



"Análisis sobre la prevención de la tortura en Argentina"

Melisa Gorbano

Abogacía

2019

Agradecimientos

Haber llegado a esta instancia de mi carrera, significa un gran logro para mí. El poder concluir esta larga etapa, para dar comienzo a otra.

Gracias a cada persona que me dio su apoyo incondicional.

Gracias a mi familia, por todo su apoyo afectivo, moral y económico.

A mis tutores.

A mi profesora.

A mi terapeuta.

A la Universidad S. XXI.

A la ONG Xumek, mediante su programa de pasantías conocí esta realidad, tuve la oportunidad de escuchar los relatos de sobrevivientes de la dictadura, que actualmente forman parte del Comité de prevención contra la tortura.

A las personas privadas de la libertad, su situación actual motivó este trabajo investigativo.

Resumen

Es el derecho a la libertad uno de los más preciados para las personas, a través de este los seres humanos se autodeterminan y realizan su vida. No obstante, en ocasiones, este derecho se ve restringido en algunas personas, por transgredir el ordenamiento jurídico. A través de esta práctica, se quita a un sujeto potencialmente peligroso de la sociedad y se lo encierra en resguardo de los demás, para restablecer el bien jurídico vulnerado.

La institución de privación de la libertad es un lugar fuertemente marcado por su hermetismo y falta de transparencia. De esta manera, se muestra atractivo a la perpetración de hechos de violencia. Debido a su estructura de jerarquización del poder y la relación de desventaja y extrema vulnerabilidad en que se encuentran las personas privadas de la libertad.

En la última década surgieron numerosos colectivos protectores de los derechos humanos. Varios destinados expresamente a la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad. Grupos de profesionales que, a través del monitoreo, práctica prevista por el Protocolo ratificado por nuestro país y la ley de Sistema Nacional, buscan detectar hechos de tortura llevados a cabo, para hacerlos cesar.

Por esto mismo es necesario ahondar la temática comparando las leyes de Protocolo y Sistema para llegar a la conclusión de si la ley de Sistema responde a las exigencias del Protocolo y si esta es idónea para la correcta detección de los hechos de tortura realizados en lugares de detención. Además de si se ven cumplimentadas sus exigencias como lo es el fortalecimiento del monitoreo.

Palabras clave: Tortura – Monitoreo - Privación de la libertad – Derechos Humanos – Lugar de detención – Protección Judicial – Garantías Judiciales -.

Abstract

It is the right to freedom one of the most precious for people, through this human beings is self-determined and realize their life. However, sometimes, this right is restricted in some people, for transgressing the legal system. Through this practice, a dangerous issue is found in society and is found in the protection of others, in order to restore the legal right.

The institution of freedom of liberty is a place strongly marked by its secrecy and lack of transparency. In this way, it is attractive to the perpetration of acts of violence. Because of their hierarchical structure, power and the relationship of disadvantage and extreme vulnerability are people deprived of their liberty.

In the last decade, numerous groups that protect human rights have emerged. Several purposes expressly to the protection of the rights of persons deprived of liberty. Groups of professionals who, through the monitoring, practice foreseen by the country ratified by our country and the National System law, look for acts of torture carried out, to make them cease.

For this very reason it is necessary. Extend the theme Comparing the laws of Protocol and System to reach the conclusion of If the law of the System responds to the requirements of the Protocol and if this is the IDEA for the correct function of the acts of torture done in places of detention In addition, if you are fulfilling your demands.

Keywords: Torture - Monitoring - Deprivation of liberty - Human rights - Place of detention - Judicial protection - Judicial guarantees -

ÍNDICE

Introducción	7
Justificación	9
CAPITULO I	12
Introducción a la tortura.....	12
Control social.....	13
Origen y evolución de la tortura	15
Aproximación al concepto de tortura.....	15
Breve reseña histórica. Evolución de la tortura.	18
El genocidio en Argentina: última dictadura militar.....	24
Conclusión preliminar.....	25
CAPÍTULO II.....	27
Regulación normativa	27
Constitución Nacional: las bases y fundamentos.....	30
Código Penal Argentino. Artículo 144 ter. antes y después de la vuelta a la democracia.	31
Legislación Nacional	32
Ley 23.338	33
Ley 25.039	33
Ley 26.827	34
Conclusiones preliminares	35
CAPÍTULO III.....	37
Argentina frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	37
Garrido y Baigorria.....	38
Bulacio	40
Bueno Alves.....	41
Bayarri	42
Torres Millacura.....	42
Mendoza y otros.....	43
Conclusiones preliminares	46
CAPITULO IV.....	47
MECANISMOS INTERNACIONALES.....	47
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	48
Artículo 3	50
Artículo 5	50
Artículo 6	51

Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	53
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar La Tortura.....	54
Comité contra la tortura	55
Subcomité para la Prevención de la Tortura	62
Conclusiones preliminares	63
CONCLUSIÓN.....	65
BIBLIOGRAFIA	67

Introducción

El presente trabajo de investigación tiene por objeto realizar el estudio de material bibliográfico de distintas organizaciones de Derechos Humanos, fallos y las leyes 25.932 Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Protocolo)¹ y 26.827 Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Sistema)², que promueve el fortalecimiento del monitoreo considerándolo herramienta idónea para detectar hechos de tortura cometidos contra las personas privadas de la libertad.

La metodología que se utilizará será en base a la comparación del Protocolo con el Sistema, para arribar de esta manera a la conclusión de si ha sido correcta su implementación, cuáles son sus innovaciones y las medidas que faltan legislar para una aplicación integral.

Partiendo de esto será apropiado indagar acerca del término tortura, su regulación, análisis de la jurisprudencia y doctrina, las distintas medidas de protección con las que cuentan las personas privadas de la libertad.

Para el estudio de los hechos de tortura se recurrirá al análisis de las 6 (seis) intervenciones que tuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en nuestro país, se analizarán fallos y los informes de distintas organizaciones de derechos humanos, para poder concluir si el monitoreo se ha visto fortalecido desde la sanción del Sistema y además si esta Ley sigue las medidas del Protocolo.

Serán conceptos fundamentales a tener en cuenta en este trabajo de grado y que buscaremos desarrollar acabadamente para su mayor comprensión; malos tratos, tortura, monitoreo, lugar de detención y demás definiciones que se consideren necesarias para adentrarse en la temática.

Se entiende que el lugar de privación de la libertad, según el Sistema, artículo 4° es; “donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad, por orden, instigación, o con consentimiento expreso o tácito de autoridad judicial, administrativa o de otra autoridad pública”. Abarcando de esta manera; penitenciarías, hospitales psiquiátricos, asilos de ancianos, orfanatos.

La legislación con la que se trabajará, serán las leyes de Protocolo y Sistema. El artículo 144 ter. del Código Penal y los artículos 18 in fine y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

¹En adelante Protocolo hará referencia a la Ley 25.932.

² En adelante Sistema hará referencia a la Ley 26827.

En la primera parte de este TFG, se realizará una pequeña reseña histórica y leve aproximación al origen de la tortura, la pena y la institución de privación de la libertad.

En el capítulo dos nos detendremos en la regulación en los distintos cuerpos normativos nacionales del delito de tortura y la forma de restablecer el orden jurídico vulnerado.

Capítulo tres; se analizará la jurisprudencia más importante, las 6 intervenciones de la CIDH que tiene nuestro país.

Para finalizar en el capítulo cuatro de esta investigación, se realizará el estudio de mecanismos internacionales de prevención de la tortura.

Siguiendo esta línea, también analizaremos las resoluciones que tomó la CIDH frente a los casos de tortura y las intervenciones que tuvo en nuestro país y finalmente estudiaremos los informes que realizan anualmente distintos organismos de Derechos Humanos.

Se realizó un tipo de estudio Cualitativo, de corte Descriptivo. La elección de este tipo de investigación respondió a la pretensión de indagar sobre los alcances que tiene el Sistema Punitivo del Estado en la ejecución del cumplimiento de las penas en instituciones destinadas a tal fin. La posibilidad de conocer desde la concepción ideológica hasta las prácticas, permitirá describir el método que se aplica en la sociedad. El trabajo comenzó con la recolección de datos secundarios provenientes de organismos de los Derechos Humanos que dieron cuenta de las condiciones en las cuales se encuentran actualmente los lugares de privación de la libertad destinados al cumplimiento de la pena.

Se realizó la lectura de textos vinculados con las diferentes concepciones de privación de la libertad o cumplimiento de la pena. Posteriormente se procedió a la recolección de datos sobre la legislación vigente en el país y la jurisprudencia que remarca la práctica jurídica, y por último se tomaron datos de tipo primario en la observación de espacios de reclusión de la provincia en los cuales se pueden observar las condiciones en las que se cumple la pena o las condenas. (Hernandez Sampieri, Fernandez Collado, y Baptista Lucio, 2010)

En cuanto a las técnicas de recolección de datos y los tipos de fuentes a utilizar, realizaremos el trabajo con los tres tipos de fuentes; primarias (estudio fallos, sentencias y del artículo 18 de la Constitución Nacional, artículo 144 ter del Código Penal, Leyes 25.932 Protocolo Facultativo y 26.827 Sistema Nacional de Prevención contra la Tortura), secundarias (libros de Creus y Buompadre, para la delimitación del delito de tortura y de Michel Foucault para ahondar en el origen del castigo físico, también van a utilizarse publicaciones periódicas, como la revista Asociación de Pensamiento Penal, que hayan desarrollado doctrina sobre el tema que es objeto de nuestro estudio) y terciarias o de

referencia general (informes anuales que realiza la Comisión para la prevención de la tortura de Argentina y también con los que realizan distintas asociaciones como Amnistía Argentina, CELS, CORREPI y XUMEK) (Yuni, J. y Urbano, C., 2006, págs. 85,86)

Mediante el estudio de fallos, doctrina y legislación, se buscó verificar si el monitoreo se ve fortalecido como lo ha plasmado el Sistema, y además, reconocer el cambio de paradigma que postula que no es necesario el castigo físico ni psicológico, dando así a entender que las personas privadas de la libertad ya han sido juzgados por profesionales con amplios conocimientos en derecho y que no tienen que seguir siendo castigadas en la institución, porque esa práctica no reinserta. Para que nuestras cárceles sean el fiel reflejo del artículo 18 in fine de nuestra carta magna; “para reinserción, no para castigo”.

Se considera que el tema en cuestión presenta relevancia debido a que está en juego la integridad física y psicológica de las personas privadas de la libertad y además por la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran, por lo que es relevante conocer los resultados del estudio a través del análisis de legislación, doctrina, fallos y distintos artículos redactados por organismos de Derechos Humanos, verificar si el Sistema responde a las exigencias del Protocolo.

Por otro lado se considera una investigación relevante dado que los aportes contribuirán a enriquecer la disciplina de los Derechos Humanos, la cual es joven, reciente y en constante crecimiento. Con este trabajo colaboramos a su expansión y estudio exhaustivo, poniendo en primer lugar siempre la dignidad humana.

Las preguntas que construyen el problema de investigación son las siguientes:

¿Responde la Ley 26.827 Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes a las exigencias establecidas en la Ley 25.932 Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanas y Degradantes?

Justificación

En la actualidad la sociedad se encuentra atravesando un período histórico fuertemente marcado por distintas luchas sociales, especialmente destacadas aquellas agrupaciones que luchan por los Derechos Humanos, construyendo así una nueva concepción del mundo basada en el pleno ejercicio de los Derechos Humanos.

La lucha por los derechos se refleja de diferentes formas, es amplia y se manifiesta en la desaparición forzada de personas, la protección integral de las víctimas de violencia de

género, la protección a los derechos del niño, la defensa a los pueblos originarios, la prevención de la tortura.

En torno a esta temática gira el presente trabajo de investigación, especialmente la ocurrencia de hechos vinculados a la tortura en las instituciones de privación de la libertad. La importancia de realizar este tipo de investigaciones permitirá visibilizarlas, evitarlas y hacerlas cesar. Destacando de esta manera, que las personas que se encuentran en la institución penitenciaria solamente están privadas del derecho a la libertad.

Los objetivos generales que motivan el trabajo pretenden: realizar una comparación entre el Protocolo y el Sistema Nacional para así concluir si ha sido el Protocolo correctamente aplicado; analizar si el monitoreo en lugares de privación de la libertad se ha visto fortalecido a partir de la sanción de la Ley de Sistema Nacional de Prevención de la Tortura; estudiar las resoluciones de la CIDH, las seis (6) intervenciones que tuvo en nuestro país por hechos de tortura.

Por otro lado los objetivos específicos giran en torno a analizar el término tortura; conocer los sujetos activos y pasivos del delito de tortura; analizar los mecanismos nacionales e internacionales de protección de las personas privadas de la libertad; reconocer que la tortura es un delito grave; visibilizar los hechos de tortura; identificar vulneraciones a los derechos de los privados de la libertad; analizar fallos jurisprudenciales en los cuales el monitoreo haya sido la herramienta con la que se detectaron los hechos de tortura.

La Ley 26.827 crea el mecanismo nacional de prevención de la tortura, en el art 5 primer apartado, vemos la necesidad de fortalecer el monitoreo considerándolo como la manera más idónea para detectar los hechos de tortura en el encierro.

El Protocolo Facultativo de prevención de la Tortura, Ley 25.932 artículos 2 y 4, prevén la formación de un equipo de monitoreo destinado a detectar hechos de tortura sufridos por las personas privadas de la libertad

Las personas privadas de la libertad, solamente se encuentran privadas del derecho a gozar de su libertad específicamente, y no de otros derechos tales como el acceso a la salud, educación, trabajo remunerado, entre otros. Es de suma trascendencia tener esto en cuenta a la hora del cumplimiento de la condena y posterior liberación, ya que una mejor educación o mejores condiciones laborales en su calificación, colaboran con su pronta reinserción en la sociedad.

Sin embargo, muchas son las situaciones en las que las personas alojadas en establecimientos penitenciarios, no gozan del ejercicio de todos sus derechos, agravando su situación de encierro. En consecuencia la hipótesis de trabajo sostiene que a pesar de existir

diferentes mecanismos de control en los sistemas de privación de la libertad como son las cárceles, muchas personas que se encuentran alojadas en estas instituciones, sufren situaciones de tortura.

CAPITULO I

Introducción a la tortura

La libertad, es uno de los bienes más importantes que poseen las personas, inherente a su condición humana. Es un derecho de primera generación el cual, en ocasiones, suele ser restringido por diversas razones, sobre todo cuando los sujetos quebrantan el ordenamiento jurídico. En estas ocasiones de cometer un acto punible y atentar contra la seguridad de bienes y/o la vida de otras personas, la actuación punitiva del estado puede recurrir la privación de la libertad como herramienta coercitiva.

“Como parte de la sociedad disciplinaria, entramos así en una edad que yo llamaría de ortopedia social. Se trata de una forma de poder, un tipo de sociedad que yo llamo sociedad disciplinaria por oposición a las sociedades estrictamente penales que conocíamos anteriormente. Es la edad del control social” (Foucault, 1973), y esta sociedad del “control social” aplica el control punitivo del Estado, encerrando en cárceles a las personas que delinquen, entendiendo que se trata de una forma de resguardo del bien público.

Hasta el S. XVIII, la pena recaía como un castigo sobre el cuerpo del condenado, se lo exponía frente a los demás y se lo torturaba hasta morir. Como premio de restablecer el orden jurídico vulnerado. Unas décadas más tarde, comienzan a construirse las cárceles, como mecanismo de control para reformar. La institución no busca ya el tormento y castigo físico sobre los cuerpos de los condenados, sino más bien el castigo recae sobre su alma (Foucault, M. 1973).

Ya en el S. XIX, la sociedad se enorgullece de la institución penitenciaria, de su arquitectura; El Panóptico de Bentham, la vigilancia constante. La implanta en el centro de sus ciudades como objeto de admiración, como modo de control social.

En el S. XX, año 1976, en nuestro país comienza la última dictadura militar, también la más sangrienta registrada. Un país caracterizado por una continuidad de golpes de estado que derrocaban a la democracia, vivirá durante 7 años, la tragedia del terrorismo de estado producido por militares, quienes, en nombre del orden y la reorganización nacional, se avocaron a perseguir y secuestrar a personas que hubieran o no participado de prácticas terroristas a quienes encerraron, torturaron, violaron y por último desaparecieron en su mayoría, fueran inocentes o culpables y negándoles el derecho a un juicio justo. Este panorama nacional, llevó a que, en el año 1984, con el restablecimiento de la democracia, se

reformara el Art. 144 de la ley 23.097, endureciendo la pena de los torturadores y equiparando este delito al homicidio simple.

Estos acontecimientos históricos dieron lugar a la aparición de grandes grupos defensores de los Derechos Humanos que permitirán a las nuevas generaciones del Siglo XXI, gozar de nuevos y más derechos que persiguen el cuidado y el respeto por el ser humano.

Se conformó una nueva sociedad caracterizada por una amplia difusión de la comunicación y con ella las opiniones circulan de una manera nunca antes vista. Con respecto a las personas privadas de la libertad existe una opinión social mayoritaria: los que delinquen ingresan al sistema penitenciario a sufrir, lo que atenta contra sus derechos ya que no sólo pierden el derecho a la libertad, sino que se complementan otras pérdidas, entre ellas la dignidad humana. El sistema penitenciario, en realidad ha perdido su objetivo primario de recuperación y reinserción social pasando a deshumanizar quienes deben cumplir la pena que no sólo ingresan al resguardo del quebrantamiento del bien jurídico tutelado por realizar una conducta tipificada en el código penal, sino que se les agrega la condición de sufrimiento mereciendo un castigo y no una reinserción, dadas las condiciones del Sistema Penitenciario en Argentina.

Control social

El hombre es un ser social por naturaleza, ha construido sus vínculos en función de ser un ser gregario que se produce y reproduce en grupos. Estos grupos han conformado la sociedad que conocemos en la actualidad. Y esta sociedad ha creado un conjunto de normas explícitas e implícitas las que sirven como reguladoras de la convivencia.

La relación estrecha que el hombre establece en sus grupos de pertenencia y éstos con otros grupos, presentan conflictos en la convivencia. Los conflictos se resuelven de diferentes maneras, todas estas formas están signadas y atravesadas por diferentes formas de poder que se ejerce sobre todo, desde las instituciones, como la familia, la iglesia, el sistema educativo, el sistema de salud y el sistema punitivo del estado.

Los primeros son una forma de control social, es decir que el mismo es un poder que se ejerce sobre las personas que no se encuentra regulado pero sí acordado implícitamente.

“El control social se vale desde medios “difusos” y encubiertos (como ser los medios de comunicación masivos, que inciden en las conductas, sin que la población lo perciba de ese modo, sino como un modo de recreación.), hasta medios específicos

y explícitos (como es el sistema penal, los partidos políticos)”.(Renna, C. y Venera, D., 2013) Este último conforma el control social punitivo del estado.

El control social es entendido como aquel que “a través de un control explícito y otro implícito, el Estado controla la conducta de sus integrantes, hace que no haya conductas que afecten los bienes jurídicos esenciales” (Zaffaroni, E. 2003).

El control social punitivo del estado se ocupa de vigilar el cumplimiento de la normativa vigente velando por el cuidado de toda la comunidad. Entre sus funciones se encuentra juzgar y castigar a quienes cometen delitos.

Las formas de castigo de la sociedad actual se aplican en la privación de la libertad luego de la sentencia, o en la modalidad de prisión preventiva, y consisten en encerrar en establecimientos específicos, a las personas que han cometido delitos que se encuentren enmarcados en la ley.

El hecho de encerrar a las personas no es una acción nueva dado que esta práctica se encuentra anclada en la antigüedad como método para controlar a los peligrosos, evitando que continúen con conductas que pondrían en riesgo a otros o por la necesidad de venganza. El objetivo del encierro se fue modificando y pasaba de cuidar que permaneciera encerrado hasta tanto se realizara el juicio; restauración del daño, aunque esto presentaba la dificultad que el sujeto no podía realizar trabajos debido al encierro, o bien evitar que continuara cometiendo delitos. (Pastor, R. 2015)

“La cárcel surge, en primera instancia, como una respuesta a la pobreza, no a la delincuencia. Es a lo largo del siglo posterior, el XIX, cuando comienza a forjarse la relación entre cárcel y delincuencia, y la justificación de la una por la otra. Aunque las causas son discutibles, parece existir cierto consenso en que el origen está vinculado con el racionalismo, y con la observación que llevaban a cabo los empleados de estas instituciones de encierro sobre los internos.”.(Pastor, R. 2015)

La aparición de nuevos delitos, sobre todo los vinculados a la propiedad, dio origen al crecimiento de las cárceles contemporáneas.

Las cárceles argentinas presentan, en su mayoría, un diseño panóptico (Foucault, M. 1979, pág. 89) creado por Jeremy Bentham como un edificio perfecto que facilita la vigilancia que “induce al detenido a un estado consciente y permanente de visibilidad lo que garantiza el funcionamiento automático del poder, sin que ese poder se esté ejerciendo de manera efectiva en cada momento, puesto que el prisionero no puede saber cuándo se lo vigila y cuando no” (Foucault, M. 1979). Este modelo fue utilizado como laboratorio que permitió modificar la conducta de los sujetos.

“El Panóptico era un sitio en forma de anillo en medio del cual había un patio con una torre en el centro. El anillo estaba dividido en pequeñas celdas que daban al interior y al exterior y en cada una de esas pequeñas celdas había, según los objetivos de la institución, un niño aprendiendo a escribir, un obrero trabajando, un prisionero expiando sus culpas, un loco actualizando su locura, etc. En la torre central había un vigilante y como cada celda daba al mismo tiempo al exterior y al interior, la mirada del vigilante podía atravesar toda la celda; en ella no había ningún punto de sombra y, por consiguiente, todo lo que el individuo hacía estaba expuesto a la mirada de un vigilante que observaba a través de persianas, postigos semicerrados, de tal modo que podía ver todo sin que nadie, a su vez, pudiera verlo. Para Bentham, esta pequeña y maravillosa argucia arquitectónica podía ser empleada como recurso para toda una serie de instituciones” (Foulcaut, M. 1973)

El Panóptico es la utopía de una sociedad y un tipo de poder que es, en el fondo la sociedad que actualmente conocemos, utopía que efectivamente se realizó. Este tipo de poder bien puede recibir el nombre de panoptismo: vivimos en una sociedad en la que reina el panoptismo.

Estas formaciones, típicas de las cárceles construidas durante los Siglos XIX y XX, mantenía el control mediante el disciplinamiento de los cuerpos a través de la utilización de diferentes técnicas: La vigilancia jerárquica, el castigo disciplinario y el examen, a los que fueron y son sometidos quienes se encuentran privados de su libertad en cumplimiento de la pena.

El disciplinamiento se convierte en una forma de tortura ya que los sujetos son sometidos a acciones probatorias que les instruyen para sobrevivir en un espacio confinado. A continuación, se explicará con mayor precisión lo que se entiende por tortura y cómo ésta podría ser ejercida en la actualidad en cárceles argentinas.

Origen y evolución de la tortura

Aproximación al concepto de tortura

La Real Academia Española define a la tortura en su primera acepción como: "Grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o como medio de castigo". (R.A.E., 2018)

En su quinta acepción: "delito por el que se castiga a las autoridades o funcionarios públicos, que, abusando de su cargo, practican la tortura" (R.A.E., 2018)

Tormentos o torturas

“En las normas del procedimiento penal de la Edad Media y hasta muy avanzada la Edad Moderna, se acogía la idea de que la prueba decisiva de la culpabilidad del reo era su confesión (v.) de haber cometido el delito. Por eso se admitía como legítima la aplicación de tormentos y torturas hasta que se arrancaba del sometido a ellas el reconocimiento de su culpabilidad. Naturalmente esa práctica, además de su brutalidad, era totalmente ineficaz, porque los inocentes acababan por declararse culpables cuando no podían soportar el dolor. En cambio, los culpables que tenían más capacidad para resistir ese dolor podían salir airosos de la prueba. Los tribunales de la Inquisición fueron especialmente afectos al empleo de ese procedimiento probatorio. Se trataba, pues, de un sistema completamente legal. Por eso ha dicho Álvaro M. Martínez que, al contrario de lo que sucede actualmente, en que la tortura consiste en un delito vergonzoso del Estado por medio de sus agentes, en la Antigüedad fue una importante institución que los viejos autores definían como el tormento que se aplicaba al cuerpo con el fin de averiguar la verdad”. (Ossorio, M. 2018)

En 1986 la Ley 23.338 aprueba la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”, en la primera parte artículo primero da una aproximación del concepto de tortura; "es todo acto por medio del cual se inflijan intencionalmente a una persona, dolores o sufrimientos graves, ya sea físico o mental con el fin de obtener de ella o un tercero una confesión. No se considera tortura a los dolores o sufrimientos que sean consecuencias de sanciones legítimas". (En adelante Convención)

A partir de estas definiciones que aportan la RAE, el diccionario jurídico y la Ley 23.338 se puede realizar una primera aproximación hacia los elementos esenciales del delito de tortura: un castigo innecesario e injustamente aplicado sobre el cuerpo o la psiquis de una persona que esta privada legítima o ilegítimamente de su libertad, por parte de otro que ejerce un poder sobre este y dependiendo de si la tortura es propiciada por un funcionario que valiéndose de su cargo y posición, realiza conductas típicas con el fin, (en ocasiones) de obtener una confesión conveniente.

Es de suma importancia el aporte que hace el artículo primero de la Ley 23.338 en su parte in fine: "no se considerarán torturas a los dolores o sufrimientos que sean consecuencia

de sanciones legítimas". El artículo nos da una pauta: el castigo que implica el encierro, la privación de la libertad, la prohibición y todo aquello que aflija la vida de los condenados a vivir en el encierro, no se considerará tortura, debido a las condiciones de su legalidad.

Este tipo de tormento, recae más allá de la psiquis y el cuerpo, sobre el alma. Porque le quita la dignidad al ser humano, por otro que ejerce fuerza o violencia física o psicológica, deshumanizadamente, valiéndose ya sea de jerarquía, cargo o posición (Foucault, M. 1979)

El término tortura es sinónimo de tormento, crueldad, martirio, dolor o grandes aflicciones. En general, es toda aplicación de dolores con el fin de obtener ciertas declaraciones.

De acuerdo a la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la tortura (1975); la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura acuerdan la definición de tortura según la Declaración en su artículo 1 como:

(...) todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

En su inciso 2 especifica que la tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante.

Por otra parte, el 10 de diciembre de 1984 se aprueba la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que entró en vigor el 26 de junio de 1987. Dicha convención establece en su artículo 1 la siguiente definición de tortura:

Artículo 1:

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término 'tortura' todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos

sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

El delito de tortura se configura no sólo como un ataque a bienes jurídicos elementales, sino, sobre todo, como uno de los niveles más detestables del abuso de poder, ya que implica el desprecio de garantías esenciales como la humanidad y la dignidad, base de los derechos y libertades más elementales De las personas.

Según la definición de la Convención contra la Tortura, no todo atentado contra la humanidad y dignidad producido por un funcionario público contra cualquier ciudadano debería configurar el delito de tortura. Es necesario que se encuentre en una relación de sujeción personal respecto del sujeto activo, situación en la que la dominación del Estado sobre el individuo es evidente, estando la persona en estado de indefensión e inseguridad.

Esto se identifica con la detención o cualquier privación de libertad (de iure o de facto), requisito que no necesariamente debe estar presente en los casos de tratos inhumanos y tratos degradantes.

Esta exigencia de una situación de detención no impide que las torturas puedan darse fuera de dependencias militares, policiales, judiciales o penitenciarias e incluso, con ocasión de represiones policiales en un lugar abierto o público, siempre que se constate la privación de libertad aludida. En resumen, abarca cualquier situación en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminarse.

De esta manera, el concepto internacional de tortura caracteriza a este delito como un ataque a bienes jurídicos individuales, pero por el carácter de funcionarios de los sujetos y la situación de poder de hecho a la que se encuentran sometidos los torturados, se presenta como un inadmisibles abuso de poder que atenta contra bienes jurídicos elementales de carácter supraindividual, o sea, contra los derechos y libertades fundamentales del ser humano, que se ven negados no sólo en su condición de bienes jurídicos de titularidad individual, sino también en cuanto manifestación del interés de la sociedad internacional en su garantía y salvaguarda.(De la Cuesta Arzamendi, J. 1990, pág. 32)

Breve reseña histórica. Evolución de la tortura.

Era usual exhibir al condenado avergonzado, mostrándolo ante toda la multitud y torturándolo hasta morir, esto era parte de un morboso ritual público que las personas admiraban. (Foulcault, M.1979)

En sus comienzos en Grecia y Roma, la tortura, se transforma en el método parte del proceso judicial. Encontramos similitudes en ambos sistemas, el suplicio era solo aplicado a esclavos y en ocasiones a extranjeros, debido a que los ciudadanos romanos y de la polis, eran considerados honorables. La tortura ha sido utilizada como modalidad punitiva en si misma por el Estado, se encontraba legalizada y reglamentada como una parte importante del proceso.

Adentrándonos al siglo XII y hasta mediados del XVIII, la tortura de la que las personas honestas se encontraban exentas, al convertirse en un procedimiento rutinario se pasa a perder este privilegio. Una de las consecuencias más importantes es que el procedimiento inquisitorio desplaza al acusatorio. La confesión pasa a colocarse en la cúspide de la jerarquía probatoria y a convertirse en el fin mismo del proceso. Los tribunales eclesiásticos fueron los primeros en aplicar el modelo inquisitivo, la confesión hacía posible el castigo y la pena.

La Edad Media continuó con la vigencia de la tortura, siendo uno de los procedimientos judiciales básicos el acusatorio. En este sistema ambas partes, acusado y acusador se encuentran cara a cara en un debate oral y público delante de una tercera persona: el juez. Este sistema no se basa en la tortura, sino en la prueba; sin embargo, el hecho de que el acusador pueda solicitar al juez que el acusado sea torturado ante la escasez de pruebas tiene como consecuencia, en muchos casos, la práctica del tormento.

Antes del siglo XII, el derecho penal en Europa era predominantemente privado. Los perjuros eran sometidos ante los oficiales de justicia y era responsabilidad del acusador que el funcionario legal actuase. En general, el acusado sólo necesitaba jurar que la acusación era falsa. Podía suceder que el tribunal decidiese que dicho juramento no era suficiente. Incluso, en algunos casos, particularmente aquellos contra hombres de mala reputación, ciertas acusaciones podían implicar el sometimiento del acusado a una "ordalía", proceso en el cual se invocaba el juicio de Dios, puesto que sólo Él permitiría la victoria de la parte que tenía la razón (decir la verdad equivalía a resistir el tormento).

Posteriormente, se produjo una revolución en el derecho, producto de una transformación que tuvo lugar entre los siglos VI y XII, así como de una creciente conciencia de la necesidad de crear leyes universalmente obligatorias y aplicables en toda la Europa Cristiana. Una de las consecuencias más importantes de esta revolución fue que el procedimiento inquisitorial desplazó al acusatorio.

Este cambio implicó que la sociedad exigiera que se buscara, presentara y examinaran pruebas, que se clasificaran los testimonios, que se interrogara bajo juramento y que el acusado tuviera algún medio racional de defensa contra las acusaciones.

Ante la imposibilidad, en muchas ocasiones, de encontrar pruebas, la confesión se convirtió poco a poco en la principal prueba, primordialmente en los juicios sobre delitos capitales. Fue la importancia otorgada a la confesión la que explica la enorme extensión de la tortura como método para obtenerla, tanto en los tribunales civiles primero, como en los eclesiásticos después

Las leyes establecían que la tortura sólo se aplicaba a los reos cuyos delitos se castigaban corporalmente. Una vez descontada la condición de prueba personal, y convicto el reo, se le aplica el tormento para indagar el nombre de los presuntos cómplices en los casos de falsificación, rebeldía, hurto calificado y homosexualidad. A las sesiones de tortura únicamente estaban autorizados a asistir el juez de la causa, el secretario del juzgado y el verdugo.

Si el reo negaba su confesión, se le aplica por segunda vez el tormento, e incluso podía hacerse hasta tres veces seguidas para evitar una preparación previa de las víctimas que les permita superar los interrogatorios (se creía en filtros mágicos y en bebidas que daban fortaleza), manteniendo en secreto el momento de cada sesión. Sin duda, se trata de una tortura previa a la tortura definitiva, con lentitud aniquilan la voluntad del reo (Rodríguez Molas,R. 1984, Pág. 39).

En cuanto a los procesos eclesiásticos, fue hasta el siglo XIII que se introdujo la tortura como sanción. Las penas impuestas al delito de traición comenzaron a ser aplicadas también a los herejes, como convictos de un crimen de lesa majestad divina (entiéndase contra la autoridad de Dios). Al comienzo, este sistema sólo se aplicaba en casos de delitos cometidos contra la religión, tales como la herejía, la blasfemia, la apostasía, etc. Una vez que se constituyó la Inquisición, el Papa Inocencio IV, influido por la fuerza que el Derecho romano recobró en esta época, dio autorización para aplicar la tortura en los tribunales de la Inquisición, por la bula “Ad extirpanda” en 1252, oficializando el uso del tormento como forma legítima de obtener confesión, por ello es parte esencial del proceso penal. En dicha bula recomienda cuidar de no poner en riesgo la vida y la integridad de los miembros de los torturados. Esta autorización fue confirmada por las bulas posteriores, como las de Alejandro IV del 20 de noviembre de 1259 y Clemente IV del 3 de noviembre de 1265(Reinaldi,V. 1986, pág. 14-15).

El sistema inquisitivo establecido por los canonistas invadió las costumbres y legislaciones laicas desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII, ayudado por el descrédito del proceso germánico que en ese momento existía. El proceso inquisitivo resultaba ser más eficaz, ya que a pesar de haber muchos ilícitos y causar grandes daños al Estado, no había acusadores, por lo que esos delitos quedaban impunes y sus autores podían cometer otros nuevos.

En este sistema, el juez actuaba de oficio, representando a la acusación y dictando la sentencia. Tenía que averiguar los delitos de cuya comisión tuviese conocimiento. Si la culpabilidad del imputado resulta comprobada, dicta sentencia condenatoria. Sin embargo, si no había plena prueba de su culpabilidad y no había confesado, el juez debía recurrir a medios coercitivos para arrancarle la confesión, es decir, usando la tortura.

Las normas que regulaban la tortura tenían gran similitud con las establecidas para los tribunales de la Inquisición. Podía ser aplicada antes o después del interrogatorio e incluso usarse con los testigos reticentes o sospechosos de falsedad. Eso sí, debía ser establecida por sentencia. Además, para que su aplicación fuera procedente, era necesaria la previa comprobación de la existencia del delito.

En principio, cualquier persona podía ser sometida a tortura, excepto que una ley expresamente dijera lo contrario, pero tratándose de delitos de lesa majestad, cualquiera podía ser sometido a ella.

La tortura también era ordenada para obligar a condenados a revelar el nombre de sus cómplices y para descubrir nuevos delitos desconocidos que pudieran haber cometido.

Si el torturado revocaba la confesión justificando haberla hecho únicamente para terminar con los sufrimientos, sin dar razones que demostraran su inocencia, debía soportar un nuevo tormento. Si durante éste volvía a confesar y luego a revocar esa confesión, se le torturaba por tercera vez. Si la situación se reiteraba, se aceptaba que efectivamente esa confesión se debía al dolor. De ese modo, se mantenían observantes del principio que mandaba evitar la infinidad de la tortura.

Hay que aclarar que entre los siglos XII y XV se entra a una etapa de endurecimiento del derecho penal. Aquí nace el suplicio como instituto propio del derecho penal, una manifestación colectiva del dolor. Es una nueva forma de administrar justicia, se trata del derecho penal doloroso.

El derecho penal se transforma en un espectáculo. Se trata no solo de imponer sufrimiento para sacar la verdad, sino de demostrarlo en lugares públicos; el dolor ya no es a solas, no es un sitio solemne, sino con la presencia de las masas. Es una “justicia pública”.

De esta manera, desde los comienzos de la Edad Moderna, la tortura se afianzó y su práctica se hizo más cruel y frecuente. Se trata de la aplicación de un sufrimiento con un fin determinado, la búsqueda de la verdad por tormento y dolor físico. Inicialmente tenía una función individual y, posteriormente, pasa a una función social, se convierte en un instrumento de psicología de masas.

A mediados del siglo XVIII y principios del XIX, la mayoría de los estados europeos eliminan de manera progresiva la tortura de sus legislaciones penales como parte del proceso judicial. Gran parte de la responsabilidad de la abolición de la tortura fueron los ideales de la ilustración, representando así el triunfo de la racionalidad.

El primer estadio conocido en la evolución de la prohibición de la tortura es el constituido por el IV Concilio de Letrán, en 1122, cuando se prohibió en lo sucesivo a los clérigos la práctica del juramento ex officio, en el que una persona juraba primero decir la verdad y era luego torturada para probar la credibilidad de su declaración (De la Cuesta Arzamendi, 1990). Por lo general, la persona torturada se retractaba en su testimonio anterior, de ahí que era considerada culpable de perjurio y condenada por ese delito. Sin embargo, la práctica del juramento continuó aunque los clérigos no participaran ya en ella.

Durante el siglo XVIII, se dio una gran lucha contra la tortura y se publicaron varias obras contra ella con abundantes argumentos y hechos que mostraban sus lamentables efectos.

Así, fue abolida la tortura por medio de un decreto en Francia en el año 1780, en Austria, en Prusia en 1771, etc. No obstante, algunas personas tomaron a su cargo la defensa de la tortura y lucharon únicamente para que fuera regulada, pero no eliminada. Se oponían arguyendo que no era injusto que se aplicara la tortura a quienes habían dado ocasión para que se sospechara de ellos.

Posteriormente, durante el siglo XVIII, al establecer los ilustrados los derechos naturales e inalienables del hombre, entre éstos: Montesquieu, Beccaria, Voltaire, Mirabeau, Condorcet, se busca invalidar la tortura y la pena de muerte. Un personaje importante es Cesare Beccaria (1738-1794) por haber racionalizado el problema de los derechos del hombre en su libro *De los delitos y de las penas* (1764), donde analiza el origen de las penas y las leyes represivas y condena los tormentos. Según él, un hombre no puede considerarse culpable antes de la sentencia, en un juicio imparcial, por un juez y con una defensa adecuada y menos condenárselo a muerte.

Las críticas hechas a la práctica de la tortura rindieron sus frutos. Federico II la abolió en Prusia en 1740, salvo para los delitos más graves y, con carácter general, en 1754 y 1756. Gustavo III la abolió en Suecia en 1772. María Teresa decretó en Viena su abolición en 1776,

no alcanzando la medida a Milán, donde su sucesor, José II, la hizo desaparecer hasta en 1784. Pedro Leopoldo la suprimió en el Gran Ducado de Florencia en 1786. En Francia, Luis XVI hizo lo propio en cuanto a la tortura preparatoria en 1783 y abolió también la previa el 8 de mayo de 1788. La Asamblea Constituyente lo hizo el 3 de noviembre de 1789. En España, las Cortes Generales y Extraordinarias la declararon abolida para siempre por decreto del 22 de abril de 1811, sin que ningún juez pudiese mandar imponerlas bajo pena de ser destituidos del cargo. La Constitución de Bayona, dictada durante el reinado de José Bonaparte, establecía que el tormento quedaba abolido y Fernando VII, que declaró nula esa constitución, abolió la tortura judicial el 25 de julio de 1814(Reinaldi, 1986). Finalmente, un edicto papal de 1816 llevó a su completa abolición en los países católicos.

Siglo XX, retorno de la tortura, con los regímenes nazi, fascista y franquista. Es en esta etapa en la que la tortura ya no es meramente una parte del proceso para buscar la confesión, se convierte en instituto rector avalado por la autoridad del estado, legalidad.

Podemos resumir en tres las características más destacadas de la práctica de la tortura en esta mitad del siglo XX (Lippman, citado por De la Cuesta Arzamendi. 1990 Pág. 4-5)

1) Su ocultación, como resultado del rechazo formal internacional que provoca y que lleva a los gobiernos a negar su utilización e inclusive a remitir su empleo no a las fuerzas de seguridad ordinarios, sino a unidades especializadas de éstas o del ejército y hasta a fuerzas paramilitares, con el fin de evitar la condena internacional.

2) Su internacionalización y extensión por el mundo, en especial entre los regímenes militares, que, en diversas ocasiones, han podido gozar del apoyo y colaboración de importantes potencias en las nuevas técnicas de tortura.

3) Su sofisticación, derivada del empleo cada vez más generalizado de métodos “blancos”, “limpios”, sin “huella”, aplicados con el asesoramiento y control de especialistas (médicos, psicólogos y farmacólogos) que intervienen no sólo para impedir resultados físicos excesivos sino, al mismo tiempo, para asegurar la eficacia de la intervención torturadora, lo que da lugar a problemas en cuanto a su prueba, que de todas formas es obstaculizada por el miedo de las víctimas a las represalias sobre sí o su familia, por el secretismo inherente a la práctica de la tortura y hasta por la obsesión oficial por “proteger la reputación” de sus cuerpos policiales o militares, que tantas resistencias lleva a ofrecer a la efectiva admisión e investigación de las denuncias de tortura. (Lippman, citado por De la Cuesta Arzamendi. 990 Pág. 4-5.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, en el año 1945 y siendo de público conocimiento los horrores del holocausto, se plasma en el artículo 55 de la Carta de las

Naciones Unidas; "el respeto universal y la observancia, de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, lengua o religión". De este artículo de la Carta, derivó el artículo 5, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, haciendo referencia a la tortura; "Nadie será sometido a tortura o a tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes".

El genocidio en Argentina: última dictadura militar

El Proceso de Reorganización Nacional, también conocido como Proceso, fue como se autodenominó la última dictadura cívico - militar en Argentina. En el año 1976 la presidente María Estela Martínez, es derrocada de su mandato constitucional, siendo así ocupado el mando por la Junta Militar, integrada por los comandantes de las tres fuerzas armadas. Es considerada la dictadura más sangrienta de los numerosos quebrantamientos al orden constitucional que ha tenido nuestro país. Caracterizada por el terrorismo de estado, la tortura, muerte, violación de los derechos humanos desaparición forzada de personas, apropiación de recién nacidos y demás crímenes de lesa humanidad.

El gobierno de facto secuestró, torturó y ejecutó clandestinamente a un sinnúmero de personas, en ocasiones en centros clandestinos de detención, en donde los alojaban en condiciones inhumanas, en calabozos diminutos, donde no podían ver el sol, donde eran violados, golpeados y picaneados incesantemente. En ocasiones con el fin de obtener una confesión, en otras tantas, según relatos de los sobrevivientes, sólo con el fin de destruir su humanidad, sus cuerpos, su dignidad.

En el año 1982, da comienzo de la mano del gobierno de facto, la Guerra de Malvinas, contra Reino Unido, la derrota provoca el cese de la tercera junta militar y el surgimiento de la cuarta y última que llama a elecciones democráticas en el año 1983, en las que el presidente electo es el Dr. Alfonsín. Durante su mandato crea la Comisión Nacional sobre la desaparición forzada de personas, con el fin de investigar los salvajes hechos ocurridos entre 1976 y 1983, promoviendo así el juzgamiento de las tres primeras juntas. Entre 1986 y 1987 sanciona las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, dando fin así a los juicios de lesa humanidad.

En el año 1989, el presidente Dr. Menem, decreta indultos que benefician a los genocidas.

Año 2003, durante el gobierno del presidente Dr. Kirchner, se derogan las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, en tanto los indultos otorgados la justicia comenzó a declararlos ilegales.

En la actualidad, siguen realizándose los juicios por los delitos de lesa humanidad, que cometieron los torturadores del proceso, bajo un marco de nebulosa legalidad estatal. Tenemos la oportunidad de estudiar los relatos de los sobrevivientes, que con tanto valor cuentan en cada juicio, para que nunca más vuelva a suceder. Pudimos visitar el Ex-D2, en la Ciudad de Mendoza, y uno de los sobrevivientes nos guio al calabozo en el que estuvo detenido y con las llaves en sus manos dijo: - Ahora yo tengo las llaves de donde me tuvieron preso ilegítimamente durante tanto tiempo.

Conclusión preliminar

Este capítulo ha permitido indagar sobre el concepto de tortura de acuerdo a diferentes autores, los cuales coinciden en dolor físico o psicológico infligido a alguien a fin de obtener algo de ese sujeto a quien se somete.

La historia de la humanidad está marcada por recurrir, en forma casi constante, a métodos de sometimiento en pos de la justicia o bien en pos de obtener los resultados esperados, lo que ha generado una serie de prácticas, cada vez más sofisticadas, de métodos de tortura.

En el Siglo XX luego de la Segunda Guerra mundial, surge la Declaración Universal de los Derechos Humanos la que llevará a la construcción de una serie de acuerdos y convenciones, cada vez más específicas, que persiguen mejorar las condiciones de vida de la población. Entre ellas la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”.

La relevancia de este acuerdo se refleja en la situación de encierro que vivencian los sujetos privados de su libertad en cumplimiento de su condena. La falta de libertad es, en sí misma, la peor condena que se puede impartir ya que este derecho de primera generación, sin dudas impacta en el cuerpo y la psiquis del sujeto y sobre todo en su dignidad.

Si a esto se suman actos de crueldad física y/o psicológica, el padecimiento es mayor y, en consecuencia el fin de la pena, de acuerdo a nuestra normativa legal, no se cumple.

La historia de la Argentina cuenta con un injusto y doloroso pasado de ejercicio de tortura en manos del Estado en la figura de los militares que llevaron adelante el Proceso de Reorganización Militar a partir de 1976, secuestrando, torturando y asesinando a miles de

personas, sin distinción entre hombres y mujeres, aun cuando estas últimas estuvieran embarazadas. Sumando la gravedad de la situación de tortura la apropiación de niños.

El ejercicio de actos de tortura tanto física como psicológica, es un claro ejemplo de violación de los Derechos Humanos lo que se agrava aún más cuando esto se ejerce a través de los aparatos represivos del Estado.

CAPÍTULO II

Regulación normativa

La Carta Magna argentina recepta en su art 75 inc. 22 en el año 1994, a través de su última reforma, los tratados internacionales a los que les da jerarquía constitucional, de allí la importancia del Protocolo para la prevención contra la tortura. La Constitución Nacional es el máximo instrumento que protege a las personas de uno de los delitos más atroces que se pueden cometer contra otro sujeto, el cual es el uso brutal de la fuerza contra alguien que se encuentra en condiciones de completa indefensión y a cargo de quien le propale aquellos tormentos, que como dice Foucault recaen más que sobre los cuerpos, sobre sus almas (Foucault, M. 1979).

En el año 1958, es incorporado a nuestro Código Penal el delito de tortura, por medio de la Ley 14.616, creando así el artículo 144 ter, que luego más tarde será reformado por la Ley 23.097, incorporando importantes modificaciones, como lo es el aumento de sus penas a quien cometiere delito de tortura, y también con respecto al sujeto activo del delito.

En cuanto a los sujetos activos del delito de tortura, en principio sólo puede ser realizado por los funcionarios y demás personas que ejercen funciones públicas. Esta delimitación ha sido muy criticada alegándose que restringe demasiado el concepto de tortura, ya que la misma puede ser practicada por particulares y/o expertos que no sean funcionarios, pero que pueden formar parte de fuerzas paramilitares o terroristas, lo que en última instancia daría lugar a una gran impunidad. Sin embargo, esta crítica no puede ser aceptada, porque la condición de funcionario público o persona ligada al ejercicio de funciones públicas es inherente a la “historia semántica de la tortura”(De la Cuesta Arzamendi, 1990), que jurídicamente no se relacionaba con actividades privadas, sino con la práctica de obtener una prueba: la confesión o el testimonio de la persona. Esto es lo que le da relevancia a nivel internacional: su práctica por personas pertenecientes al aparato estatal deja a las víctimas sin protección, por eso se le exige al Estado su responsabilidad ante la comunidad internacional por la realización de estos actos. Para la prevención y represión de particulares que practican la tortura sin que ésta sea por causa o en beneficio del Estado debería bastar con lo establecido en la normativa interna de cada país.

Un aspecto importante es que los funcionarios públicos deben tener un cierto poder de hecho sobre la víctima, pues se trata de romper determinados deberes por parte de los

representantes del Estado, por lo que concierne a algunos ámbitos de la función pública. Tiene que tratarse de un funcionario público, independientemente de que su contribución sea activa u omisiva.

Se cubren también los actos que realicen los “funcionarios de hecho” (la persona que no siendo funcionario público está ejerciendo como tal). Es tortura igualmente el acto que se realice a instigación del funcionario o con su consentimiento o aquiescencia. Esto último hace que el funcionario no pueda defenderse alegando que él no fue el que torturó, pues al permitirlo o al instigar se hace responsable también. La aquiescencia o consentimiento implica tolerancia del funcionario.

Por otro lado, dentro del Derecho Internacional Humanitario, encontramos disposiciones que amplían el concepto del sujeto activo. Así, tenemos el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, normas que regulan dicha rama del Derecho. Este artículo dice:

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

(...)

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes (...).

Adicionalmente, el Protocolo Adicional II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, establece en su artículo 4 las garantías

fundamentales que deben mantenerse respecto de las personas protegidas³, a favor de quienes se prohíben:

- a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal;
- e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor (...).⁴

De esta forma, no sólo los Estados, sino también otras partes en un conflicto armado están obligados a no cometer actos de torturas contra particulares.⁷

Otro elemento de la definición es la intencionalidad. La conducta tendiente a atormentar deber ser intencional y causar dolores o sufrimientos graves, los cuales pueden ser tanto físicos como mentales; además, deben tener el objeto de obtener una declaración (en el caso de testigos); una confesión (en el caso del propio sospechoso); de infligir un castigo por un acto cometido o que se sospeche ha cometido; de intimidar, amenazar o de cualquier modo coaccionar o cuando se basa en cualquier tipo de discriminación.

La exigencia de que los graves sufrimientos físicos y mentales⁵ sean causados intencionalmente para obtener alguno de los fines que se señalan en la Convención hace que la tortura se estructure como un delito doloso, no admitiendo la comisión por imprudencia.

El problema que se presenta aquí es determinar el tipo de “gravedad” necesaria para considerar un caso como tortura o no, pues es ese elemento el que se utiliza para distinguir la tortura de los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes del artículo 16 de la Convención. Se trata de reservar el concepto de tortura tan sólo para los casos más graves y excluir del mismo los supuestos de intromisiones o malos tratos ocasionales de menor importancia.

La determinación de lo que sea dolor o sufrimiento (físico o psíquico) y su gravedad remite en realidad a criterios principalmente subjetivos y por ello se presentan muchas

³. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable (...).

⁴ Artículo 4 párrafo 2 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. ⁷ Se retoma el tema en la sección de los Tribunales Internacionales Ad Hoc.

⁵ Igual que la Declaración de 1975, se mantiene tanto los sufrimientos físicos como los mentales.

dificultades. No se conocen, en el momento actual, medios objetivos de cuantificación del sufrimiento individual, lo que depende mucho de la constitución y capacidad física, resistencia, solidez de la personalidad, etc., de quien lo padece, en otras palabras, se trata de la tolerancia individual: está comprobado que un tratamiento objetivamente idéntico, aplicado sobre dos individuos de características y afecciones similares, puede producir en uno dolores graves y no en el otro. Igual que la Declaración de 1975, se mantiene tanto los sufrimientos físicos como los mentales.

Constitución Nacional: las bases y fundamentos

La Asamblea del año 13 instaura la libertad de vientres, fue un principio abolicionista del siglo XIX, consistía en otorgarles la libertad a los hijos nacidos de esclavos en suelo argentino. En Argentina los esclavos accederían a la libertad cuando contrajeran matrimonio, los hombres a los 20 y las mujeres a los 16, otorgándoles también instrumentos de trabajo. Se prohíben aquí también; "los azotes". Es este el primer esbozo de prohibición de la tortura que encontramos en nuestro régimen normativo, ya con los aires independentistas.

La prohibición de la tortura logró ser receptada en nuestra carta magna, en el mismo texto del año 1853, incorporando en el artículo 18 in fine⁶: "la abolición de todo tipo de tormentos, los azotes y la pena de muerte por causas políticas", continuando la idea sigue el artículo; "las cárceles serán sanas y limpias, para reinserción y no para castigo". Es esta la gran falla que se le critica a la prevención de la tortura, la falta de políticas preventivas y hacer hincapié con ímpetu es este artículo de nuestra carta magna que, con carácter de dogma, (el artículo está ubicado en la parte dogmática de la misma), exige que los condenados no sean maltratados, enuncia que sean reinsertados.

La reforma de 1994, realiza numerosos cambios en la Constitución Nacional; incorpora los derechos de tercera y cuarta generación, nuevos órganos de control, amén de la importancia de estos cambios, lo que le compete a nuestro trabajo de investigación es el cambio en la jerarquía de la carta magna, ya no se encuentra sola en la cúspide de la pirámide jerárquica, debido a que la reforma la modifica, al establecer que; "los tratados y los concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. Hasta ese momento los tratados internacionales y las leyes nacionales gozaban de la misma jerarquía. Incorporado por el

⁶ Artículo 18 in fine: Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

artículo 75 inc. 22, en donde encontramos a la Convención contra la tortura (Ley 23.338), que analizaremos más adelante en este capítulo.

Código Penal Argentino. Artículo 144 ter. antes y después de la vuelta a la democracia.

En el año 1958, por medio de la Ley 14.616, se incorpora al Código Penal el artículo 144 ter, previendo una pena de 3 a 10 años e inhabilitación perpetua al funcionario público que imponga tormentos a las personas privadas de la libertad de las que se encuentre a cargo por su posición de garante. Agrava la pena máxima prevista de 10 a 15 años, si la víctima fuese un perseguido político. Agrava la pena si del trato tortuoso resulta la muerte de la víctima de 10 a 25 años.

En 1984 con el retorno a la democracia y por medio de la Ley 23.097, el artículo 144 ter⁷ es reformado, agravando la pena de los torturadores y equiparándola a la del homicida, también incorpora otras notas distintivas como una definición que amplía el concepto que ya se tenía de tortura y además agrega que no solo el sujeto activo puede ser un funcionario público sino también cualquier persona privada.

Las notas distintivas de la reforma son las siguientes; se agrava la pena, 8 a 25 años de prisión e inhabilitación perpetua y absoluta, no es necesario que el funcionario se encuentre a cargo de la víctima, bastando que ejerza sobre ella un poder de hecho. No solamente el sujeto activo del delito es un funcionario público, agrega la norma, "también cualquier particular que ejecutare los hechos descriptos". En la segunda parte del artículo, agrava la pena si de la tortura resultare la muerte de la víctima a reclusión o prisión perpetua. Si de la tortura resultaren lesiones previstas en el artículo 91 del Código Penal, lesiones gravísimas, aumenta la pena prevista en la primera parte de 10 a 25 años. En la última parte define; no solamente es tortura el castigo físico, sino también la imposición de sufrimiento psicológico, cuando estos revistan de entidad suficiente.

⁷ Artículo 144 ter. Código Penal de la Nación Argentina: 1º – 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 aquélla poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descriptos.

2º – Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

3º – Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

Son notorios todos los cambios en el artículo, que surgen luego del genocidio de la última dictadura militar, de la mano del restablecimiento de la democracia, sin embargo, luego del informe preliminar realizado por el relator de la ONU del año 2018 reitera su preocupación respecto de la falta de adecuación de la definición a las disposiciones del artículo 1 de la Convención. En particular, la norma no atribuye responsabilidad penal por tortura a un abanico suficientemente amplio de sujetos y no incluye la intencionalidad de la conducta en cuestión como un elemento tipificante del delito, instando de esta manera a las autoridades correspondientes a tomar medidas para garantizar una amplia tipificación del delito de tortura. (ONU, 2018)

Preocupa al Comité que la tipificación del delito de tortura prevista en el artículo 144 ter del Código Penal de la Nación, no sea conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención, al no extender la responsabilidad penal por dicho delito a una categoría más amplia de sujetos activos y no incluir el propósito de la conducta en el tipo básico del delito. El Comité toma nota del proceso de reforma del Código Penal iniciado y del compromiso del Estado parte de suplir las carencias observadas en la tipificación actual del delito de tortura (arts. 1 y 4). 10. El Estado parte debe armonizar el contenido del artículo 144 ter del Código Penal de la Nación con la definición de tortura del artículo 1 de la Convención. La tipificación del delito de tortura debe especificar el propósito de la conducta e incluir como sujetos activos del delito a otras personas que actúan en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación, con el consentimiento o la aquiescencia de funcionarios públicos. A ese respecto, el Comité señala a la atención del Estado parte el párrafo 9 de su observación general núm. 2 (2007) sobre la aplicación del artículo 2 por los Estados partes, en el que se afirma que las discrepancias graves entre la definición que figura en la Convención y la reflejada en la legislación nacional abren resquicios reales o potenciales para la impunidad. Asimismo, el Estado parte debe velar por que la reforma legislativa mantenga penas que se adecúen a la grave naturaleza del delito de tortura, de conformidad con lo establecido en el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención (Pensamiento Penal, 2018).

Legislación Nacional

En este apartado nos centraremos en el estudio de las leyes que incorporaron el Protocolo, que más tarde creará el Sistema. La convención sobre la tortura goza de jerarquía constitucional, es incorporada en el artículo 75 inc. 22, se firma en el marco de la ONU, en el

año 1984, ratificado por nuestro país en 1986, pero recién incluida en nuestra carta magna en el año 1994, de la mano de la reforma constitucional.

Ley 23.338

Es promulgada en agosto de 1986, incorporada a nuestra constitución posteriormente en el art 75 inc. 22, formando parte así de los tratados internacionales más importantes ratificados por nuestro país. La convención contra la tortura, en su primera parte realiza una aproximación sobre la finalidad de la misma, se tortura para lograr una confesión, (conveniente), por castigo, como forma de intimidación, también se tortura como tipo de discriminación, en función de raza o religión, como ocurrió en los regímenes totalitaristas del siglo XX, cubiertos por la normatividad del estado.

En la segunda parte de la ley, esboza en el artículo 17, la conformación del comité; lo conformaran 10 miembros de gran integridad moral y amplios conocimientos en derechos humanos. Los miembros serán elegidos por votación secreta y durarán en sus cargos cuatro años, pudiendo ser reelectos.

En la tercera parte de la ley, se invita a los demás estados que no forman parte, a ratificar este tratado. También los estados parte podrán formular enmiendas, que consideren de utilidad

Ley 25.039

Años más tarde, en el 2004, se aprueba el Protocolo Facultativo de la convención. Su objetivo principal, establecido en el primer artículo es la conformación de un equipo de profesionales que realice visitas periódicas a los lugares de privación de la libertad: monitoreo. La finalidad de esta práctica es la prevención de la tortura. Cada estado parte que haya ratificado el protocolo, está obligado a permitir la realización de visitas periódicas que corroboren el estado de las personas privadas de la libertad.

Segunda parte, la conformación del subcomité: compuesto por 10 miembros, serán personas de integridad moral y de amplios conocimientos acerca del tratamiento con personas privadas de la libertad.

Cuarta parte, en su artículo 17, prevé la formación del mecanismo nacional de prevención de la tortura, a más tardar su conformación un año después de la entrada en vigor del Protocolo. Le garantiza independencia funcional y exige que sus miembros cuenten con amplios conocimientos y aptitudes profesionales requeridas, idoneidad en la tarea a realizar. Como mínimo, tendrá las facultades de; examinar el trato hacia las personas privadas de la

libertad, hacer recomendaciones, propuestas y observaciones. A fin de que puedan realizar estas tareas, el estado parte se compromete a dar acceso a la información, a los lugares de privación de la libertad, la posibilidad de realizar entrevistas, de seleccionar los lugares a visitar.

Ley 26.827

Año 2013, es promulgada la ley que crea el Sistema nacional de prevención de la tortura, su objetivo principal es garantizar la protección integral de los derechos tendientes a la prevención de la tortura, consagrados en los artículos 18 y 75 incisos 19 y 22 de nuestra carta magna y en el Protocolo. Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en toda la República. En su primera parte nos da una aproximación al concepto de lugar de privación de la libertad, que ya se dio antes en el Protocolo, vuelve a tomarse, se considera lugar de detención a todo espacio del que las personas no puedan retirarse por su propia voluntad y medios.

Los principios rectores de esta ley, los encontramos en su artículo 5, y es el más importante el fortalecimiento del monitoreo, considerando a esta práctica como la herramienta para la detección de hechos de tortura. También prevé la coordinación por parte de la actuación del comité. El artículo 6 crea el Comité, que actuará en todo el territorio del país, con las competencias y funciones que le atribuye la presente. Sus funciones son; actuar como órgano rector, aplicando el Protocolo, realizar visitas periódicas de inspección, recopilar información, crear el registro nacional de casos de tortura. Entre sus atribuciones, encontramos; solicitar datos, acceder a documentos, realizar entrevistas, promover acciones judiciales, nombrar y remover a su personal.

El alcance de sus resoluciones, será a título de recomendación y consideramos que este es el punto más débil de la ley. El procurador sólo realiza recomendaciones, que pueden o no ser tomadas en cuenta. También deberá realizar informes anuales acerca de la situación de las personas privadas de la libertad.

El Comité estará integrado por 13 miembros, su mandato durará 4 años, pudiendo ser reelectos por única vez.

Las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, designarán las instituciones que cumplirán las funciones de mecanismos locales de prevención de la tortura.

Es propicio considerar que nuestro ordenamiento jurídico brinda soluciones a la problemática abordada sobre los delitos de tortura que ocurren en las instituciones de privación de la libertad en nuestro país, pero también nos es útil aclarar que las leyes aún se

encuentran poco desarrolladas. Sería óptimo que las autoridades fortalecieran su cooperación con organizaciones de la sociedad civil, a través de supervisión y registro de violencia institucional. En materia de prevención de este tipo de ilícito, son insuficientes en la temática, debido a que la principal falencia que están teniendo los equipos de monitoreo es el ingreso a instituciones y correcta realización de monitoreo, falta de capacitación de los equipos, falta de conocimiento de la problemática en cuestión y consecuente restablecimiento. Respecto a los órganos de supervisión previstos en la ley, en la práctica órganos como la Procuración penitenciaria de la nación no tiene acceso irrestricto como se prevé. También existe el grave problema de la prisión preventiva que hace al hacinamiento en las cárceles, convirtiéndose esta en la medida por excelencia, en oposición a utilizar otras medidas tales como pulseras electrónicas o prisión domiciliaria, son excepción. Es necesario que la justicia utilice medidas alternativas de sanción para evitar el alto número de detenciones.

Por otro lado, es notable la casi nula existencia de Políticas de reinserción destinadas a las personas privadas de la libertad, siendo uno de los problemas más graves que presenta la normativa legal junto con la falta de prevención que requeriría de mayor caudal de equipo de monitoreo. Sin lugar a dudas es necesario que se desarrolle una mayor capacitación de los equipos, lo que implica la formulación de espacios de capacitación y promoción de la especialización de los profesionales con el fin de obtener un correcto abordaje de la problemática. Esta falencia es también un problema de carácter económico ya que los profesionales que capacitan a estos equipos, en su mayoría lo realizan ad honorem y con recursos propios, lo que es un obstáculo permanente para la capacitación.

Conclusiones preliminares

El presente capítulo se refiere a las situaciones de tortura que se dan en prisioneros de guerra y quiénes ejercen, sobre éstos, algún tipo de acto de tortura o crueldad.

En nuestro país, el Art. 144 del C.P. condena a cualquier funcionario que aplique acciones de tortura sobre otros sujetos, privados o no de libertad. A nivel internacional, la Convención condena cualquier acto de tortura. El problema que se ha presentado a modo de discusión, es el vinculado con lo que se considera, o no, tortura, dolor o sufrimiento (físico y/o psíquico) y su gravedad, ya que esto remite a criterios subjetivos. Se han logrado diversos acuerdos que han permitido lograr un consenso sobre lo que se considera infringir un daño físico y/o psicológico.

La normativa de nuestro país gira en torno a la Constitución Nacional, y la incorporación de los Tratados internacionales a través de su art 75, el Código Penal a través de su Art. 144; la ley 23.338; la ley 25.039 y por último la ley 26.827 mediante la cual se crea el Sistema nacional de prevención de la tortura, teniendo como objetivo principal garantizar la protección integral de los derechos consagrados en los art. 18 y 75 de la Constitución Nacional.

CAPÍTULO III

Argentina frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Nuestro país ha sido sede de numerosas intervenciones por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y estas intervenciones han arrojado 6 fallos por delitos contra las personas que se han cometido en nuestro país, los que van desde, tortura, desaparición, algunas familias siguen sin conocer el paradero de las víctimas, otras conocen a sus verdugos y no se ha impartido justicia en muchos casos. Estos hechos llevaron a que los informes que elaborara más tarde el comité fuesen muy críticos con respecto a la realidad estructural e institucional que se vive en nuestro un país, un lugar que en su juventud pregonó la libertad de vientres, la abolición de la esclavitud, y la prohibición de toda clase de tortura y los azotes, la prohibición de la pena de muerte, como es que aquel lugar que desbordaba de ideales independentistas, se haya convertido en el calabozo de unos cuantos. Es probable que la influencia de la ocurrencia de sucesivos golpes militares a la democracia, haya dejado un legado asociado a condiciones de tortura, como también la imposibilidad de ejercer control sobre los sujetos, entre múltiples causas, puedan continuar penetrando el sistema punitivo del estado.

Cierto es que aquel lugar que prometió alguna vez libertad y prosperidad se vio teñida de sangre, soportando gobiernos de facto, quebrantando el orden normativo, violando la CN, abusando de su poder ilegítimamente obtenido y soportado por el sector oligarca, forjando así un ideal de represión, violencia, sangre, en fin; tortura.

Los esfuerzos por la prevención de la tortura y los malos tratos son, vale decirlo, la “obsesión” de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Tan así, que no alcanzó con las convenciones generales que contenían prohibiciones absolutas de estos hechos, ni con las convenciones específicas en materia de tortura (Convención de las Naciones Unidas de 1984 y Convención Interamericana de 1985), sino que debió diseñarse, en el seno de la ONU y vistas las limitaciones de esa Convención y de su órgano de tratado (el ya mencionado Comité contrala Tortura), un sistema eficaz para la prevención, lo cual inició, tras más de diez años de discusiones, con la aprobación por la Asamblea General de la ONU del Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura¹¹ (conocido por sus siglas en inglés OPCAT), que vino a generar un novedoso sistema de

monitoreo que combina un Subcomité Internacional con sistemas nacionales de prevención afincados en cada uno de los países signatarios” (PNUD, 2011).

Los casos más notables se detallan a continuación y son aquellos por los cuales el país ha debido o debe pagar al haber violado Derechos Humanos.

Garrido y Baigorria

Los hechos de este caso dan comienzo un 28 de abril de 1990, cuando Adolfo Argentino Garrido Calderon y Raúl Baigorria Balmaceda son detenidos por personal policial de la provincia de Mendoza, mientras se encontraban en el Parque San Martín, los hicieron descender del vehículo en el que circulaban y luego de “cacharlos”, se los llevan en un móvil policial. Nunca más volvieron a ser vistos.

La gravedad de los hechos y el contexto histórico y político fueron motivos suficientes para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomara conocimiento e interviniera.

Este caso, junto con otros hechos cometidos de similar gravedad, fue la prueba de que, en los siete años transcurridos desde el retorno a la democracia, muy poco se había hecho para transformar a las fuerzas policiales, provinciales y nacionales.

Un gran logro de este fallo, fue la destitución del Juez Enrique Knoll Oberti, respaldado en sentencia que declaraba la responsabilidad internacional de la República Argentina, no solamente por el accionar policial sino también por la omisión de investigar de las autoridades judiciales de la provincia. La denuncia fue presentada en marzo de 1999, luego de un juicio oral, en diciembre de 2000 Knoll es destituido del cargo de Fiscal de Cámara, por su mal desempeño en la investigación de la desaparición forzada de personas.

La corte decidió una reparación económica para las familias de Garrido y Baigorria, ordenando que el Estado debía continuar en la búsqueda de los hijos del señor Baigorria; continuar con la investigación de los hechos que condujeron a la desaparición; y someter a proceso, sancionando a sus autores, cómplices y encubridores. Por otro lado, se decidió supervisar el cumplimiento de la sentencia de Reparaciones y Costas y sólo después dará por concluido el caso.

Destacamos el reconocimiento de responsabilidad internacional que realizó el Estado argentino frente a casos tan grave como lo fue el Caso Garrido y Baigorria, ya que permitieron encarar tempranamente y a lo largo de todo el proceso múltiples medidas de reparación. La constitución de una *Comisión ad-hoc* destinada a investigar la verdad de los hechos, la conformación de una *Comisión arbitral* que cumplió con la tarea de determinar los

montos de la indemnización, las reformas legales que se gestaron a lo largo del proceso interamericano que permitieron mejorar la calidad de instituciones de la provincia y forjar una nueva experiencia a nivel nacional sobre cómo proceder ante denuncias de este tipo, así como también las reformas legales posteriores, dirigidas a desplazar a la institución policial de la investigación criminal y ponerla a cargo del Ministerio Público Fiscal, son claros ejemplos de ello.

La última resolución de la Corte, fue en el año 2007, declarando que mantendría abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento en los puntos anteriormente mencionados.

La reparación del daño establecido por la Corte, a modo de castigo infligido al estado provincial por la desaparición de Garrido y Baigorria incluyó:

- Fijar en 111.000 dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, el monto que el Estado de la Argentina debe pagar en carácter de reparación a los familiares del señor Adolfo Garrido y en 64.000 dólares de los Estados Unidos de América, o su equivalente en moneda nacional, el monto a pagar por el mismo concepto a los familiares del señor Raúl Baigorria. Estos pagos deberán ser hechos por el Estado de la Argentina en la proporción y condiciones expresadas en la parte motiva de esta sentencia.
- Fijar en 45.500 dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, la suma que deberá pagar el Estado a los familiares de las víctimas en concepto de reintegro de costas efectuadas con motivo de este proceso, de los cuales 20.000 dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, corresponden, en concepto de honorarios, a los abogados Carlos Varela Álvarez y Diego J. Lavado.
- Que el Estado argentino debe proceder a la búsqueda e identificación de los dos hijos extramatrimoniales del señor Raúl Baigorria, con todos los medios a su alcance.
- Que el Estado argentino debe investigar los hechos que condujeron a la desaparición de los señores Adolfo Garrido y Raúl Baigorria y someter a proceso y sancionar a sus autores, cómplices, encubridores y a todos aquéllos que hubiesen tenido participación en los hechos.
- Que los pagos indicados en los puntos resolutivos 1 y 2 deberán ser efectuados dentro de los seis meses a partir de la notificación de la Sentencia de Reparaciones y Costas.

- Que las indemnizaciones y los reintegros de gastos dispuestos en la Sentencia de Reparaciones y Costas quedarán exentos del pago de cualquier impuesto o tasa nacional, provincial o municipal.
- Que supervisará el cumplimiento de la Sentencia de Reparaciones y Costas y sólo después dará por concluido el caso.
- Puntos resolutivos: La Corte decide,
- Tomar nota del reconocimiento efectuado por la Argentina acerca de los hechos articulados en la demanda.
- Tomar nota igualmente de su reconocimiento de responsabilidad internacional por dichos hechos. (C.I.D.H., 2007)

Bulacio

En el mes de Abril de 1991, la policía realiza una detención masiva de más de ochenta personas en la Ciudad de Buenos Aires. Entre los detenidos se encontraba el joven Walter David Bulacio de 17 años de edad. Luego de ser detenido por funcionarios de seguridad, es trasladado a una comisaría, donde es brutalmente golpeado por personal de las fuerzas de seguridad. Horas más tarde es ingresado en un hospital, donde días más tarde fallecería a causa de los golpes.

La causa judicial seguida por las lesiones y muerte de Bulacio, así como la referida a su detención fue objeto de numerosas actuaciones judiciales. A la fecha no hay pronunciamiento firme y no ha sido sancionado ninguno de los responsables.

En el año 2003 la Corte emite sentencia sobre el fondo y reparaciones, por unanimidad se decide admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado y aprobar el acuerdo. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los representantes de Walter Bulacio y de sus familiares y el Estado de la República Argentina presentaron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un acuerdo de solución amistosa y solicitaron a la Corte su pronunciamiento en la materia. La cláusula primera del referido acuerdo establece que a través de un acuerdo celebrado con fecha 26 de febrero de 2003 se ha puesto fin a la controversia. La Comisión solicitó a la Corte que declarase la responsabilidad internacional del Estado por la presunta violación de los derechos reconocidos en los siguientes artículos 4, 5, 7, 8, 19 Y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con el artículo 1 del mismo instrumento, en perjuicio de Walter David Bulacio y sus familiares. Los representantes de las víctimas coincidieron con las violaciones alegadas por la Comisión

Interamericana. La Corte se declaró competente para conocer del caso, en los términos de los artículos 62 y 63.1 de la Convención Americana, dado que Argentina es Estado Parte de la Convención desde el 5 de septiembre de 1984, fecha en el que también reconoció la competencia contenciosa de la Corte. El 6 de marzo de 2003 la Corte escuchó en audiencia pública una interpretación del acuerdo de solución amistosa suscrito por las partes y emitió una Resolución, en la cual resolvió continuar la audiencia pública del caso en lo que se refiere a las reparaciones. El Estado realizó un reconocimiento total de responsabilidad internacional, el cual fue aceptado por la Corte. Asimismo, se suscribió un acuerdo de solución amistosa, el cual también fue aprobado.

La Corte ordenó; el Estado debe concluir la investigación, debe garantizar que no se repitan hechos como el presente, debe pagar un resarcimiento económico a los familiares de la víctima. El privilegio policial de pedir identificación y detener discrecionalmente, fue limitada por un fallo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por este caso. Siendo repuesta en el 2016, violando el fallo de la Corte.

A pesar de las numerosas dilaciones sufridas en el caso, en el año 2013 comienza el debate oral del juicio contra el torturador de Bulacio, Miguel Ángel Esposito, pero no por la tortura seguida de muerte sino por privación ilegítima de la libertad, donde es hallado responsable, siendo condenado a tres años de prisión en suspenso, que nunca fue aplicada.(C.D.I.H., 2003)

Bueno Alves

Año 1988, el señor Bueno Alves, uruguayo, residente en Argentina, inicia una compraventa con la señora Lage y el señor Denegri, que termina frustrándose y entre ambos terminan denunciándose por estafa y extorsión.

Ese mismo año el señor Bueno Alves es detenido junto con su abogado, la oficina del profesional fue allanada, incautándose la grabación de la reunión de rescisión. Estas acciones fueron realizadas por funcionarios de la división de defraudaciones y estafas de la policía federal argentina. El señor Bueno Alves fue maltratado mientras se encontró en la sede policial, a pesar de que presentó una serie de denuncias, fueron desestimadas.(C.D.I.H., Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011)

El extranjero detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho a establecer

contacto con un funcionario consular e informarle que se halla bajo custodia del Estado - artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares-. En este sentido, el derecho individual de solicitar asistencia consular a su país de nacionalidad debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.

Bayarri

El caso refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la detención ilegal y arbitraria del señor Bayarri, por parte de funcionarios policiales y también los maltratos sufridos durante la prisión preventiva. En el año 1991, es detenido Bayarri por policías, mientras circulaba por la vía pública. Lo introducen esposado y con los ojos vendados en un móvil policial y lo trasladan a un centro de detención clandestino. Alegando que el señor Bayarri habría participado en el secuestro de cinco personas.

Días más tarde Bayarri es llevado ante un juez, confesando su participación en los hechos y proporcionando nombres de otras personas que habrían estado involucradas, un mes después negaría todos los hechos en una ampliación de la declaración indagatoria, la razón por la que declaró fue por encontrarse amenazado y por haber sido sujeto pasivo del delito de torturas por parte de los mismos funcionarios de seguridad.

La Corte declaró que el Estado violó el derecho a la libertad personal, a la integridad, incumplió con la obligación de investigar con la debida diligencia la tortura a la que fue sometido el señor Bayarri.

Dispuso la Corte, un resarcimiento económico para el señor Bayarri, la atención y tratamiento médico correspondiente, reintegro de costas y gastos dentro del plazo de un año. El Estado debe concluir el procedimiento penal iniciado por los hechos que generaron el presente caso.(C.D.I.H., Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012)

Torres Millacura

Los hechos inician cuando el señor Ivan Eladio Torres Millacura es detenido por un patrullero, posteriormente es llevado a la comisaría, esa fue la última vez que se tuvo conocimiento de su paradero.

La investigación por la desaparición de Iván Torres se inició en el fuero Penal Ordinario de Chubut. La madre de Iván, María Millacura, ante la indiferencia de las autoridades y la inacción de quienes debían buscarlo, montó un campamento en la Seccional

Primera, jurisdicción en la cual desapareció su hijo, y allí permaneció un largo tiempo soportando el acoso policial y las versiones que desviaban la atención de la opinión pública, las cuales aseguraban que Iván se había escapado a Chile porque estaba próximo a ser juzgado por un robo, entre otras.

Desde el inicio y durante muchos años, el apoyo legal lo tuvo Millacura por parte de las abogadas locales, Verónica Heredia y Silvia de los Santos, quienes hicieron trascender el caso a nivel internacional, lográndose primero la protección de testigos y finalmente la condenada al Estado argentino por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el camino, por lo menos seis de los testigos, sobre los cuales la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ordenó al Estado argentino su protección, fueron asesinados.

Con la presión internacional el caso fue girado del fuero Ordinario al Federal.

Ese debate se inició el 28 de noviembre de 2015 y terminó en julio de 2016 con la condena del comisario Fabián Tillería y el oficial Marcelo Chemín a 15 y 12 años de prisión, respectivamente, como partícipes necesarios de la desaparición forzada de Iván Eladio Torres, ocurrida entre el 2 y 3 de octubre de 2003.

Los 12 policías restantes fueron absueltos de culpa y cargo, aunque para 6 de ellos el Ministerio Público Fiscal ratificó la acusación y pidió penas de cumplimiento efectivo. Por esa razón y por la disconformidad de la defensa, ambas partes acudieron a Casación.

No obstante, los jueces del Tribunal Oral Federal de Comodoro Rivadavia, remitieron actas y fragmentos del juicio ordenándose la investigación de las distintas irregularidades de la investigación que fueron observadas a lo largo del juicio.

La Corte dispuso una reparación económica, que se concluyan las investigaciones y los procesos en un plazo razonable. El Estado deberá implementar un curso de derechos humanos orientado al personal policial de todos los niveles jerárquicos.

La Corte resuelve que el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, responsable también por la violación del derecho a la integridad personal.(C.D.I.H., Corte Interamericana de Derchos Humanos, 2009)

Mendoza y otros

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la imposición de prisión y reclusión perpetua a menores de 18 años y los recursos impuestos contra las

sentencias condenatorias, por la falta de tratamiento médico a un interno y por la falta de investigación y sanción de los responsables de un acto de tortura.

Carlos Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Roldán y Ricardo David Videla Fernández crecieron en barrios marginales, en una situación de gran vulnerabilidad socioeconómica, con carencias que condicionaron sus vidas. Todos ellos fueron condenados a penas perpetuas de privación de la libertad por delitos cometidos antes de haber alcanzado la mayoría de edad, con base en la Ley 22.278 relativa al Régimen Penal de Minoridad que data de la época de la dictadura argentina.

En el año 1999, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza son procesados por el Tribunal Oral de Menores de Capital Federal y son condenados a reclusión y prisión perpetua respectivamente. El mismo año César Alberto Mendoza, es condenado a prisión perpetua por el tribunal por delitos cometidos cuando era menor de edad.

En el año 2002, el Tribunal en lo Penal de Menores de Mendoza condena a Saúl Roldán a la pena de prisión perpetua, también declara la responsabilidad penal de Ricardo David Videla Fernández imponiéndole la pena de prisión perpetua. Todos los recursos presentados por sus defensores fueron desestimados.

En 1998, durante su estadía en el Instituto de menores Dr. Luis Agote, Lucas Matías Mendoza recibe un pelotazo en el ojo izquierdo, nunca recibió atención médica, lo que ocasionó una lesión grave que resultó irreversible.

En el año 2005 Ricardo David Videla Fernández, fallece a los 20 años de edad, es encontrado colgado en su celda, en una penitenciaría de la provincia de Mendoza. El Estado no realiza investigaciones para esclarecer el hecho.

En el 2007, Lucas Matías Mendoza y Claudio David Núñez son agredidos por integrantes del cuerpo de requisa, el Fiscal Federal solicita que se archive el caso, debido a que es imposible identificar a los agresores.

La Corte dispuso brindar tratamiento médico y psicológico a las víctimas. En el caso particular de Lucas Matías Mendoza, otorgar tratamiento médico oftalmológico especializado. Debe asegurar el Estado opciones educativas o de capacitación formal que deseen. Debe ajustar su marco legal a estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil, asegurando que no se vuelvan a imponer penas de prisión y reclusión perpetua a menores de edad, garantizando además que los menores que se encontrasen actualmente cumpliendo dichas penas, se revisen sus casos. Deberá el Estado también investigar por los medios judiciales, disciplinarios o administrativos pertinentes, los hechos que contribuyeron a la

muerte de Ricardo David Videla en la Penitenciaría de Mendoza. (C.D.I.H., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015)

Como las demás Convenciones sobre los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos contiene una prohibición absoluta de la tortura en su artículo 5: Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores pueden ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. (Pacto de San José de Costa Rica)

A su vez el artículo 1 establece: Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano

El deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de los Estados, en palabras de la C.A.D.H. requiere de la adopción de las medidas necesarias para castigar las violaciones a los Derechos Humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de éstos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia.

Por otro lado, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en su Art. 1, establece expresamente que: “Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente convención”, mientras que en su Artículo 6 dispone, en sentido similar, que los Estados “tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la

tortura en el ámbito de su jurisdicción”. (Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura)

En el año 2012 el Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura (SPT) realizó una visita de monitoreo a lugares de detención federales en la provincia de Buenos Aires, tras la cual elaboró un informe muy crítico respecto a la situación en la que se encontraban las personas privadas de libertad, las cuales revestían claramente condiciones de tortura, encontrándose muy alejadas de la posibilidad de reinserción social a la que aspira el país. (ACNUD, 2012)

Por otro lado, en el año 2013, 2015 y 2016 fueron monitoreadas las cárceles de Córdoba y Mendoza, las cuales volverían a ser supervisadas con posterioridad. (Judicial, 2016)

Las condiciones carcelarias son similares en todo el país, el hacinamiento, la convivencia, la mala alimentación, las deficiencias en el ingreso al sistema educativo y de trabajo no garantizan la posibilidad de reinserción social al finalizar el plazo de la condena.

Conclusiones preliminares

El capítulo precedente pone de manifiesto los diferentes casos en los que la República Argentina ha tenido que responder frente a violaciones a los Derechos Humanos desde el año 1983 en adelante. No se incluyen los actos de la dictadura militar porque éstos fueron considerados crímenes de lesa humanidad.

Nuestro país ha sido condenado por los casos citados y por otros más que, si bien no han sido documentados en el presente trabajo, si se encuentran en alguna instancia judicial frente a variadas situaciones de violación de los Derechos Humanos, sobre todo en cárceles.

Cabe destacar que muchas de estas acciones pasan inadvertidas para la justicia ya que no siempre, quienes están privados de su libertad en cárceles, realizan denuncias.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se enfoca en las víctimas durante todo el procedimiento contencioso pero aun es poco el esfuerzo para medir el impacto de la implementación de las decisiones adoptadas por la Corte en materia de reparaciones, si bien el propio sistema creó un mecanismo de seguimiento, este se ha convertido en un nuevo procedimiento contencioso muchas veces centrado en el estricto cumplimiento de la decisión de fondo pero olvidando la razón de ser del sistema: el interés en proteger y restablecer los derechos vulnerados de la víctima.

CAPITULO IV

MECANISMOS INTERNACIONALES

Las diferentes convenciones y acuerdos que se han ido construyendo a lo largo del tiempo en el mundo, son las que permiten que se logre un consenso respecto de los actos de tortura para que éstos dejen de aplicarse como elemento de cohesión.

El Comité de prevención contra la tortura le ha hecho numerosas recomendaciones a nuestro país, que a la fecha no se han cumplimentado: a) Reafirmar inequívocamente la prohibición absoluta de la tortura y advertir públicamente de que cualquier persona que cometa actos de tortura, o bien sea cómplice de torturas o las tolere, será considerada personalmente responsable ante la ley, será objeto de un proceso penal y recibirá las debidas sanciones; b) Investigar sin demora, exhaustivamente y de manera imparcial todos los casos de violencia cometidos en los centros de detención, evaluando cualquier posible responsabilidad de los agentes estatales y de sus superiores. Cuando corresponda, el Estado debe castigar debidamente a los culpables y proporcionar una reparación adecuada a los familiares de las víctimas; c) Ejercer una supervisión estricta de los procedimientos de registro personales y garantizar que éstos no sean degradantes para los detenidos o para los visitantes a los centros, de ser el caso. El Estado parte debe velar por que los registros invasivos sólo se efectúen en casos excepcionales, de la manera menos intrusiva posible, por personal calificado del mismo sexo, y respetando plenamente la dignidad de la persona (reglas 50-53 y 60, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)); d) Garantizar que los detenidos permanezcan en establecimientos lo más cerca posible de sus hogares, si las necesidades de espacio lo permiten, y que la necesidad de un traslado sea controlada por la autoridad competente; y e) Adoptar las medidas necesarias para transformar el servicio penitenciario en un modelo institucional de naturaleza civil, esto es, aumentando su profesionalización y transparencia en su actuación y separando de manera efectiva las funciones de seguridad y tratamiento de reclusos. (Revista pensamiento penal comité contra la tortura, observaciones finales al quinto y sexto informe)

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

Uno de los tratados más completos y fundamentales en materia de delito de tortura, es la Convención contra la Tortura. Adoptada por Naciones Unidas en Asamblea General en el año 1984, (entraría en vigencia en 1987). La Convención, nos da una aproximación a la definición de tortura, para una correcta delimitación del delito, exigiéndole a cada estado parte utilizar la definición de tortura, es esta una reiterativa observación que se le hace a nuestro país en cada nuevo informe del Relator de la ONU. Con respecto a los estados que la han ratificado, obliga a la adopción de medidas preventivas, campo que aún no está óptimamente desarrollado en Argentina, debido a que en la práctica cuando las personas privadas de la libertad cumplen sus condenas, luego pasan a ser condenados socialmente por el hecho de haber sido institucionalizado.

La Convención presenta 3 partes: la primera contempla directrices relacionadas con el delito de tortura, la segunda hace referencia al Comité contra la Tortura y la tercera se refiere a la ratificación.

El Artículo primero define el concepto de tortura, que contempla la descripción de la conducta, el fin de la misma y el agente que la realiza: define como tortura a;

“todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

Esta definición es flexible a disposiciones de mayor alcance. Además, aclara que los estados (o amenazas) de guerra, inestabilidad política interna u otra emergencia pública que ningún caso es justificativo para aplicar torturas a personas que se encuentren privadas de la libertad.

Es importante destacar que incorpora tanto el sufrimiento físico como el mental, lo que constituye un gran logro al aceptar la existencia de la tortura psicológica. Por otra parte, en el sujeto activo, no sólo se contempla el funcionario público, sino que “el texto de la

Convención sugiere que un acto puede ser calificado como tortura aun cuando sea cometido por un individuo ajeno a la administración estatal si éste actúa a instigación o con el consentimiento o aquiescencia de un agente público” (Bueno, G. 2006 pág. 616)

Al respecto, Sonia Madrigal analiza los diferentes componentes de la definición que hace la Convención destacando la intención de atormentar del torturador, la condición de que los dolores o sufrimientos deben ser graves y “deben tener el objeto de obtener una declaración (en el caso de testigos); una confesión (en el caso del propio sospechoso); de infligir un castigo por un acto cometido o que se sospeche ha cometido; de intimidar, amenazar o de cualquier modo coaccionar o cuando se basa en cualquier tipo de discriminación” (Madrigal,S et.al. 1987, pág 32-33); que comprende no sólo a los funcionarios públicos, sino también aquellos funcionarios de hecho, es decir, que sin serlo ejercen funciones públicas.

La figura de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, también está contemplada en la Convención, aunque no define cada uno de estos conceptos, en su artículo 16 dispone:

“Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona (...)”. (Art. 16, párr. 1)

De acuerdo con la Convención, es una obligación de los Estados adoptar medidas para impedir los actos de tortura.⁸ Al respecto, el artículo 4 juega un papel muy importante, ya que establece cuáles delitos deben ser consignados en la legislación penal de los Estados, indicando como tales los actos y tentativas de tortura, así como la complicidad o participación en ella. Posteriormente aporta, según lo reconoce la misma ONU, uno de los elementos de pertinencia particular para su lucha contra la tortura, porque “podrá perseguirse al torturador dondequiera que se encuentre en los territorios de los Estados Partes en la Convención, ya que ésta prevé que los presuntos autores de actos de tortura podrán ser juzgados en cualquier Estado Parte o que podrá extraditárseles para que sean juzgados en el Estado Parte donde delinquieron”. En este sentido, contempla como jurisdicción de un Estado para conocer estos

⁸ Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole, eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

delitos el territorio del mismo (incluyendo aeronaves y buques) y la nacionalidad de quien lo cometa o de la víctima; impidiendo que se restrinja de esta forma la jurisdicción al lugar donde se cometió el delito y facilitando el proceso y la definición de la jurisdicción principalmente en los casos de extradición.

Artículo 3

Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

En relación con los casos que no procedan, la persona acusada será juzgada por las autoridades del Estado que está ejerciendo la jurisdicción, de acuerdo a su legislación y en las mismas condiciones de un delito de carácter grave.

Es necesario destacar que de acuerdo con la convención, los delitos de tortura (artículo 4) son delitos que dan lugar a la extradición y, por lo tanto, es obligación de los Estados incluirlos como casos de extradición en los tratados que lleguen a celebrar.

Artículo 5

1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:

- a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;
- b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;
- c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

Artículo 6

Todo Estado Parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición. El Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

La persona detenida de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo o, si se trata de un apátrida, con el representante del Estado en que habitualmente resida.

Cuando un Estado, en virtud del presente artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 5. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción.

Artículo 8

Todo Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe de otro Estado Parte con el que no tiene tratado al respecto una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente a tales delitos. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho del Estado requerido.

La obligación del Estado de tomar medidas para impedir actos de tortura o de tratos crueles, inhumanos y degradantes,⁹ la Convención contempla la educación e información que

⁹Los Estados Partes se prestarán todo el auxilio posible en lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo a los delitos previstos en el artículo 4, inclusive el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder.

se le debe brindar a los profesionales y funcionarios que de una u otra forma participan en el proceso para aplicar la ley, estableciendo inclusive la prohibición de la tortura en sus directrices. (Art. 10)

Asimismo, es obligación del Estado mantener “sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura”¹⁰ o de tratos crueles, inhumanos o degradantes.¹¹

Las víctimas de tortura (o quien alegue serlo) podrá presentar una queja que será examinada de forma pronta e imparcial y “se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado”. Igualmente, el Estado debe garantizar en su legislación una “reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible”. (Art. 14 párrf.1) Dicha indemnización le corresponderá al encargado de la víctima en caso de que ésta haya muerto, y de ninguna manera restringirá los derechos a indemnizaciones que contemplen las leyes nacionales. (Art. 14)

Del mismo modo, “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”.¹²

Finalmente dispone que “la presente Convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohíban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes o que se refieran a la extradición o expulsión”. (Art. 18)

La segunda parte de la Convención dicta las pautas para la constitución de un Comité contra la Tortura, su composición, las formas de elección de sus miembros, el tiempo de duración de su mandato, de qué forma se cubrirán sus gastos (Art. 17); disposiciones

¹⁰Todo Estado Parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.

¹¹ En relación con el artículo 16.

¹²(...) En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

generales sobre la Mesa del Comité, su personal y su reglamento, así como sus funciones y competencia. (Art. 19, 20, 21 y 22)

Bajo esta sección encontramos otro elemento nuevo e importante para la lucha contra la tortura que realiza Naciones Unidas, porque “existe en la Convención un dispositivo que prevé la posibilidad de que se realice una investigación internacional cuando se tengan informaciones bien fundadas sobre la práctica sistemática de la tortura en el territorio de un Estado Parte en la Convención. Esa investigación puede incluir visitas del Comité contra la Tortura, creado en virtud de la Convención, al territorio del Estado Parte interesado, con su avenencia” (Naciones Unidas, pág. 8).

A dicho Comité “los Estados Partes presentarán (...) los informes relativos a las medidas que hayan adoptado para dar efectividad a los compromisos que han contraído en virtud de la (...) Convención, dentro del plazo del año siguiente a la entrada en vigor de la Convención en lo que respecta al Estado Parte interesado. A partir de entonces, los Estados Partes presentarán informes suplementarios cada cuatro años sobre cualquier nueva disposición que se haya adoptado, así como los demás informes que solicite el Comité”.

Finalmente, el apartado tercero establece lo referente a la firma y ratificación de la Convención, su adhesión, entrada en vigor, reservas, enmiendas, solución a las controversias entre Estados respecto a su interpretación o aplicación y denuncias.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

“En noviembre de 1969 se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la OEA”(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Art. 5).

Entre sus disposiciones la Convención establece el Derecho a la Integridad Personal.

Artículo 5.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. (...)

Este artículo ha sido la base para las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Sin embargo, la Convención no define el concepto de tortura, por lo que ha sido labor de la Corte delimitar su contenido en los casos en que se alegue su violación.

Bajo este punto, juega un papel fundamental la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que brinda directrices que sirven de guía para determinar el alcance de este artículo, así como su violación.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar La Tortura

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar La Tortura fue adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

La Convención inicia con una obligación de los Estados “a prevenir y a sancionar la tortura” (Art 1). Para ello define el concepto de tortura como “todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica” (Art. 2).

Esta definición, comprende la finalidad en la realización del acto, pero no establece una lista taxativa, sino que agrega cualquier otro fin, este criterio abierto da la posibilidad de considerar como tortura otros actos que antes no se podían incluir como tales. Además, no contempla el grado de sufrimiento ocasionado como uno de sus requisitos.

“Incorpora como elemento nuevo el entender también como tortura la aplicación sobre una persona métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Esto extiende el concepto de tortura porque a diferencia de la otra Convención, en el supuesto anterior no se requiere la producción de dolor o sufrimiento.” (Madrigal, S. et. al. 1987, pág.34)

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura excluye del concepto “las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas.” (Art. 2)

Al igual que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana, descarta como justificante que el acto se haya cometido por órdenes superiores,(Art. 9) o que se esté ante una situación de “estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas” (Art. 5) (siendo ésta una lista más amplia), también agrega que tampoco es justificante “la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario”.

La obligación del Estado de prevenir y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se debe reflejar en medidas efectivas y el intento o la práctica de actos de tortura debe ser establecido en su legislación penal como delito.

Esta obligación, se debe reflejar además en la educación que se le brinde a los agentes de policía y en el trato que debe dársele a la víctima, garantizándole a ésta un examen imparcial de la denuncia y que inclusive el caso podría ser investigado de oficio, al mismo tiempo, que la legislación le preverá una indemnización.

Las declaraciones obtenidas con base en torturas sólo podrán ser utilizadas como pruebas contra la persona acusada de cometer el acto de tortura.

Finalmente, “los Estados partes se comprometen a informar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otro orden que hayan adoptado en aplicación de la presente Convención” y ésta “procurará analizar, en su informe anual, la situación que prevalezca en los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos en lo que respecta a la prevención y supresión de la tortura”.

“Ni la Convención Americana ni la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura definen lo que debe entenderse por tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Estos tratados tampoco establecen el límite que separa a estos comportamientos de los actos de tortura”, por lo que el peso de llenar este vacío jurídico cae en los órganos jurisdiccionales del sistema. (Bueno, G. 2006, pág. 624)

Comité contra la tortura

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece en su segunda parte la creación de un Comité contra la Tortura. Este Comité está integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia

en materia de derechos humanos, que ejercen sus funciones a título personal. (Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Art. 17)

El modo de elección de los miembros consiste en que los Estados designan los candidatos para que integren el Comité y éstos son electos mediante votación secreta en reuniones bienales. Los Estados pueden incluir entre sus designaciones un candidato que sea nacional.

En estas reuniones, para las cuales formarán quórum dos tercios de los Estados Partes, se considerarán elegidos para el Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes. (Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura)

El período de los miembros del Comité rige por cuatro años y éstos pueden ser reelectos.³¹⁶ Su mesa será electa por dos años (Art. 18).

El Comité establecerá su propio reglamento, en el cual se dispondrá, entre otras cosas, que seis miembros constituirán quórum y que sus decisiones se tomarán por mayoría de votos de los miembros presentes.

Los objetivos generales del Comité son velar porque los Estados Partes de la Convención contra la Tortura respeten las obligaciones establecidas en dicho instrumento; así como impedir y castigar la tortura. Hay que aclarar que el Comité no es un tribunal, sino un mecanismo de vigilancia, aunque desempeñe funciones cuasi jurisdiccionales, como veremos más adelante. (Comunicación N° 203/2002 A. R. c. Países Bajos. Párr. 7.6. Informe al 59 período de sesiones de la Asamblea General de la ONU. (2004) Documento A/59/44)¹³

Las obligaciones contraídas por los Estados serán fiscalizadas por medio de informes que deben presentar cada 4 años (el primero se presentará un año después de que entró en vigor la Convención para ese Estado), donde comunican las medidas que han tomado para cumplir los compromisos establecidos. Sobre este informe podrá brindar observaciones y a su discreción incluirlas en el informe anual que presenta el Comité a la Asamblea General de Naciones Unidas.

En caso de que el Comité reciba información que parezca indicar prácticas sistemáticas de tortura en un Estado, lo invitará a cooperar en el examen de la información y a presentar observaciones para examinar dicha información. Cabe resaltar que todas las actuaciones del Comité serán confidenciales. Si lo considera necesario podrá realizar una investigación de carácter confidencial para después emitir conclusiones que le serán dadas a

¹³ Sin embargo, el mismo Comité ha afirmado que no es un órgano de apelación, ni tiene carácter cuasijudicial ni administrativo. . En: <http://www.ohchr.org/>

conocer al Estado y, en su caso, publicadas en el informe anual a la Asamblea General de la ONU.

Los Estados pueden reconocer la competencia del Comité para que se examinen comunicaciones en su contra por parte de otro Estado³²⁴ (que previamente haya reconocido esta competencia) o por parte de personas sometidas a su jurisdicción o víctimas de torturas por este Estado. Si el Estado no ha hecho alguno de estos reconocimientos, el Comité no podrá entrar a conocer ninguna comunicación en su contra.

El Comité ha definido la práctica sistemática de la tortura de la siguiente forma: “El Comité considera que sí hay práctica sistemática de la tortura cuando parece que los casos de tortura notificados no son fortuitos ni se han producido en un solo lugar o en un momento concreto, y se observan en ellos elementos de hábito, generalidad y finalidad determinada por lo menos en una parte importante del territorio del país. Además, la tortura puede revestir un carácter sistemático sin que eso se deba a la intención directa de un gobierno. Puede ser la consecuencia de factores que al Gobierno le puede resultar difícil controlar y su existencia puede indicar un desfase entre la política concreta del Gobierno central y su aplicación por la administración local. Una legislación insuficiente que en la práctica permite la posibilidad de recurrir a la tortura también puede contribuir al carácter sistemático de esta práctica”.

En el primer caso, el Estado contra el cual se ha presentado una comunicación de violación a las disposiciones de la Convención tendrá un plazo de 3 meses para presentar una respuesta al Estado que dio la comunicación. A partir de este momento, los Estados contarán con un plazo de 6 meses para solucionar el asunto, de lo contrario podrían someterlo a conocimiento del Comité, quien conocerá únicamente si se han agotado los recursos internos, en caso de que no sea así, podrá conocer cuando éstos se prolonguen injustificadamente o porque las probabilidades de que se mejore la situación de la víctima de la violación sean mínimas.

Si es posible se llegará a una solución amistosa, sino en un período de 12 meses el Comité brindará un informe que tendrá, además de los hechos, las exposiciones escritas y verbales de los Estados (Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Art. 21).

En caso de que sea una persona quien presente la comunicación,¹⁴ es necesario que no sea anónima, no constituya un abuso del derecho de presentar comunicaciones, ni sea incompatible con las disposiciones de la Convención.

Se le otorgará un plazo de 6 meses al Estado para brindar una respuesta. El Comité no conocerá la comunicación si la misma se ha presentado ante otro órgano internacional o si no se han agotado los recursos internos (esta regla tiene las excepciones antes mencionadas).

En cualquier momento del proceso, el Comité puede pedir al Estado que adopte medidas para evitar daños irreparables a la víctima, como el no expulsarla, mientras se resuelve la denuncia.

Cuando el Comité tome una decisión (no se establece un plazo) sobre si se ha producido o no una violación de la Convención, se la comunicará a la persona y al Estado interesado.

Es necesario destacar que en ambos casos las sesiones se harán a puerta cerrada.

A continuación se realiza repaso de algunos puntos tratados por el Comité en sus informes.

Con respecto a las obligaciones de los Estados Partes, el Comité ha recordado que la mayoría de las obligaciones establecidas por la Convención contra la Tortura son irrenunciables, entre ellas las de los artículos 2, 15 y 16.(Andreu-Guzmán, 2005)

El artículo 2.2 de la Convención establece que:

En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

Aquí entra un tema muy actual y es el uso de la tortura como un mecanismo dentro de la llamada “lucha contra el terrorismo”. El Comité ha dicho que aún en esta situación, no se puede hacer uso de la tortura, de hecho afirma que bajo ninguna circunstancia especial puede usarse la tortura. (Observaciones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Federación Rusa. Documento CAT/C/XXVIII/Concl. 5, 2002Andreu-Guzmán, F. 2005)

Además, aunque la tortura venga sostenida junto con alguna orden que sea legal, tampoco se debe permitir.¹⁵

¹⁴ La mayor parte de las quejas recibidas han procedido de personas que buscaban protección, en virtud del artículo 3 de la Convención, contra la expulsión a un país en el que afirmaban que corrían peligro de ser sometidas a torturas. Amnistía Internacional. Supra 24. Pág. 203. En 1997, el Comité hizo pública una Observación General sobre la forma en que atendía las quejas individuales relativas a la devolución. Entre otras cosas, afirmaba que quien busca protección contra la devolución en virtud del artículo 22 “debe probar que se encuentra en peligro de ser sometido a tortura” y que “la existencia de ese peligro es fundada” y que “el peligro es personal y presente”.

Sobre otras obligaciones establecidas en la Convención, el Comité ha dicho que un Estado al ratificar la Convención y reconocer de forma voluntaria la competencia del Comité, según lo establecido en el artículo 22, se compromete de buena fe a cooperar en la aplicación del procedimiento. Y en relación con la prohibición de devolución del artículo 3 de la Convención, ha afirmado que tiene un carácter absoluto. (Comunicaciones Nos. 130/1999 y 131/1999 V. X. N. y H. N. c. Suecia. A/55/44 Andreu-Guzmán, F. 2005)

En cuanto a la tipificación del delito de tortura, el Comité ha afirmado que dicha obligación debe ser cumplida (Observaciones finales: Zambia. Informe al 57 período de sesiones de la Asamblea General de la ONU (2002) Andreu-Guzmán, F. 2005) Documento A/57/44. Párr. 64 y 66. En: <http://www.ohchr.org/> y Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Suecia. (2002) Documento CAT/C/CR/28/6. Párr. 5 y 7; y Conclusiones y recomendaciones: Noruega. (2002) Documento CAT/C/CR/28. Párr. 6. Andreu-Guzmán, F. 2005. Pág. 83) y para ello es necesario que el Estado adopte la definición del artículo 1, así como establecer penas adecuadas, (Observaciones finales: Armenia. A/56/44. Párr. 39) ya que si no existe una definición jurídica estricta de la tortura y una descripción adecuada de la pena, los tribunales nacionales al cumplir con el principio de legalidad (Andreu-Guzmán, 2005, Pág 84) se dejarían impunes muchos actos que son torturas (Observaciones finales: Uzbekistán. A/55/44. Párr. 80).

“(…) la tipificación de la tortura como infracción general, en aplicación del Artículo 4 de la Convención (…) permit(e) que el Estado ejer(za) la jurisdicción universal prevista en los artículo 5 y siguientes de la Convención.”(Andreu-Guzmán, 2005, pág 84)

Igualmente, es necesario que se tipifique como un delito autónomo¹⁶ puesto que surgen diversos problemas cuando en lugar de definir la tortura como delito autónomo se depende de otros delitos. Primero, no reflejan la gravedad del acto de tortura como delito en virtud del derecho penal internacional y, segundo, los delitos comunes no engloban todos los aspectos incluidos en la definición de tortura que ofrece el artículo 1 de la Convención contra la Tortura (Observaciones finales: Kazajistán. A/56/44. Párr. 128).

Junto con la obligación de tipificar la tortura está la de juzgar y sancionar a los responsables de dichos actos. Respecto de ese punto, el Comité ha dicho que en los casos de tortura cometidos antes de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura, la

¹⁵ “(…) la existencia de una orden legal de detención en ningún caso justifica la tortura”. Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Paraguay. Documento A/52/44. 5 de mayo de 1997. Andreu-Guzmán Op. Cit. Pág. 36.

obligación de castigar a los responsables ya era exigible desde antes de la vigencia de dicho tratado, puesto que existía una “norma general de derecho internacional que obliga a los Estados a tomar medidas eficaces (contra la tortura así como) castigar su práctica”.¹⁷ sospecha. (Comunicación N° 187/2001 Dhaou Belgacem Thabti c. Túnez. Párr. 10.4. A/59/44)

Por lo anterior, las leyes de amnistía y demás que permiten dejar en la impunidad a los autores de actos de tortura son contrarios al espíritu de la Convención contra la Tortura.¹⁸

Finalmente afirma que le corresponde al Estado determinar cuáles mecanismos son los más adecuados para incorporar las disposiciones de la Convención en la legislación interna, de manera que pueda demostrar que está cumpliendo plenamente sus obligaciones. (Observaciones finales: Suecia. A/57/44. Párr. 106) No puede invocar la complejidad de su procedimiento judicial ni otros motivos relacionados con su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus deberes. (Comunicación N° 181/2001 Suleymane Guengueng y otros c. Senegal. Párr. 9.8. Informe al 61 período de sesiones de la Asamblea General de la ONU (2006) Documento A/61/44). Además, debe tener claro que el cumplimiento de dichas disposiciones no impide el cumplimiento de los demás instrumentos internacionales, según lo establecido por el párrafo 2 de los artículos 1 y 16. (Observaciones finales: Estados Unidos de América. A/61/44. Párr. 37.11)

El Comité ha considerado que prácticas como la privación sensorial y “la prohibición casi absoluta de comunicarse” que sufrían los presos de un centro de detención de máxima seguridad en Perú causaban “sufrimientos continuos e injustificados que constituyen tortura”.¹⁹ También ha determinado que en ocasiones se ha usado la violación y otras formas de violencia sexual como formas de tortura y malos tratos. (Observaciones finales: Colombia. A/59/44. Párr. 68.ii)

Igualmente, ha considerado que determinadas condiciones de detención constituían trato cruel, inhumano y degradante, (Observaciones finales: Bolivia. A/56/44. Párr. 95.f, Observaciones finales: Estados Unidos de América. A/61/44. Párr. 37.36). Al igual que el uso de instrumentos como cinturones eléctricos y las sillas de sujeción como métodos de coacción

¹⁷ Decisión relativa a las comunicaciones 1/1988, 1/1988 y 3/1988 (Argentina). Documento A/45/44. 23 de noviembre de 1989. Párr. 7.2. Andreu-Guzmán. Pág. 53. Además, ha dejado claro que se trata de un crimen internacional de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. A/59/44. Párr. 213.h.

¹⁸ Ver, entre otras: Decisión relativa a las comunicaciones 1/1988, 1/1988 y 3/1988 (Argentina). Documento A/45/44. Párr. 7.3; observaciones finales en: Azerbaiyán. Párr. 68 y 69; República Kirguiz. Documento A/55/44. 17 de noviembre de 1999. Párr. 74 y 75; y Senegal. Documento A/51/44. 9 de julio de 1996. Párr. 102-119, y las conclusiones y recomendaciones a Perú, Documento A/55/44. 15 de noviembre de 1999. Párr. 59. Andreu Guzmán. F. 2005. Pág. 59-60.

¹⁹ A los presos no se les permitía hablar entre ellos o con los guardias de la prisión, y las celdas estaban totalmente insonorizadas contra el ruido del exterior. Se les permitía salir solos al exterior, aun pequeño patio rodeado de altos muros, durante un máximo de una hora al día. A/56/44. Párr. 186.

de los detenidos, (Observaciones finales: Estados Unidos de América. A/55/44. Párr. 180.c.), así como la incertidumbre que sufren muchas personas condenas a pena de muerte, que puede considerarse un trato cruel e inhumano, (Observaciones finales: Armenia. A/56/44. Párr. 39. g.), e incluso ha solicitado que se eliminen los castigos corporales.²⁰

A continuación, se hace un resumen de los puntos que el Comité contra la Tortura ha mostrado mayor preocupación en los informes presentados por los Estados en los últimos años:

- La falta de una definición de tortura en la legislación penal que sea totalmente acorde con lo establecido en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura
- La existencia en determinadas legislaciones de justificantes a los actos de tortura realizados por funcionarios públicos.
 - La falta de independencia de los miembros del Poder Judicial
 - La prisión preventiva en régimen de incomunicación.
 - El prolongado período de tiempo de detención en locales de policía.
 - La falta de investigaciones y juzgamientos de personas acusadas de haber cometido actos de torturas.
 - La carencia de regulación del derecho de las víctimas de tortura a una indemnización justa y adecuada por parte del Estado.
 - La falta de una formación adecuada del personal de policía y penitenciario sobre sus deberes según la ley y los derechos de los detenidos.

A lo anterior, el Comité ha hecho las siguientes recomendaciones:

- Que se adopte una definición de tortura que sea conforme al artículo 1 de la Convención contra la Tortura y se establezcan penas adecuadas. Que se eliminen disposiciones que constituyan “justificantes” a los actos de tortura por parte de funcionarios públicos.
- Que se reconozca el derecho a las víctimas de tortura a una reparación y una indemnización justa y adecuada a cargo del Estado.
- Que se establezca un sistema de denuncias efectivo, fiable e independiente para realizar investigaciones inmediatas, imparciales y efectivas de las alegaciones de malos tratos y torturas por parte de la policía y otros funcionarios.

²⁰ En 1997 solicitó por primera vez de manera explícita que se eliminara el castigo corporal. Informe al 52 período de sesiones de la Asamblea General, (1997) Documento A/52/44. Párr. 250. Amnistía Internacional. Supra 24. Pág. 168 nota al pie

(Observaciones finales: Indonesia. A/57/44. Párr. 45.b, Observaciones finales: Ucrania. A/57/44. Párr. 58.i, Observaciones finales: Egipto. A/58/44. Párr. 42.c, Observaciones finales: Bulgaria. A/59/44. Párr. 33.c, Observaciones finales: Bosnia y Herzegovina. Párr. 25.19.b.)

- Que se proteja adecuadamente a los testigos y a las víctimas de torturas.

Subcomité para la Prevención de la Tortura

Es el mecanismo internacional creado en el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura, (Artículos 2 y 5-11 del Protocolo Facultativo) integrado primero por 10 expertos independientes de distintas profesiones y luego aumentará a 25, a partir de la 50ª ratificación. Este Subcomité puede recurrir a todas las normas internacionales necesarias para cumplir con su labor, no limitándose, por tanto, a seguir únicamente las normas de la Convención contra la Tortura.

Se encarga de visitar periódicamente los lugares de detención, función que es similar al que realiza el Comité Europeo para la prevención de la tortura y los castigos inhumanos y degradantes.

Luego de las visitas, se envía un informe escrito y confidencial que incluye una serie de recomendaciones a las autoridades competentes. En ocasiones publican un informe junto con las posibles observaciones del Estado Parte interesado, siempre que el Estado se lo pida. Además, debe presentar un informe público anual sobre sus actividades al Comité contra la Tortura.

Respecto de los mecanismos nacionales, el Subcomité asesorará a los Estados partes, si es necesario, en la creación de dichos mecanismos. Mantendrá contacto con éstos para ofrecer formación y asistencia técnica, ayudarlos en la evaluación de las necesidades y medidas destinadas a fortalecer la protección de las personas privadas de libertad y hacer recomendaciones a los Estados Partes para fortalecer su capacidad y mandato.

Ambos órganos visitarán lugares de detención de manera periódica. El Subcomité elaborará un calendario de visitas periódicas a todos los Estados Partes y escogerá los lugares de detención que serán visitados; puede además proponer visitas adicionales de seguimiento si lo considera oportuno, mientras el mecanismo nacional realizará visitas más frecuentemente. (A.P.T., 2017)

Además, los integrantes están habilitados a realizar entrevistas de manera privada y sin testigos con cualquier persona privada de libertad o con oficiales de seguridad, personal

médico o parientes de los detenidos. De igual forma, tendrán acceso a todos los expedientes de los detenidos y el derecho de revisar los reglamentos disciplinarios, el régimen de sanción y cualquier otro documento que estimen importante para su labor. Finalmente, el equipo podrá inspeccionar el conjunto de las instalaciones y tener acceso a cualquier local del mismo. (Art. 14)

Si un Estado se niega reiteradamente a cooperar con el Subcomité, éste puede solicitar al Comité contra la Tortura de Naciones Unidas que haga una declaración pública o haga público el contenido del informe, previa consulta con el Estado interesado.

En opinión de la Asociación para la Prevención de la Tortura, el Subcomité debería cooperar mutuamente con otros órganos de Naciones Unidas, tales como el Comité contra la tortura, el Relator Especial sobre la Tortura e incluso aunque en menor medida, con el Fondo Voluntario para las Víctimas de Tortura, en especial en lo que respecta a intercambio de información. Asimismo, es recomendable que trabaje de cerca con otros órganos fuera de Naciones Unidas, por ejemplo ONGs, organismos internacionales y regionales, mecanismos nacionales, miembros de la sociedad civil, etc.(A.P.T., 2017)

Conclusiones preliminares

En este capítulo se describe la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y una descripción de las actividades que realiza el Comité contra la tortura.

Se realiza un importante recorrido sobre los diferentes puntos que ha tratado el Comité y que figuran en sus informes y cómo éstos pueden ser llevados a cabo.

Por último, se describen las acciones que realiza el Subcomité para la prevención de la tortura el cual se encarga de vigilar que en los Estados parte, no se violen los Derechos Humanos a través del ejercicio de la tortura, física y/o psicológica.

La tortura consiste en un abuso generalizado del poder en las prisiones y en las comisarías, así como en los centros de detención o de cualquier otro lugar del que una persona se encuentre privada del derecho a la libertad.

Las personas privadas de la libertad, se encuentran en situación de vulnerabilidad, por el hecho de la detención en sí misma, la sujeción de su libertad a manos del aparato estatal, poder ejecutado por medio del funcionario público del que se encuentre a cargo y la falta de

transparencia tanto del sistema penitenciario como de cualquier otro centro de detención, facilitan la configuración del delito.

Todos los anteriores motivos nombrados, hacen necesaria e importante la ratificación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Respecto de los mecanismos internacionales, estos buscan establecer lineamientos para que los Estados puedan cumplir con las obligaciones contraídas a raíz de los tratados internacionales y dejan en claro que la prohibición de la tortura, además de ser una norma de *ius cogens*, es también una norma con efectos *erga omnes*, por lo que no puede ser permitida su práctica bajo ningún supuesto.

CONCLUSIÓN

El objetivo de este trabajo de investigación consistió en realizar una comparación entre el Protocolo y el Sistema Nacional para así concluir si ha sido el Protocolo correctamente aplicado; analizar si el monitoreo en lugares de privación de la libertad se ha visto fortalecido a partir de la sanción de la Ley de Sistema Nacional de Prevención de la Tortura, y estudiar las resoluciones de la CIDH, las seis (6) intervenciones que tuvo en nuestro país por hechos de tortura.

Se entiende que la Ley de sistema de prevención contra la tortura ha seguido los lineamientos del Protocolo, pero éstos han sido deficientemente aplicados, debido primordialmente a la falta de capital humano y de infraestructura, como también y fundamentalmente, a la falta de políticas de desarrollo de reinserción.

Por otro lado, el problema más grave es la sobrepoblación carcelaria, muchos de estos sujetos privados de su libertad se encuentran bajo prisión preventiva, un instituto del cual se está abusando últimamente.

Uno de los puntos más importantes del protocolo y en el que más se hace hincapié es en el fortalecimiento y promoción del monitoreo, y esta enmienda se ve deficientemente llevada a cabo, si bien se ha creado el cargo de Procurador de las personas privadas de la libertad o Procurador Penitenciario, con amplias facultades para ingreso a lugares de privación de la libertad, pudiendo realizarlas sin aviso previo y cuando él lo considere necesario, en la práctica no se cumplimenta de esta manera dado que en reiteradas oportunidades se dificulta el ingreso de los equipos de monitoreo, permitiendo solo el ingreso al Procurador.

Los mecanismos nacionales e internacionales de protección de las personas privadas de la libertad reconocen que la tortura es un delito grave, sin embargo, no se articulan las condiciones necesarias para evitar que estas condiciones no se den en el ámbito de las cárceles. Esto se debe, principalmente, a la falta de políticas de reinserción social como también de inclusión en sistemas que les permitan mejorar sus condiciones de vida.

Las cárceles en la Argentina son espacios de victimización de las personas privadas de libertad, espacios en los que la violencia y la falta de condiciones de vida digna, priman por sobre los ideales de reinserción e inclusión social. Estas condiciones generan, con

habitualidad que las personas reincidan por falta de oportunidades, vuelven a cometer delitos dado que sus condiciones de vida no han cambiado. En consecuencia, el fin de la pena tampoco se cumple.

Esta investigación giró en torno al análisis del término tortura, conociendo los sujetos activos y pasivos los cuales son por un lado las personas privadas de su libertad legítima o ilegítimamente, y por el otro lado el sujeto activo, el cual es un funcionario público. Independientemente del lugar que este funcionario ocupe en el sistema penitenciario, se observa que no se cumple en evitar la tortura, ya que ésta se entiende como “la tortura comprende no sólo el tormento físico sino también el sufrimiento psíquico, cuando este revista importancia”, también considera la norma sujeto activo, a quien sin ser funcionario público, realiza las conductas descriptas en la norma (Art. 144).

Finalmente debemos reconocer que aún queda mucho camino por recorrer en la materia. Se requiere con urgencia que se realice un cambio importante en las políticas estatales, las cuales deben dirigirse a facilitar los procesos de monitoreo y control, ampliar las facultades con las que cuenta el Procurador de las personas privadas de la libertad y crear políticas viables, efectivas y eficaces de reinserción que faciliten la inclusión social una vez cumplidas las condenas.

La hipótesis de la tesis se cumple en cierta parte, si bien Argentina ha llegado a cumplimentar una parte de lo que demanda el Protocolo, creando la Ley de Sistema, el subcomité se enfrenta a dificultades constantes en los ingresos a los lugares de privación de la libertad impidiendo el correcto desenvolvimiento de los equipos especializados en monitoreo, (la observación y la realización de entrevistas), lo que es fundamental para elaborar diagnósticos que visualicen la tortura o las condiciones en que se encuentren.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

Observaciones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Federación Rusa. Documento CAT/C/XXVIII/Concl. 5. (16 de Mayo de 2002). Párr. 4.

A.P.T. (2017). *Asociación para la prevención de la tortura*. Recuperado el 10 de Enero de 2019, de <https://www.appt.ch/es/la-convencion-contra-la-tortura-1/>

A/56/44, D. (s.f.). Informe al 56 período de sesiones de la Asamblea General.

ACNUD. (2012). *Subcomité para la Prevención de la Tortura*. Recuperado el 26 de junio de 2018, de <https://www.ohchr.org/sp/NewsEventsArgentina/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14626&LangID=S>

Andreu-Guzmán, F. (22 de Noviembre de 2005). "La prohibición de la tortura y el derecho internacional" En: Memorias del Seminario Los instrumentos Nacionales e Internacionales para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura. *Declaración del Comité contra la Tortura*. Mexico: Secretaría de Relaciones exteriores: programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea.

C.D.I.H. (18 de septiembre de 2003). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 26 de junio de 2018, de Ficha técnica Bulacii vs. Argentina: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=285

C.D.I.H. (28 de octubre de 2009). *Corte Interamericana de Derchos Humanos*. Recuperado el 26 de junio de 2018, de Ficha Técnica: Torres Millacura y otros Vs. Argentina: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=351&lang=e

C.D.I.H. (5 de junio de 2011). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 26 de junio de 2018, de Ficha técnica: Bueno Alves Vs. Argentina: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=225

C.D.I.H. (20 de junio de 2012). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Ficha técnica: Bayarri Vs. Argentina: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=195&lang=e

C.D.I.H. (26 de enero de 2015). *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 26 de junio de 2018, de Ficha Técnica: Mendoza y otros Vs. Argentina: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=388&lang=es

C.I.D.H. (27 de Noviembre de 2007). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 26 de junio de 2018, de Ficha técnica: Garrido y Baigorria Vs. Argentina: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=312

Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. (s.f.).

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. (s.f.).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Obtenido de Convención Americana sobre Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/historia.cfm>

Foulcault, M. (1979). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo XXI.

Foulcaut, M. (1973). *La verdad y las formas jurídicas*. Río de Janeiro: Pontificia Universidad Católica do Río de Janeiro.

Hernandez Sampieri, R., Fernandez Collado, C., & Baptista Lucio, M. (2010). *Metodología de la Investigación* (5° ed.). Bs As.

Hernandez Sampieri, R.; Fernández Collado, C. y Baptista Lucio M. (2010). *Metodología de la Investigación*. Obtenido de https://www.esup.edu.pe/descargas/dep_investigacion/Metodologia%20de%20la%20investigaci%C3%B3n%205ta%20Edici%C3%B3n.pdf

Judicial, C. d. (13 de junio de 2016). *El sistema de control de cárceles monitoreó cuatro unidades penitenciarias de la provincia de Mendoza*. Recuperado el 26 de junio de 2018, de <https://www.cij.gov.ar/nota-21939-El-Sistema-de-Control-de-Cárceles-monitoreó-cuatro-unidades-penitenciarias-de-la-provincia-de-Mendoza.html>

Ossorio, M. (26 de junio de 2018). *Diccionario de las Ciencias Jurídicas*. Recuperado el 26 de junio de 2018, de Glosario: <https://ijudicial.gob.ar/glosario/>

Pacto de San José de Costa Rica. (s.f.).

Pastor, R. (5 de Marzo de 2015). *The social science post*. Recuperado el 26 de Junio de 2018, de Algunas notas sobre los orígenes de las cárceles: <http://thesocialsciencepost.com/es/2015/03/algunas-notas-sobre-los-origenes-de-las-carceles/>

Pino Gamero, E. (18 de julio de 2013). El sistema de prevención de la tortura. Del protocolo facultativo a la Convención contra la Tortura. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 3-59.

PNUD. (2011). *Justicia Transicional. Manual para América Latina*. Río de Janeiro: Amnistía Internacional.

R.A.E. (2018). *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 26 de junio de 2018, de Enclave RAE: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=tortura>

Renna, C. y Venera, D. (20 de Diciembre de 2013). *El derecho Penal y el control social*. Recuperado el 26 de Junio de 2018, de <https://www.nota22.com/noticia/10674-el-derecho-penal-y-el-control-social.html>

Rodríguez Molas, R. (1984). *Historia de la tortura y el orden represivo en la Argentina*. Buenos Aires: EUDEBA.

Unidas, N. (s.f.). Mecanismos de lucha contra la tortura. 1998, 8.

Yuni, J. y Urbano, C. (2006). *Técnicas para investigar y formular proyectos de investigación*.

Zaffaroni, E. (2003). *Nociones preliminares*. Recuperado el 26 de junio de 2018, de Características del sistema penal argentino: <http://todosxderecho.com/recopilacion/09-%20Penal%20Parte%20General/Resumen%20Zaffaroni%28full%20permission%29.pdf>

Legislación

Código Penal art. 144 ter.

Constitución Nacional art. 18, 75 incs. 19 y 22.

Ley 25.932 Aprobación del Protocolo Facultativo.

Ley 26.827 Creación del Sistema Nacional de Prevención contra la tortura.

Jurisprudencia.

CSJN, “Arancibia Clavel” (Fallos 327:3312, sent. del 24/08/2004).

CSJN, "Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal Promovido por su defensa" (E. 224. XXXIX, sent. Del 23/12/2004).

CSJN, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto nº 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional” (30/12/1986, fallos 309:05).