una confesión a los fines de PACE 1984, s. 82 (1), y como tal es admisible como prueba si están dadas las previsiones de la sec. 76 (2)]. Estrictamente hablando, sin embargo, se trata solo de un acto forense y su admisión en la prueba puede variar de acuerdo con las circunstancias del caso (conf. "R v. Rimmer", [1972] 1 WLR 268 CA, mentado por Blackstone tal como se cita *supra*, pero remarcando la importancia de los "facts of the case" ["hechos del caso"] y de la discreción judicial, y afirmando que una declaración va a ser solo "rarely" ["raramente"] admitida en la prueba [272]; véase también, recientemente, "R v. Adams" (Ishmael) [2008] 1 Cr App R 35, [2007] EWCA Crim 3025: "Whether a suggestion of a plea at a case management hearing is or is not a provable admission or is or is not a safe basis for identifying what the issue is will vary from case to case". ["Si la sugerencia de una declaración de culpabilidad en la audiencia preliminar de un caso es o no es un reconocimiento demostrable, o es o no es una base segura para identificar cuál es la cuestión, va a variar de caso a caso"].

⁶⁸ En forma similar PATTENDEN: ob. cit., *supra* nota 40, p. 15.

⁶⁹ ["gravest crimes that are known to mankind"].

para la admisión de la prueba obtenida (por medio de tortura).⁷⁰ Este no es un argumento material, sino el procesal discutido arriba con respecto a la ponderación de intereses. Por consiguiente, son aplicables los mismos contraargumentos: hay un límite a la ponderación de si uno de los valores en juego es absoluto, esto es, *in casu* el valor absoluto de la prohibición de tortura.

2.2. La Corte Penal Internacional

La situación ante la CPI es esencialmente la misma. El art. 69 (7) del Estatuto de la CPI —*lex specialis* respecto de la regla general de admisibilidad del apartado 4) del mismo artículo—⁷¹ repite la (nueva) regla 95 de las RPP de los TPIY/TPIR y establece:

“No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando: a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él”.

De este modo, en principio, la prueba obtenida en violación de derechos humanos no es *per se* inadmisibile, sino que la decisión depende de su fiabilidad y sus efectos sobre la integridad del proceso. Así, en el caso “Lubanga”⁷² la defensa invocó una violación al art. 33 del Código Procesal Penal congolés por un allanamiento que se había realizado en la vivienda de Lubanga sin que él se encontrase presente.⁷³ Si bien la Sala de Cuestiones Preliminares (*Pre-Trial Chamber*) reconoció una violación del principio de proporcionalidad y por tanto una violación de “derechos humanos internacionalmente reconocidos” no declaró inadmisibile la prueba en cuestión ya que consideró que en el

⁷⁰ SCHARF: ob. cit., *supra* nota 62, p. 155.

⁷¹ El art. 69 (4) se centra en el “valor probatorio” de la evidencia y en el posible “perjuicio” para un juicio justo. Véase también PIRAGOFF, D. K., en TRIFFTERER, O. (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Wien, NWV, Viena, 2ª ed. 2008, art. 69, n.m. 9. Las RPP-CPI no contienen reglas más concretas, véanse las reglas 63 ss.

⁷² “Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo”, case ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges (Jan 29, 2007).

⁷³ Ídem, párrs. 62 ss.

caso concreto dicha violación no afectaba la “fiabilidad” de tal prueba ni perjudicaba la integridad del proceso.⁷⁴ La Sala consideró, con base en la revisión de la jurisprudencia relevante, que únicamente graves violaciones pueden acarrear la exclusión de la prueba, agregó sin embargo que la prueba sólo era admisible “a los fines de la audiencia de confirmación”, enfatizando además el “alcance limitado” de tal audiencia así como la posibilidad de que la Sala de Primera Instancia (*Trial Chamber*) se pronuncie en forma diferente respecto de la admisibilidad de la prueba en cuestión.⁷⁵

En cuanto a la prueba obtenida por medio de tortura, las mismas consideraciones antes efectuadas conducirían a su inadmisibilidad absoluta.⁷⁶ Esto es aplicable a toda la prueba obtenida por medio de tortura independientemente de su fuente o su efecto a favor o en contra del acusado.⁷⁷ Del párr. 8º del art. 69⁷⁸ se deriva la irrelevancia para la CPI del derecho nacional, dado que la Corte no se pronunciará sobre la “aplicación” de dicho derecho. Consecuentemente, la CPI debe juzgar la admisibilidad sobre la base de su derecho; en particular, su “aplicación e interpretación (...) deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (art. 21 [3]). Esta clara referencia a derechos humanos fundamentales, tal

⁷⁴ Ídem, párrs. 81 ss. (“internationally recognised human rights”), párr. 85 (“reliability”).

⁷⁵ Ídem, párrs. 86 ss., párr. 90 (“for the purpose of the confirmation hearing”), [“limited scope”].

⁷⁶ Para el mismo resultado CALVO-GOLLER: ob. cit., *supra* nota 36, p. 286, “The difficulty does not lie in cases of evidence obtained by means of grave breaches of an internationally recognized human right, such as torture for example, but by means of less severe measures” [“La dificultad no radica en los casos de prueba obtenida por medio de graves violaciones a un derecho humano internacionalmente reconocido, tal como la tortura por ejemplo, sino a través de medidas menos severas”]. Véase también PIRAGOFF: ob. cit., *supra* nota 71, art. 69, n.m. 66 (“no distinction between evidence proffered by the Prosecutor or the accused, or requested by the Court” [“ninguna distinción entre prueba ofrecida por el Procurador o el acusado, o requerida por la Corte”]). El punto sin embargo es contravertido, en cuanto a prueba obtenida mediante tortura utilizada en contra del torturador véase la discusión de la postura de SCHARF: ob. cit., *infra* notas 95 ss.

⁷⁷ Véase también PIRAGOFF: ob. cit., *supra* nota 71, art. 69, n.m. 66 (“no distinction between evidence proffered by the Prosecutor or the accused, or requested by the Court” [“ninguna distinción entre prueba ofrecida por el Procurador o el acusado, o requerida por la Corte”]). El punto sin embargo es contravertido, en cuanto a prueba obtenida mediante tortura utilizada en contra del torturador véase la discusión de la postura de SCHARF: ob. cit., *infra* notas 95 ss.

⁷⁸ Art. 69 (8) ECPI: “La Corte, al decidir sobre la pertinencia o la admisibilidad de las pruebas presentadas por un Estado, no podrá pronunciarse sobre la aplicación del derecho interno de ese Estado”.

como la libertad frente a la tortura, es un fuerte argumento adicional de que hay “algunas violaciones que, por su naturaleza, son tan crasas o tan incompatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos que la admisión de prueba obtenida” por tales medios siempre será “antitética” a y “dañina” para la integridad del proceso.⁷⁹ *Last but not least*, con respecto al procedimiento de admisión de culpabilidad previsto en el art. 65 del Estatuto de la CPI también se reconoce que tal admisión debe hacerse “voluntariamente” (véase art. 65 [1] [b]) y que sería “nula e inválida”⁸⁰ si fuera obtenida por medio de tortura.

2.3. Primera conclusión intermedia con respecto al uso supranacional de prueba obtenida por medio de tortura

El uso supranacional de prueba obtenida por medio de tortura es siempre inadmisibles. Tal evidencia no es fiable y, más importante, su uso es “antitético a” y “dañina para la integridad del proceso”. Para considerar inadmisibles a esta prueba es suficiente con que exista uno de estos dos defectos, dado que la regla 95 TPIY/TPIR y el art. 69 (7) del Estatuto de la CPI prevén una formulación alternativa (“o”). Una distinción entre prueba obtenida por medio de tortura por los investigadores del tribunal o por terceros no puede ser hecha razonablemente, ya que sólo minaría la regla general que espera que los tribunales penales internacionales —como modelos para la justicia penal nacional— respeten completamente los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Esto implica que estos tribunales no pueden utilizar prueba obtenida en violación de estos derechos. Como ha señalado Sluiter:

“Como modelos para la justicia penal internacional, puede esperarse que el TPIY y el TPIR respeten plenamente los derechos humanos internacionalmente protegidos. A largo plazo, el apoyo a y la confianza en formas de atribución penal internacional, incluyendo la reciente-

⁷⁹ PIRAGOFF: ob. cit., *supra* nota 71, art. 69, n.m. 71 [“some violations which, by their nature, are always so egregious or so inconsistent with internationally recognized human rights that the admission of evidence obtained”]; véase también PATTENDEN: ob. cit., *supra* nota 40, p. 15.

⁸⁰ GUARIGLIA, F., y HDCHMAYR, G. en TRIFFTERER, O. (eds.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., NWV, Viena, 2008, art. 65, n.m. 25.

temente establecida Corte Penal Internacional (CPI), dependerá de si los tribunales pueden hacer honor a esta expectativa o no”.⁸¹

3. El uso transnacional de prueba obtenida mediante tortura

El uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura ha sido objeto de dos decisiones recientes de cortes superiores en Gran Bretaña y Alemania. Ambas pueden informar nuestra discusión y servir como casos modelo.

En el caso “A and others v. Secretary of State for the Home Department”⁸² la Cámara de los Lores británica (*House of Lords*) tenía que decidir si los tribunales británicos podían admitir como prueba declaraciones que habían sido obtenidas por medio de tortura por oficiales de un Estado extranjero sin estar involucradas las autoridades británicas. Los recurrentes fueron detenidos en aplicación de la Sección 23 de la Ley sobre Antiterrorismo, Crimen y Seguridad (*Anti-terrorism, Crime and Security Act*) de 2001.⁸³ La disposición autoriza la detención por un período indefinido de sospechosos certificado como terroristas internacionales según la Sección 21 de esa ley si, por razones jurídicas o prácticas, es imposible deportarlos. La persona certificada terrorista según la Sección 21 puede apelar a la Comisión de Apelación Especial de inmigración (*Special Immigration Appeals Commission* —SIAC—) contra la certificación al argumentar que no hay motivos razonables para la sospecha (véase la Sección

⁸¹ SLUITER: ob. cit., *supra* nota 56, p. 935 [“As models for international criminal justice, the ICTY and the ICTR may be expected to fully respect internationally protected human rights. In the long run, the support for and confidence in forms of international criminal adjudication, including the recently established permanent international criminal court (ICC) will depend on whether or not the tribunals can live up to this expectation”].

⁸² “A and Others v. Secretary of State for the Home Department” (nº 2) [2005] UKHL 71, [2005] 3 WLR 1249, disponible también en internet: www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051208/aand-1.htm (consultada por última vez el 25/2/2008) [en adelante *A and Others*, HL].

⁸³ Las secciones 21 a 32 de esta ley han sido revocadas por la Prevention of Terrorism Act 2005 [“Ley de prevención de Terrorismo de 2005”], la cual fue luego enmendada por la Counter-Terrorism Act 2008 [“Ley de Contra-Terrorismo”] (véase www.statutelaw.gov.uk) (véase también WALKER, C.: “Keeping Control of Terrorists without Losing Control of Constitutionalism”, en *Stanford Law Review*, 2007, pp. 1395-1463).

25 de la ley). Los recurrentes sostuvieron que el Secretario de Estado se había basado ilegalmente para la emisión de los certificados en prueba obtenida por medio de tortura proporcionada por otro Estado. Sin embargo, la SIAC sostuvo que la prueba, en la cual se fundaba (en parte) la sospecha, podía ser usada y en consecuencia rechazó la apelación. La Corte de Apelación para Inglaterra y Gales confirmó esa decisión. El 8 de diciembre de 2005, la Cámara de los Lores, concordante con la posición de los recurrentes, anuló la decisión por unanimidad, al sostener que el *common law* prohíbe la admisión de prueba obtenida por medio de tortura "independientemente de dónde, o por quién o con base en qué autoridad fue impuesta la tortura".⁸⁴

En su decisión del 14 de junio de 2005, el Tribunal Superior estadual de Hamburgo (*Oberlandesgericht*) tuvo que tratar con una cuestión similar en el caso "El Motassadeq".⁸⁵ Motassadeq fue imputado de un delito similar a la conspiración previsto en el § 30 (2) tercera alternativa del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*)⁸⁶ en relación con los ataques del 11 de Septiembre. El Departamento de Estado de los EE.UU. proporcionó, vía fax, resúmenes de declaraciones de tres miembros de Al Qaeda de alta jerarquía prestadas en interrogatorios cumplidos por autoridades estadounidenses mientras esas personas estaban detenidas.⁸⁷ A causa de la sospecha general, basada en informes de prensa y de organismos de derechos humanos, de que los miembros de Al Qaeda eran sometidos a tortura, el Tribunal buscó información sobre el lugar y las circunstancias de los interrogatorios; pero tal información no pudo ser obtenida. Si bien el tribunal admitió en última instancia las declaraciones como evidencia —dado que, con base en la libre aprecia-

⁸⁴ "A and Others", HL, cit. *supra* nota 78, § 10 (lord Bingham) ["irrespective of where, or by whom, or on whose authority the torture was inflicted"].

⁸⁵ OLG Hamburg, decisión del 14/6/2005, reeditada en *NJW*, 2005, n° 58, pp. 2326 ss., p. 2326 [en adelante OLG Hamburg, "El Motassadeq"].

⁸⁶ Acuerdo con otro para cometer un crimen o instigar a cometerlo.

⁸⁷ No es claro dónde exactamente estaban detenidos los testigos. El Tribunal Superior estadual de Hamburgo (OLG Hamburg, "El Motassadeq", cit., *supra* nota 81, p. 2327) expresó que ellos estaban "...mit hoher Wahrscheinlichkeit zumindest im Zugriffsbereich der Administration der USA..." ["...con alta probabilidad al menos dentro del ámbito de la administración de los EE.UU..."].

ción de la prueba disponible, la tortura no pudo ser probada (sobre la delicada cuestión de la carga y el estándar de la prueba, véase más detalladamente *infra* 3— también declaró, en un *obiter*, que ninguna declaración obtenida por tortura —sin importar su proveniencia (autoridades nacionales o extranjeras)— puede ser admitida como prueba.⁸⁸

Si se comparan estos dos casos, lo más llamativo es que en ninguno de ellos las autoridades nacionales estaban involucradas en la obtención de la prueba respectiva. Según la distinción hecha en la introducción, entre la obtención proactiva de la prueba mediante el traslado del sospechoso a Estados que practican la tortura (primera situación) y la obtención más bien accidental de tal evidencia (segunda situación), estos casos corresponden a la segunda situación. Sin embargo, si (aun) en esta situación la admisión de prueba obtenida por medio de tortura debe ser considerada legalmente imposible, entonces lo mismo vale *a fortiori* para la primera situación. En cuanto al subsiguiente análisis esto significa que la segunda situación debe ser examinada en primer lugar y la primera sólo debe serlo si la prueba obtenida por medio de tortura es considerada admisible en esta (segunda) situación.

⁸⁸ OLG, Hamburg, "El Motassadeq", cit., *supra* nota 81, p. 2326, se refiere en el segundo principio guía ("Leitsatz") de la sentencia al art. 15 de la CT-ONU y aplica esta disposición a testimonios obtenidos bajo tortura por autoridades extranjeras ("...Verbot der gerichtlichen Verwertung von durch Folter herbeigeführten Aussagen, das... auch bei im Ausland durch Organe anderer Staaten mittels Einsatzes von Folter herbeigeführten Aussagen eingreift" ["...prohibición de valoración judicial de declaraciones provocadas por medio de tortura, que... también opera en caso de declaraciones provocadas por medio de tortura en el extranjero por parte de órganos de otros Estados"]. Además, en su tercer principio guía, el Tribunal sostuvo que el § 136a OPP también es aplicable, por analogía, si tales medios de interrogación prohibidos son practicados por autoridades extranjeras y constituyen una flagrante violación de la dignidad humana ("...auf die Anwendung unzulässiger Vernehmungsmethoden durch Angehörige anderer Staaten entsprechend anwendbar, sofern die Erkenntnisse, um deren Verwertung es geht, unter besonderes krassem Verstoß gegen die Menschenwürde zu Stande gekommen sind" ["...aplicable correspondientemente a la utilización de métodos de interrogación inadmisibles por parte de miembros de otros Estados, en tanto los reconocimientos, de cuya valoración se trata, hayan sido obtenidos a través de una violación especialmente crasa de la dignidad humana"].

3.1. El uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura a la luz del derecho internacional

El uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura puede ser incompatible con el art. 15 CT-ONU y el principio del juicio justo tal como es reconocido especialmente en el art. 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la jurisprudencia respectiva.

3.1.1. ART. 15 CT-ONU

a) *Ratio y alcance*

El art. 15 CT-ONU es la única regla universal⁸⁹ que explícitamente excluye la prueba obtenida por medio de tortura:

“Todo Estado parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”.

Los *travaux* de la CT-ONU⁹⁰ demuestran que esta regla obligatoria fue incluida en la Convención esencialmente por dos razones: la primera era la salvaguarda de la lealtad del proceso, dado que toda declaración hecha bajo tortura es, como ya ha sido antes expuesto, susceptible de ser no fiable. La segunda razón era para desalentar el uso de la tortura, eliminando uno de sus principales incentivos para aplicarla. Además, en última instancia, el art. 15 CT-ONU refleja el “más amplio principio”,⁹¹ también expresado en la regla 95 de las RPP de los TPIYI/TPIR y en el art. 69 (7) (b) Estatuto de la CPI, de la salvaguarda

⁸⁹ La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Adoptada en la Asamblea General de la OEA, en su 15º Período Ordinario de Sesiones, Cartagena de Indias, Colombia, 9/12/1985) tiene una regla similar en su art. 10: “Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por este medio el acusado obtuvo tal declaración”.

⁹⁰ Tal como narrado por BURGER-DANIELS: ob. cit., *supra* nota 42, p. 148.

⁹¹ “A and Others”, HL, cit., *supra* nota 78, párr. 39 (lord Bingham) [“wider principle”].

de la integridad del proceso (judicial).⁹² Al impedir el uso de la prueba obtenida por medio de tortura en el proceso judicial, el art. 15 CT-ONU no sólo asegura que sea excluida la prueba no fiable, sino también la prueba que “abusa[ria] y degrada[ria] el proceso”⁹³ e “involucra[ria] al Estado en una contaminación moral”.⁹⁴ El art. 15 CT-ONU no sólo es aplicable —obviamente— a la situación “clásica” en que el Estado utiliza la prueba que él mismo ha obtenido en un juicio penal contra el acusado (torturado),⁹⁵ sino también a la prueba obtenida mediante tortura en otro Estado. Esto se sigue ya de una interpretación literal, dado que el art. 15 CT-ONU no limita la exclusión a la prueba propia (nacional) obtenida mediante tortura, sino que establece de manera general que “ninguna declaración (...) hecha como resultado de tortura” será invocada como prueba “en ningún procedimiento”, esto es, la prueba obtenida mediante tortura no es admisible independientemente de su proveniencia,⁹⁶ incluso

⁹² La disposición no se extiende a los procedimientos administrativos llevados a cabo por la rama ejecutiva; para una discusión THIENEL, T.: “Foreign Acts of Torture and the Admissibility of Evidence”, *JICJ*, 2006, n° 4, pp. 401-409, p. 406.

⁹³ “A and Others”, HL, *supra* nota 78, para. 39 (lord Bingham) [“abuse and degrade the proceedings”]. Lord Bingham remite a “United States v. Toscanino”, 500 F.2d 267, 276 (2d Cir. 1974) pero esta Corte lo expresó de una manera un poco diferente: “Drawing again from the field of civil procedure, we think a federal court’s criminal process is abused or degraded where it is executed against a defendant who has been brought into the territory of the United States by the methods alleged here” [“Partiendo otra vez del campo del proceso civil pensamos que un proceso penal ante una Corte federal es abusado o degradado cuando se ejecuta contra un acusado que ha sido traído al territorio de los EE.UU. por los métodos aquí alegados”].

⁹⁴ “The people (Attorney General) v. O’Brien” (1965) IR 142, 150 [“involve the state in moral defilement”]; reimpresso en “A and Others”, HL, cit., *supra* nota 78, párr. 17, 39 (lord Bingham).

⁹⁵ Esto es, prueba obtenida aplicando tortura al acusado o a otras personas que puedan incriminar al acusado; al respecto, véase THIENEL: ob. cit., *supra* nota 3, pp. 358-359; PATTENDEN: ob. cit., *supra* nota 40, p. 7; sobre la aplicación de prueba derivada, esto es, de prueba obtenida a partir de una declaración hecha bajo tortura, véase PATTENDEN: ob. cit., *supra* nota 40, pp. 8-10.

⁹⁶ Para el mismo resultado BUHA, T.: “Folter und Völkerrecht”, en *Das Parlament, Aus Politik und Zeitgeschichte*, 2006, n° 36, disponible en internet: www.bundestag.de/dasparlament/2006/36/Beilage/003.html (consultado por última vez el 25/2/2008); THIENEL: ob. cit., *supra* nota 3, pp. 360-361; PATTENDEN: *supra* nota 40, p. 10; véase también OLG Hamburg, “El Motassadeq”, cit., *supra* nota 81, segundo principio guía como citado *supra* en la nota 84.

ve la prueba que se haya obtenido con base en aquélla (efecto extendido).⁹⁷ El ilimitado alcance de la disposición puede ser explicado por su *ratio*, a saber, eliminar incentivos para el uso de tortura, así como impedir la producción de prueba no fiable y cualquier perjuicio a la integridad del proceso; la proveniencia de la prueba no altera su naturaleza ilícita y sus efectos negativos. Además, si los proyectistas hubieran querido limitar el alcance de la disposición, ellos fácilmente hubieran podido hacer lo que hicieron con respecto a otras obligaciones que surgen de la CT-ONU (véase, por ejemplo, el art. 2º [1], 12 y 13).⁹⁸ De hecho, ellos han actuado así con respecto a la utilización (excepcional) de la prueba obtenida mediante tortura en contra del torturador con el fin de probar la existencia de la declaración bajo tortura (véase el art. 15, última parte). Sin embargo, una aplicación extensiva de esta excepción por vía de analogía a otros casos contra el torturador, como recientemente ha sugerido Scharf,⁹⁹ ha de ser rechazada.

Scharf sostiene que las declaraciones biográficas de los detenidos del centro de tortura Tuol Sleng de los Jemeres Rojos (*Khmer rouges*) deberían ser admitidas como prueba en el juicio contra los líderes de ese grupo ante las Cámaras extraordinarias del Tribunal Internacional establecido por la ONU.¹⁰⁰ Scharf es bien consciente del riesgo de que tal excepción socave el art. 15 CT-ONU y en consecuencia propone cuatro criterios que deberían ser satisfechos para que un tribunal pueda considerar prueba obtenida mediante tortura. Primero, tal prueba nunca debe ser utilizada en un proceso donde la víctima de

⁹⁷ NOWAK, M., y Mc ARTHUR, E.: *The UN Convention against Torture*, OUP, Oxford et al., 2008, art. 15 n.m. 2, pp. 75 ss., 88; conchs. ESER, A: "EGMR in Sachen Gägen v. Deutschland (22978/05), Urt. v. 30.06.2008", en *NSZ*, 2008, pp. 657-662; p. 659; en el resultado también MÖHLENBECK: ob. cit., *supra* nota 46, p. 162 ss.

⁹⁸ "A and Others v. Secretary of State for the home Department" (nº 2) [2004] EWCA Civ 1123 [2005] 1 WLR 414, también disponible en internet: www.bailli.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/1123.html (consultado por última vez el 25/2/2008), párr. 448 [en adelante *A and Others*, EWCA].

⁹⁹ SCHARF: ob. cit., *supra* nota 62, pp. 159 ss.

¹⁰⁰ Véase www.eccc.gov.kh; para una explicación general del marco jurídico véase KASHYAP, S.: "The Framework of Prosecutions in Cambodia", en AMBOS, K., y OTHMAN, M.: *New Approaches in International Criminal Justice*, Iuscrim, Friburgo, 2003, pp. 189-205.

dicho abuso es el acusado. Segundo, nunca debe ser utilizada cuando las autoridades de persecución estuvieran directa o indirectamente involucradas en los actos de maltrato. Tercero, tal prueba tampoco debe ser considerada a menos que fuera suficientemente corroborada. Cuarto, no debería ser admitida si, con esfuerzos razonables, la autoridad de persecución pudiera obtener prueba no manchada que fuera efectiva para establecer la responsabilidad penal.¹⁰¹ Aunque sea difícil de aceptar que acusados como los líderes de los Jemeres Rojos saquen ventaja del art. 15 CT-ONU, esto es, una disposición que ciertamente no estaba destinada a ampararlos frente a la responsabilidad penal, el daño causado a la legitimidad de un proceso contra torturadores *que se basa esencialmente en prueba obtenida mediante tortura* no debería ser subestimado y ciertamente no puede ser superado por los cuatro criterios propuestos por Scharf. En efecto, estos criterios no se relacionan con la cuestión de la integridad o lealtad del proceso, sino que sacrifican estas consideraciones en nombre de la "eficiencia probatoria"¹⁰² con vistas a condenar acusados con la mayor facilidad posible. Tal "flexibilidad", uno de cuyos ejemplos recientes es el proceso contra Saddam Hussein,¹⁰³ perjudica, a largo plazo, a la justicia penal internacional.

b) El impacto del art. 15 CT-ONU en el derecho local

La CT-ONU, como un tratado internacional, no tiene fuerza vinculante en el derecho local, a menos que se le haya dado efecto a través de una incorporación explícita, sea a través de un acto del Parlamento o ley o, además, en algunas jurisdicciones de *common law*, a través de principios de derecho consuetudinario internacional.¹⁰⁴ Esto significa que la CT-ONU sólo es

¹⁰¹ SCHARF: ob. cit., *supra* nota 62, p. 170.

¹⁰² ["evidentiary efficiency"].

¹⁰³ ["flexibility"]; véase AMBOS, K., y SAID, P.: "Das Todesurteil gegen Saddam Hussein", en *Juristen Zeitung [JZ]*, 2007, nº 62, pp. 822-828.

¹⁰⁴ Respecto del Reino Unido, véase *A and Others*, HL, cit., *supra* nota 78, párr. 27 (lord Bingham) con ulteriores referencias; respecto de Alemania véase el art. 59 (2) de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*); véase también DDEHRING, K.: *Völkerrecht*, 2ª ed., Müller, Heidelberg, 2004, n.m. 708 ss.; MALANCZUK, P.: *Akehurst's modern introduction to international law*, 7ª ed., Routledge, Londres, 2007, pp. 65 ss.

parte del derecho alemán, pero no del derecho local inglés, porque sólo en el primero el acto legislativo correspondiente ha sido adoptado por el Parlamento.¹⁰⁵ Si el tratado en cuestión puede ser aplicado directamente (en parte) por tribunales locales depende de la naturaleza y contenido de sus normas, esto es, si ellas son lo suficientemente claras y precisas para ser “autoejecutorias” (*self executing*) con respecto a individuos sin necesidad de una clarificación ulterior por disposiciones locales.¹⁰⁶ De otra forma, el efecto de ese tratado estaría limitado a imponer una obligación general de adaptar el orden jurídico a los objetivos establecidos por sus reglas.¹⁰⁷

En “A and Others”, el juez Lord Neuberger negó que el art. 15 CT-ONU fuera autoejecutivo en los tribunales ingleses, dado que está dirigido a “todo Estado parte”.¹⁰⁸ Sin embargo, éste no es un argumento convincente, dado que los tratados internacionales no siempre distinguen entre el gobierno y otros órganos del Estado.¹⁰⁹ Más bien, el hecho de que el art. 15 CT-ONU obliga a los Estados partes a asegurar que la prueba obtenida mediante tortura no sea invocada en procesos (judiciales) da a entender que está dirigido a la rama judicial.¹¹⁰ El mismo punto de vista ha sido seguido por el Tribunal Federal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*),¹¹¹ aunque la jurisprudencia del Comité contra la Tortura de la ONU y la práctica de los Estados no son uniformes.¹¹² Sea como fuere, el Tribunal Superior estadual de Hamburgo aplicó el art. 15 CT-ONU como una regla de exclusión local “autoejecutoria”.¹¹³ Aun cuando no

¹⁰⁵ BGBl., 1990 II, p. 246.

¹⁰⁶ Véase DOEHRING: ob. cit., *supra* nota 100, n.m. 731, 735; HERDEGEN, N. M.: *Völkerrecht*, 7ª ed., Beck, Múnich, 2008, § 22 n.m. 5; KUNIG, P.: en VITZTHUM, W. G. (ed.): *Völkerrecht*, 3ª ed., De Gruyter, Berlin, 2004, n° 99.

¹⁰⁷ Véase también THIENEL: ob. cit., *supra* nota 3, pp. 351 ss.

¹⁰⁸ “A and Others”, EWCA, cit., *supra* nota 94, párr. 435 [“each state party”].

¹⁰⁹ Véase, por ejemplo, el art. 6 I, CEDH; véase también OLG Hamburg, “El Motassadeq”, cit. *supra* nota 81, p. 2328; THIENEL: ob. cit., *supra* nota 3, p. 352.

¹¹⁰ Véase también THIENEL: ob. cit., *supra* nota 3, p. 352.

¹¹¹ BVerfG, decisión del 31/5/1994 reimpressa en NJW. 1994, n° 47, pp. 2883 ss.

¹¹² Para una discusión véase también THIENEL: ob. cit., *supra* nota 3, p. 353.

¹¹³ OLG Hamburg, “El Motassadeq”, *supra* nota 81, p. 2326: “innerstaatlich unmittelbar geltendes und im Strafverfahren zu beachtendes Verbot der gerichtlichen Verwertung...” [“directamente vigente en el derecho interno y prohibición de valoración judicial a observar en el proceso penal...”].

se quiera ir tan lejos en contra de una concepción dualista, no puede negarse que el art. 15 CT-ONU es obligatorio para los Estados parte de la CT-ONU y, como tal, esa disposición informa la interpretación del derecho y la práctica locales respectivos. Por consiguiente, la *House of Lords* usó correctamente el art. 15 CT-ONU como una pauta para interpretar el derecho local inglés y sus obligaciones según el CEDH.¹¹⁴

3.2. El art. 6º (1) del CEDH

En el CEDH no hay una regla de exclusión explícita de la prueba obtenida por medio de tortura. La prohibición de tortura del art. 3º del CEDH no se refiere a la cuestión de las consecuencias procesales por la violación de este derecho, en particular no establece una regla de exclusión.¹¹⁵ A pesar de ello, tal regla puede ser inferida de una interpretación sistemática y teleológica del principio del juicio justo consagrado en el art. 6º (1) del CEDH en concordancia con el art. 3º del CEDH.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no prescribe reglas de admisibilidad de la prueba, sino que en este punto deja a los Estados parte una amplia discreción;¹¹⁶ este Tribunal solamente examina —en una especie de evaluación del efecto general— si el proceso en su totalidad fue justo. Por consiguiente, en “Schenk v. Switzerland” el Tribunal sostuvo que su tarea no era decidir “como una cuestión de principio y en abstracto” si la prueba —que fue obtenida en contra del derecho local— puede

¹¹⁴ *Idem*, “A and Others”, HL, cit., *supra* nota 78, párr. 27 (lord Bingham): Los recurrentes “rely on the well established principle that the words of a United Kingdom statute, passed after the date of a treaty and dealing with the same subject matter, are to be construed, if they are reasonably capable of bearing such a meaning, as intended to carry out the treaty obligation and not to be inconsistent with it” [“se basan en el muy afianzado principio de que el texto de una ley del Reino Unido, aprobada luego de la fecha de un tratado y referida al mismo tema, debe ser interpretado, si razonablemente es capaz de tener tal significado, como si estuviera destinado a cumplir la obligación del tratado y no como si fuera incompatible con él”] (con cita de “Garland v. British Rail Engineering Ltd.” [1983] 2 AC 751, 771).

¹¹⁵ Zur Begründung eines Verwertungsverbots nun [A favor de la prohibición de reciclado], ESSER: *supra* nota 93, pp. 658 s.

¹¹⁶ “Schenk v. Switzerland”, Eur. Ct. H.R., Application n° 10.862/84, párr. 46 (12/7/1988); “Mialhe v. France”, n° 2 Eur. Ct. H.R., Application n° 18.978/91, párr. 43 (26/9/1996).

ser admisible en juicio sin privar al recurrente de su derecho a un juicio justo, sino analizar si el proceso en su totalidad fue justo.¹¹⁷ Adoptado este punto de vista el TEDH puso énfasis en el hecho de que la conversación telefónica registrada ilícitamente no era la única prueba sobre la cual se basaba la condena del acusado¹¹⁸ y que él tuvo oportunidad suficiente para cuestionar la autenticidad de la grabación.¹¹⁹ Por lo tanto, en el caso de prueba obtenida en violación del art. 8° CEDH (derecho a una vida privada y familiar) el TEDH estableció que la admisión de tal prueba sólo viola el art. 6° (1) CEDH si el proceso en un todo no fue justo.¹²⁰ *In casu*, el TEDH lo negó, tomando en consideración la naturaleza de la violación y la oportunidad del acusado de cuestionar la autenticidad de la prueba involucrada.¹²¹

El TEDH ha adoptado, sin embargo, un punto de vista diferente con respecto a los tratamientos inhumanos y degradantes de acuerdo con el art. 3° CEDH. En el caso "Jalloh v. Germany"¹²² declaró —luego de repetir el principio general de una evaluación general— que respecto de prueba obtenida mediante métodos constitutivos de una violación del art. 3° CEDH eran aplicables consideraciones diferentes, dado que esta norma protege uno de los valores más fundamentales de la sociedad y, a diferencia de otras disposiciones, no admite excepciones.¹²³ Aunque el TEDH dejó abierta la cuestión de si la admisión

¹¹⁷ "Schenk v. Switzerland", cit., *supra* nota 112, párr. 46 ["as a matter of principle and in abstract"].

¹¹⁸ Ídem, párr. 48.

¹¹⁹ Ídem, párr. 47; "Kahn v. United Kingdom", Eur. Ct. H.R., Application n° 35394/97, párr. 38 (12/5/2000).

¹²⁰ "Kahn v. United Kingdom", *supra* nota 115, párr. 34; véase también "P.G. and J.H. v. United Kingdom", Eur. Ct. H.R., Application n° 44787/98, párr. 76 ss. (25/9/2001) enfatizando que la prueba viciada era "not the only evidence against the applicants" ["no era la única prueba contra los recurrentes"] (§ 79).

¹²¹ "Kahn v. United Kingdom", cit., *supra* nota 115, párr. 38 ss.; "P.G. and J.H. v. United Kingdom", Eur. Ct. H.R., Application n° 44787/98, párr. 79 ss. (25/9/2001). Véase también MEYER-LADEWIG, J.: *Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2006, art. 6°, n.m. 55b.

¹²² En el caso "Jalloh v. Germany" la policía había suministrado por la fuerza al recurrente, que era sospechoso de tráfico de drogas, un vomitivo, con el fin obtener la droga escondida en su cuerpo y utilizarla como evidencia en su contra.

¹²³ "Jalloh v. Germany", Eur. Ct. H.R., Application n° 54.810/00, párr. 99 (11/7/2006).

de prueba obtenida por tratamientos inhumanos y degradantes convierte por sí misma al proceso en injusto,¹²⁴ fue más explícito con respecto a la tortura:

"Prueba incriminatoria —sea en la forma de una confesión o de prueba material— obtenida como resultado de actos de violencia o brutalidad u otras formas de tratamiento que puedan ser caracterizados como tortura nunca debería ser usada como prueba de la culpabilidad de la víctima, independientemente de su valor probatorio. Cualquier otra conclusión sólo serviría para legitimar indirectamente la clase de conducta moralmente reprehensible que los autores del art. 3° de la Convención buscaron proscribir (...)"¹²⁵

De alguna manera, con esta clara exclusión de la prueba obtenida por tortura el TEDH hizo hincapié en la naturaleza y gravedad de la violación y, por ello, hizo lo mismo que ya había hecho *in abstracto* en "Kahn v. UK."¹²⁶ También vale la pena mencionar que el TEDH limitó el alcance de su afirmación a "prueba incriminatoria (...) usada como prueba de la culpabilidad de la víctima",¹²⁷ permitiendo así, aparentemente, la admisión de prueba obtenida por medio de tortura a favor del acusado. Aunque este punto de vista puede rendir homenaje al amplio derecho de defensa del acusado del art. 6° (3) (c) CEDH, está en conflicto sin embargo con la *ratio* de la regla de exclusión del art. 15 CT-ONU y, en consecuencia, debería ser rechazado.¹²⁸

En todo caso, el TEDH confirmó su posición en "Harutyunyan v. Armenia". La cuestión del caso se refería a si el acusado ha-

¹²⁴ Ídem, párr. 107.

¹²⁵ Ídem, párr. 105.

¹²⁶ "Kahn v. United Kingdom", cit., *supra* nota 115, párr. 34 ["[i]ncriminating evidence —whether in the form of a confession or real evidence— obtained as a result of acts of violence or brutality or other forms of treatment which can be characterised as torture should never be relied on as proof of the victim's guilt, irrespective of its probative value. Any other conclusion would only serve to legitimate indirectly the sort of morally reprehensible conduct which the authors of Article 3 of the Convention sought to proscribe (...)].

¹²⁷ ["incriminating evidence (...) relied on as proof of the victims guilt"].

¹²⁸ Para un enfoque flexible PATTENDEN: ob. cit., *supra* nota 40, pp. 11, 36 ss., quien sostiene que la exclusión depende de la importancia de la prueba para el acusado; si es crucial para su defensa, la exclusión sería injusta; véase también *infra* nota 156 y en el texto principal.

bía sido privado de un proceso justo por la admisión de su confesión y de otras declaraciones inculpativas de terceros que habían sido arrancadas por medio de tortura. El TEDH resolvió —recordando expresamente los principios desarrollados en “Jalloh v. Germany”—¹²⁹ que “independientemente del impacto que las declaraciones obtenidas bajo tortura tuvieran sobre el resultado del proceso penal contra los recurrentes, el uso de esta prueba convierte a su juicio como un todo en injusto”.¹³⁰ Luego de arribar a esta conclusión, el tribunal no halló necesario ocuparse de la diferente cuestión de si la admisión de prueba obtenida por medio de tortura lesiona el derecho a no autoincriminarse (*nemo tenetur se ipsum accusare*).¹³¹ Aunque el alcance de este derecho se limita a declaraciones inculpativas en perjuicio del acusado, es altamente relevante en nuestro caso.¹³² Este derecho, aunque no explícitamente mencionado en el art. 6° del CEDH, es un principio internacionalmente reconocido y, en cierto modo, la otra cara de la presunción de inocencia consagrada en el art. 6° (2) del CEDH.¹³³ De él se sigue que la autoridad de persecución penal debe intentar probar su caso sin recurrir a prueba que ha sido obtenida del acusado mediante opresión de su voluntad. De lo contrario, el tribunal debe decidir si el uso de tal prueba constituye una violación no justificada del derecho a la luz de todas las circunstancias del caso.¹³⁴ Dado que su razón subyacente es respetar y proteger la voluntad del acusado y evitar una injusticia (*miscarriage of justice*),¹³⁵ es evidente que cualquier declaración obtenida mediante tortura —en cuanto método que explícitamente se propone quebrar la voluntad del sospechoso y tiende a

¹²⁹ “Harutyunyan v. Armenia”, Eur. Ct. H.R., Application n° 36.549/03, párr. 63 (28/6/2007).

¹³⁰ Ídem, párr. 66 [“regardless of the impact of the statements obtained under torture had on the outcome of the applicant’s criminal proceedings, the use of this evidence rendered his trial as a whole unfair”].

¹³¹ Ídem, párr. 67.

¹³² Véase también THENEL: ob. cit., *supra* nota 3, pp. 356-357, 362; ídem, *supra* nota 88, p. 404 (sin otros argumentos).

¹³³ MEYER-LADEWIG: ob. cit., *supra* nota 117, art. 6°, n.m. 52. Véase también, respecto de los tribunales penales internacionales: AMBOS, K.: “The Right of Non Self-incrimination of Witnesses Before the ICC”, en *Leiden Journal of International Law*, 2002, n° 15, pp. 155-177, pp. 156 ss.

¹³⁴ “Saunders v. United Kingdom”, Eur. Ct. H.R., Application n° 19.187/91, párr. 68 ss. (17/12/1996).

¹³⁵ Ídem, párr. 68 ss.

producir confesiones falsas— constituye una flagrante violación de este derecho y en consecuencia debe ser excluida para preservar un juicio justo. *Last but not least*, en el reciente caso “Gäfgen”,¹³⁶ la Corte distinguió entre el uso de prueba que fue resultado directo de una violación del art. 3° CEDH y el uso de aquella que fue sólo el fruto (indirecto) de tal violación. Mientras que en el primer caso la prueba “nunca debería estar basada en ella para probar la culpabilidad de la víctima, independientemente de su valor probatorio”,¹³⁷ en el último caso hay por lo menos una “fuerte presunción” de que el uso de tal prueba tacharía al juicio en su conjunto de injusto.¹³⁸

En suma, la jurisprudencia reciente del TEDH considera que la admisión de prueba obtenida por medio de tortura lesiona el juicio justo en el sentido del art. 6° (1) CEDH, dado que la tortura es tan grave que su uso convertiría al procedimiento en su conjunto en injusto.¹³⁹ Aunque el tribunal no se refiere específicamente al uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura, la jurisprudencia analizada, especialmente con respecto a la importancia dada a la protección frente a la tortura, da a entender que para el tribunal sería indiferente si la prueba fue obtenida por medio de tortura provocada por terceros. En efecto, en “Schenk v. Switzerland” el tribunal no cues-

¹³⁶ “Gäfgen v. Germany”, Eur. Ct. H. R., Application n° 22.978/05, párr. 99, 105 ss. (30/6/2008).

¹³⁷ Ídem, párr. 99 [“should never be relied on as proof of the victim’s guilt, irrespective of its probative value”].

¹³⁸ Ídem, párr. 105 [“strong presumption”].

¹³⁹ Concordantemente PATTENDEN: ob. cit., *supra* nota 40, p. 34 ss.; GAEDE, K.: *Fairness als Teilhabe - Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß, art. 6 EMRK*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, p. 322; THIENEL: ob. cit., *supra* nota 88, 404; LUBIG, S., y SPRENGER, J.: “Beweisverwertungsverbote aus dem Fairnessgebot des art. 6° EMRK in der Rechtsprechung des EGMR”, en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, disponible en <www.zis-online.com>, 2008, n° 3, pp. 433-440, p. 439, quienes sin embargo sólo quieren aceptar la prohibición de valoración en caso de violación de los derechos de participación; TALMON, S.: “Der Anti-Terror-Kampf der USA und die Grundrechte”, en KÄMMERER, A. (coord.): *An den Grenzen des Staates*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, pp. 75, 94 ss., quien en forma similar resalta el “Anspruch auf materielle Beweisteilhabe” [“derecho a participación material en la producción de prueba”] (p. 98); ESSER: ob. cit., *supra* nota 93, p. 661 y s. con una triple diferenciación; MOHLENBECK: ob. cit., *supra* nota 46, p. 171.

tionó el hecho de que la grabación fuera hecha por un particular, es decir, como en el caso de autoridades nacionales extranjeras, no podía ser atribuida directamente al Estado, sino que esencialmente se centró en la naturaleza de la violación en el marco de una ponderación de intereses.¹⁴⁰ Esto significa que la cuestión decisiva es si la naturaleza de la violación —como el interés lesionado del acusado— es tal que superaría el interés del Estado a usar dicha prueba y en consecuencia convertiría al proceso en su conjunto en injusto. Es interesante notar que a la misma conclusión llegó la Cámara de los Lores en su decisión en “A and Others”. Si bien en el momento de la decisión de los Lores el TEDH no había aún decidido el caso “Harutyunyan v. Armenia”, lord Bingham of Cornhill expresó que él tenía pocas dudas en cuanto a que el Tribunal habría considerado que la admisión de prueba obtenida por medio de tortura constituye una violación del art. 6° (1) de la CEDH.¹⁴¹ Para llegar a esta conclusión, los lores invocaron el art. 15 de la CT-ONU para interpretar la garantía del juicio justo del art. 6° CADH,¹⁴² incorporado en el derecho británico local con la Ley de derechos Humanos de 1998 (*Human Rights Act 1998*).¹⁴³ Este enfoque es correcto, dado que el art. 31 (3) (c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴⁴ prevé que “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” deberá ser tomada en consideración para interpretar los tratados internacionales. El mismo TEDH invocó la definición de tortura del art. 1° de la CT-ONU para dar al término tortura del art. 3° CEDH un significado más concreto.¹⁴⁵ La referencia al art. 15 CT-ONU también es convincente porque es la única disposición con alcance universal que se ocupa

¹⁴⁰ Véase también THIENEL: ob. cit., *supra* nota 3, p. 362.

¹⁴¹ “A and Others”, HL, cit., *supra* nota 78, párr. 26 (lord Bingham). Véase también PATTENDEN: ob. cit., *supra* nota 40, p. 13, quien enfatiza correctamente la gravedad de la violación.

¹⁴² “A and Others”, HL, cit., *supra* nota 78, párr. 29 (lord Bingham).

¹⁴³ MAY, R., y POWLES, S.: *Criminal Evidence*, 5ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2004, p. 369; La *Human rights Act 1998* está disponible en Internet: www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980042_en_1 (consultada por última vez el 25/2/2008).

¹⁴⁴ Adoptada el 22/5/1969; en vigor desde el 27/1/1980, UN-Treaty Series vol. 1155, p. 331.

¹⁴⁵ “Selmouni v. France”, E. Ct. H.R., Application n° 25.803/94, párr. 97 (28/7/1999).

explícitamente de nuestra cuestión y da a ella una clara respuesta, esto es, la absoluta exclusión de la prueba obtenida por medio de tortura independientemente de su proveniencia. Dado el estatus de la CT-ONU como tratado internacional y la importancia fundamental de la prohibición de tortura en derecho internacional, ésta es una respuesta final y de autoridad.

3.3. El uso transnacional de prueba obtenida por tortura a la luz de las tradiciones del *civil law* alemán y del *common law* inglés

Como resulta de las referencias esporádicas al derecho (jurisprudencial) alemán e inglés en el texto precedente, la posición de estas dos jurisdicciones en relación con nuestra cuestión es muy similar. Dado que estas jurisdicciones pertenecen a diferentes familias jurídicas (el *civil law* romano germánico y el *common law* angloamericano) y como tal se aproximan de manera diferente al problema de la prueba obtenida ilícitamente, un resultado similar o idéntico con respecto a nuestra cuestión produciría un fuerte argumento y punto de partida para un principio general de derecho en el sentido del art. 38 (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

3.3.1. ALEMANIA: EL § 136 A DE LA ORDENANZA PROCESAL PENAL

La cuestión del uso de prueba obtenida ilícitamente en Alemania ha sido enormemente influenciada por la teoría de Ernst Beling de las “prohibiciones probatorias” (*Beweisverbote*), publicada tempranamente en 1903.¹⁴⁶ La idea básica de esta teoría es que el interés público en averiguar la verdad en un proceso penal puede ser superado por intereses privados protegidos como derechos o garantías fundamentales. Como el Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*; *BGH*) señaló: aunque el objetivo del proceso penal es descubrir la verdad, en un Estado constitucional la verdad no puede ser perseguida a cualquier precio.¹⁴⁷

El § 136a de la Ordenanza Procesal Penal alemana (OPP) contiene una regla de exclusión obligatoria para toda la prueba

¹⁴⁶ BELING: ob. cit., *supra* nota 4; véase también SENGE: ob. cit., *supra* nota 4, antes del § 48 n.m. 20.

¹⁴⁷ Decisión del 14/6/1960, *supra* nota 9, p. 365 = 1582; véase también la decisión del BGH del 17/3/1983, cit., *supra* nota 9, p. 309 = 1571.

obtenida por medio de tortura por las autoridades nacionales. Si bien la "tortura" no está expresamente mencionada en el apart. 1º de esta disposición, los métodos enumerados en este apartado pueden llegar a constituir tortura. Aunque hay muchas reglas en la OPP para la salvaguarda de derechos individuales, el § 136a es uno de los pocos casos en que el derecho explícitamente dispone una prohibición absoluta de utilizar en el proceso tal prueba ilícita. La razón de tal estricta regla de exclusión es la protección de la dignidad humana consagrada en el art. 1º de la *Grundgesetz* (Ley Fundamental), la *Grundnorm* (norma fundamental) de la Constitución alemana.¹⁴⁸ Forzar al acusado por medio de torturas o medios similares a hacer una declaración lo degradaría a "objeto" del procedimiento penal, lo cual es incompatible con su estatus de parte procesal¹⁴⁹ y con su dignidad. La regla de exclusión también es aplicable a las declaraciones de testigos.¹⁵⁰

Aunque el § 136a OPP se dirige de manera explícita únicamente a las autoridades nacionales¹⁵¹ y, en consecuencia, no es directamente aplicable a terceros,¹⁵² incluidas las autoridades extranjeras, es generalmente reconocido que, independientemente de su proveniencia, la prueba no puede ser utilizada si fue obtenida de una manera que constituye una violación especialmente grave de la dignidad del acusado. En tal situación, por ejemplo, en el caso de prueba obtenida por medio de tortura, ha de ser aplicado analógicamente el § 136a (3) OPP.¹⁵³ De he-

¹⁴⁸ BVerfG, decisión del 19/10/1983, *NJW*, 1984, n° 37, pp. 428 ss., p. 428; BGH, decisión del 16/2/1954, *BGHSt*, 5, p. 332, p. 333 = *NJW*, 1954, n° 7, pp. 649 ss., p. 649.

¹⁴⁹ BGH, decisión del 16/2/1954, cit., *supra* nota 144, pp. 333 = 649: "Der Beschuldigte ist Beteteiligter, nicht Gegenstand des Strafverfahrens" ["El imputado es un sujeto, no un objeto del proceso penal"] (con argumento en contra del uso de un detector de mentiras).

¹⁵⁰ El § 69 III OPP establece que el § 136 a OPP también es aplicable a testigos.

¹⁵¹ BGH, decisión del 6/12/196, en *BGHSt* 17, p. 14, p. 19 = *NJW*, 1962, n° 15, p. 598 ss., p. 598; MEYER-GOßNER, L.: *Kurzkomentar zur Strafprozessordnung*, 50ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2007, § 136 a, n.m. 2.

¹⁵² MEYER-GOßNER: ob. cit., *supra* nota 147, § 136 a n.m. 3.

¹⁵³ OLG, Hamburg, "El Motassadeq", cit., *supra* nota 81, segundo principio guía tal como citado *supra* en la nota 84; MEYER-GOßNER: *supra* nota 147, § 136a n.m. 3; JAHN: *supra* nota 4, C 102, 103; véase también la decisión del Tribunal Superior estadual de Celle (Olg Celle) del 19/9/1984, *NJW*, 1985, n° 38, p. 640 ss., p. 641 (sobre la aplicación analógica

cho, en "El Motassadeq", el Tribunal Superior estadual de Hamburgo sostuvo que la regla de exclusión también es aplicable en caso de prueba obtenida por medio de tortura por órganos de otro Estado.¹⁵⁴ Por varias razones, éste es el punto de vista correcto. Antes que nada, el uso de tal prueba por un tribunal nacional sería en sí mismo una violación de las obligaciones a que el Estado se ha comprometido por la CT-ONU. Como se ha concluido antes (C.I.1.a)], el art. 15 CT-ONU excluye cualquier declaración obtenida por medio de tortura independientemente de su origen. Además, una lectura conjunta de las obligaciones que se derivan de la CT-ONU, en particular de los arts. 2º (1), 4º y 14 (1), y el estatus de *ius cogens* de la prohibición lleva a la conclusión de que el Estado debe hacer todo lo que está dentro de su poder para prevenir y abstenerse de consentir hechos de tortura.¹⁵⁵ Aunque la obligación del Estado de proteger a las personas frente a la tortura, incluso por particulares,¹⁵⁶ sólo puede extenderse a su territorio,¹⁵⁷ queda en la decisión soberana de los tribunales aceptar o no en un proceso penal prueba obtenida por medio de tortura por parte de autoridades de otro Estado. Si se aceptara esta prueba, se enviaría el mensaje contradictorio

del principio *nemo tenetur* a particulares); dejando la cuestión abierta recientemente BGH, *NSIZ*, 2008, p. 643. Para una prohibición de valoración probatoria de resultados obtenidos por particulares por medios penalmente sancionados o mediante violación de la dignidad humana (conf. decisiones 12 c), cc) y dd) de la Sección de Derecho Penal del 67. *DJT*, 2008, *supra* nota 4.

¹⁵⁴ OLG Hamburg, "El Motassadeq", cit., *supra* nota 81, tercer principio guía tal como citado *supra* en la nota 84 p. 2329; en el mismo sentido también MEYER-GOßNER: ob. cit., *supra* nota 147, § 136 a n.m. 3; GLEß, S., en LÖWE-ROSENBERG: *Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, t. 2, 25ª ed., De Gruyter, Berlin et al., 2004, § 136a n.m. 79.

¹⁵⁵ En el mismo sentido lord Bingham, *A and others*, HL, cit., *supra* nota 78, párr. 34: "There is reason to regard it a duty of state (...) to reject the fruits of torture inflicted in breach of international law" ["Hay razón para considerar un deber de Estado (...) rechazar el fruto de tortura infligida en infracción del derecho internacional"] (remitiendo a varias fuentes internacionales); también THIENEL: ob. cit., *supra* nota 3, pp. 363 ss.; críticamente PATTENDER: ob. cit., *supra* nota 40, pp. 15 ss.; SCHARF: ob. cit., *supra* nota 62, p. 23.

¹⁵⁶ MEYER-LADEWIG: ob. cit., *supra* nota 117, art. 3º n.m. 3.

¹⁵⁷ Conf. art. 2º (1) CT-ONU: "bajo su jurisdicción"; art. 3º CEDH en conexión con art. 1º, CEDH: "de su jurisdicción"; concordantemente THIENEL: ob. cit., *supra* nota 3, p. 361; para una posible aplicación extraterritorial de la CEDH en casos de extradición véase *infra* 3.3.

de que la tortura por algunos es inadmisibles, pero por otros podría ser tolerada, como si esto cambiara la naturaleza del acto de tortura como ataque patente a la dignidad humana. Admitir la prueba obtenida por medio de tortura minaría, por tanto, el efecto disuasivo general de la regla de exclusión, es decir, desalentar a las autoridades nacionales —o en este caso: extranjeras— del uso de la tortura.¹⁵⁸ Segundo, el uso de prueba obtenida por medio de tortura revictimizaría a la víctima de la tortura, atacando nuevamente su dignidad.¹⁵⁹ Tercero, la no fiabilidad de la prueba obtenida por medio de tortura, antes demostrada (B. I. 1.), otra razón para no admitir tal evidencia, no cambia según la proveniencia de la prueba. Por último, pero no por ello menos importante: la prueba obtenida bajo tortura que es admitida en el proceso dañaría siempre, provenga de donde provenga, la integridad del proceso (véase *supra* 2.1.2).

Por las mismas razones, no parece que deba hacerse una excepción a la aplicación estricta de la regla de exclusión, en caso de que la prueba obtenida por tortura opere a favor del acusado.¹⁶⁰ El hecho de que el § 136a OPP esté destinado, en principio, a proteger al acusado no cambia la evaluación crítica de conjunto del uso de prueba obtenida por medio de tortura. El

¹⁵⁸ Para la mayoría de la doctrina alemana este efecto disuasivo es sólo un efecto colateral, véase Volk, K.: *Grundkurs StPO*, 5ª ed. Beck, Múnich, 2006, § 28 n.m. 7; críticamente desde la perspectiva del *common law* ROBERTS-ZUCKERMAN: *supra* nota 14, pp. 155 ss.; para MAY-POWLES: ob. cit., *supra* nota 139, p. 298, no es función de los tribunales el disciplinar a la policía; ZANDER, M.: *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, 5ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2005, p. 362, hace referencia a la crítica de la *Philips Royal Commission [N. del T.]*: el autor se refiere a la Comisión Real sobre Procedimiento Penal —*Royal Commission on Criminal Procedure*— presidida por Cyril Philips y que presentó su informe en enero de 1981].

¹⁵⁹ Véase Volk: ob. cit., *supra* nota 154, § 28 n.m. 35.

¹⁶⁰ Éste es el punto de vista mayoritario: BAUJONG, K.: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5ª ed., Beck, Múnich, 2003, § 136a n.m. 37; DIEMER, H., en idem, 6ª d. 2008, § 136a n.m. 37; HANACK, E.-W., en LOWE-ROSENBERG: *Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, t. 2, 25ª ed., De Gruyter, Berlin et al., 2004, p. 63; GLEß: ob. cit., *supra* nota 150, § 136a n.m. 71; MEYER-GOßNER, *supra* nota 147, § 136 a n.m. 27; Volk: ob. cit., *supra* nota 154, § 28 n.m. 24; para una excepción DENCKER, F.: *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, Heymann, Köln et al., 1977, pp. 73 ss.; véase también BGH, decisión del 7/5/1953, en *BGHSt*, 5, p. 290,

efectivo ejercicio del derecho de defensa (véase ya *supra* 3.3.1) no depende de la admisión de prueba obtenida por medio de tortura favorable al acusado.

3.3.2. GRAN BRETAÑA: ¿REGLA DE EXCLUSIÓN?

La aproximación del *common law* a la admisión de prueba (no de confesión) puede ser descrita como abiertamente “liberal” y sin principios, al admitir básicamente toda evidencia que es considerada relevante.¹⁶¹ Una conocida frase de un juez del siglo XIX lo expresa del siguiente modo: “No importa cómo la obtienes: incluso si la robas, sería admisible”.¹⁶² Sólo hacia el final del último siglo esta posición ha devenido más restrictiva, permitiendo a los jueces excluir prueba relevante,¹⁶³ si fue obtenida ilegalmente y su admisión sería contraria a un juicio justo o lesionaría la regla contra la autoincriminación.¹⁶⁴ El gran avance actual, dando más peso a consideraciones de principios de derechos humanos, fue llevado a cabo con la Ley de Policía y Prueba Criminal de 1984 (*Police and Criminal Evidence Act 1984*, PACE)¹⁶⁵ y la Ley de Derechos Humanos de 1998 (*Human Rights Act 1998*) que incorporó el CEDH, especialmente su art. 6º.¹⁶⁶ El sistema actual puede ser descrito todavía como flexible, pues en general la admisibilidad de la prueba es decidida sobre la base de un análisis del caso concreto por medio de una ponderación de intereses (derechos vs. condena).¹⁶⁷

pp. 290-291 según el cual la prohibición del § 136a OPP no depende del resultado obtenido (distinguiendo *in casu* entre una confesión verdadera y una falsa). Véase para la discusión internacional *supra* nota 124 y el texto respectivo.

¹⁶¹ Véase MAY-POWLES: ob. cit., *supra* nota 139, pp. 285-286; ROBERTS-ZUCKERMAN: ob. cit., *supra* nota 13, pp. 148 ss.; ZANDER: ob. cit., *supra* nota 154, p. 360.

¹⁶² Citado según MAY-POWLES: ob. cit., *supra* nota 139, p. 286.

¹⁶³ Sobre la importancia de la relevancia como la primera cuestión de admisibilidad ROBERTS-ZUCKERMAN: ob. cit., *supra* nota 14, pp. 96, 98 ss., pp. 150-151.

¹⁶⁴ Conf. MAY-POWLES: ob. cit., *supra* nota 139, p. 286 ss.

¹⁶⁵ Sobre su importancia véase ZANDER: ob. cit., *supra* nota 154, p. 360 ss. (366); ROBERTS-ZUCKERMAN: *supra* nota 14, p. 147.

¹⁶⁶ La doctrina habla en este contexto de “constitucionalización” del derecho de la prueba penal, véase ROBERTS-ZUCKERMAN: *supra* nota 14, p. 175; véase también MAY-POWLES: *supra* nota 139, pp. 304-306.

¹⁶⁷ ROBERTS-ZUCKERMAN: ob. cit., *supra* nota 14, p. 162: “sensible relationship of proportionality between the seriousness of a rule violation and the

Las secciones 76 (2) y 76A (2) PACE prevén que las confesiones obtenidas por medio de "opresión" o a través de un interrogatorio y que resulten "no fiables" "no deberán" ser admitidas como evidencia.¹⁶⁸ Esto es una regla de exclusión¹⁶⁹ que primero estaba justificada en la inherente falta de fiabilidad de tal evidencia y luego, además, en el principio *nemo tenetur* y en la importancia de un adecuado comportamiento de la policía hacia las personas bajo custodia.¹⁷⁰ El término "opresión" debe ser entendido de manera amplia, incluyendo, en particular, a la tortura (subsección 8).¹⁷¹ De acuerdo con la Sección 78, el tribunal puede excluir prueba que pueda tener un "efecto adverso para un justo proceso".¹⁷² Por lo tanto, el juez tiene discreción¹⁷³ para excluir prueba que es, de acuerdo con la regla

implications for justice and public safety of excluding evidence..." ["sensata relación de proporcionalidad entre la gravedad de la violación de una regla y las implicancias para la justicia y la seguridad pública de la prueba a excluir..."].

¹⁶⁸ ["oppression"], ["unreliable"], ["shall not"].

¹⁶⁹ Véase también "A and Others", HL, cit., *supra* nota 78, párr. 15, donde lord Bingham expresa que la importancia del principio reside en el hecho "that common law has refused to accept that oppression [...] should go to the weight rather than the admissibility of the confession" ["que el common law ha rechazado aceptar que la opresión [...] deba referirse al peso más que a la admisibilidad de la confesión"].

¹⁷⁰ *Idem*, párr. 16-17 con otras referencias. Véase también ZANDER: ob. cit., *supra* nota 154, p. 342.

¹⁷¹ ["oppression"]; véase ZANDER: ob. cit., *supra* nta 154, pp. 347 ss.

¹⁷² ["adverse effect on the fairness of the proceedings"]; El texto completo es más complicado: "In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it" ["En cualquier proceso, la Corte puede negarse a aceptar prueba que la autoridad de persecución propone que sea tenida en cuenta, si la Corte estima, considerando todas las circunstancias, incluidas las circunstancias en que la prueba fue obtenida, que la admisión de la prueba tendría tal efecto adverso para un justo proceso que la Corte no deba admitirla"].

¹⁷³ Véase también la sección 82 (3) PACE que dispone que nada de la Parte VIII de la Ley (referida a la prueba en el procedimiento penal en general) "shall prejudice any power of a court to exclude evidence at its discretion" ["menoscabará el poder de la Corte para excluir evidencia a su discreción"]. Los antecedentes históricos muestran que se quiso ampliar la discreción de la Corte en comparación con el *common law*

tradicional del *common law*, admisible en principio, pero que *in casu* sería contraria a un juicio justo,¹⁷⁴ en particular si ella "ha sido obtenida de un modo indignante para los valores civilizados".¹⁷⁵ Aunque el argumento del juicio justo fue reforzado con la Ley de Derechos Humanos, está íntimamente relacionado con la idea de preservar la *integridad moral* del procedimiento penal y evitar el *abuso de proceso*.¹⁷⁶ Esta última doctrina prohíbe "el ejercicio arbitrario, opresivo o abusivo del poder estatal", en particular "recibir prueba en un procedimiento en curso, si al hacer ello se ayudaría o premiaría la comisión de alguno de tales ilícitos por una agencia del estado".¹⁷⁷ Sin embargo, aunque la Sección 78 parece haberse "convertido en un bastión primario de la lealtad y la integridad moral en el proceso penal inglés",¹⁷⁸ la regla está limitada a la prueba de la acusación¹⁷⁹ y la jurisprudencia proporciona pocas pautas en cuanto a su aplicación concreta, a excepción de requerir una violación de la regla significativa y sustancial.¹⁸⁰ Es controvertido si la Sec-

tradicional (conf. ZANDER: ob. cit., *supra* nota 154, pp. 363-364; poco claro ARCHBOLD: *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (Richardson, P. J. et al. [eds.]), Sweet & Maxwell, Londres, 2007, §§ 15-453. Críticamente sobre el concepto de discreción judicial en este contexto ROBERTS-ZUCKERMAN: ob. cit., *supra* nota 14, p. 96, quienes conceden, sin embargo, en su análisis concreto de la Sección 78 que "is no feasible substitute for trial judges' good faith judgement in the exercise of their discretion..." [no hay un "sustituto posible para el juicio de buena fe de los jueces en el ejercicio de su discreción..."] (p. 174).

¹⁷⁴ Véase "Halawa v. FACT" [1995] 1 Cr. App. R. 21, 33.

¹⁷⁵ "Regina v. Governor of Brixton Prison", ex p. Levin [1997] AC 741, 748, HL ["has been obtained in a way which outrages civilised values"].

¹⁷⁶ Sobre esta doctrina véase también *idem*, p. 179; PATTENDEN: ob. cit., *supra* nota 40, pp. 30 ss.

¹⁷⁷ Véase *A and others*, EWCA, cit., *supra* nta 94, párr. 248 ["the exercise of State power in an arbitrary, oppressive or abusive manner"], ["receive evidence in ongoing proceedings, if to do so would lend aid or reward to the perpetration of any such wrongdoing by an agency of the State"]; ROBERTS-ZUCKERMAN: ob. cit., *supra* nota 14, p. 179.

¹⁷⁸ ROBERTS-ZUCKERMAN: ob. cit., *supra* nota 14, p. 180 ["moulded into a primary bulwark of fairness and moral integrity in English criminal proceedings"].

¹⁷⁹ Esto se sigue de la formulación: "...evidence on which the prosecution proposes to rely to be given..." ["prueba que la autoridad de persecución propone que sea tenida en cuenta"], véase también PATTENDEN: ob. cit., *supra* nota 40, p. 39.

¹⁸⁰ Para un análisis crítico y riguroso véase ROBERTS-ZUCKERMAN: ob. cit., *supra* nta 14, pp. 160 ss. (p. 164: "judicial task of developing an admissibility

ción 78 es aplicable a la prueba (transnacional) obtenida por medio de tortura sin intervención de autoridades británicas. Aunque el uso de tortura tendría que ser considerado con seguridad como una violación de la regla significativa y sustancial, una cuestión diferente es si esto también hace inadmisibles la prueba obtenida por medio de tortura por parte de autoridades extranjeras. La Corte de Apelaciones en "A and Others" lo rechazó,¹⁸¹ lord Bingham lo afirmó con el argumento de que la doctrina del abuso de proceso también es aplicable si el fundamento del caso fuese moralmente inaceptable.¹⁸² Lord Nicholls invoca la condena universal y la repugnancia de la tortura para justificar su exclusión. Él distingue, además, entre el uso preventivo de la tortura por la policía para evitar que explote una "bomba de tiempo activada"¹⁸³ y el uso represivo de prueba para lograr la convicción del acusado. Mientras el primero puede ser

considerado correcto, el último no puede ser admitido.¹⁸⁴ La distinción entre tortura preventiva y tortura represiva es en efecto importante y nos recuerda a la controvertida discusión de la punibilidad del torturador (preventivo) en los casos de una bomba a punto de explotar, en los cuales era indiscutido que tal evidencia no podía ser usada en un proceso penal.¹⁸⁵ En síntesis, la prueba transnacional sólo puede ser admitida si en el Estado extranjero han sido respetadas las reglas de procedimiento.¹⁸⁶ Este no es el caso si la prueba fue obtenida por medio de tortura. La admisión de dicha evidencia dañaría siempre, independientemente de su proveniencia, la integridad del proceso y constituiría un abuso de proceso.

3.4. Segunda conclusión intermedia con respecto a la prueba transnacional obtenida por medio de tortura

Tanto el derecho internacional aplicable (*supra* 3.1) como el derecho nacional de Alemania y Gran Bretaña (3.3) indican que la prohibición del uso de prueba obtenida por medio de tortura es "categórica" y que, como tal, se extiende también a la prueba transnacional obtenida por autoridades extranjeras con aplicación de tortura, aunque no estén involucradas en ningún modo las autoridades nacionales (segunda situación, véase la Introducción, *in fine*). La regla de exclusión respectiva también es aplicable, *a fortiori*, a la primera situación arriba descrita, en la cual un Estado produce tal evidencia de manera proactiva o, al menos, está involucrado en su producción. Cualquier otra conclusión dejaría abiertas las puertas a dobles estándares y socavaría la naturaleza absoluta de la prohibición de tortura.

Para la primera situación de un Estado proactivo puede hacerse un argumento adicional a favor de la regla de exclusión: de acuerdo con el art. 3° CEDH (o art. 7°, PIDCP) un Estado parte está obligado a abstenerse de cualquier acto que pudiera exponer a personas bajo su jurisdicción a la tortura; en particu-

regime... remains an unfinished project..." ["la tarea judicial de desarrollar un régimen de admisibilidad... sigue siendo un proyecto inconcluso"]; p. 174: "little or no concrete guidance for trial judges..." ["poca o ninguna orientación concreta para los jueces de mérito..."] de parte de la Corte de Apelación; véase también ZANDER: ob. cit., *supra* nota 154, pp. 367 ss. (p. 367: "on a case-by-case basis, without any clearly articulated theory" ["sobre la base del caso concreto, sin una teoría claramente articulada"]; p. 378: "no general guidelines" ["sin pautas generales"]); MAY-POWLES: ob. cit., *supra* nota 139, pp. 293 ss. (p. 301: "no hard and fast rules" ["sin reglas resistentes y rápidas"]); pero también ARCHBOLD: ob. cit., *supra* nota 169, señala, por un lado, que el "precise scope [is]... unclear" ["alcance exacto... no [es] claro"] (§ 15-453), por el otro, que hay una "substantial guidance" ["orientación sustancial"] por la jurisprudencia (§ 15-455) y, de nuevo, que "no general guidance" [no hay "ninguna orientación general"] (§ 14-457).

¹⁸¹ Véase "A and Others", EWCA, cit., *supra* nota 94, párr. 137, 252, 253: "given that the specific rule against involuntary confessions is not engaged (we are not dealing with tortured defendants), the general rule —evidence is admissible if it is relevant, and the court is not generally concerned with its provenance— applies" ["dado que no está comprometida la regla específica en contra de confesiones no voluntarias (no estamos tratando con acusados torturados), es aplicable la regla general —la prueba es admisible si es relevante y si la Corte no está en general involucrada con su proveniencia—. Es interesante poner de relieve que ninguno de los *Law Lords* (jueces de la Cámara de los Lores) sostuvo esta posición en "A and Others", HL, cit., *supra* nota 78.

¹⁸² Véase "A and Others", HL, *supra* nota 78, párr. 19 (lord Bingham) ["if the foundation for the case would be morally unacceptable"].

¹⁸³ ["a ticking bomb"].

¹⁸⁴ Véase "A and Others", HL, cit., *supra* nota 78, párr. 67 ss. (lord Nicholls); A favor de flexibilidad y una ponderación similar, sin distinguir, sin embargo, entre tortura preventiva y represiva PATTENDEN: *supra* nota 40, pp. 32 ss.; por la admisibilidad en el caso de una bomba a punto de explotar también ROBERTS-ZUCKERMAN: ob. cit., *supra* nota 14, p. 153.

¹⁸⁵ Véase AMBOS: ob. cit., *supra* nota 1, p. 263 con nota 6.

¹⁸⁶ Conf. MAY-POWLES: ob. cit., *supra* nota 139, p. 300.

lar, está establecido que una persona no debe ser extraditada a un Estado donde corre el riesgo de ser torturada.¹⁸⁷ El Estado que recibe la solicitud de extradición (Estado requerido) es considerado en esta situación responsable por la violación del art. 3° CEDH, dado que posibilita la violación en el Estado requirente, aun cuando ésta no fuera su intención. Una situación aún peor existe en el caso de extradición a un Estado torturador: el Estado que entrega a la persona hace posible la tortura en el Estado receptor e incluso se propone hacerlo.¹⁸⁸ Este Estado tuvo, por tanto, "jurisdicción" en el sentido del art. 1° CEDH sobre la persona entregada.¹⁸⁹ De manera similar, si el Estado que recibe la prueba estuvo involucrado en su producción (ilegal), su subsiguiente uso constituye un abuso de proceso.¹⁹⁰

4. La carga y el estándar de prueba

Aunque las consideraciones precedentes tomaron por cierto que la tortura, al dejar de lado los problemas de definición,¹⁹¹ había sido efectivamente aplicada, en la práctica a menudo esto es desconocido y en consecuencia se plantea la cuestión de a quién corresponde la carga de la prueba y qué estándar de prueba ha de ser aplicado.

Generalmente, la carga de la prueba sólo puede ser distribuida entre las diferentes partes en un tipo de procedimiento que deja la responsabilidad de la producción y presentación de la prueba en las manos de esas partes. En dicho sistema adversarial, como el inglés, la carga de la prueba en cuanto a la culpabilidad corresponde normalmente a la fiscalía, pero en cuanto a otros elementos de prueba, como principio general del *common*

¹⁸⁷ Véase p. ej., "Soering v. United Kingdom", Eur. Ct. H.R., Application n° 14.038/88, párr. 111 (7/7/1989); más recientemente también Tribunal Estadual de Turingia, Thür, OLG Ausl 7-06 v. 25/1/2007, StV, 2008, p. 650.

¹⁸⁸ Véase también THIENEL: ob. cit., *supra* nota 3, p. 366.

¹⁸⁹ ["jurisdiction"]; Véase *supra* nota 153 y THIENEL: ob. cit., *supra* nota 3, pp. 366-367.

¹⁹⁰ Conf. MAY-POWLES: ob. cit., *supra* nota 139, p. 300. Sobre los paralelos con las extradiciones jurídicas con igual resultado también TALMON: ob. cit., *supra* nota 135, pp. 93 s.

¹⁹¹ Sobre esto, con ulteriores referencias AMBOS: ob. cit., *supra* nota 1, pp. 265 ss.

law, a la parte que los quiere invocar.¹⁹² Por el contrario, en un sistema de tipo inquisitivo o dirigido por un juez, como el alemán, siempre es el Estado (el Ministerio Público fiscal o el juez), y no las partes, quien debe indagar sobre el asunto. Si bien el acusado puede proponer prueba relevante, el tribunal no depende de esta actividad. El juez está obligado a investigar los hechos *ex officio* (véase el § 244 [2] OPP) extendiendo la recepción de prueba a todos los hechos relevantes para el caso.¹⁹³

En cuanto a la prueba (transnacional) obtenida bajo tortura es discutible si el enfoque ordinario arriba descrito es apropiado. En un procedimiento adversarial, esto significaría que el acusado tendría que probar la aplicación de tortura, dado que él quiere aducir este argumento para anular evidencia; en un procedimiento inquisitivo, el tribunal debe investigar el asunto, pero el riesgo de que no pueda ser probado es cargado al acusado.¹⁹⁴ Así, en "El Motassadeq", el Tribunal Superior estadual de Hamburgo no tuvo por probado que las declaraciones de tres testigos, cuyos resúmenes fueron remitidos por autoridades estadounidenses, habían sido obtenidas por medio de tortura y, en consecuencia, fueron admitidas como evidencia.¹⁹⁵ Ninguno de estos enfoques es apropiado por razones prácticas y por consideraciones relacionadas con el principio del juicio justo. En términos prácticos, es difícil para el acusado probar el uso de

¹⁹² Conf. MAY-POWLES: ob. cit., *supra* nota 139, § 04-35 ("The burden of establishing the conditions of admissibility of other evidence will fall on whichever side is seeking to adduce it" ["La carga de establecer las condiciones de admisibilidad de otra prueba recaerá sobre la parte que busca aducirla"]); SEABROOKE, S., y SPRACK, J.: *Criminal Evidence & Procedure*, 2ª ed., Blackstone, Londres, 2004, p. 14 ("In general the burden of proof in the "voir dire" will be upon the party who asserts that the evidence should be admitted" ["En general, la carga de la prueba en el "voir dire" recaerá sobre la parte que afirma que la prueba debe ser admitida"]); ROBERTS-ZUCKERMAN: ob. cit., *supra* nota 14, p. 331 [*N. del T.*: en el derecho estadounidense se llama "voir dire" al procedimiento en el cual las partes discuten la composición del jurado y cuestionan eventualmente su imparcialidad].

¹⁹³ BGH, decisión del 4/4/1951, en BGHSI 1, p. 94, p. 96; BGH, decisión del 17/10/1983, en BGHSI 32, p. 115, p. 122 = NJW, 1984, n° 37, pp. 247 ss., p. 248.

¹⁹⁴ BGH, decisión del 28/6/1961, en BGHSI 16, p. 164, p. 167 = NJW 1979, 1980 (1961), n° 14; MEYER-GOßNER: ob. cit., *supra* nota 147, § 136 a n.m. 32.

¹⁹⁵ OLG Hamburg, "El Motassadeq", cit., *supra* nota 81, pp. 2326, 2328.

tortura si él no fue la víctima de ella y en consecuencia no tiene signos físicos para demostrarla. En casi todos los casos de posible tortura de un testigo, el acusado no está en posición de aducir hechos fiables para probar la tortura.¹⁹⁶ Por lo tanto, del acusado no puede esperarse más que “exponga alguna razón plausible (...) de que la prueba ha venido, o es probable que haya venido, de uno de aquellos países que ampliamente se sabe o se cree que practican la tortura”.¹⁹⁷ En efecto, la Sección 78 PACE permite a la Corte excluir evidencia si lo cree necesario, para lo que sería suficiente con que la defensa plantee la cuestión.¹⁹⁸ Con esto, la carga de la prueba se traslada a la parte que aduce la prueba que supuestamente ha sido obtenida por medio de tortura, esto es, esta parte, normalmente el Estado, debe probar que no se ha aplicado tortura o que no existe un “riesgo real” en este sentido.¹⁹⁹ Esto está en conformidad con la interpretación

¹⁹⁶ “A and Others”, HL, cit., *supra* nota 78, párr. 55 (lord Bingham), párr. 116 (lord Hope). Por las mismas razones, Nigel Rodley, Relator Especial sobre la Tortura de la ONU, recomendó que no se requiera del detenido una “conclusive proof of physical torture” [“prueba concluyente decisiva de tortura física”], en *Report of Visit to Turkey*, UN Doc. E/CN. 4/1999/61/Add. 1 (1999), párr. 113 (e) disponible en internet: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/104/37/PDF/G9910437.pdf?OpenElement> (consultado por última vez el 26/2/2008); similar NOWAK-Mc ARTHUR: ob. cit., *supra* nota 93, n.m. 81.

¹⁹⁷ “A and Others”, HL, *supra* nota 78, párr. 56 (lord Bingham) [“advance some plausible reason (...) that evidence has, or is likely to have, come from one of those countries widely known or believed to practice torture”]; también párr. 116 (lord Hope): “All he can reasonably be expected to do is to raise the issue (...)” [“Todo lo que razonablemente puede esperarse que él haga es que plantee la cuestión (...)”]. Conf. NOWAK-Mc ARTHUR: *supra* nota 93, n.m. 84. Críticamente en relación con el art. 6 (1) CEDH THIENEL: *supra* nota 88, p. 407.

¹⁹⁸ Conf. MAY-POWLES: ob. cit., *supra* nota 139, p. 308.

¹⁹⁹ “A and Others”, HL, cit. *supra* nota 78, párr. 56 (lord Bingham); concordantemente párr. 80 (lord Nicholls), párr. 98 (lord Hoffmann); también conc. NOWAK-Mc ARTHUR: ob. cit., *supra* nota 93, n.m. 82, 84. Para otro punto de vista ZANDER: ob. cit., *supra* nota 154, pp. 380-381 según quien la defensa tiene que “to persuade the court that there is a serious issue as to unfairness...” [“persuadir a la Corte de que hay una grave cuestión de injusticia [procesal]...”] y que, en síntesis, llega “remarkably close” [“increíblemente cerca”] de la carga de la prueba que está en la defensa. De manera similar ARCHBOLD: ob. cit., *supra* nota 169, § 15-462: “evidential burden (...) that there is an issue to be decided (...) will rest on the defence” [“carga probatoria (...) que hay una cuestión a decidir (...) recaerá en la defensa”].

que hace el Comité contra la Tortura del art. 15 CT-ONU según la cual la disposición supone un deber positivo del estado de examinar si declaraciones llevadas ante sus tribunales han sido hechas bajo tortura.²⁰⁰ En un sistema inquisitivo, la misma solución podría ser alcanzada mediante una aplicación analógica del principio *in dubio pro reo*, usualmente aplicable sólo con respecto a hechos relativos a la culpabilidad del acusado,²⁰¹ al caso de prueba producida por medio de tortura o por métodos comparables.²⁰² Si, como en “Motassadeq”, el uso de tortura no puede ser probado, la duda operaría a favor del acusado, es decir, se debería suponer que la prueba controvertida fue producida bajo tortura y, en consecuencia, no podría ser admitida. A su vez, la prueba solamente puede ser admitida si el uso de tortura puede ser definitivamente refutado.²⁰³ En este sentido ya ha decidido el BGH que en caso de faltar los puntos de apoyo suficientes y confiables para una instrucción exitosa, las correspondientes manifestaciones del acusado no pueden ser valoradas.²⁰⁴ El BGH así implícitamente y en favor del acusado parte de la falta de instrucción, cuando ésta no es seguro que pueda ser probada de acuerdo con el convencimiento del tribunal de juicio.

Estas consideraciones evidencian que la cuestión de la carga de la prueba está relacionada con el estándar de la prueba. Mientras que en un sistema adversarial debe exigirse desde un principio un cambio de la carga de la prueba, en un sistema inquisitivo la cuestión no es la carga sino el estándar de prueba, dado que la primera recae de todas maneras en el Estado (tribunal). La cuestión crucial entonces es qué necesita ser

²⁰⁰ “P. E. v. France”, Complaint. n° 193/2001, UN Doc. A/58/44, p. 150 (par. 6.3.); “G.K. v. Switzerland”, Complaint. n° 219/2002, *idem*, p. 185 (par. 6.10); de esto THIENEL: ob. cit., *supra* nota 3, p. 355 deriva que el art. 15 reduce “any burden of proof on persons other than the state to an evidentiary burden only of triggering the positive obligation of the state” [“toda carga de la prueba sobre personas diferentes al Estado a la carga probatoria de sólo provocar la obligación positiva del Estado”].

²⁰¹ BGH, decisión de 28/6/1961, cit., *supra* nota 190, p. 166 - 1980.

²⁰² Véase, por ejemplo, VOLK: ob. cit., *supra* nota 154, § 18, n.m. 22 en el caso del § 136 a OPP; en nuestro contexto también TALMON: ob. cit., *supra* nota 135, p. 84.

²⁰³ Para la inversión de la carga de la prueba que allí se presenta también JAHN: ob. cit., *supra* nota 4, C 109; TALMON: ob. cit., *supra* nota 135, p. 84.

²⁰⁴ BGH, *NSiZ-Rechtsprechungsreport Strafrecht*, 2007, pp. 80 ss., p. 81.

demostrado para excluir la prueba: ¿es suficiente con que haya un riesgo real o alta probabilidad de que la tortura fue aplicada o debe ser probada plenamente? Mientras que la Cámara de los Loes siguió la primera posición, más flexible en "A and Others" (la minoría²⁰⁵ optó por un "riesgo real", la mayoría²⁰⁶ por "alta probabilidad"), el *Oberlandesgericht* de Hamburgo²⁰⁷ siguió la última posición más estricta. Esta posición parece encontrar un sostén en el art. 15 de la CT-ONU que se refiere a una declaración "que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura",²⁰⁸ es decir, la aplicación de tortura debe ser efectivamente "demostrada". Sin embargo, otra vez aquí se plantea la cuestión de si un estándar estricto de este tipo es apropiado a la luz de las dificultades para probar con certeza el uso de tortura por parte de un Estado extranjero. Este Estado difícilmente cooperará en el esclarecimiento de los hechos²⁰⁹ y sin su cooperación es difícil encontrar prueba segura para probar la tortura. Además, el riesgo real o aun la alta probabilidad de que la prueba fue obtenida por medio de tortura es suficiente para contaminar la evidencia y así desacreditar el procedimiento. Fi-

²⁰⁵ *Supra* nota 196 y texto principal.

²⁰⁶ Véase "A and Others", HL, cit., *supra* nota 78, párr. 120 ss., 121 (lord Hope): "Is it established, by means of such diligent inquiries into the sources that it is practicable to carry out and on a balance of probabilities, that the information relied on by the Secretary of State was obtained under torture?" ["¿Está establecido, por medio de tales diligentes investigaciones que es factible llevar a cabo sobre las fuentes y con base en una ponderación de probabilidades, que la información confiada por el Secretario de Estado fue obtenida bajo tortura?"] (bastardilla en el original); véase también ídem, párrs. 138 ss. (lord Rodger), párrs. 156 ss. (lord Carswell), párr. 172 ss. (lord Brown).

²⁰⁷ El *Oberlandesgericht* de Hamburgo requirió la plena prueba de la tortura y consideró que las dudas existentes acerca de las circunstancias del interrogatorio conciernen al valor probatorio y no a la admisibilidad de las declaraciones (OLG Hamburg, "El Motassadeq", cit., *supra* nota 81, pp. 2326, 2328); crit. GLEß: ob. cit., *supra* nota 150, § 136a n.m. 79 con nota 351. Del mismo modo la decisión n° 11 c) de la Sección Penal del 67. DJT ("Die ein Beweisverwertungsverbot begründenden Umstände bedürfen des vollen Nachweises im Einzelfall" ["Las circunstancias que fundan una prohibición de valoración probatoria requieren ser plenamente comprobadas en el caso concreto"]).

²⁰⁸ Énfasis K.A.

²⁰⁹ Conf. también JAHN: ob. cit., *supra* nota 4, C 109 (Prueba "praktisch unmöglich" ["prácticamente imposible"]); así como TALMON: ob. cit., *supra* nota 135, p. 84.

nalmente, para un verdadero Estado de derecho el riesgo real, es decir, la posibilidad seria de que haya sido utilizada prueba obtenida por medio de tortura debe ser suficiente para tornar insostenible el proceso.²¹⁰ Por todas estas razones, debe considerarse suficiente el estándar de un riesgo real, serio.²¹¹

5. Conclusión final: contra la admisión de prueba transnacional obtenida por medio de tortura

El análisis del derecho de los tribunales penales internacionales ha mostrado que la prueba (supranacional) obtenida por medio de tortura no debe ser admitida, dado que tal prueba no es fiable y daña la integridad del proceso (2.3). Lo mismo vale para la admisión ante tribunales nacionales de prueba (transnacional) obtenida por medio de tortura (3.3. La estricta regla de exclusión del art. 15 CT-ONU confirma este punto de vista. La *ratio* de esta regla es la no fiabilidad general de prueba obtenida por medio de tortura, su carácter lesivo de valores civilizados y su efecto degradante sobre la administración de justicia.²¹² Dada la desventaja de la defensa en el proceso penal, la carga de la prueba debe recaer en la parte que quiere presentar la prueba controvertida, es decir, el Estado. Por consideraciones prácticas y fundamentales basadas en el principio del juicio justo tal evidencia no debe ser admitida si hay un riesgo real, serio de que haya sido obtenida por medio de tortura (4).

²¹⁰ Para este argumento en relación con el art. 6° (1) CEDH véase también THIENEL: ob. cit., *supra* nota 88, pp. 408-409. Sobre las presunciones de hecho del TEDH conf. ESSER: ob. cit., *supra* nota 93, p. 660.

²¹¹ Para el mismo resultado THIENEL: ob. cit., *supra* nota 88, p. 409; NOWAK-McARTHUR, *supra* nota 93, art. 15, n.m. 84. Véase también JAHN: ob. cit., *supra* nota 4, C 109 con fundamentación del derecho constitucional.

²¹² Véase la posición de los recurrentes citadas en "A and Others", HL, cit., *supra* nota 78, párr. 28 (6) (lord Bingham).