



ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 24, n° EXTRA 2, 2019, pp. 252-269
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA.
ISSN 1315-5216 / ISSN-e: 2477-9555

Violencia institucional en estados de excepción: perspectivas críticas sobre la tortura y otras manifestaciones represivas

*Institutional violence in states of exception: critical perspectives on torture and other repressive
manifestations*

María Paz ÁLVAREZ

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Julián ARISTIMUÑO

julian.aristimuno@gmail.com

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Este trabajo está depositado en Zenodo:
DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.3344932>

RESUMEN

Se intentará abordar las cuestiones más relevantes en el plano criminológico, político criminal, legal, jurisprudencial y doctrinario en relación a la violencia institucional, particularmente el delito de tortura y el estado de excepción, desde una postura metodológica y epistemológica anclada en la criminología crítica. Se analizarán los principios del derecho internacional de los derechos humanos involucrados y las vertientes que justifican la imposición de métodos de torturas cuando las mismas tengan la finalidad de proteger determinados bienes jurídicos.

Palabras clave: criminología crítica; derechos humanos; tortura; violencia institucional.

ABSTRACT

This essay tries to address the most relevant issues in the criminological, political criminal, legal, jurisprudential and doctrinal in relation to institutional violence, particularly the crime of torture and state of emergency, from a methodological and epistemological position anchored in critical criminology. The principles of international human rights law and the aspects that justify the imposition of methods of torture when they are intended to protect certain legal rights will be analyzed.

Keywords: critical criminology; human rights; torture; institutional violence.

Recibido: 02-04-2019 • Aceptado: 10-05-2019



I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se intentará identificar, problematizar y traer a debate, las cuestiones más relevantes en el plano criminológico, político criminal, legal, jurisprudencial y doctrinario en relación a la violencia institucional, particularmente sobre el delito de tortura y otras manifestaciones represivas en los denominados estados de excepción, fenómeno global que cobró fuerza luego de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en EEUU.

Además, se analizarán, desde una postura metodológica y epistemológica anclada en la criminología crítica, las diferentes posturas sobre la posible procedencia y justificación de la imposición de métodos de torturas a detenidos por parte de funcionarios estatales, cuando las mismas tengan la finalidad de obtener información que permita salvar determinados bienes jurídicos.

En ese orden de ideas, se hará mención a los diferentes principios básicos, constitutivos de la persona humana, que emanan del derecho internacional de los derechos humanos y que podrían verse afectados por el accionar represivo de los agentes estatales. Así, se analizará su fundamento, extensión y los posibles escenarios excepcionales en los cuales se discute su relativización y/o flexibilización.

II. El delito de tortura

II.1. Construcción conceptual

Desde una óptica correspondiente a las ciencias sociales, se puede definir a la violencia como *“la utilización de una fuerza física o verbal para causar daños o heridas a otro, con el fin de obtener de un individuo o grupo algo que no quiere consentir libremente”* (Hernández Tosca: 2002, p.58). En sus estudios sobre la paz, la guerra y la violencia, Galtung realizó la siguiente clasificación de las diferentes tipologías de violencia: a) violencia directa: que puede ser física o verbal, tiene efectos visibles y normalmente acontece en un hecho; b) violencia estructural: es aquella que se verifica cuando las estructuras político-económicas impiden a los individuos o grupos realizar el potencial de sus capacidades mentales o somáticas; y c) violencia cultural: aquellos aspectos de la religión, opinión pública, ideologías, lenguaje, etc., que justifican la violencia directa y estructural (Rivera Beiras: 2013, p.167).

De este modo, nos acercaremos al tipo de violencia estudiado, que es la violencia institucional, aquella que se manifiesta cuando el agente agresor forma parte de los órganos del Estado, gobierno, fuerzas de seguridad o cualquier otra manifestación del aparato coercitivo. Así, la violencia institucional cumpliría muchas veces la función de mantenimiento de la violencia estructural y la represión de las personas o movimientos que pretendan reducirla.

Debemos tener presente que la tortura remite a una cuestión cultural, teniendo en cuenta que, de la mano del modelo procesal inquisitivo, tuvo vigencia y aceptación en Iberoamérica durante más de quinientos años. Recién a mediados del siglo XX la tortura pasó a estar prohibida penalmente en Argentina, aunque como sabemos, las sucesivas dictaduras, lejos de perseguirla, la fomentaron ampliamente (Rafecas: 2017, p.23).

Es una práctica estructural de suma gravedad de los sistemas penales del mundo entero que, en nuestro país, desde que se impuso la democracia, es castigada como el delito más grave contra el orden institucional, que en el Código Penal se sanciona con penas similares a las del homicidio simple. Sin embargo, pareciera que de la misma forma en que la guerra contra el terrorismo justifica que el Estado sea terrorista, la guerra al delito permite que el Estado sea criminal (Anitua & Zysman Quirós: 2013, pp.9-15).

Así, existe una lógica autoritaria que, evidentemente, sigue ofreciendo hasta nuestros días franca resistencia en el seno de nuestra sociedad, y es el hecho de que, para buena parte de la opinión pública, de los medios masivos de comunicación, y también de las agencias políticas y judiciales, quien va preso debería

dejar en la puerta de la comisaría o del penal su traje de ciudadano, para ingresar al recinto de encierro como una *no-persona*, desprovista de sus atributos y derechos fundamentales (Rafecas: 2017, p.23). Por desgracia, agrega el citado autor, el modelo cultural inquisitivo sigue vigente y, entre otros efectos negativos, desviste al detenido de todo ropaje de personalidad jurídica, especialmente de la exigencia de estándares mínimos de dignidad humana (2017, p.24).

II.2. Definición en el Derecho Internacional

En el ámbito de la OEA, los Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos humanos, reconocen la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos humanos, esta última como órgano jurisdiccional e intérprete último de la Convención. Muchos de los casos a partir de los cuales la Corte Interamericana de Derechos humanos ha establecido y delimitado la obligación de los estados de llevar a cabo investigaciones eficaces que permitan enjuiciar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos han sido, precisamente, casos en los que se habían cometido torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes (Laino & Anitua: 2013, p.388).

El art. 1 de la Convención Americana establece, en cabeza de los estados, el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción, el cual requiere de la adopción de las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia¹.

La CIDH considera que el Estado parte de la Convención Americana tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y sancionar a los autores y a quienes encubran dichas violaciones. Y toda persona que se considere víctima de éstas o bien sus familiares tienen derecho de acceder a la justicia para conseguir que se cumpla, en su beneficio y en el del conjunto de la sociedad, ese deber del Estado. La obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa².

Asimismo, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³ incluyó en el propio texto de la norma, en particular en su art. 1, que *“Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención”*; en tanto que en su art. 6 dispone que los estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción; y en su art. 8, obliga a los Estados a garantizar a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente, y a que cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se haya cometido un acto de tortura en su territorio, procedan de oficio y de inmediato

¹ Corte IDH, Caso Juan Humberto Sánchez, sentencia de 7 de junio de 2003, serie C nro. 99, párr. 110; Caso Bámaca Velásquez, sentencia de 25 de noviembre de 2000, serie c nro. 70, párr. 172; y caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros), sentencia de 19 de noviembre de 1999, serie C nro. 63, párrs. 144-145; entre muchos otros. En igual sentido, Comité de Derechos Humanos, Observación General nro. 6 (Décimo sexta edición: 1982); María fanny Suarez de Guerrero v. Colombia. Comunicación nro. R. 11/45 (5 de febrero de 1979), U.N. Doc. Sup. N° 40 (a/37/40) (1982), p. 137.

² Caso Juan Humberto Sánchez, párr. 144; Caso Bámaca Velásquez, párr. 212; caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros), párr.226; Caso Bulacio, párr. 112. En diferentes casos que involucraron torturas, sostuvo que en tanto la prohibición de las torturas y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen normas de *ius cogens*, los Estados deben garantizar que el proceso interno tendiente a investigar a los responsables de los hechos surta los debidos efectos, debiendo abstenerse de recurrir a normas como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como a medidas que pretendan impedir la persecución penal (Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C nro. 114, párr. 259).

³ Adoptada en la Asamblea General de la organización de Estados Americanos, en su Decimoquinto Período Ordinario de Sesiones, Cartagena de Indias, Colombia.

a realizar una investigación sobre el caso e iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal (Laino & Anitua: 2013, pp.389-390).

La Convención de Naciones Unidas contra la Tortura⁴ contiene una norma similar en su art. 12, al disponer que “Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial”. Para arribar a un concepto de tortura construido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, podremos utilizar el contenido del artículo 1 de dicha Convención, que expone la definición legal de la tortura. El texto establece que se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales. Dicho enunciado general se concreta al exigírsele una intencionalidad específica que puede ser: a) con el fin de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión, b) de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, c) o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, d) o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.

Es requisito indispensable para poder tipificar tales actos como constitutivos del delito de tortura, cierta cualidad específica que se exige al autor, esto es, que el sujeto activo ha de ser: a) *un funcionario público*, b) *otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia* (Rivera Beiras: 2013, pp.46-47).

Esto significa que la tortura es una de las peores manifestaciones del abuso de poder, dada su intensidad, gravedad y efectos en la víctima. Es por ello que la prohibición contra la tortura en el derecho internacional es absoluta, inadmisibles bajo cualquier circunstancia, incluso la guerra, la emergencia pública o una amenaza terrorista.

La racionalidad de la prohibición absoluta de la tortura reside en que la aplicación de tortura implica un ataque frontal a la dignidad humana de la víctima. No hay ningún otro acto que viole tan profundamente esta dignidad. La protección de la dignidad humana se encuentra en el núcleo de la prohibición de la tortura. Un Estado regido por los principios del Estado de derecho no puede permitir la tortura, inherentemente repugnante y mala, sin traicionar sus propios principios ni sin perder credibilidad a nivel internacional (Ambos: 2009, pp.32-33).

La prohibición es rotunda, lo que generó que sea aceptada universalmente y erigida como un principio fundamental del derecho internacional consuetudinario, pero, como veremos en los acápites siguientes, el fuerte compromiso internacional plasmado en instrumentos normativos de protección, no son suficientes para desterrar esta práctica aberrante.

III. SURGIMIENTO DE LA CULTURA DE LA TORTURA LUEGO DEL 11S

La práctica de la tortura reapareció a nivel global luego de los atentados del 11-S en países en los que la controversia parecía zanjada. En concreto, su debate es especialmente intenso en los EE.UU, donde la entonces Administración Bush, preocupada sobre la licitud de usar técnicas de interrogación severa prohibidas por el Derecho Internacional, comprendió la necesidad de establecer argumentos legales viables para legitimar tal manera de proceder. Redactaron distintos documentos justificando prácticas de interrogación coercitiva y tortura, compuestos por memorandos e informes conocidos como “The Torture Memos” (Llobet Angli: 2010a, pp.280-281)⁵.

⁴ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987.

⁵ La autora pone de manifiesto que además salió a la luz pública el uso de torturas y de tratos inhumanos y degradantes en la prisión iraní de Abu Ghraib y en la base militar de Guantánamo.

También en Alemania la doctrina se ha ocupado de la cuestión de la tortura a raíz del caso "Gafgen". En dicho caso, el director adjunto de la policía de Frankfurt ordenó a un subordinado que, durante un interrogatorio, amenace a un detenido que había secuestrado a un niño. Un Tribunal de dicha ciudad alemana declaró culpables a ambos agentes: a Daschner por ordenar a un subordinado a cometer un delito y por coacción, y a éste por coerción. Sin embargo, no se impusieron penas al considerar que la evaluación integral de la conducta de los acusados y de sus personalidades demostraba que tal imposición de pena no era necesaria (Ambos: 2009, pp.22-23).

Llobet Anglí señala que, aunque el recurso a la tortura no se encuentra entre las prácticas que en España se legitimen doctrinal, política ni judicialmente, para combatir el terrorismo, su aparición en la lucha contra este fenómeno a escala mundial, liderada por los EE.UU., justifica que sea tratada la tortura como una de las medidas eficaces para erradicar el terrorismo (2010a, p.281).

El debate recae, además, sobre si la sensibilidad política y social sobre la tortura ha cambiado a partir del 11-S, aunque reconocerlo en público se considere políticamente incorrecto. De hecho, en la actualidad existe una "cultura de la tortura", representada por los juristas y los altos cargos políticos de Washington y materializada en los memorandos oficiales legitimando esta práctica (Llobet Anglí: 2010b, p.9).

La tortura se convierte en algo estructural, en un método de trabajo habitual en los medios policiales, por lo menos en relación con determinados tipos de delitos y delincuentes (Muñoz Conde: 2014, p. 436). De este modo, lo que en definitiva se somete a debate es si el uso de esta práctica en la guerra contra el terrorismo está legitimado o no, dada la especial peligrosidad de dicho fenómeno para la seguridad nacional (Llobet Anglí: 2010a, p.287). Adhiriendo a la reflexión de Ferrajoli, el principal factor de este tipo de atrocidades radica en permitir su impunidad, siendo esta la otra cara de la ineffectividad de los derechos humanos y del Estado de derecho (Ferrajoli: 2007, p.422).

Las voces que aclaman el uso de tortura para luchar contra determinados enemigos del Estado incurren en una grave contradicción, dado que, mientras la violencia contra el Estado -llamada terrorismo- es rechazada unánimemente y contundentemente castigada por el propio Estado como la máxima expresión de rebelión contra su poder, la otra violencia, también ilegítima, practicada fuera de los cauces legales por el propio Estado a través de sus representantes, se presenta como una violencia a la que podríamos llamar "terrorismo de Estado", que queda diluida y es, muchas veces, abiertamente asumida y legitimada (Muñoz Conde: 2014, p.438).

IV. CONSTRUCCIÓN DEL ENEMIGO EN ESTADOS DE EXCEPCIÓN. NOCIONES CRIMINOLÓGICAS

La técnica de la tortura precisa una geografía opaca en la que se pueda torturar y una subjetividad torturable, pero precisa, sobre todo, la posibilidad misma de que la tortura acontezca como forma de proceder, que la tortura sea pensable como opción y que sea posible su ejercicio. La lógica incardinada al dispositivo de la tortura es la *excepcionalidad* (Mendiola: 2014, p. 205).

En el transcurso de los procesos de modernización, la emergencia como forma de gobierno, los instrumentos de excepción, se han ido desplegando, instaurando en las instituciones del Estado de derecho (Forero, Rivera Beiras & Silveira: 2012, p.10). La razón jurídica ha ido paulatinamente tomando la forma de una razón "securitaria", que tiene como fin principal la implantación de medidas de control, vigilancia y represión sobre el conjunto de las poblaciones (Foucault: 1992, p. 247).

La creación voluntaria de un estado de emergencia permanente, aunque eventualmente no declarado en sentido técnico, devino en una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos (Agamben: 2005, p.25). El citado autor nos acerca el concepto de la tierra de nadie, refiriéndose al Estado de excepción, al afirmar que "*una teoría del estado de excepción es condición preliminar para definir la relación que liga y al mismo tiempo abandona lo viviente en manos del derecho*". Continúa el citado autor, afirmando que "*es esta*

tierra de nadie entre el derecho público y el hecho político, y entre el orden jurídico y la vida, aquello que la presente investigación se propone indagar" (Agamben: 2005, p.24).

Las vidas de los denominados enemigos, categoría desprovista de contornos claros, metamorfoseante, quedan paulatinamente inmersas en una precariedad vital que une la lógica hostil de lo punitivo con la negación del reconocimiento. En este contexto, la tortura deja ya de estar concernida con el acceso a un supuesta información clave para consumarse como castigo que se aplica a unos otros despreciables negados como sujetos de pleno derecho, habitantes de una subhumanidad prescindible (Mendiola: 2014, pp.172-173).

En el convencimiento que para combatirlo eran insuficientes los instrumentos ordinarios de que disponían los Estados, se decidió echar mano de nuevas herramientas que se consideraron extraordinarias. Se iba inaugurando así la denominada legislación, o más precisamente, la "cultura de la emergencia" (Rivera Beiras: 2005, p.248). Y es aquí donde acierta Benjamín al afirmar *que la tradición de los oprimidos nos enseña que el estado de excepción en el que vivimos es la regla* (Benjamín: 2008).

La transformación autoritaria del derecho va estrechamente ligada a dar una respuesta represiva a los conflictos políticos y sociales que presentan las sociedades capitalistas. Esta transformación se enmarca en la cultura de la emergencia que sirve de excusa al sistema para realizar periódicos ajustes normativos excepcionales (Serrano Piedecosas: 1988, p.VI). Como planteó Aniyar de Castro, la tesis del autoritarismo como "mal necesario" ha tomado una lamentable fuerza legitimadora (2010, p.63).

La cultura de la emergencia surge como remedio permanente a la crisis de la soberanía, crisis generada por la complejidad del sistema internacional respecto a compromisos -sumisiones de carácter militar, económico y político- de carácter regional. Las particulares circunstancias de las democracias occidentales sirvieron para que la emergencia se presente como un elemento constante e imprescindible del sistema capitalista y aunque se presente como una cultura circunscrita a un ámbito territorial concreto, tiene plena vocación de ser un fenómeno universal (Serrano Piedecosas: 1988: p.X).

En América Latina se han expandido los conflictos sociales tanto como los modelos políticos criminales de los países centrales, incluidas sus respectivas legislaciones, sin tomarse en cuenta las especificidades históricas estructurales o culturales, con efectos estrafalarios y perversos sobre la imaginería del delito y la represión (Aniyar de Castro: 2010, p.66). En este sentido, la tarea de la criminología, incluyendo a la victimología, es recoger lo que se ha dicho, se ha hecho, se ha vivido, aquí y afuera, para detectar el novel de globalización cultural que tenemos, porque ello influye en las tendencias de globalización (Aniyar de Castro: 2010, p.68).

Lo cierto es que para que el recorte de libertades y garantías sea aceptado por la sociedad se requiere crear un estado determinado de opinión pública imponiendo un mensaje en la misma, como que es de interés general la suspensión de algunas garantías constitucionales, con el fin de facilitar al gobierno de turno su lucha contra los enemigos de la democracia. Para influir en la opinión pública se genera un estado emocional excesivamente sensible ante este tipo de delincuencia, la legitimidad formal de la legislación excepcional y la entronización de la desconfianza en las libertades.

Entiende Mendiola que sobre este triple eje que nos recuerda la matriz gubernamental del Estado, la copresencia de relaciones de poder y violencia y, por último, el modo en que el despliegue gubernamental distribuye ámbitos de opacidad y de exhibición, nos podemos acercar ya a la tortura como práctica política inscrita en el despliegue de poder (2014, p.208).

La excepcionalidad, en tanto que posibilidad asentada en el ordenamiento jurídico-normativo, vendría así a conformar una geografía y temporalidad propia por medio de la cual lo vigente queda en suspenso, la norma deja de aplicarse abriéndose, en consecuencia, un escenario en donde los sujetos inmersos en la excepcionalidad comienzan a verse amenazados por una indefensión impredecible toda vez que se suspenden, en su totalidad o parte, derechos previamente reconocidos (Mendiola: 2014 p.210).

Las condiciones de excepcionalidad que se reclaman como imprescindibles en la lucha contra el terrorismo, han ofrecido un pretexto de extraordinaria utilidad para ir ensanchando, bajo la apariencia de legitimidad que acompaña a toda decisión "democrática", los contornos de aquel límite y resolviendo, sin reservas, el viejo dilema Estado-Individuo, a favor del primero. Es éste y no otro, en realidad, el motivo velado por determinante de la "secreta" pervivencia de la tortura (Maqueda Abreu: 1986, p.427).

V. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS Y SOCIOPOLÍTICOS QUE HABILITAN (E INVISIBILIZAN) LA TORTURA

En este apartado, como el acápite lo indica, se analizarán los aspectos criminológicos y sociopolíticos que permiten al poder, identificados ya como Estados democráticos y sociales de derecho, la imposición de torturas. Vale aclarar que cuando nos referimos a ella, contemplamos todas las formas e intensidades de violencia ejercida contra las personas, conforme las pautas del derecho internacional de los derechos humanos que establece que nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Quizás las palabras de Mendiola sean las indicadas para escenificar ese mecanismo de destrucción de mundos que significa la tortura, donde el cuerpo con todo su entramado de hábitos, de formas de estar en el mundo, de sentir el cuerpo propio y el de otros, sufre un proceso de mutilación violenta por medio del cual queda circunscrito a los límites de su propia corporalidad: el mundo desaparece y su lugar lo ocupa el cuerpo inerme expuesto al dolor y la humillación, a la destrucción de todo aquello que había producido el cuerpo en sus formas reconocibles (Mendiola: 2013, p.123).

El fondo es la destrucción de mundos, lo que Mendiola ilustra como la producción de lo inhabitable, esto es, la producción de hábitats que se caracterizan por el hecho de que están pensados y diseñados para negar la práctica de habitar, para deshacer simbólica y físicamente a la persona que es obligada, por un tiempo variable, a habitarlos. La tortura deshace la geografía de la subjetividad y emerge, por ello, como la más radical negación de la vida mientras mantiene el hecho de vivir: niega lo que posibilita la vida para producir un hábitat colindante con la muerte en donde la persona torturada queda radicalmente expuesta frente al dolor, experimentando la cruel vivencia de que todo es posible (2013, pp.123-124).

Rafecas señala que se coloca a estas categorías de personas fuera de la propia ley. El hasta entonces ciudadano, con nombre y apellido, ocupación, etc., con derechos y atributos de diversa índole, pasa a ser una no- persona. Alguien a quien solo le queda remanente un cuerpo vital, lo que Agamben ha llamado la nuda vida del homo sacer, un cuerpo que está en manos del sistema penal subterráneo no sólo para privarlo ilegalmente de la libertad, destruir su mundo normativo por medio de la tortura, negarle alimento, agua o condiciones sanitarias mínimas, sino además para disponer definitivamente de esa vida, anulándola en cualquier momento impunemente, negándole incluso los rituales debidos a toda muerte, propios de la condición humana (2017, p.56).

Allí cuando se desvanece la frontera entre orden jurídico y estado de excepción, considera Agamben que la nuda vida pasa a ser a la vez el sujeto y el objeto del orden político y de sus conflictos (2003, p.19). Esa vida destruida normativamente, traducida en un cuerpo inhabitable, sin identidad, sin subjetividades, queda en manos del sistema penal subterráneo.

Para finalizar, con una gran influencia, aún vigente, de los postulados foucaultianos de poder, Mendiola afirma que coexisten tres lógicas que atraviesan y dan forma al proceso de captura, entendido este como un entramado heterogéneo de relaciones de poder que aúna el régimen de poder soberano y de las sociedades disciplinarias que derivan en sociedades de control. Dichas lógicas son: a) neocolonial, que se expresa mediante un proceso de apropiación de espacios, b) la lógica neoliberal, que actúa como un dispositivo económico, político y jurídico que se proyecta sobre los espacios produciendo geografía desiguales, y c) lógica securitaria, que actúa como garante de un determinado orden social articulado en torno a la propiedad

privada que castiga las indisciplinas que no se atienen a la regulación industrial-capitalista (Mendiola: 2013: 128).

VI. CUANDO LA TORTURA NAVEGA EN UN DERECHO PENAL SUBTERRÁNEO

La existencia de un sistema penal subterráneo se traduce en el ejercicio del poder punitivo por fuera de los límites estatales, mediante prácticas o actos de parte de las agencias que lo componen o que actúan en función de su cargo y afectan derechos humanos fundamentales. Rafecas entiende que el conjunto de ilícitos cometidos por operadores de las propias agencias estatales, conforman un verdadero sistema penal subterráneo, y es más amplio cuando las ejecutivas son más violentas y están menos controladas por otras agencias (2010, p. 53).

Dentro del amplio repertorio de comportamientos criminales estatales, propios del sistema penal subterráneo, la tortura y los malos tratos constituyen, sin lugar a dudas, la dimensión más cruda de la violencia carcelaria. Esta violencia responde a diversos factores y ecuaciones de fuerza vinculados con el disciplinamiento y gobierno de los lugares de detención, con hechos de corrupción y encubrimiento de delitos, con venganzas personales, entre otras cosas (Rafecas: 2017, p.73).

Se destaca en primer término que los autores de detenciones ilegales, vejaciones, apremios y torturas no encuadran en ningún estereotipo de delincuente; pero también que se trata de delitos prácticamente invisibles a la opinión pública y a los medios masivos de comunicación; y que en general afectan a personas con alta vulnerabilidad frente al sistema penal, es decir, a personas muy alejadas del poder económico (Rafecas: 2013, p.416).

Entre las principales causas que permiten la impunidad de estos delitos, encontramos el aislamiento carcelario que propicia las agresiones, la imposibilidad procesal de identificar a los responsables, la cerrada defensa corporativa de sus compañeros, las dificultades en la práctica de las pruebas en los pocos procesos judiciales que se han logrado incoar por estos delitos, las trabas a las investigaciones opuestas desde la administración (Rivera Beiras: 2009, VI). En América Latina, los siglos XX y XXI se han caracterizado por presentar los más elevados índices históricos de violencia carcelaria. Nuestra realidad penitenciaria difiere de la de otros países del primer mundo, en los que, sin ser una maravilla, es cualitativamente mejor (Aniyar de Castro: 2010, p. 248).

Recordemos, solo como una ilustración, que el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas en sus Observaciones Finales sobre Argentina⁶, ha expresado su preocupación por las numerosas alegaciones de tortura y malos tratos cometidas de manera generalizada y habitual por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, tanto en las provincias como en la capital federal y por la desproporción entre el elevado número de denuncias por actos de tortura y malos tratos y las mínimas condenas dictadas por dichas causas, así como los retrasos injustificables en la investigación de casos de tortura, todo lo cual contribuye a la impunidad existente en esta materia, y entre sus recomendaciones sostuvo que el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias para impedir los actos de tortura y malos tratos que se cometan en el territorio del Estado de la Argentina.

Los sistemas penales, más que sistemas de protección de derechos humanos son sistemas de violación de ellos. Se trata de graves ilegalidades cometidas por parte de órganos de policía, en el proceso penal y en la ejecución de las penas. Esta descripción incluye a los países de regímenes democráticos regidos por las reglas del Estado de derecho (Baratta: 2004, p.346-347).

Zaffaroni, al analizar el enemigo en el derecho penal, señala que el poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que los

⁶ Comité contra la Tortura, CAT/C/CR/33/1, 10 de noviembre de 2004, párr. 6 y 7.

consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece el derecho internacional de los derechos humanos (Zaffaroni: 2006, p.11).

El problema respecto a este tipo de delitos vinculados con el poder es y será el mismo: la aplicación práctica de dicha norma. Al tratarse de delitos cometidos generalmente por personal de las fuerzas de seguridad, en establecimientos de dichas fuerzas y con múltiples ocultamientos y secretos, la impunidad -es decir, la no aplicación de la norma-, se convierte en regla (Anitua & Laino: 2013, p. 392). Tal es así que en el orden nacional argentino, que abarca la justicia federal en todo el país con más la justicia ordinaria en la ciudad de Buenos Aires, se registra apenas una condena por cada cuatrocientas denuncias relacionadas con estos delitos funcionales contra la libertad y la dignidad, que involucra la actuación abusiva e ilegal de integrantes de agencias policiales y penitenciarias (Rafecas: 2013, p.410).

Dicho esto, tenemos presente que en el mundo actual coexisten grupos terroristas, Estados sui-generis y paramilitares que recurren al uso de la fuerza para generar pánico e intimidación sobre las sociedades, lo que plantea el dilema sobre la adaptación, o no, de las normas del derecho internacional de los derechos humanos aun ante este tipo de circunstancias excepcionales.

Pero, sea cual fuera la forma en la que se manifieste la violencia institucional, siempre que se mantenga desde el discurso oficial el binomio *amigo-enemigo*, así como una reconciliación negada, un virtual estado de guerra interna, con incremento de la violencia política armada y negación de técnicas de convivencia, el planteamiento científico de la prevención tendrá en la práctica bases muy precarias (Aniyar de Castro: 2010, p.149).

Si bien el Estado puede convertirse en un ente represor y expresarse a través de diversas modalidades, tal como fuera expuesto en los acápites precedentes, en las líneas que siguen centraremos la discusión en aquellos supuestos en los cuales los agentes estatales aplican métodos de tortura sobre personas detenidas a los fines de obtener información para salvaguardar bienes jurídicos considerados fundamentales, ello, teniendo en consideración que de la misma manera como los derechos humanos han sido propuestos como límite y como objeto del derecho penal, el cual no estaría legitimado si no contribuye a disminuir la violencia punitiva, también los derechos humanos deben ser el límite y el contenido de la misma criminología (Aniyar de Castro: 2010, p.126).

VII. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN RELACIÓN A LA PRÁCTICA DE LA TORTURA. POSTURAS

Luego de realizado un análisis del fenómeno bajo estudio, desde una mirada criminológica y sociológica que posiciona a la tortura como un fenómeno de carácter estructural generador de espacios de no-derecho y de ciudadanos no-personas, es momento entonces de adentrarse en la posibilidad, planteada por determinado sector de la doctrina, de legitimar esta práctica aberrante a través de las causas de justificación.

Debería estar fuera de toda discusión que un Estado democrático de derecho no puede elaborar normas específicas que introduzcan excepciones a la prohibición de la tortura⁷, tengan que aplicarse *ex ante* o *ex post*, tanto por razones normativas (Molina Fernández: 2010) como iusfilosóficas. Ello, ya que la tortura atenta contra la dignidad humana (Ambos: 2009, pp.32-33). Por tanto, no está legitimada la regulación de autorizaciones judiciales o gubernamentales que posibiliten su práctica. Ahora bien, tampoco pueden

⁷ Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 5) y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (art. 2.2). En este sentido, Molina Fernández, señala que en la situación legal descrita no hay espacio para un debate sobre la justificación legal de la tortura (2010).

establecerse exenciones y procedimientos concretos para supuestos de torturas, aplicables *a posteriori* (Llobet Anglí: 2010b, p.20).

Existen dos categorías entre las propuestas de solución *ex post*: a) defender la regulación de la práctica de la tortura de modo específico y b) abogar por la aplicación de figuras generales ya previstas en la ley como lo son las causas de justificación. La autora citada señala que la primera postura es inviable. Ahora bien, ¿la segunda es legítima? (Llobet Anglí: 2010b, p.20).

Antes de responder a esta pregunta, no obstante, hay que poner de relieve que según un sector doctrinal, los Convenios Internacionales recogen “prohibiciones absolutas de justificación” en materia de tortura (Molina Fernández: 2010, pp.73ss)-y así lo ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹. Sin embargo, para otros autores es defendible la solución contraria, esto es, que la invocación de las causas de justificación no puede ser descartada por un recurso a la prohibición internacional o constitucional de la tortura. Es por ello que tiene sentido preguntarse sobre la posible aplicación de causas de justificación (o de exculpación) en supuestos de tortura (Ambos: 2009, p.47; De la Cuesta Arzamendi: 1989, pp.695ss)¹⁰.

VII.1. Estado de necesidad justificante y exculpante

Un sector de la doctrina (Parry & White: 2002, pp.747-748; Parry: 2004, pp.158ss), como así también el Tribunal Supremo israelí¹¹ propone la aplicación del estado de necesidad en los supuestos en los que sólo es posible evitar un ataque terrorista catastrófico e inminente acudiendo a la tortura, esto es, en los escenarios denominados de *ticking bomb* (Llobet Anglí: 2010b, p.22), basándose en que el daño causado por la muerte de cientos, miles o millones de personas inocentes es muy superior al provocado por el uso de la tortura, especialmente cuando la víctima es el sujeto responsable de la bomba. Sin embargo, esta afirmación contradice la lógica del mal menor, desde cualquier perspectiva que no se base en el utilitarismo del acto. Siguiendo a Silva Sánchez, el estado de necesidad no se dirige a “salvar el bien más valioso”, sino a “solventar el conflicto surgido con la menor perturbación posible del ‘statu quo’”, es decir, de las condiciones preexistentes en la sociedad antes de la aparición de aquél” (Silva Sánchez: 1982, p.665).

⁸ CIDH, caso Juan Humberto Sánchez, párr. 144; Caso Bámaca Velásquez, párr. 212; caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros), párr. 226; Caso Bulacio, párr. 112. En diferentes casos que involucraron torturas, sostuvo que en tanto la prohibición de las torturas y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen normas de *ius cogens*, los Estados deben garantizar que el proceso interno tendiente a investigar a los responsables de los hechos surta los debidos efectos, debiendo abstenerse de recurrir a normas como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como a medidas que pretendan impedir la persecución penal (Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C nro. 114, párr. 259).

⁹ TEDH “Aksoy c. Turquía”, n° 21987/1993, indica que “incluso en las situaciones más difíciles, tales como la lucha contra el terrorismo o contra el crimen organizado, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. El artículo 3 no prevé restricciones, lo que contrasta con la mayoría de las cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos N° 1 y 4, y según el art. 15.2 no sufre ninguna derogación, incluso en el caso de un peligro público que amenace la vida de la nación”.

¹⁰ De la Cuesta Arzamendi sostiene en la obra citada que la previsión del art. 2.2 de la Convención contra la Tortura no es de carácter absoluto y posibilita la aplicación de las causas de justificación previstas en el Código Penal. A su juicio, dicho precepto no incluye la prohibición de la tortura como método de investigación para luchar contra determinados fenómenos delictivos.

¹¹ Como se ha indicado, el Tribunal Supremo de Israel, en su Sentencia de 1999, se decantó por la aplicación del estado de necesidad, en supuestos en los que sólo es posible evitar un daño recurriendo a la tortura. De este modo, abogó por la aplicación del art. 34.1 de la Ley penal israelí, que prevé lo siguiente: “no habrá responsabilidad penal si se comete cualquier acto inmediatamente necesario, con el propósito de salvar la vida, la libertad, el cuerpo o la propiedad, ya sea de sí mismo o de un prójimo, de un considerable peligro de daño serio e inminente al estado particular de cosas, en el momento necesario, y ante la falta de medios alternativos para evitar el daño”.

Desde una perspectiva utilitarista basada únicamente en el acto, si sólo se compara el mal causado por la tortura y el bien producido por las vidas concretas que se han salvado, la justificación de aquélla parece plausible. Sin embargo, también debe valorarse el mal que comporta que los límites de la ponderación de intereses se desborden, dicha práctica se convierta en una medida política de poder y la seguridad pase a ser el único interés protegible por el Estado, a costa de las libertades individuales (Llobet Anglí: 2010b, p.22).

Respecto a la posibilidad de la exculpación, esto es, de aplicar el estado de necesidad exculpante en un “caso de bomba de relojería”, tal solución parece inviable, tanto si se considera que el fundamento de dicha categoría se basa en la existencia de “una *situación motivacional* anormal a la cual el hombre medio hubiera sucumbido”, como si se cree que el fundamento de la exculpación es la situación de conflicto en la que hay que optar por el mal menor (Llobet Anglí: 2010b, pp.22-23).

No obstante, sea como fuere, bajo la primera perspectiva, tal afectación de la motivación no puede predicarse del Estado, ni de sus agentes. Por tanto, teniendo en cuenta que esta dimensión estatal es intrínseca al propio concepto de tortura, puesto que, como se ha indicado, tal delito sólo lo puede cometer quien sea autoridad o funcionario público, no puede disculparse su práctica. Y es posible alegar que elegir la tortura es siempre un mal mayor -por lo que tampoco cabría la exculpación-, “si se valora todo lo que está en juego, y no sólo los intereses más conspicuos del conflicto” (Llobet Anglí: 2010b, p.36).

Roxin, al explicar los postulados de quienes admiten la “*teoría de la ponderación*”, señala que encuentra su fundamento en la ponderación de los bienes y que busca darle preferencia al derecho más fuerte, por lo que la vida de la víctima de un secuestro representa un mayor valor que la integridad psíquica y física del secuestrador. Ello, en base a que si bien la tortura vulnera la dignidad humana, el estado tiene a su vez un deber de proteger la dignidad humana de sus ciudadanos (Roxin: 2006, p.19). Justificar estas prácticas nos enfrenta al peligro de una “*rotura de dique*”, es decir, que se genere una extensión insoportable de la práctica de la tortura en un Estado de derecho. De aquí que, como se acaba de indicar, la apreciación del estado de necesidad no sea posible en supuestos de tortura (Roxin: 2006, p.31).

Quienes postulan una justificación o exculpación a través del instituto del estado de necesidad, se basan principalmente en que el Estado tiene un deber de protección a los ciudadanos, sin embargo, debemos aclarar haciendo propia la reflexión de Roxin, que el deber de ser respetuoso con la dignidad humana de todo ser humano es ilimitado, mientras que ese deber de protección al que hacen referencia existe únicamente dentro de las posibilidades del Estado de derecho. Así, continúa diciendo el autor “*Donde se puede alcanzar una protección solamente a través de la violación de la dignidad humana termina el deber de protección estatal*” (2006, p.19).

VII.2. Legítima defensa

Cabe destacar que, en concordancia con la línea que ha sido expuesta en el presente trabajo, se da por sentado que en virtud de las prohibiciones absolutas y del atentado a la dignidad humana, no resulta posible justificar bajo ninguna circunstancia la práctica de tortura. A ello, debe sumársele la gravedad del delito ya que se trata de un delito de estado que configura una violación a los derechos humanos, como fundamentales, por parte de quien debiera protegernos como sociedad, incurriendo así en un crimen de estado¹².

¹² Entender a la tortura como crimen de Estado implicaría considerar que su gravedad, lejos de valorarse para cada manifestación concreta, debe considerarse desde una perspectiva global. La Iniciativa Internacional del Delito de Estado (ISCI) (Puede consultarse el sitio web en: <http://statecrime.org>) considera que un crimen de Estado es una acción o acciones que violan el derecho público e internacional o causa un serio daño social y personal mediante actos de omisión o comisión. Las condiciones inhumanas de detención, el uso abusivo del poder coercitivo estatal y la aplicación de torturas por parte de agentes estatales, entre otras manifestaciones de violencia institucional, se traducen en una práctica que, por su extrema gravedad, afecta la plena vigencia del Estado democrático de derecho al atentar contra los derechos humanos fundamentales, como son la libertad, la dignidad, la integridad y la vida de las personas. Pero la tortura no es un delito como cualquier otro, más allá de la gravosa escala penal con que es conminado en las legislaciones internas de los

Sin embargo, autoras como Llobet Anglí consideran a este argumento como problemático ya que no sería un argumento lo suficientemente sólido para demostrar que la dignidad o la integridad moral de una persona son bienes de mayor relevancia que una vida. Por tanto, si matar puede estar justificado mediante la legítima defensa, también puede estarlo torturar (2010b, p.26).

También se sostiene que si la prohibición absoluta de esta práctica se fundamenta en el mero atentado contra la dignidad de las personas, la tortura cometida por un particular también debería ser típica, puesto que la conducta en sí es idéntica y vulnera el mismo bien jurídico (Llobet Anglí: 2010b, p.27). Consideramos que este argumento olvida un factor fundamental y es que la calidad especial del autor de la tortura encuentra su fundamento en que se trata de una prohibición que busca erradicar las prácticas realizadas por los Estados que resultan ilegítimas en cualquier Estado de derecho. A saber, justamente el funcionario público como miembro de ese Estado de derecho y, como actor que revista una calidad especial por su tarea de proteger a la sociedad, debe ser sancionado severamente por no cumplir con el rol que se le asigna de protección a la propia sociedad como representante del Estado. Así, pareciera que al particular que ejerce algún tipo de práctica que encuadre con la definición de tortura, no se le puede exigir lo mismo que a quien presta servicios como funcionario y jura proteger a los miembros de una sociedad al ejercer sus funciones¹³.

Por último, debe aclararse que la autora mencionada, señala que esta causa de justificación sólo puede admitirse cuando se trate de una legítima defensa reactiva, y nunca, cuando se trate de una legítima defensa preventiva. Ello, en virtud de que considera que el ataque nunca puede ser futuro, sino que debe al menos haber empezado a ejecutarse. Por tanto, la inminencia de los escenarios de *ticking bomb* sólo puede ser entendida en el sentido de agresión ilegítima en la legítima defensa, lo que implica comienzo de tentativa (Llobet Anglí: 2010b, pp. 29-30).

Continúa argumentando la autora citada quien señala que sólo cuando no exista una posibilidad menos lesiva de obtener el mismo resultado la tortura estará justificada (necesidad en concreto). Serían de aplicación los límites ético-sociales a la legítima defensa, dado que una defensa escandalosamente desproporcionada frente a una agresión insignificante supondría una negación del derecho de solidaridad mínima que tiene el agresor. Así, no estaría justificado torturar para impedir un delito contra el patrimonio (Llobet Anglí: 2010b, p. 32).

En otro orden de ideas, Ambos considera que si un Estado ordena o permite la tortura ya no puede ser considerado un Estado regido por los principios del Estado de derecho. En primer lugar, porque la legítima defensa como una causa de justificación haría al acto de tortura legal, es decir, negaría la antijuricidad de la tortura. Esto crearía una contradicción irreconciliable entre sostener la prohibición a nivel estatal y abandonarla a nivel de justificación individual. Si la tortura no puede ser lícita para el Estado, no puede serlo tampoco para el investigador policial como representante del Estado. Además, si la tortura fuera lícita, la víctima de la tortura no podría defenderse contra el ataque que el torturador realiza a su dignidad humana, sino que tendría que tolerarlo ya que la legítima defensa presupone un ataque ilícito. Por lo tanto, el reconocimiento de la tortura como un acto lícito convertiría en definitiva a la tortura en algo legal y socialmente aceptable. La prohibición de la tortura habría sido minada -un peligro no sólo para las democracias menos estables- y rodaría pendiente abajo sin poder ser refrenada (Ambos: 2009, pp.48-49).

diferentes países. La extrema violencia manifestada por el poder coercitivo del Estado en contra de sus ciudadanos no puede ser catalogada como un delito más dentro del repertorio. Es hora de considerar a la tortura como un crimen de Estado, aún aquella infringida a un solo individuo.

¹³ Ello, independientemente de las regulaciones particulares como la de Argentina, en lo que respecta a los hechos de tortura cometidos por un particular -denominadas cláusulas extensivas de punibilidad- a través de las cuales se permite en determinadas situaciones particulares penar a un particular por la comisión del delito de tortura.

VII.3. El cumplimiento del deber y el ejercicio legítimo del deber, oficio o cargo

Si se quisiera justificar estos supuestos al recurrir a la exigente del cumplimiento del deber o del ejercicio legítimo del cargo, no podría afirmarse que los agentes de la autoridad tengan un deber de torturar. Tienen un deber de actuar ante determinados peligros e incluso un deber de usar las armas. Sin embargo, de tales previsiones no se deriva un deber de atentar contra la integridad física de las personas. Otra opción es aplicar la causa de justificación consistente en el ejercicio legítimo del cargo, con los mismos límites que los elaborados para la legítima defensa. Por tanto, la solución aportada debería tener siempre los límites mencionados con independencia del rótulo que quisiera usarse. Sólo sería legítimo torturar cuando existiese una agresión actual, no hubiera otro medio menos lesivo para conseguir la desactivación de la bomba, y, por último, no concurriera ningún límite ético-social (Llobet Angli: 2010b, p.34).

En definitiva, pese a las prohibiciones absolutas tanto del ámbito interno como del ámbito internacional, al reconocimiento de la gravedad de este crimen de carácter estatal y a las décadas de legitimación de esta práctica que hemos sufrido como sociedad, parte de la doctrina considera que la prohibición de la tortura no es absoluta, al justificarla mediante el instituto de la legítima defensa o del ejercicio de un deber.

Un Estado democrático de derecho no puede elaborar normas específicas ni teorías de justificación que introduzcan excepciones a la prohibición de la tortura. Así sea que estas tengan que aplicarse a priori o a posteriori (ex ante o ex post). Ello es así tanto por razones normativas como por razones iusfilosóficas. De esta manera, lo único que puede asegurarse es que la tortura atenta contra la dignidad humana y en consecuencia no está legitimada la regulación de autorizaciones normativas ni judiciales que posibiliten su práctica.

Conforme señala Muñoz Conde, en los últimos años algunos penalistas y políticos de Estados muy poderosos han tomado la decisión de relativizar la prohibición de la tortura. Si bien siempre está la posibilidad de que existan casos puntuales de tortura como un exceso en el accionar policial en el caso concreto (el que debe ser denunciado), la magnitud del problema aparece cuando la tortura se convierte en algo estructural, es decir, en un método de trabajo habitual en los medios policiales, al menos, en relación con determinados tipos de delitos (2014, p. 436).

Así, consideramos que la inclusión de autorizaciones que permitan la justificación o exculpación del delito de tortura abre la puerta a un fenómeno contra el que se viene luchando intensamente desde la comunidad internacional y que podría dar lugar a lo que Muñoz Conde refiere como un fenómeno estructural. Así, mientras que la violencia contra el Estado (llamada terrorismo) es rechazada en forma unánime y castigada por el mismo Estado, la otra violencia, también ilegítima, practicada fuera de la legalidad por el propio Estado por intermedio de sus representantes, la violencia a la que podríamos denominar "Terrorismo de Estado" queda diluida y muchas veces legitimada (Muñoz Conde: 2014, p.438).

VIII. LA "TORTURA DE RESCATE": ARGUMENTOS ÉTICOS A FAVOR Y EN CONTRA

Argumentos éticos a favor de la tortura de rescate

El argumento relativo a la salvación de vidas que admite la utilización de la tortura de rescate o su amenaza en el contexto de los interrogatorios policiales insiste en que mediante dicho mecanismo se pueden salvar vidas humanas o bien preservar otros bienes jurídicos relevantes de la víctima, como es el derecho a la integridad física o la libertad (Cano Paños: 2014, p.20).

Podría decirse que una ponderación sin reservas de los bienes jurídicos afectados debería conducir a afirmar la utilización de la tortura o su amenaza. Ello, asumiendo que la integridad física y/o moral del secuestrador pesa menos que la vida y la dignidad humana de la víctima del secuestro. Por consiguiente, la tortura podría ser un medio efectivo para salvar vidas humanas o preservar bienes jurídicos de eminente

valor. Y es que, para este sector de la doctrina, aquí salta a la vista que el secuestrador ha sido quien voluntariamente se ha trasladado a una situación ilícita. De esa manera, la tortura es aplicada contra un sujeto "culpable", y el objetivo de su utilización es salvar a un inocente (Cano Paños: 2014, pp.20-21).

Roxin, al describir la denominada teoría de la diferenciación, para quienes justifiquen la tortura de rescate, señaló que se distingue el derecho público -de donde se deriva y se reconoce la prohibición absoluta de la tortura en el derecho internacional- del derecho privado -del que se deriva la posibilidad que el actuar del agente policial se justifique mediante el instituto de la legítima defensa- dándole al derecho a la legítima defensa un carácter de derecho natural por sobre la prohibición de la tortura- (2006, pp.21-22).

Argumentos éticos en contra de la "tortura de rescate"

La utilización de la práctica de tortura o su amenaza es algo incompatible con los principios inherentes a un Estado de Derecho. Así, debemos tomar seria conciencia de que el Estado, precisamente por ser "Estado", no puede acudir a determinados medios incluso al encontrarse en situaciones de necesidad (Cano Paños: 2014, p.25).

Una vez más, se hará hincapié en la dignidad humana para rechazar la aplicación de la práctica de tortura, ya que se trata de un derecho fundamental que no puede negársele ni al más terrible de los criminales. Mediante la aplicación de la tortura, la víctima es reducida a una simple sustancia corpórea. Así, la tortura sistemática causante de un grave dolor de carácter físico o psíquico supone el ataque más grave a la dignidad humana que uno se puede imaginar. El objetivo final de la tortura es radicalmente distinto al de conductas tales como un delito de lesiones o incluso un homicidio (*ibidem*).

Los seres humanos nunca pueden ser utilizados como meros medios para las finalidades perseguidas por otros, por muy sagradas que estas sean ya que la dignidad humana resulta imponderable. Así, cualquier forma de tortura, independientemente de su finalidad, se presenta como un ataque directo a la dignidad del ser humano. De allí que la prohibición de la tortura sea absoluta y con ello debe hacerse hincapié en que la improcedencia de su aplicación policial para salvar la vida de una o de muchas personas se fundamenta justamente en la imponderabilidad de esa dignidad. Así, Cano Paños sostiene que:

Quien pretende contrapesar la dignidad de un presunto delincuente con la dignidad y la vida de las víctimas, realiza con ello un cálculo inadmisibles. Ni la Constitución alemana ni el Derecho internacional permiten en ningún caso una relativización de la dignidad humana. La dignidad humana es un bien indisponible. Por ello no resulta posible ponderarla con otros bienes jurídicos de importancia, ni siquiera con el derecho a la vida ni tampoco con la dignidad de una persona amenazada (2014, p.27).

IX. EL DEBER DEL ESTADO DE TOLERAR PELIGROS

Quien realiza una ponderación entre vida y dignidad humana está realizando una comparación inadmisibles a los ojos de nuestro ordenamiento interno e internacional. Pero, si así lo hicieren, la afectación de la dignidad humana mediante la objetivización de la persona en pos de la obtención de información útil para salvar la vida de un inocente o desactivar una bomba de relojería, reviste una gravedad tal que resulta inadmisibles en un Estado de derecho, extremo que no podrá ser amparado por causa de justificación alguna.

sencillamente no existiría forma de que el Estado pudiese cumplir sus funciones fundamentales si no pudiera establecer deberes especiales de tolerar peligros. Las instituciones serían incapaces de actuar si sus miembros no estuviesen obligados penalmente a afrontar incluso riesgos. Sería contradictorio que, por un lado, el Estado establezca funciones institucionales acompañadas por un deber de atribución de riesgos y, por el otro, esas mismas personas sean exculpadas al evadir esos peligros mediante la afectación de bienes fundamentales de otras personas (Lerman: 2017, p.3).

Tampoco podrá invocarse en ningún caso la orden de un superior o de una autoridad pública para justificar la tortura. Al mismo tiempo, los superiores jerárquicos, no pueden eludir la culpabilidad ni sustraerse a la responsabilidad penal por los actos de tortura cometidos o los malos tratos infligidos por sus subordinados si sabían o debían haber sabido que esas conductas inaceptables estaban ocurriendo, o era probable que ocurrieran, y no adoptaron las medidas razonables y necesarias para impedirlo¹⁴.

X. REFLEXIONES FINALES

Tal como quedara expuesto a lo largo del trabajo, se fijó un posicionamiento respetuoso con los principios emanados del derecho internacional de los derechos humanos, trazando límites infranqueables para el avance del poder punitivo estatal y los posibles excesos cometidos por sus agentes en la lucha contra el crimen. Es por ello que hacemos propias las reflexiones de Aniyar de Castro, al sostener que la criminología de los derechos humanos como criminología crítica del siglo XXI, será un compromiso con la vida, la igualdad, la libertad, la inclusión y la seguridad. Y no dará cuartel ni al fascismo, ni a la derecha, ni a lo que pretenda llamarse izquierda con violación de derechos humanos (2010, p.128).

La tortura como mecanismo institucional para la obtención de pruebas ante determinadas circunstancias excepcionales, no podrá ser amparada legalmente en un Estado de derecho que se considere respetuoso de los más elementales elementos constitutivos de la persona, como lo es la dignidad humana, bien jurídico indisponible y universalmente reconocido. La flexibilización de determinadas garantías y la aplicación de las causas de justificación que brinda la teoría del delito para el repertorio de delitos enumerados en las legislaciones internas, en modo alguno puede habilitar a que el Estado se convierta en torturador, más allá del grave peligro que esté afrontando y pretenda reprimir a través de dicha práctica.

El *orden jurídico* no puede permitir jamás este tipo de actos, a pesar de que autorice el ejercicio de coerción directa, pues tal injerencia excede los límites legales objetivos de racionalidad y proporcionalidad¹⁵. Es decir, de ningún modo, podrán ser alegados esos comportamientos sin que razonablemente deban ser calificados como *ilegítimos*, y menos aún resulta imaginable que se imponga un *mandato* de ese tenor en un Estado democrático.

Conforme señala Muñoz Conde, cuya crítica compartimos, ahora más que nunca, debe decirse que defender el Estado de Derecho con medios contrarios a ese mismo Estado de Derecho supone renunciar a los principios que constituyen su fundamento y razón de ser. Así, la dogmática penal debe ser consciente de ello y, como señalaba hace años Santiago Mir Puig, desde el momento en que reconoce como fundamento del Derecho penal el modelo del Estado de Derecho, ser coherente con este modelo y elaborar sus conceptos por encima del coyunturalismo, el oportunismo o lo que en cada momento se considere políticamente correcto. Para finalizar Conde señala citando a Gaya que en algunas oportunidades, "el sueño de la razón produce monstruos", agregando que a la vista de lo que sucede hoy en la lucha contra el terrorismo, el "sueño de la razón de Estado" no sólo produce monstruos, sino también una auténtica catástrofe para el Estado de Derecho y, a la larga, su propia destrucción (Muñoz Conde: 2017, p. 785)

Las condiciones inhumanas de detención, el uso abusivo del poder coercitivo estatal y la aplicación de torturas por parte de agentes estatales, entre otras manifestaciones de violencia institucional, se traducen en una práctica que, por su extrema gravedad, afecta la plena vigencia del Estado democrático de derecho al atentar contra los derechos humanos fundamentales, como son la libertad, la dignidad, la integridad y la vida

¹⁴ Comité contra la Tortura, Observación General N° 2, párr. 26, Punto 34.

¹⁵ Resolución N° 1998/38 de la Comisión de Derechos Humanos recuerda a los gobiernos que el castigo corporal puede ser equivalente a un trato cruel, inhumano o degradante, o hasta a la tortura, pero no pueden ser considerados lícitos sólo porque hayan sido autorizados en un procedimiento legítimo en su forma.

de las personas. Así, Rivera Beiras puso de manifiesto la necesidad de abordar de una vez la tortura como lo que realmente debiera ser, esto es, que desde una cultura jurídico política -minimamente- comprometida con los valores esenciales de un Estado de Derecho: la tortura es un crimen de Estado y por ello no puede seguir comprendiéndose por la cultura jurídico penal como un delito más (2013, p.20).

Uno de los grandes retos que tenemos por delante, no sólo como intérpretes del derecho, sino por el mero hecho de ser ciudadanos, es el de reducir y limitar este tipo de manifestaciones ilegítimas cometidas por el Estado en contextos en los cuales se fomenta una cultura de la tortura para combatir a determinados enemigos públicos. El Estado posee innumerables recursos para afrontar la lucha contra la criminalidad, y por esta razón, nos corresponde detectar, denunciar e impedir la vulneración de los derechos fundamentales de la persona humana.

BIBLIOGRAFÍA

AGAMBEN, G. (2005) *Estado de excepción Homo sacer*, II, I (Trad. Flavia Acosta e Ivana Acosta). Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora (Original en italiano, 2003).

AGAMBEN, G. (2003). *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida* (Trad. Antonio Cuspiner), Ed. Pre-Textos, Valencia.

AMBOS, K. (2009). *Terrorismo, tortura y derecho penal, respuestas en situaciones de emergencia*, Ed. Atelier.

ANITUA, G. I. & ZYSMAN QUIROS, D. (2013). *La tortura: una práctica estructural del sistema penal, el delito más grave*, Editorial Didot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

ANIYAR DE CASTRO, L. (2010). *Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal*, Ed. Del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

BARATTA, A. (2004). "Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos", en: *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, Ed. B de F.

BENJAMIN, W. (2008). *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*, México D.F, Ed. Itacha.

CANO PAÑOS, M. A. (2014). "Análisis ético-jurídico de la denominada 'tortura de rescate' ¿quebrantamiento de un tabú?", en UNED, *Revista de derecho penal y criminología*, 3° época, n° 12.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (1989). "¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional", en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián.

FERRAJOLI, L. (2007). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. II. Madrid, Trotta.

HERNÁNDEZ TOSCA, J. (2002). "Descubriendo la violencia", en: *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO.

FOUCAULT, M. (1992). *Genealogía del racismo*, Ed. La Piqueta, Madrid.

FORERO, A., RIVERA BEIRAS, I. & SILVEIRA, H. (2012). *Filosofía del mal y memoria*, Ed. Anthropos.

LAINO, N.; ANITUA, G. I., (2013). "La tortura en Argentina como práctica del sistema penal y como crimen de Estado. Defensa de esa calificación como obstáculo a una nueva negación", en Anitua, G.I., Zysman

- Quiros, D., *La tortura: una práctica estructural del sistema penal, el delito más grave*, ed. Didot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- LERMAN, M. (2017). "Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante", *Indret, Revista para el análisis del derecho*, 1/2017.
- LLOBET ANGLÍ, M. (2010a). *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Ed. La Ley, Madrid.
- LLOBET ANGLÍ, M. (2010b). *¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?*, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona.
- MAQUEDA ABREU, L. (1986). "La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes", en: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, n° 39, INEJ, Madrid.
- MENDIOLA, I. (2013). "La producción sociopolítica de la tortura", en: *La tortura. Una práctica estructural del sistema penal, el delito más grave*, Ediciones Didot.
- MENDIOLA, I. (2014). *Habitar lo inhabitable, la práctica político-punitiva de la tortura*, Ed. Bellaterra.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2010). "Terrorismo y Derechos Fundamentales: la perspectiva penal", en AA.VV, *Terrorismo y Derechos Fundamentales*, Madrid.
- MUÑOZ CONDE, F. (2014). "El derecho frente a la tortura, una mirada global", en *Prevenir y sancionar la tortura en Argentina a 200 años de su prohibición. Congreso internacional sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, DGN, Bs. As.
- MUÑOZ CONDE, F. (2017). "Estado de Necesidad y Tortura. Necesitas non habet legem?", En Silva Sánchez et al. (coords.) *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*.
- PARRY, JOHN T. (2004). "Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Abroad", en Levinson, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford.
- PARRY, J. T. & WHITE, W. S. (2002). "Interrogating Suspected Terrorists: Should Torture be an Option?" en *University of Pittsburgh Law Review*, 63.
- RAFECAS, D. (2017). *El crimen de la tortura en el Estado autoritario y en el Estado de derecho*, Ed. Didot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- RAFECAS, D. (2013). La vulnerabilidad como rasgo característico de las víctimas de tortura... ¿también de los victimarios? en: *La tortura. Una práctica estructural del sistema penal, el delito más grave*, Ediciones Didot.
- RAFECAS, D. (2010). *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Ed. Del Puerto.
- RIVERA BEIRAS, I. (2013). "Retomando el concepto de violencia estructural. La memoria, el daño social y el derecho a la resistencia como herramientas de trabajo", en: *Criminología, daño social y crímenes de los Estados y los mercados*, Barcelona, Ed. Anthropos.
- RIVERA BEIRAS, I. (2009) Prólogo en: *Cuerpos castigados. Malos tratos físicos y tortura en cárceles federales*, Procuración Penitenciaria de la Nación, Ed. Del Puerto.
- RIVERA BEIRAS, I. (2005). (coord.) *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas*, España: Anthropos.
- ROXIN, C. (2006). "¿Tortura de rescate?", en *Strafrecht und Justizgewahrung*, publicado por Reiner Griesbaum, Rolf Hannich, Karl Heinz Schnarr, Berliner Wissenschafts-Verlag, Alemania.

SERRANO PIEDECASAS, J. (1988). *Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, PPU, Barcelona.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (1982). "Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo III.

ZAFFARONI, R. E. (2006). *El enemigo en el derecho penal*, Ed. Dykinson.

BIODATA

María Paz ÁLVAREZ: es abogada por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Penal por la Universidad Austral y Magíster en Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico Penal por la Universidad de Barcelona. Se ha desempeñado en diferentes dependencias del Ministerio Público de la Defensa y actualmente lo hace en la Unidad Especializada en Derecho de Ejecución de la Pena ante la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

Julián ARISTIMUÑO: es abogado y docente por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Magíster en Derecho Penal por la Universidad Austral y Magíster en Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico Penal por la Universidad de Barcelona. Se ha desempeñado en dependencias tanto del Ministerio Público Fiscal como del Poder Judicial de la Nación y actualmente ocupa el cargo de Prosecretario en una Fiscalía ante la Cámara Federal de Casación Penal.