

## **LA INTOLERABLE PERSISTENCIA DE LA TORTURA EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA**

**Gabriel Ignacio Anitua<sup>1</sup>**

ianitua@mpd.gov.ar

### **RESUMO**

Este trabalho tem como objetivo fazer uma breve apresentação sobre a obrigação internacional de Estados democráticos para investigar, processar e punir os responsáveis por violações dos direitos humanos, incluindo tortura e outros tratamentos desumanos. Apresenta também algumas cifras que revelam a realidade da tortura e dos maus-tratos na Argentina decorrentes de vários relatórios publicados nos últimos tempos. Em seguida, reflete acerca da persistência destas práticas intoleráveis na nossa democracia.

Palavras-chaves: Tortura. Democracia. Direitos Humanos.

### **ABSTRACT**

This paper aims to make a brief presentation on the international obligation of democratic states to investigate, prosecute and punish those responsible for human rights violations, including torture and inhuman treatment. It also presents some numbers that reveal the reality of torture and ill-treatment in Argentina due to several reports published recently. Then reflects on the persistence of these intolerable practices in our democracy.

Keywords: Torture. Democracy. Human rights.

### **1. Introducción**

La tortura forma parte estructural del sistema penal argentino. No es casual que se relacione su ocurrencia con una genealogía de la misma que, si bien remite a las épocas de la colonia, también tiene una matriz acuñada en los 200 años que siguen a su abolición formal por la Asamblea del año XIII y, en particular, por el Estado genocida de la última dictadura<sup>2</sup>.

La tortura como parte de los sistemas punitivos y las políticas de aquel Estado tienen en común ser los atentados más severos contra la libertad.

Como dice Ferrajoli en su última obra total, “Las violaciones de los derechos de la libertad son de dos tipos, en apariencia opuestos, pero en realidad contiguos: a) los crímenes contra la humanidad, en gran parte impunes; b) los tratamientos punitivos, que en muchos ordenamientos, incluidos los de algunas democracias avanzadas, se manifiestan en formas extremas de terrorismo penal”<sup>3</sup>. De esta última cuestión, su manifestación más terrible y vergonzosa es la tortura. Es también la manifestación más intolerable en una democracia, precisamente por ser característica de la dictadura.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidad de Barcelona. Possui título de Master en Sistema Penal y Problemas Sociales pelo Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona. Possui Diploma de Estudios Avanzados en el Nuevo Código Penal: Novedades Básicas y Repercusiones Procesales pela Universidad del País Vasco. Pós-graduado pela Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> Rodríguez Molas, Ricardo, *Historia de la tortura y el orden represivo en la Argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 1984.

<sup>3</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. II, Madrid, Trotta, 2007, p. 521

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa).

De la existencia de la práctica de la tortura en Argentina dan cuenta, de manera categórica, diversos informes de instituciones estatales y de organismos de derechos humanos, dados a conocer en los últimos años en el país<sup>4</sup>. También son destacables las advertencias formuladas a nuestro país por distintos órganos internacionales con competencia en la materia.

Tales informes son importantes precisamente porque exponen esa realidad de la tortura y los malos tratos en nuestro país. Son, aunque aún en forma embrionaria, una posibilidad de dar cuenta, de echar luz, a través de información pública, registros o bases de datos, sobre una realidad que se mantiene en la impunidad principalmente por el secreto que la rodea.

Sin embargo, y por el momento, tales avances no han tenido un necesario correlato en la actuación de jueces y fiscales, que de manera estructural y sistemática banalizan las de por sí pocas denuncias por estos hechos. Estos funcionarios públicos no denuncian por sí mismos ante la sospecha (evidente para cualquiera que se acerque a cárceles o comisarias) de este tipo de delitos, no canalizan los reclamos hacia esa posibilidad, no investigan o procesan adecuadamente los indicios en ese sentido. Y, finalmente, muestran gran benevolencia para con los presuntos autores –por ejemplo, calificando por defecto cualquier denuncia como “apremios ilegales” en vez de torturas– y, en fin, no dictando, o haciéndolo en escasas oportunidades, el procesamiento y el juzgamiento de los responsables de esta grave forma de criminalidad estatal. Estas deficiencias no han sido ajenas a los señalamientos de los organismos locales e internacionales a los que nos referíamos antes, muy a pesar de lo cual hasta el momento no se han producido verdaderos cambios en ese sentido.

El dato no es menor, pues como surge expresamente de algunos de estos informes sobre la situación argentina, esa impunidad es el factor criminógeno más importante de la propia tortura<sup>5</sup>.

Como dice también Ferrajoli “El principal factor de estas atrocidades proviene de su impunidad, que es la otra cara de la ineffectividad de los derechos humanos y del estado de derecho en el ordenamiento internacional”<sup>6</sup>.

Por ahora, solo nos interesa señalar que dichas condiciones de posibilidad de la impunidad de estos delitos forman parte de un sistema que mantiene a la tortura como una práctica consustancial de nuestro poder punitivo.

El presente trabajo pretende realizar una breve exposición sobre la obligación internacional asumida por los Estados democráticos de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos, como las torturas y otros tratos inhumanos. Seguidamente, se incluirán algunas cifras sobre la realidad de la tortura y los malos tratos en la República Argentina que surgen de distintos informes publicados en los últimos tiempos. Luego nos detendremos en conclusiones sobre la persistencia de esta práctica intolerable, en nuestra democracia.

---

<sup>4</sup> Entre otros, los de Procuración Penitenciaria de la Nación, Unidad de Registro, Sistematización y Seguimiento de Hechos de Tortura y Otras Formas de Violencia Institucional de la Defensoría General de la Nación, la Defensoría Oficial ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, Amnistía Internacional o Comité contra la Tortura, Comisión Provincial por la Memoria.

<sup>5</sup> Coriolano, Mario “La impunidad como el factor más importante en la proliferación y continuación de la tortura” *Revista del Ministerio Público* Nro. 5, año 3. Marzo de 2006, editada por la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>6</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. II, Madrid, Trotta, 2007, p. 522.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa).

## **2. Los delitos de Estado. La obligación internacional de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos**

La República Argentina es uno de los países signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que ha sido incorporada al ordenamiento jurídico interno con rango constitucional. Pero, además, al aprobar la Convención nuestro país ha reconocido la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Esta última, como órgano jurisdiccional e intérprete última de la Convención, ha elaborado a lo largo de los últimos veinticinco años, en ejercicio de su competencia contenciosa, una frondosa jurisprudencia en torno a la obligación de los estados de llevar a cabo investigaciones eficaces que permitan enjuiciar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención. Muchos de los casos a partir de los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido y delimitado los alcances de aquella obligación han sido, precisamente, casos en los que se habían cometido torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes.

El artículo 1 de la Convención Americana establece en cabeza de los estados el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción, el cual requiere de la adopción de las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia<sup>7</sup>.

La Corte Interamericana ha sostenido en diversas ocasiones que “[e]l Estado parte de la Convención Americana tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y sancionar a los autores y a quienes encubran dichas violaciones. Y toda persona que se considere víctima de éstas o bien sus familiares tienen derecho de acceder a la justicia para conseguir que se cumpla, en su beneficio y en el del conjunto de la sociedad, ese deber del Estado”<sup>8</sup>.

Además, el tribunal interamericano ha señalado que la obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa<sup>9</sup>. En diferentes casos que involucraban torturas, sostuvo que en tanto la prohibición de las torturas y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen normas de *ius cogens*, los estados deben garantizar que el proceso interno tendiente a investigar a los responsables de los hechos surta los debidos efectos, debiendo abstenerse de recurrir a normas como la amnistía, la prescripción y el

---

<sup>7</sup> CortelDH, Caso Juan Humberto Sánchez, Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 110; Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 172; y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 144-145; entre muchos otros. En igual sentido, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6 (Décimo sexta sesión, 1982); María Fanny Suárez de Guerrero v. Colombia. Comunicación No. R.11/45 (5 de febrero de 1979), U.N.Doc. Supp. No. 40 (A/37/40)(1982), pág. 137.

<sup>8</sup> Caso Juan Humberto Sánchez, párr. 184; Caso del Caracazo, Reparaciones, Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 115; Caso Las Palmeras, Reparaciones, Sentencia de 26 de noviembre de 2002. Serie C No. 96, párr. 66; Caso Trujillo Oroza, Reparaciones, Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 99; Caso Bámaca Velásquez, Reparaciones, párrs. 76 y 77; y Caso Cantoral Benavides, Reparaciones, Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párrs. 69 y 70; Caso Bulacio, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 110.

<sup>9</sup> Caso Juan Humberto Sánchez, párr. 144; Caso Bámaca Velásquez, párr. 212; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), párr. 226; Caso Bulacio, párr. 112.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa).

establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como a medidas que pretendan impedir la persecución penal<sup>10</sup>.

Resulta interesante lo expuesto por el juez brasileño Cançado Trindade en su voto razonado en el caso antes citado, en el sentido de que la realización de la justicia es de suma importancia para la rehabilitación de las víctimas de tortura al reconocer los sufrimientos padecidos y mitigar su dolor y el de sus seres queridos, lo cual se ve afectado seriamente por el encubrimiento estatal de lo ocurrido o la indiferencia ante los hechos delictivos<sup>11</sup>.

Asimismo en el ámbito de la OEA, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>12</sup>, también firmada y ratificada por nuestro país, incluyó en el propio texto de la norma dicha obligación, en particular en su artículo 1 que establece que “[L]os Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención”; en su artículo 6, en tanto dispone que los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción; y en su artículo 8, que obliga a los estados a garantizar a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente, y a que cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en su territorio, procedan de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso e iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

La Convención de Naciones Unidas contra la Tortura<sup>13</sup> contiene una norma similar en su artículo 12, al disponer que “[T]odo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial”. El alcance de dicha obligación ha sido desarrollado exhaustivamente por el Comité contra la Tortura – órgano de aplicación de aquel tratado– en diversos pronunciamientos<sup>14</sup>.

Los casos aquí citados son apenas algunos pocos dentro de la vasta jurisprudencia desarrollada en los últimos años en el ámbito de los sistemas universal e interamericano en torno a la obligación internacional de investigar y sancionar las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Esta somera exposición nos permite dar cuenta de que cualquier situación de impunidad, en el sentido que ha sido definida por la propia CortelDH como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”<sup>15</sup>, constituye un ilícito internacional que genera responsabilidad en cabeza de los Estados.

---

<sup>10</sup> CortelDH, Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 259.

<sup>11</sup> CortelDH, Caso Tibi, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 21.

<sup>12</sup> Adoptada en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su Decimoquinto Período Ordinario de Sesiones, Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985. Entrada en vigor el 28 de febrero de 1987, conforme al artículo 22 de la Convención.

<sup>13</sup> Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1).

<sup>14</sup> Ver, en particular, Observación General N° 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008; y Observación General N° 3, Aplicación del artículo 14 por los Estados partes, CAT/C/GC/3, 13 de diciembre de 2012.

<sup>15</sup> CortelDH, Caso Juan Humberto Sánchez, párrs. 143 y 185; Caso Las Palmeras, Reparaciones, párr. 53.a); Caso del Caracazo, Reparaciones, párrs. 116 y 117; Caso Bulacio, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 120.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa).

### **3. Sobre la tortura y su impunidad en Argentina**

Como no podía ser de otra forma, también es un delito para la legislación interna en Argentina. Y uno muy grave. Es de hecho, y desde la misma época en que se asumió el carácter de delito internacional, esto es, un delito de Estado, el delito penado más severamente por la ley.

En efecto, la ley 23.097, que modifica el tipo penal del derecho interno anteriormente, y con una pena sensiblemente menor, descripto por reforma de la ley 14.616., entró a regir el 7 de noviembre de 1984. Tuvo en cuenta el legislador, entonces, tanto la adecuación a los compromisos internacionales, como la experiencia de la práctica sistemática de la tortura durante el proceso militar<sup>16</sup>. No es casual que el autor del delito de tortura sea equiparado, por la amenaza de pena, al autor del delito de homicidio: esa era la escala más severa con que contaba el derecho penal argentino.

El artículo 144, párrafo tercero del Código penal argentino, ahora prescribe que “Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquella poder de hecho. Igual pena se impondrá a los particulares que ejecutaren los hechos descriptos”.

No es nuestra intención en este artículo analizar dogmáticamente esta herramienta legal. Para ello, es muy recomendable acudir a la tesis doctoral de Daniel Rafecas, que aclara lo que es el delito de tortura, como se define internacionalmente y en nuestra legislación, y justifica que esa penalización y la forma en que está hecha se encuentra avalada por el programa garantista<sup>17</sup>.

Afirma Rafecas que en la Argentina tenemos una buena herramienta legal para prevenir el delito de tortura. La misma se corresponde con el programa garantista, y fue sobremanera desarrollada en los últimos años, en respuesta a los estándares exigidos por la comunidad jurídica internacional y con el proceso histórico de desvalorización y rechazo a las prácticas violatorias de derechos humanos en nuestro país. Ahora bien, si, desde el fin de la última dictadura tenemos, en el plano normativo, una correcta herramienta político-criminal contra la tortura, no puede menos que verse con desasosiego la persistencia de prácticas que respondería a esa figura, al igual que una muy preocupante impunidad.

En efecto, el problema con respecto a este tipo de delitos vinculados con el poder es y será el mismo, la aplicación práctica de dicha norma. Al tratarse de delitos cometidos generalmente por personal de las fuerzas de seguridad, en establecimientos de dichas fuerzas, y con múltiples ocultamientos y secretos, la impunidad, es decir, la no aplicación de la norma, se convierte en regla.

El carácter federal de la República Argentina hace que no exista un sistema penitenciario único en todo el país, ni tampoco solo una sino diversas instituciones policiales. Esta circunstancia conspira (aunque es sin duda el menor de los obstáculos) para que sea difícil contar con cifras de torturas y malos tratos unificadas, disponiéndose en general de

---

<sup>16</sup> Salinas, Pablo, *La aplicación de la tortura en la República Argentina*, Buenos Aires, del Puerto, 2011.

<sup>17</sup> Rafecas, Daniel Eduardo, *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Buenos Aires, del Puerto, 2010.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa).

estadísticas diferenciadas para el sistema federal y para aquellas provincias de las que se cuenta con datos<sup>18</sup>.

Sin embargo, en dos de los sistemas penitenciarios más importantes por la cantidad de detenidos, esto es, el sistema federal –con aproximadamente diez mil presos- y el de la provincia de Buenos Aires –con cerca de treinta mil-, diversas instituciones estatales y organizaciones no gubernamentales han producido informes sobre la tortura y los malos tratos durante los últimos años.

Tales estudios –que reseñaremos muy brevemente en este apartado- no constituyen un mapa acabado de la tortura en tales ámbitos, pues, más allá de la presumible sobrerrepresentación de la “cifra negra” e estos casos, también existen situaciones de tortura y tratos inhumanos que ocurren en otros lugares de privación de libertad bajo el poder público, como institutos de menores o neuropsiquiátricos. Además, muchos abusos de poder se dan durante la actuación de agentes estatales en la vía pública, por ejemplo, cuando las fuerzas de seguridad practican detenciones o llevan adelante allanamientos, o incluso en actuaciones de prevención de las que no quedan registros.

En el año 2011, en el ámbito federal, la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) registró un total de 399 hechos de tortura y/o malos tratos, de las cuales 390 tuvieron lugar en unidades del Servicio Penitenciario Federal (SPF)<sup>19</sup>. Para el mismo año, la Unidad de Registro, Sistematización y Seguimiento de Hechos de Tortura y Otras Formas de Violencia Institucional de la Defensoría General de la Nación<sup>20</sup>, recibió en un período de diez meses información de 400 situaciones de tortura y/o malos tratos, de las cuales 273 habrían tenido lugar en unidades del SPF, 90 en la vía pública y 10 en dependencias de la Policía Federal Argentina.

Dentro de las unidades penitenciarias, ambos registros identificaron a las requisas, los ingresos y las sanciones en celdas de aislamiento como los momentos con mayor cantidad de hechos de violencia institucional.

También en 2011, en la provincia de Buenos Aires, la Comisión Provincial por la Memoria (CPM) realizó 2371 presentaciones judiciales que incluyeron la denuncia de 7089 hechos<sup>21</sup>, comprendiendo desde faltas de atención médica, afectaciones al vínculo familiar y situaciones de aislamiento, hasta problemas de alimentación o infraestructura, y asimismo golpes.

En el informe, la CPM dio cuenta además de 10.458 hechos violentos notificados por el Servicio Penitenciario Bonaerense (SPB) a la justicia, cifra que implicó un incremento de la violencia intracarcelaria en un 31% con relación al año anterior<sup>22</sup> y en un 49% para el período 2008-2011.

---

<sup>18</sup> Esto fue denunciado por el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas en 2004 cuando exigió que exista un registro uniforme y consolidado sobre los hechos de tortura en los lugares de detención que recopile información de todo el país.

<sup>19</sup> Procuración Penitenciaria de la Nación, Informe Anual 2011, La situación de los Derechos Humanos en las Cárceles Federales de la Argentina, disponible en <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202011%20PPN.pdf>.

<sup>20</sup> Creada por resoluciones de la Defensora General de la Nación nos. 1650/10 y 72/11.

<sup>21</sup> Comité contra la Tortura, Comisión Provincial por la Memoria, Informe Anual 2012, disponible en [http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anuales/informeCPM\\_curvas\\_web.pdf](http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anuales/informeCPM_curvas_web.pdf).

<sup>22</sup> Estos números no significan, de ningún modo, que el SPB asuma su responsabilidad en las situaciones de violencia informadas sino que, por el contrario, en general la culpa se proyecta sobre los propios privados de libertad, cuyos comportamientos serían los agentes causantes de tales situaciones.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa).

A pesar de los alarmantes números que hablan de una práctica sistemática de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes en nuestro país, ni jueces ni fiscales parecen haber tomado real dimensión del problema, cuestión que resulta patente si observamos la casi absoluta ausencia de condenas por torturas, vejaciones o apremios ilegales.

Sabido es que la mayoría de los delitos poseen una cifra negra muy elevada, o sea que del universo de hechos ocurridos apenas unos pocos son conocidos por el sistema de justicia penal. Pues bien, en el caso de las torturas y los malos esa cifra es aún mucho mayor, sobremanera en la comparación con la llamada “cifra blanca”, esto es, la casi ausencia de condenas. Este fenómeno ocurre en figuras que están derogadas en los hechos, por motivos bien distintos pero que hablan más bien del error al tipificar tales conductas (por no deber quedar comprendidas en el control penal estatal, como en el aborto o en la violación a la propiedad intelectual, o por ser mejores otras intervenciones, como en los delitos tributarios). Pero este no es el caso de la figura que analizamos, que es especialmente grave y no se nos ocurre otro tipo de intervención. Especialmente si tenemos en cuenta la especial vulnerabilidad de quienes son víctimas de estos delitos, la habitual omisión de denunciar por el temor a las represalias por parte de los autores que seguirán teniendo un poder de hecho sobre las víctimas, e incluso la mayor tolerancia frente a la violencia institucional, tanto social cuanto del propio victimizado, que en muchas ocasiones termina por naturalizar el maltrato, al que percibe como parte del castigo que se le ha impuesto.

Según información relevada por el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal, de las casi 34 mil condenas dictadas en todo el territorio argentino en 2004, tan solo 44 se refirieron a los delitos de apremios ilegales, vejaciones, severidades y torturas, es decir, apenas el 0,12%<sup>23</sup>.

De esta manera, la situación de impunidad en este tipo de criminalidad no se debe tan solo a la existencia de muy pocas denuncias, sino que aquellos casos que sí son puestos en conocimiento de la justicia penal no progresan y muy rara vez culminan en condenas. Por ejemplo, en la justicia federal y ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires, más la justicia federal del interior del país, solamente una de cuatrocientas denuncias relacionadas con estos delitos termina en condena. Según el informe 2008 del Ministerio Público Fiscal, el porcentaje de sentencias condenatorias oscila alrededor del 0,25% del total de denuncias ingresadas al sistema penal formal por estos hechos.

La sistematicidad de la práctica de la tortura y los malos tratos en nuestro país, así como su elevadísima cifra negra y la impunidad de los hechos que son sometidos a la justicia, son circunstancias que han trascendido el ámbito interno y que han sido objeto de diversas observaciones dirigidas a la Argentina por parte de algunos organismos internacionales de derechos humanos en los últimos años.

#### **4. Conclusiones sobre la perplejidad de la persistencia de la tortura en democracia.**

Esa persistencia de la práctica sistemática de la tortura en nuestro sistema penal, nos lleva, como ciudadanos, a demostrar una enorme perplejidad, pues no solamente han pasado

---

<sup>23</sup> Finkelstein Nappi, Juan Lucas “Breves apostillas al fenómeno de la tortura en la República Argentina” en Bergalli, Roberto y Rivera Beiras, Iñaki (coordinadores), “Desafío(s)”, Nº 2, *Torturas y abuso de poder*, Anthropos, Barcelona, 2006, pp. 143-148.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa).

doscientos años de su abolición, sino que pervive esa práctica, incluso, pasados los treinta años de vigencia de un sistema democrático, que la haría incongruente e incluso intolerable.

La perplejidad se produce quizás más en quienes estamos formados en disciplinas jurídicas y políticas, ya que estos saberes comparten la convicción sobre ciertos valores supremos (la libertad, la igualdad, el pluralismo, la tolerancia, la vida) que están, al menos, en una aspiración común. Y, en la constatación de legitimación histórica de la progresiva conformación del Estado de Derecho como modelo jurídico-político impuesto o logrado. Este modelo, traducido al ámbito penal, y en su forma más brillante y clara descrito en sus alcances teóricos por Luigi Ferrajoli<sup>24</sup>, ha intentado imponer un derecho penal y un derecho procesal penal, que en la protección de ciertos bienes jurídicos (en especial la vida, la libertad y la integridad corporal, pero también la propiedad, etc.) no produjese mayores daños a esos mismos derechos, tanto de las víctimas como de los infractores.

Es en este marco que se produce aquella terrible perplejidad respecto al fenómeno de la tortura. No solamente por su persistencia en contra de un tal modelo teórico, y en una democracia consolidada. Sino también porque en el modelo histórico que lo recibe se produce la paradoja de ser, a la vez, el delito más severamente penado y también una consabida práctica sistemática del mismo poder penal de la democracia.

Cuando se dice sistemática o estructural, se quiere indicar, además, que dicha práctica es parte ontológica, genética mejor dicho, de la práctica del poder penal. Incluso de la misma organización jurídica de ese poder penal.

Derecho penal y poder punitivo pueden ser distinguidos teóricamente. Pero históricamente se han producido a la vez, y en estrecha relación de necesidad. Es por ello que la paradoja en cuestión refiere a la misma aporía del derecho penal, que tiene, al menos, esas dos caras. La que limita y la que legitima a la violencia. Y cabe recordar el peso histórico de la violencia para la conformación del Estado, del Estado de derecho, y en particular en sus aspectos jurídico-penales, que son los que específicamente se relacionan con la violencia, prohibida o justificada.

Sobre todo ésta última cuestión parece relevante, ya que así como el derecho internacional se relacionará con la guerra, el derecho penal estará igualmente relacionado con la pena. Y en última instancia ambos hechos necesitan de discursos de justificación de la violencia.

Pero me refiero especialmente a esa paradoja de origen del derecho penal ya que dentro de esa violencia, que es el alma del castigo, tuvo un lugar privilegiado la misma tortura, que en los momentos de aparición del Estado aparecía justificada en sus leyes y discursos doctrinarios. Zaffaroni ha insistido en recordarnos el origen que nuestros sistemas penales reconocen en la Inquisición, y en el señalamiento de herejes, judíos, homosexuales y mujeres como el otro diabólico que hay que eliminar para preservar a la sociedad<sup>25</sup>.

La existencia de esos “enemigos” permitió la organización de prácticas que dieron nacimiento a los sistemas penales en que comenzaron a ser usuales las torturas, tormentos y penas crueles como consecuencia del monopolio de arbitrariedad jerarquizante de burocracias de Estado.

<sup>24</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995 (trad. P. Andrés Ibañez y otros).

<sup>25</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl, y otros, *Derecho Penal. Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 2000; y Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006.



Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa).

*Tormenta iuris permissione* (como nos recuerda la brillante tesis de Sabadell<sup>26</sup>) era el lema de los prácticos y juristas que en aquellos inicios de la modernidad penal hacían de la práctica de la tortura una legítima metodología penal y procesal.

Las misiones fundamentales de la tortura eran la averiguación de la verdad y la purificación de los pecados con la aplicación del tormento, que se extendió finalmente al espectáculo de la muerte dolorosa como pena, que también tendría funciones de control terroríficamente disciplinante.

Esa doble finalidad de la tortura, penal y procesal, sigue siendo una constante en la pervivencia de estos hechos que se presentan como un modo de actuar inherente a los modos represivos del Estado.

Como se observa, la ley penal y los teóricos que utilizaban el discurso jurídico iban a legitimar esas prácticas.

Pero lo curioso del caso es que puede verse, desde este primer momento, un intento de limitar su aplicación por parte del mismo pensamiento que le daba su justificación última. La aporía de la tortura deviene así una herencia del derecho y sus dos caras.

Se reconocen en él dos modelos que desde siempre han estado en tensión. Por un lado, el derecho como “organizador” del poder, el que se identifica con el Estado. Y por el otro, el derecho como límite a ese poder, como resistencia a la expansión constitutiva del poder. Creo que es este último modelo el que puede identificarse con el discurso jurídico fundante de la Ilustración, que con claridad rechaza a la tortura. (como en los acontecimientos argentinos de hace 200 años).

En esa oportunidad, y para evitar la paradoja, los límites del derecho quedaron reservados al ámbito del discurso, pero otras prácticas represivas, ligadas a la defensa social ilimitada, se plasmaron privilegiadamente en las agencias de control que había creado el propio sistema.

Así continúa el problema del derecho penal, y que es la paradoja del castigo mismo, y en particular, desde que nace entre el siglo XVIII y principios del XIX, de la pena privativa de libertad que se constituye en la forma central de castigo de los sistemas penales modernos. Esa agencia, la cárcel, así como la policía, heredan pero a la vez se construyen especialmente desde entonces como las estructuras posibilitadoras de los hechos de tortura.

Aunque ello no remita solamente al ámbito espacial en que actúan, lo cierto es que se organizan en lugares de no visibilidad, adoptando la forma aislada de toda mirada de control.

Al castigo le corresponde ese no lugar en el reparto de luces y sombras denunciado por Foucault<sup>27</sup>. El logro principal del “Panóptico” de Jeremy Bentham fue el haber concebido “una máquina para disociar la dupla ver/ser visto”. Más allá de las intenciones de Bentham, que asociaba la democracia con la transparencia y la visibilidad, en la práctica, el modelo de su prisión significó un nuevo aislamiento de la sociedad y el diagrama de un esquema donde el ojo del poder, configura una única y unidireccional mirada que oculta más de lo que muestra.

<sup>26</sup> Sabadell, Ana Lucia, *Tormenta Iuris Permissione*, Rio de Janeiro, Revan, 2006.

<sup>27</sup> Foucault, Michel Vigilar y castigar, Madrid, Siglo XXI, 1994 (trad. A. Garzón del Camino).

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 2 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa).

En este sentido, la persistencia de la tortura puede verse como el fracaso del proyecto ilustrado. Y también como el fracaso del modelo jurídico. Finalmente, también puede verse como el fracaso de la verdadera democracia.

Y es que uno de los elementos que caracterizan a la tortura, y le da condición de posibilidad, es su eliminación de la mirada pública.

Principalmente porque la tortura se practica en secreto, tanto en las cárceles como en las comisarías de policía: en esos ámbitos donde se ejerce la relación de dominación entre el funcionario estatal y el ciudadano desprotegido. Pero también porque la tortura rara vez es objeto de estudio. La tortura no es tematizada por el derecho en la práctica, que la permite y la rodea de impunidad, ni tampoco por el derecho en la teoría, ya que suele ser ajena a los sofisticados análisis técnico-jurídicos que aparecen en las habituales jornadas y en los libros de los juristas.

Como en un juego de muñecas rusas o de cajas chinas, la sucesión de capas de secretismo ampara y permite la tortura. La ocultación de la mirada pública de las instituciones policial y carcelaria, así como del sistema de justicia penal, mayormente inquisitivo hasta hoy, se repliega en el secreto dentro del secreto que logra que la tortura sea negada incluso al interior de los pocos estudios sobre esas instituciones, y finalmente una nueva ocultación se produce porque los pocos análisis y reflexiones de las ciencias sociales y jurídicas también se alejan de la difusión a amplios públicos.

Esta serie de secretos en los que se consuma y ampara la tortura es el principal factor de su impunidad. La especial relación de sujeción y silencios que relacionan a torturador y torturado, dificulta la materia probatoria para su enjuiciamiento y condena. Y, antes, dificulta también su conocimiento y denuncia, ya que la misma suele tener mayores efectos negativos para los torturados (que continúan encerrados en la institución torturante) que para los torturadores (que es protegido por la complicidad de ocultaciones). Es por ello que la inmunidad de estos y la vulnerabilidad de aquellos, lo que en efecto produce la impunidad, se convierte en el más importante factor criminógeno. Dicha condición de posibilidad es la principal fuente de legitimación y difusión de la tortura como práctica ordinaria.

Particularmente por esta serie de silencios, la tortura representa la manifestación más extrema y más desagradable del poder. Un poder absoluto, porque la tortura se ejerce, en la sombra y amparada por los secretos, por una persona con poder y sobre una persona inerte. Por ello, y como también señala Ferrajoli, tanto la tortura como también su impunidad representan la violación más notoria y degradante del Estado de derecho.

La tortura atenta contra la visibilidad y la transparencia del ejercicio del poder, su sujeción a la ley, en lo que hace a los derechos individuales, atenta contra la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales más elementales y vitales. La tortura es el atentado más acabado contra la democracia.