RIDAA
Repositorio Institucional
Digital de Acceso Abierto de la
Universidad Nacional de Quilmes

Universidad
Nacional
de Quilmes

Machado Pelloni, Fernando M.

Argumentos contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Argentina.
Atribución - No Comercial - Sin Obra Derivada 2.5
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/

Documento descargado de RIDAA-UNQ Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes de la Universidad Nacional de Quilmes

Cita recomendada:
Machado Pelloni, F. M. (2010). Argumentos contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes. Revista de ciencias sociales, 2(18), 209-238. Disponible en RIDAA-UNQ Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/1505

Puede encontrar éste y otros documentos en: https://ridaa.unq.edu.ar

Universidad
Nacional
de Quilmes

Roque Sáenz Peña 352 // Bernal
Buenos Aires // Argentina
t.: (+41 11) 4365 7100
f.: (+54 11) 4365 7101
info@unq.edu.ar

Fernando M. Machado Pelloni*

Argumentos contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes

A los sospechosos y detenidos que encuentran dificultades para hablar con un abogado defensor.
A los jueces que lo hacen posible. A los superiores de estos también.
En general, cuando están obligados a lo contrario, a todos los que miran para otra parte.

"The more you explain it, the more I don't understand it."
MARK TWAIN

Universidad Nacional de Quilmes Editorial

Acerca de la elección del tema. A su vez, la luz sobre el centro del análisis

La actualidad del tema podría para cualquier desprevenido, ser un obviedad. No por ello justamente. En realidad, por pensar a donde conduce. Obsérvese lo que recientemente sentenciara un historiador en un periódico inglés: "incluso durante las más oscuras horas de la Segunda Guerra Mundial, Gran Bretaña no recurrió a prácticas de barbarie" (Burleigh, 2009, p. 14). Que agencias de un país tan pequeño como enormemente civilizado no informen sobre lo

* Quiero agradecer especialmente las sugerencias y comentarios de Kai Ambos –Georg August Universität Gottingen– sobre la primera versión. También la lectura de Fabio D'Avila (PUCRS) y su disposición, propia de un maestro, también del amigo.

que sucede con sospechosos en puntos distribuidos a lo largo del globo, lo cual se sabe, es tan preocupante como lo que se desconoce. Con un agravante: adhiere a los instrumentos y a un sistema de protección reconocido, que prohíbe la tortura. No persigo aquí ver si acaso es cierto que hoy día los Estados democráticos se acercan a –o son– lo que otrora combatían. Sin embargo, destacaré que bajo la prudencia propia de andar en un terreno pantanoso, se puede arribar a que cientos de disposiciones protectoras de la libertad puedan ser, por mil modos, a propósito, por indiferencia o por directa ignorancia, apenas tinta en papel.

Ya no podría parecer, a esta altura del ingreso en la nueva centuria o más, del ya superado milenio en todo el sentido de la expresión, que volver sobre la tortura sea innecesario: las buenas razones que movilizaron a su exclusión en el ámbito de la teoría de la pena, también de su ejecución o del proceso penal, se supone al parecer, no eran lo bastante consistentes como para bloquear el volver, justamente, hacia aquello que ha sido dejado atrás. Para decirlo con claridad, explorar su problematización, en alguna medida, habría concluido con ser un apéndice –importante desde luego– de la historia del derecho penal o del derecho internacional de los derechos humanos. Esto debía ser todo. Sin embargo sería un error, de proporciones por cierto. Con todo advierto: la pesquisa ha encontrado distancias entre lo antiguo y lo nuevo. Es decir, hay modificaciones, adaptaciones, de donde se alcanza un punto que, en cierto modo, es el avance del retroceso.

Tener por superada la edad que aplicaba la tortura, la definía y la predicaba no es más que una ilusión. No hay que comenzar forzosamente un viaje hacia atrás para dar con su hallazgo. En cualquier caso, sin dejar de recordar lo que fue del pasado, será núcleo de atención dar un giro sobre algunas decisiones contemporáneas, con capacidad para proyectarse –o eso debe esperarse–, con la mirada puesta en el horizonte, en lo que hace al futuro. Esto no conmueve aquellas buenas razones contra la tortura. No creo –y me ocuparé después– que se las superara. Al contrario, el paisaje del conglomerado de hechos y fundamentos que se han buscado en pos de alguna señal aprobatoria de un relativismo contra ellas, en mi opinión, las reafirman.

Lo que me propongo es estudiar algunas decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos. A partir de ellas, podré trazar una clasificación capaz de operar como contenedor de los atajos que pretenden hacernos olvidar de la difícil senda a transitar por Estados con obligaciones con aquellos y que, en consecuencia, les prohíbe total y absolutamente aplicar por acción o consentir por omisión la tortura, lo que a su tiempo construye nuevos tramos para la proscripción de los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Ingreso: tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes y su prohibición como regla

En lo que hace a una definida prohibición de la tortura, como del trato cruel, inhumano o degradante el trato normativo se ha enmarcado muy especialmente a partir del derecho internacional de

Universidad Nacional de Quilmes Editorial

los derechos humanos.[1] La Convención Europea dispone específicamente al respecto que nadie será sometido en este punto.[2] Por igual, también el texto del instrumento americano, popularmente conocido como el Pacto de San José de Costa Rica.[3] La única distancia entre ambos es que la regla de libertad negativa, en cuanto a que los Estados no deben proceder así contra las personas y de la cual todos participan, cuenta en el último además con otra de tipo positiva: aquellos se suman con el deber de actuar en modo compatible con la dignidad humana.[4]

Otros importantes documentos recogen la proscripción, sean del derecho internacional de los derechos fundamentales y del derecho internacional humanitario también. Así está el caso del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,[5] como el de la respectiva Convención contra la Tortura.[6] Hasta existe una en la esfera americana.[7] La traducción es la siguiente: la Convención contra la Tortura pone a los Estados en la obligación de perseguir penalmente su comisión, lo que ya había asumido Argentina, por propia experiencia en lo que a su aplicación tocaba.[8]

En otra esquina, y según apenas recién se anunció, están las Convenciones de Ginebra, que intentan controlar el derecho en la guerra, para repasar una

[1] DUDH (París, 10-XII-1948), art. 5: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Con un importante término ausente, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 30-III-1948), art. 26, Derecho a proceso regular: "Toda persona tiene derecho […] a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas".

[2] ECHR (Roma, 4-XI-1950), art. 3, *Prohibition of torture*: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment".

[3] CADH (San José, 22-XI-1969), art. 5, Derecho a la integridad personal: "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". Ingresó al derecho interno argentino en 1984 por Ley 23.054 y explícitamente hizo cumbre en la jerarquía normativa a través del inc. 22 del art. 75 CN, en 1994. En Brasil, el tratamiento constitucional se recepta en el art. 5°, III y XLIII, con el agregado infraconstitucional de la Ley 9.455 de 1997.

[4] Cabe resaltar que no es forzoso –o no debiera serlo bajo la hermenéutica– concluir que toda prohibición sea acompañada de un deber. No obstante, el contraste de blanco sobre negro, en lo que a la actuación de los Estados en esta área se ve teñido por una estela de grises de lo que resulta, entonces, mucho mejor el complemento de obligación de comportamiento.

[5] PIDCP (Nueva York, 16-XII-1966), art. 7: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos". Véase art. 10: "1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Se lo encontró parte del ordenamiento jurídico argentino por Ley 23.313 y trepó –en la máxima valoración– por su mención en el inc. 22 del art. 75 CN, en 1994.

[6] Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhuamanos o Degradantes, Naciones Unidas, 10-XII-1984. De este instrumento surgen acciones negativas pero también positivas para los Estados. En la cúspide normológica argentina desde 1994, por su mención expresa en el art. 75 inc. 22 CN, siendo que ingresó por Ley 23.338.

[7] Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Washington, 10-II-1986. Como en el anterior caso, de aquí parten obligaciones en dos sentidos: de protección y de promoción de la dignidad humana.

[8] La Ley 23.097 de 1984 modificó el CPA e ingresó los artículos 144 tercero (imposición de tortura, con más agravantes cualificadas por el resultado), 144 cuarto (omisión, propia o impropia según interpretación, de evitarla o denunciarla) y 144 quinto (omisión de culpabilidad culposa).

idea completamente y fin necesario, aunque prácticamente absurdo en lo que a un conflicto armado en curso se refiere. Ellas, y no sin esfuerzo, asoman consecuentemente cuando aquel llegó a su fin, a la hora de juzgar cómo se obró en ella. Proceden en conflictos internacionales, como en los que no lo son.[9]

Finalmente, el Estatuto de Roma, en lo que se dirige a la materia estrictamente internacional penal.[10] Proceder en contradicción a los mandatos de Ginebra se corresponde con uno de los delitos-tipo atrapados como crímenes de guerra. Efectivamente, a poco de ingresar en el Tratado, se define, para el propósito del instrumento, que uno de los delitos así denominado responde a la tortura o a los tratos inhumanos, incluyendo la experimentación biológica.[11] Esto a su vez se extendió, de modo coherente con la técnica de las Convenciones de Ginebra, a los conflictos que no alcancen el carácter de internacional o sea, entre dos o más Estados.[12]

Una de las razones de este arsenal normativo supranacional y su espejo interior es su significación: lo que subyace en la proscripción es el reconocimiento y la defensa de la dignidad humana y su recepción es una frontera, no en una teoría penal, antes bien en una específica teoría del Estado. Esta tesis ha sido suscripta en modo constante por la Corte Europea de Derechos Humanos, lo cual sobresale desde algunos de sus precedentes más importantes elaborados sobre la cuestión: "El Tribunal reafirma que el art. 3 encierra uno de los valores más fundamentales de una sociedad democrática. A pesar de la más difícil de las circunstancias, como ser la lucha contra el terrorismo, la Convención prohíbe en términos absolutos la tortura o un trato inhumano o degradante o un castigo así. Ninguna disposición es dada, en cláusula substantiva del Tratado y sus Protocolos, para excepciones y no hay derogación desde lo que es posible bajo el art. 15".[13]

Universidad Nacional de Quilmes Editorial

[9] La tortura, como así también los tratos inhumanos, que afectan la dignidad, están situados por lo común en todas las Convenciones de Ginebra, bajo los artículos 3°. Sea la CG I (3.I.a,c) –heridos y enfermos en fuerzas armadas– gestada en evolución revisada desde 1864, como la CG II (3.I.a,c) –expansión de la primero al área marítima– cuya fuente se remonta a 1868, como la CG III (3.I.a,c) –prisioneros de guerra– asomada en borrador desde 1874 y consolidada entre 1918 y 1929, así como la CG IV (3.I.a,c) –de civiles en conflictos armados internacionales– introducida como cuestión del derecho internacional humanitario a partir de 1921, son contundentes en cuanto a su prohibición. La CG I la ubica como grave violación en el art. 50; la CG II hace lo proprio en el art. 51; la CG III por su lado se repite en la solución en el art. 130 y, finalmente, la CG IV adopta tal postura en el art. 147. Todos estos dispositivos son considerados una importantísima contribución en la definición de los crímenes de guerra según el derecho internacional público. Véase *The Geneva Conventions of august 12 - 1949*, International Committee of the Red Cross, Geneva, Switzerland, 2008, p. 6. Por otra parte, los Protocolos Adicionales para víctimas de conflictos internacionales armados y para los no internacionales, también cuentan con especificaciones propias, CGPAI art. 75.2.ii y CGPAII 4.2.a.

[10] Argentina ratificó el Estatuto en enero 16 de 2001, aprobado por la Ley 25.390. Más tarde por la Ley 26.200 reprodujo en la adecuación a este, en la inteligencia del principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional, el art. 8 en el art. 10.

[11] Véase art. 8.2.a.ii.

[12] Véase art. 8.2.c.i.

[13] Véase ECHR, "Aktas v. Turkey" (*judgment*), ap. 310; app. 24.351/94, rta. 24/04/2003. En tanto, la disposición mencionada es así, art. 15.2, *Derogation in time of emergency*: "No derogation from [...] article 3 [...]". Hay resistencia, sin embargo, a esta versión literal que no deja de ser *pro persona*, por aplicación de cierta sistematicidad que analizaré *ut-infra*. Véase Gössel (2007, pp. 18 y siguientes).

Varias aproximaciones quieren colaborar con una explicación a la tesis. De un lado, utilitarista-eficaz, una política de tortura no restablece la justicia –sea lo que se quiera definir en ella–, antes mal que bien, reactiva lo peor del poder (Foucault, 2008, p. 60). Tal cosa va a contramano del Estado democrático. También en un sentido adverso corre el anti-igualitarismo personal en la arena de la validez. Cabe recordar que, no sin un enorme testimonio de sangre, (todos) los que hacemos parte de la humanidad contamos con dignidad, lo que traslada al campo jurídico la inviolabilidad de cada ser humano. Ello condiciona la política del Estado, al menos en la medida en que cualquier plan orientado a un objetivo, debe separar costos de aquella axiología: en efecto, mientras que los primeros como precios pueden substituirse con iguales títulos, lo que sea superior y no admita el procedimiento es un fin en sí, sin relatividad y es la propia personalidad de todos los seres vivientes.[14] Este último costado es de magnitud estructural: la invalidez se razona por lo que hace de los agentes que ejecutan el acto, como de los que lo padecen. Tal y como se analizara en las huellas del horror de la Segunda Gran Guerra, no queda señal del valor del individuo en la víctima, pero tampoco en el victimario.[15]

Así la prohibición de tortura –extendida a tratos crueles, inhumanos y degradantes– es una regla en la plasticidad de la dignidad o, presentado mejor, la última es así presentada en lo que toca al tratamiento de las personas. Esta reciente afirmación tiene una importancia trascendental en la teoría del derecho y más precisamente en la de la norma jurídica:[16] la *dignitas* muchas veces se puede presentar además como principio o valor indisponible,[17] capaz *per se* de orientar en un único sentido,[18] aunque múltiple o variable en su producto normativo,[19] la dirección de la tarea en el poder estatal.[20]

Universidad Nacional de Quilmes Editorial

[14] Sobre "Zweck an sich selbs", Kant (1999, pp. 42 y siguientes).

[15] Acuerdo en sobrevivientes, en cuanto a que ningún grupo era más humano que el otro, Agamben (2005, p. 16).

[16] Es claro que son los preceptos penales los que son en un punto órdenes precisas por excelencia, pero los comandos pueden asumir otras variantes; véase Hart (1997, p. 20, 27 y ss.). Sobre la difícil sanción cuando las prescripciones son tan altas en el ordenamiento, Bobbio (1996, p. 130 y ss.). Entiendo que califica la agrupación de unidad del orden jurídico en el establecimiento de instituciones, deberes de aplicación (mejor, obligaciones) y limitaciones; Raz, J. (1997, pp. 155 y siguientes).

[17] Así, por ejemplo art. 1.1 GG. de Alemania Federal: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt".

[18] Véase Alexy (2002, pp. 81 y siguientes), con la aventura de discusiones que despierta. Así García Figueroa (1998, pp. 327 y siguientes).

[19] Es la función de un principio constitucional, con aplicación a la política. Véase Zagrebelsky, (1992, pp. 150 y ss.). En sentido análogo, con extensión a la interpretación y críticas al consecuencialismo, Dworkin (1985, pp. 72 y siguientes). Del último autor, como integridad e interno compromiso del orden jurídico, (1986, p. 178 y ss.). Un estudio sobre las soluciones, García Figueroa (1998, pp. 219 y siguientes).

[20] Así para el derecho constitucional argentino –como axioma para teoremas–, en una década de su partida, Ekmekdjián (1993, p. 81).

La regla, en cambio, es (lo bastante) unívoca. Aunque es verdad que puede ser una usina de problemas –políticos y jurídicos– de cara a resolver otros conflictos, no es falso que resulta entonces inaceptable e injustificable en un Estado democrático la tortura, como también los tratos crueles, inhumanos y degradantes. Obsérvese que cuando una proposición constitucional veda un comportamiento en absoluto es ordenatoria-dependiente, sino autoaplicativa-independiente, razón por la que cualquier diagramación constituyente no debe ser –en el territorio de los derechos fundamentales– confundida con un consejo al legislador o a cualquier otro funcionario del poder.[21] En este último caso, no podría ciertamente arrojar un resultado contradictorio: todo debería ser inclusivo del valor, guiado por el principio, coordinándose cualquier normativa, salvo que se la deba de excluir por oposición.[22]

Con pleno e íntegro conocimiento de todo cuanto precede, representantes de la dogmática penal también advierten que la barrera empieza a fisurarse por una batería argumental. En parte, porque como se verá inmediatamente, el Tratado específico deja fuera lo que se pueda obrar e invocar con fundamentación legal; en complemento, porque el término tortura es distinguido con tratos crueles, inhumanos y degradantes y aunque ello sería inoponible desde la hermenéutica, porque abre un bache desde los últimos, a partir de que no se puede tratar un esquema *ad generalis* según la jurisprudencia, lo que requerirá evaluaciones concretas irremediablemente *ex post* (Ambos, 2008, p. 267). A continuación veré las infiltraciones que pretensiosamente se asoman.

Rendimiento en la teoría de la pena, la ejecución, la prevención o investigación y la prueba del proceso penal: núcleo y órbitas de prohibición

Según la Asamblea General de Naciones Unidas: "A los efectos de la presente Convención, 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, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o

[21] Cualquier conflicto entre derecho internacional de los derechos humanos y derecho constitucional debe resolverse, llegado el caso, con recurso de interpretación judicial, con toda la libertad y la limitación a ella que existe. Yo explicaría como un error, entonces, que se sostenga que la disposición del art. 5 (XLIII) de la Constitución de 1988 de Brasil sea "programática" en lo que a la tortura se refiere, si en especial de allí no resta espacio semántico: la intervención infra-constitucional debe ser seguida como un ajuste de detalles, en lo que hace a la naturaleza de pena y sus márgenes, no en cuanto a definición. En contra, Moraes (2007, p. 106). Véanse argumentos en cuanto a concretización, Piovesan y Stanziola Vieira (2009, pp. 339 y ss., 354).

[22] Más allá del art. 1 GG, el 104.1 es fulminante: "Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch köperlich miBhandelt werden". Sin embargo, hay quienes desconocen tal contundencia con base a situaciones análogas, fácticas o jurídicas. Véase Gössel (2007, pp. 30 y ss.). Podría sumarse el art. 3 CI como otro ejemplo.

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 padecimientos 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 padecimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas";[23] y por otro lado, como corolario teleológico del instrumento, se suscribió que "el presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance".[24] Ambos numerales serán de valiosa ayuda para la propuesta trazada en un comienzo.

La definición se extiende, a partir de la consagración de un modelo de Estado –el democrático de derecho–, por el rico campo de la política y abarca también sus marcas jurídicas, en sus distintas variantes. Para ello se debe tener en especial consideración, como espero poder haber aclarado, que este tema no admite margen de apreciación alguno. No obstante y más allá de todo cuanto y como enseguida se verá, respecto que la Corte Europea de Derechos Humanos ha sido constante respecto del alcance de la prohibición y la elasticidad de actos que reprueban una embestida o desafío frente a sus términos, con todo algún miembro pone a prueba a la Convención, tal la situación de Alemania en el caso "Daschner".[25]

Mientras que se tejió una red muy consistente y extendida hacia los Estados partes de la Convención en una enorme temática, solidaria con la soberanía política y obvia o circular en tal sentido,[26] de modo tal que existía libertad (reglada) en lo que hacía a fuentes y seguros de protección de los derechos fundamentales,[27] la recogió inmediatamente y sin contradicción en el tema de convocatoria. Así surgió la tesis del deber –yo prefiero obligación– negativo: la absoluta prohibición del art. 3 del ins-

[23] Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, Naciones Unidas, diciembre 10 de 1984, art. 1.1.

[24] *Ibid.*, art. 1.2. Esto lleva a la minimalización de cualquier conflicto normativo. Véase Ambos (2008, p. 266).

[25] Wolfgang Daschner, vicejefe de la policía de Frankfurt, ordenó torturar a Magnus Gaefen, acusado del secuestro de un menor de 11 años. Tras su aplicación se dio una confesión donde se reconoció la muerte de aquel y se dio detalles para el hallazgo del cuerpo. Mientras se condenó a Gaefen de por vida, el funcionario resultó condenado pero no fue a prisión. La sentencia contra Gaefen del *Landgericht* es de abril 9 de 2003, confirmada por el *Bundesverfassungsgericht* –todavía pendiente ante la Corte Europea– es de diciembre 14 de 2004. Véase Ambos (2008, p. 264).

[26] Véase ECHR, "Z. v. Finland", app. 22009/93, rta. 25/02/1997, dis. III.

[27] Por vía de la ingeniería complementaria o subsidiaria y el rol primario de los Estados partes. Véase ECHR, "Lithgow and others v. United Kingdom", app. 9006/80;9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, rta. 8/7/1986, ap. 205 y su cita.

trumento es acompañada por la guía de su intérprete, en cuanto a que cualquier persona privada de su libertad, no debe padecer el uso de la fuerza física sino en la medida de lo estrictamente necesario, de suerte que esa conducta no afecte la dignidad personal y el principio establecido en el Tratado.[28] También la del positivo: el Tribunal reitera que es preciso proteger la vida bajo el art. 2 en conjunción con el compromiso general primario bajo el art. 1, incluso en el recurso a la violencia estatal.[29] Por esa razón surge la imposición de investigar la inobservancia de la regla por funcionarios, los que no deben tener conexión con los sospechados de tortura.[30] Justamente con ello, en tal delicada materia, se dibuja un puente entre las dos caras: es la aclaración de cualquier episodio, lo que separará la fuerza en un Estado de derecho, de otro que no lo sea. Todo dependerá de las circunstancias.[31]

Se dijeron todavía más cosas. Desde que la tortura es una suerte de administración en la causación de dolor y con un escalón más bajo también los tratos inhumanos o degradantes, la Corte encontró que ello era opuesto a la dignidad humana: la reflexión fluye, por ejemplo, frente a un correccionalismo sobre menores de edad, a los que los funcionarios –los policías o agentes penitenciarios en particular– podían presionar o proporcionarles castigos corporales.[32] Por otra parte, la decisión en el empleo de técnicas que (des)calificaban cuanto humillantes –emparentado a lo psicológico– y desgastantes –vinculado a lo físico– como método de tratamiento y enfrentamiento a agentes terroristas, en el marco de una batería de medidas que referían a un problema político (también nutrido de otros ingredientes, como ser la religión, el independentismo o separatismo y su manifestación ascendente, etc.), que no podía aceptársela tal y como se la ejecutó, en el nivel de las máximas autoridades y, de ahí, hasta sus propios subordinados.[33]

Sin embargo, pese a lo anterior, la firmeza está lejos de ser lograda, producto de grietas fácticas que amenazan seriamente la perdurabilidad de una idea de estructura normativa. A partir de sus dos básicas salidas, por lo general, tal y como entonces sucedía en el pasado, la tortura es empleada, justificada, pensada y fatalmente resignada, como sanción legal, paralegal o ilegal, o bien como instrumento de prueba, con la alternativa de que se persiga con ella la verdad de algo, o que incluso no interese para nada (Cassese, 2008, pp. 172 y siguientes).

Universidad Nacional de Quilmes Editorial

[28] Véase ECHR, "Aktas v. Turkey" (*judgment*), *op. cit.*, ap. 311 y las citas que allí se hacen: "Tekin v. Turkey", (*judgment*), rta. 9/6/1998, *Reports* 1998-IV, p. 1517, ap. 52, y "Labita v. Italy" (pleno), app. 26772/95, ap. 120, ECHR. 2000-IV.

[29] Los Estados partes están obligados a hacerse de los medios para volver efectivos los derechos establecidos en la Convención. Véase ECHR, *mutatis mutandi* no (apenas) en la reparación sino en la prevención de violaciones, "Kaya v. Turkey" (*judgment*), ap. 105, app. 22729/93, rta. 19/2/1998.

[30] Véase ECHR, "Gülec v. Turkey", ap. 81ss., app. 21593/93, rta. 27/7/98.

[31] Véase ECHR, "Kaya v. Turkey", *op. cit.*, ap. 87.

[32] Véase ECHR, "Tyrer v. United Kingdom", app. 5856/72, rta. 25/4/78, ap. 30, 40.

[33] Véase ECHR, "Ireland v. United Kingdom", app. 5310/71, rta. 18/1/78, ap. 159.

En la teoría de la pena subyace, como en la política, la alternatividad, lógicamente excluyente entre sí, en los extremos del bien y el mal. Este maniqueísmo propone, desde la tensión entre lo social e individual, un contenido forzosamente negativo del derecho penal: es la reacción y la represión, la brutalidad y el desprecio por los autores o partícipes del delito (Hassemer, 2007, p. 70 y ss.). Semejante concepción empuja hacia el abandono de la fracción de la esfera de la ciencia jurídica pública, por la que se fundamenta y decide el *dirty work*. No obstante, ello no podría ser consentido.

Por un lado, porque el merecimiento por la desaprobación fundamental frente a un hecho punible, no trae consigo avasallar la dignidad personal, lo que además no resiste la confrontación con la Convención correspondiente. Hay que considerar que la *Sühnetheorie* se apoya en la autorreconciliación del culpable (Kaufmann, 1976, p. 200 y ss.), lo que presenta dificultades de todo tipo, en especial (aunque no apenas) para su empleo en el terrorismo. Si, desde la partida en la *dignitas*, se asume que la atención por las demás personas es tanta como la que se puede exigir de aquellas a mí, tal valoración no tiene costo ni un equivalente al objeto de estima; de forma tal que una negación se extiende más allá del caso particular, por ser persona: incluso al autor del delito. Su convencimiento sobre la base que determina su decisión no es oponible, justificable ni excusable con fundamento en su posibilidad de reconocimiento en la crítica de la razón jurídica de los derechos humanos pero, a propósito, serían estos los que por la tortura impedirían convertirlo en algo distinto de lo que es.[34] O sea, hacerle un daño o inyectar dolor no es tanto para que reflexione y lamente su propia perdición,[35] sino para que la abandone y la cambie por la que adopta la mayoría. Solamente entonces podrá consumirse, expiar y renacer, por la condena, desde lo que hizo.[36] Nunca antes. La *Vergeltung* es compleja por igual puesto que habría que preparse a dar, como consecuencia o respuesta del delito, el suplicio. En clave con ello, sobresalen algunos de los caracteres de la pena –que supuestamente marcan una evolución de la civilización– que son imposibles de darse por cumplidos: sería exacto que proporcionalidad y determinación cuentan con escollos desde su punto de largada, dado que no se podría (re)actuar sobre alguien en incompatibilidad con la condición de humanidad (Kant, 1999, p. 52). A no ser que se esté dispuesto a abandonarla en devolución pero, se supone, esta es la distinción racional de la retribución penal que la distancia de la emoción de la venganza (Mantovani, 1984, p. 405). Sin perjuicio de ello, si se cree que hace parte de prevención general negativa o intimidación, se subestima (por no decir desprecia) la percepción subjetiva de los que la tienen que padecer, sin borrar lo recién lo anotado.[37] El nudo que descan-

[34] Mayor desarrollo de estos temas en Machado Pelloni (s/f).

[35] Lo cual es un absurdo fáctico.

[36] Este también es otro sinsentido.

[37] Véase Fiandaca y Musco (2009, p. 660) [2006, p. 701]. Aunque sea eficaz para la gran mayoría, los destinatarios serían partes de minorías. Sobre esto, Mantovani (2007, pp. 692-693).

sa, superándose la historia, en castigar menos pero mejor[38] y orientada a su eficacia, entonces continuaría intacto por no motivar ni ser idóneo en ello;[39] salvo que la imposición sea la propia afirmación normativa,[40] lo que devuelve todo a su costo.[41] Por el otro, la necesidad de sanción entablada a partir del responsable por un injusto culpable supone también contenciones, más allá de la antigua y prohibida brutalidad soberana que sellaba el poder sobre el cuerpo,[42] dado que la resocialización o corrección por la fuerza tropieza con el factor resultado, al menos si persigue que alguien deje de obrar lo que tiene como imperativo de hacer.[43]

En el reverso de una confianza en el sistema que no se puede lograr,[44] y aunque no sea la vía, subyace además que la limitación que aquel en la materia tiene, resulta, por cierto, ninguna y la arbitrariedad penal no está en su concepción.[45]A lo último se vuelve a sumar la proporcionalidad, inherente al Estado de derecho, que plantea objeciones en cuanto al contenido, porque una persona no puede ser reformada coactivamente, o que lo sea con un sello de discriminación por autor.[46] No significa esto que no pueda distinguirse según el puente que une hecho e individuo, sino que por el primero se quiten los frenos contenedores del modelo estatal frente al segundo. Nada más pero nada menos. En efecto, la desaprobación e incluso el total y profundo rechazo al orden jurídico habilitaría según una prevención positiva especial tratamientos superadores, pero jamás esto podría ir más allá de la propia dignidad humana, además de trasladar el conflicto al perímetro de la teoría del delito, en la correspondencia entre culpabilidad, reprochabilidad y pena.[47]

Universidad Nacional de Quilmes

[38] Véase Foucault (2008, p. 107): "[...] un crimen que espanta la conciencia es a menudo de un efecto menor que una fechoría que todo el mundo tolera y se siente dispuesto a imitar".

[39] Se supone que son problemas también. Véase Bitencourt (2008, p. 92).

[40] Fundamentado a partir de la *Aufhebung* hegeliana. A partir de no tomar la retribución de la pena como un bien *ex post*, sino a partir de la norma, se critica que participe de aquella teoría y se la ha denominado rehabilitacionista. Véase Amengual Coll (2001, pp. 148 y ss.). De cualquier modo, la versión es altamente criticable.

[41] También se interroga, con razón, si con una amenaza así el Estado puede hacer valer su autoridad. Véase Antolisei (2000, p. 688).

[42] Véase Foucault (2008, p. 60). Porque actualmente no podría pasar, cuanto menos en teoría.

[43] Fundamentalmente en el caso del fanático.

[44] Sobre confianza, Jakobs (1997, pp. 30, 44 y ss.). También Antolisei (2000, p. 691).

[45] Véase Bitencourt (2008, p. 101). Hay ordenamientos que han preferido reglas primarias clarísimas: "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato" (art. 27.3 CI) o "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana" (art. 32.2). Esto supone precisiones de justificación. Véase Mantovani (2007, p. 697; 1984, p. 622). También para el caso español, sobre los arts. 15, 25.2 CE. Véase Gracia Martín *et al.* (2000, p. 67).

[46] Principio de toda teoría racional. Véanse Fiandaca y Musco (2009, pp. 654 y ss.) [2006, pp. 694 y ss.], y Gracia Martín *et al.* (2000, p. 62).

[47] En el sentido clásico adoptado por el Tribunal Supremo alemán, BGHSt 2,200: "Schuld ist Vorwerfbarkeit. Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, daB er sich nicht rechtmäBig verhalten, daB er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich rechtmäBig verhalten, sich für das Recht hätte enstscheiden konnen". Concuerda, Roxin (1999, p. 99).

El órgano de interpretación de la Convención Europea dijo, sin importar el orden jurídico que la pena vendría mantener y que en el caso iba a resultar la muerte por adulterio, que: "[…] teniendo en cuenta el hecho de que el art. 3 envuelve uno de los valores más fundamentales de una sociedad democrática y prohíbe la tortura o tratamiento o castigo inhumano o de degradación en términos absolutos, se debe conducir necesariamente un escrutinio riguroso en la demanda de un individuo cuya sola deportación a un tercer país lo expondrá al tratamiento prohibido por la disposición".[48] Si tal definición es una señal satélite en el costado de las teorías retribucionistas, cabe lo proprio con las relativas: "El Tribunal ha tensionado constantemente que el sufrimiento y la humillación implicados (en la consecuencia jurídica) deben en cualquier caso ir más allá de ese elemento inevitable del sufrimiento o de la mortificación conectada con una forma dada de tratamiento o de castigo legítimo. Las medidas que privan a una persona de su libertad pueden implicar a menudo tal elemento. De acuerdo con el art. 3 de la Convención, el Estado debe asegurarse de que detengan a una persona bajo condiciones que sean compatibles con el respecto por su dignidad humana y de que la manera y el método de la ejecución de la medida no lo sujeten a la señal de socorro o a la dificultad que excede el nivel inevitable de sufrimiento inherente en la detención".[49] Aquí, como en otros supuestos, asumen una gran importancia las circunstancias del caso particular: extensión, efectos físicos y psicológicos, y en algunos casos, por último, sexo, edad y estado mental del condenado.[50] Todos factores que terminan siendo vitales en ejecución penal.

Las condiciones en que lo último importa no escapan a la prohibición. No hace tanto se procedió con un estricto escrutinio sobre la situación carcelaria en donde no había espacio para la dignidad: "[...] bajo esta previsión el Estado debe asegurarse que una persona es detenida en condiciones que son compatibles y las cuales son coherentes con el respeto por su humanidad, de manera que método de ejecución o no, no sometiéndolo (al denunciante) a maltrato por conducta de una intesidad que excede el nivel de sufrimiento inherente a la detención, por lo que la práctica hasta allí, salud y recuperación están adecuadamente seguros".[51] Ahora, sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal atacó los argumentos del Estado sobre el exceso de la pretensión: (tras tener localizado el conflicto) de medir los siete metros cuadrados que se infieren de la Conveción del caso por prisionero, advirtió que ante sí tenía un caso de apenas dos y que –por no responder– la demandada consentía que tan poco espacio era una vulneración al art. 3.[52] No se advierten excesos

[48] Véase ECHR., "Jabari v. Turkey", app. 40035/98, rta. 11/7/00, ap. 39. En tal sentido la ley del requirente Irán, art. 102 CP: "El apedrear a un adúltero o a una adúltera será realizado mientras que cada uno se coloca en un agujero y se cubre con el suelo, él hasta su cintura y ella hasta una línea sobre sus pechos".

[49] Véase ECHR, "Kafkaris v. Cyprus", app. 21906/04, rta. 12/2/08, ap. 96.

[50] Véase ECHR, "Kafkaris v. Cyprus", *op. cit.*, ap. 95.

[51] Véase ECHR, "Mayzit v. Russia", app. 63378/00, rta. 20/1/05, ap. 38.

[52] Véase ECHR, "Mayzit v. Russia", *op. cit.*, 39, 40.

en la defensa y promoción de los derechos y de sus titulares: basta mencionar que por ir y deber compartir un baño en presencia de otro interno no hay infracción, como por su lado sí, al contrario, cuando se procede con aislamiento o discriminación en un área carcelaria.[53] Más allá de cuanto precede, recuérdese que influyen las circunstancias de cada presentante: la nula higiene –por cañerías afectadas que dejaban agua en la celda– y adelgazamiento de más de quince kilogramos de un denunciante, hizo acoger la demanda en otro.[54] Estos supuestos fácticos –comprendidos en la jurisprudencia– sobran, sin que sea atenuante el comportamiento (*ex ante*) de la víctima (otrora sujeto activo de un delito) de la agresión a los derechos humanos.[55]

Allí en el Viejo o aquí en el Nuevo Mundo, ninguna duda puede caber de que nada positivo puede surgir de lugares donde no hay recuerdo de la idea de dignidad. De un ángulo, porque la pretensión de seguridad pública respecto que autores de hechos punibles no pongan en peligro bienes jurídicos penalmente relevantes, en condiciones infrahumanas de vida, no se puede cumplir, habida cuenta que tal estado de situación, está probado en Argentina y Brasil –sin perjuicio de sus características propias–, genera el control de la ejecución del delito desde adentro. Por el otro, lejos está semejante diagnóstico de empalmar con la tranquilidad interna que se supone sobre la vida y la salud de los internos, y más distante que de ahí alguien pueda ser resocializado *grosso modo*.[56]

La Corte Europea no salteó, al fin de cuentas, su regla en lo que hace a la investigación o judicialización de hechos punibles gravísimos: nadie pierde de vista que el proceso penal se ocupa de aplicar penas y separar desde el derecho, lo punible de lo que no lo es, en cualquiera de sus salidas (Beling, 1913, p. 16). Al contrario, la reafirmó, más allá de cualquier flexibilización intentada. No obstante, hubo objeción. De cara al consecuencialismo sin duda existió y subsistió una contribución mayúscula, de ahí todo lo demás. Mi imputación radica en el exprimido del pensamiento utilitarista, por la que se pregonaba que el recurso a la tortura es, si se lo ve de modo estricto, mucho mejor que la propia sanción: es que el sufrimiento cae cuando el que lo recibe deja de resistirse a lo que le exigen de hacer o dejar de hacer.[57] La seguridad pública debe, no obstante, correr un serio peligro para buscar cobertura en esta herramienta que, por su delicadeza, no debía emplearse sino cuando se supiera que su perjuicio como tal no se compa-

[53] Véase ECHR, "Peers v. Greece", app. 28524/95, rta.19/4/01, ap. 75.

[54] Véase ECHR, "Novoselov v. Russia", app. 66460/01, rta. 2/9/05, ap. 41. Todo sin perjuicio de que también estaban los restos de sobrepoblación, falta de espacio y de camas también.

[55] Véase ECHR, "Labzov v. Russia", app. 62208/00, rta. 16/6/05, ap. 41 y ss. Humillación por doquier, establecimientos impresentables, no poder dormir, entre una cuenta interminable de infracciones al art. 3.

[56] Véase Macaulay (2007, p. 64). En el caso argentino, sobre lo que ocurre basta litigar y, quizás por esta razón, es extraño pero casi cualquier cosa que se diga en los medios de comunicación sobre la prisión sea, para variar, vecina a la verdad.

[57] Véase Bentham (1973, p. 309): "Torture [...] is where a person is made to suffer any violent pain of body in order to compel him to do something, which done [...] the penal application is immediately made to cease".

decería con su frustración. Su versión contemporánea es, al menos desde mi perspectiva, la *Rettungsfolter* expuesta en el precedente "Daschner" alemán: el acordonamiento de la aplicación de dolor a alguien aunque más no sea para la preservación de la vida de otro, todavía es incompatible con la prohibición de la Convención en su art. 1 (Ambos, 2008, p. 270).

A pesar de la minimización de la tortura, siquiera la evitación de un resultado de magnitud tranquilizaba en lo que a una generalización de la realización de aquella pudiera tener lugar por permeabilidad, como tener prueba de que aplicársela a alguien hará una diferencia –o sea prueba para proceder con un medio probatorio–: en especial que dirá lo que sabe cuando se le pregunte por un caso,[58] al margen de su (in)discutible (in)validez.[59] La jurisprudencia sin embargo se mantuvo. Así ocurrió con un acusado de homicidio en violentos hechos teñidos por políticas de liberación nacional, en territorio bajo soberanía francesa. Los tribunales nacionales, también fue la posición del gobierno durante el proceso internacional, acentuaron la necesidad de proteger el orden público de los perjuicios derivados del comportamiento del demandante. Sin embargo: "El Tribunal acepta, por la razón de las graves particularidades y la reacción popular contra ellos, que ciertos delitos llegados a la inquietud social justifiquen una detención preventiva por mucho tiempo [...]"[60] pero "no se considera el examen del sistema de custodia policial francés y sus pertinentes reglas ahí o, en este caso, por la extensión y la pertinencia del modo de interrogar al denunciante".[61] También cabe con imputados sospechados por tráfico de estupefacientes, como en el caso lo fue por heroína y conectada además con la muerte de un par de personas. En esta otra oportunidad, se señaló: "Hacemos especial énfasis en que, respecto de un individuo privado de su libertad, cualquier recurso a la fuerza física el cual no sea estrictamente necesario a su conducta, disminuye la dignidad humana y es en principio una infracción al derecho establecido en el art. 3 de la Convención. Se reitera que las exigencias de una investigación y las dificultades inherentes en la lucha contra el crimen no puede justificar hacer lugar en los límites sobre la protección de la integridad física de los individuos".[62]

La incidencia, en este trayecto, no se acaba allí. Se extiende hacia lo psicológico, que en la magnitud de las consecuencias, es acaso una de las más irreparables: "La agresión sexual de una

[58] Véase Bentham (1973, p. 316). Lo leí cuestionado por el historiador del que hice mención a un comienzo. Véase Burleigh (2009, p. 14). No hace mucho se encontró un manual de célula terrorista fundamentalista e incluía bajo tortura decir cualquier cosa, para más tarde inmediatamente negarla, entre un centenar de recomendaciones de todo tipo a distintos niveles de organización. Ampliar, Spataro (2007, p. 13).

[59] No hace falta ser un estudioso del derecho para darse cuenta. Véase Burleigh (2009, p. 14). Para Brasil, STF ministro relator Sepúlveda Pertenece, HC 69.913-0/RS, Informativo N° 36, citado por Moraes (2007, pp. 107-108).

[60] Véase ECHR, "Tomasi v. France", app. 12850/87, rta. 27/8/92, ap. 91.

[61] Véase ECHR, "Tomasi v. France", *op. cit.*, ap. 115. Más allá de la constatación médica que existía.

[62] Véase ECHR, "Ribitsch v. Austria", app. 18896/91, rta. 4/12/95, ap. 38. Sobre la crítica del proceso como cuestión de autoridad, y su relación con lo inquisitivo, Mantovani (1984, p. 631).

detenida por un agente estatal debe ser considerada como una forma especialmente grave y horrorosa de tratamiento dado al caso, en el que el agresor puede explotar la vulnerabilidad y la línea de resistencia de su víctima […] ella fue prisionera por un período de más de tres días en la que ha sido desorientada y distraída, sin poder ver, y en un constante estado de dolor físico y angustia mental, logrado por enfrentamientos de la administración durante el interrogatorio y aprehensión que le sucediera", lo que es una violación a la Convención.[63]

Toma de posición precautoria. A su vez, un esquema clasificatorio: análisis y crítica

Más allá de lo compacta que resultaría ser la prohibición, la jurisprudencia de la Corte Europea deja al descubierto el incumplimiento de la obligación por los que tienen a su cargo el rol primario de protección de los derechos fundamentales. En todos los niveles estatales, en cualquier área de la que es parte la prohibición según el panorama precedente. Por ello, a propósito de este, unas pocas cuestiones aditivas: se supone y efectivamente es cierto que la tortura implica o cuenta con un plus respecto de los tratos crueles, inhumanos y degradantes según la jurisprudencia pero no están distinguidos porque, en mi opinión al menos, aquella no zanja la distinción;[64] la observación del problema y su dinámica ha empujado a reconsiderar posiciones adoptadas en orden a los comportamientos, de modo que cuanto en una época pudo no ser tortura, tiempo más tarde lo era y, desde la lógica, lo que antes no fue trato cruel inhumano y degradante, hoy bien puede serlo; y la seriedad de la cuestión y su amplio espectro de irradiación debe conducir a estar en guardia respecto de cualquier comportamiento, habitual o inusual, que pueda alterar el núcleo de dignidad cuya defensa por la fuerza normativa se persigue. Dos casos, pueden prestar su ayuda.

In primis se recoge el precedente característico en lo que hace a la lucha contra el terrorismo. Este encerraba un volumen de medidas de coerción extrema en la escalada armada entre nacionalistas y religiosos irlandeses e ingleses.[65] Las técnicas que se emplearon se limitaron a cinco que –aisladas o combinadas– se hicieron en extremo famosas, a propósito, por no ser tortura: una consistía en que los sospechosos permanecieran de pie frente a una pared por intervalos de entre veinte a treinta horas, lo que causaba dolor físico y arrojaba personas exhaustas; aislamiento; privación del sueño; contaminación sonora permanente; restricción de alimentos o agua, o ambas.[66] Esto ilustraba sobre tratamientos inhumanos y degradantes.[67]

[63] Véase ECHR, "Aydin v. Turkey", app. 57/1996/676/866, rta. 25/9/97, ap. 83-84.

[64] Véase Harris *et al.* (2009, p. 91).

[65] Véase ECHR, "Ireland v. The United Kingdom", app. 5310/71, rta. 18/1/78.

[66] Véase ECHR, "Ireland v. The United Kingdom", *op. cit.*, ap. 104. Luego abandonadas y nunca más reimplantadas, ap. 153.

[67] Véase ECHR, "Ireland v. The United Kingdom", *op. cit.*, ap. 165.

No obstante, acontece que tiempo más tarde al caso que comenzó con la línea de diferencia separatista entre tortura y tratos crueles e inhumanos, los últimos con enormes datos de la jurisprudencia, aparecen con cierta dinámica o en un contexto que agravan los actos denunciados como específicos de tortura por la deliberada y específica causación de dolor físico o psicológico.[68]

In secundis e integrado al antecedente, se asiste a la determinación de la tortura no ya por infligir dolor físico y mental para hacer confesar u obtener confesión del imputado –en la luz de la Convención–, sino por llevar a la angustia, inferioridad, capaz de quebrar su resistencia física y moral: "[...] el Tratado es un 'instrumento vivo el cual debe ser interpretado a la luz de las condiciones del presente día'", por lo que la Corte estima "[...] considerando ciertos actos que fueron clasificados en el pasado como 'tratamiento inhumano y degradante' y contrario a 'tortura' que podría clasificarse con distinción en el futuro. Ello toma la visión que el incremento del alto estándar requerido en el área de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales correspondiente, inevitablemente cuente con gran firmeza en la profundización de los valores fundamentales de las sociedades democráticas".[69] Semejante perímetro permite correr la prevención o reparación para el art. 3, incluso ante una extradición pasiva cuya pena prometida sería la sanción capital, "[...] donde serias razones para creer que un individuo sería allá tomado, en el Estado requirente, como un trato contrario".[70] Por otra parte, resulta una válida conclusión repensar que es perfectamente admisible –*mutatis mutandi*– que un (clásico) incumplimiento (por quebrantamiento) de las formas del debido proceso legal, según su naturaleza, modo de comisión e ilegalidad causal por sus resultados y efectos, abandone ese escenario y se traslade a un (nuevo) maltrato (por infracción) en términos convencionales: piénsese no solamente en una confesión extrajudicial, sino también en una (degradación no) "presunta" renuncia al derecho fundamental a comunicarse el sospechoso con su defensor, tras horas de incomunicación y hostilidad a instancias de medidas de coerción legales.[71]

Aclarado lo que es, iré sobre lo que no debe ser. No faltan, es lo que anuncié, voces de todo tipo, en contra de la prohibición. Veré las tesis con las antítesis. Dos cuadros orientarán la distinción básica posible de la que se desprenderán múltiples combinaciones, a lo que me opondré (cuadros 1 y 2).

[68] Véase ECHR, "Aydin v. Turkey", *op. cit.*, ap. 82, por ejemplo.

[69] Véase ECHR, "Selmouni v. France", app. 25803/94, rta. 26/7/99, ap. 101ss. Este caso sería corriente de algunos establecimientos penitenciarios en los que se humilla sexualmente al allí alojado, por palabra, por abuso físico.

[70] Véase ECHR, "Soering v. The United Kigndom", app. 14038/88, rta. 7/7/89, ap. 82. Sobre asilo, ECHR, "Said v. Netherlands", app. 2345/02, rta. 5/10/05, ap. 46. La única carga es la demostración por persuasión.

[71] Degradar es expresión de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, quebrar o romper una resistencia física o moral de quien soporta el trato. Véase ECHR, "Ireland v. The United Kingdom", *op. cit.*, ap. 167. Lo cual deriva de la vulnerabilidad de quien está detenido, la que es mayor si aquella es ilegal o producto de desproporción. Véase doctrina, ECHR, "Ribitsch v. Austria", *op. cit.*, ap. 36.

Cuadro 1

Política e interna (PeI)	Política y externa (PyE)
Incidencia Procesal IP: un modo de atender la seguridad pública. Tesis PeI - IP Tranquilidad frente al terror por el terror	Incidencia Procesal IP: un modo de ganar una guerra que alteró la paz. Tesis PyE - IP Exportar democracia e importar tortura

Cuadro 2

Jurídica e interna (JeI)	Jurídica y externa (JyE)
Incidencia Sustantiva IS: un modo de interpretar la actividad estatal. Tesis JeI - IS Legítima defensa / Estado de necesidad Preventivas y Putativas	Incidencia Sustantiva IS: un modo de avalar la cooperación internacional. Tesis JyE - IS *Pacta sunt servanda* bi-multilateral sin dignidad

Universidad Nacional de Quilmes Editorial

El cuadro 1 plantea un conjunto básico de resolución política a un problema planteado únicamente a ese nivel, con respuestas pensadas en tal esfera con rechazo, desatención o ignorancia hacia los problemas jurídicos. De ahí que PeI y PyE, con sus particularidades, se concentran en lo que la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes pueden aportar por intermedio de la IP: datos, que una vez procesados se vestirán de información. Por el contrario, el cuadro 2 sin independizarse de la política, hace un esfuerzo por interpretarla jurídicamente, tanto que JeI y JyE hacen que el impacto intente una base de operaciones en la teoría jurídica y por tal razón la IS: se puede proceder incluso contra la Convención. Entiéndase que tampoco opera el derecho como debería –limitar–, sino para justificar, más allá de un conflicto importante como sucede con la relación entre este acto y la verdad.

A la tesis PeI-IP la denomino: tranquilidad frente al terror por el terror. Señalé antes cómo sucedió frente a las incursiones cada vez mayores del Ejército Revolucionario Irlandés (IRA).[72] Sintéticamente, recurrieron a "sus" técnicas desplegadas

[72] Véase ECHR, "Ireland v. The United Kingdom", *op. cit.*, ap. 11ss. Probablemente, el incremento de bombas estalladas que pasó de 8 a 155 en apenas un año, 1969-1970, fue acaso de uno de los más serios factores para las disposiciones de emergencia; ap. 29.

a partir de poderes reglamentados especialmente y las razones para ello fueron lo inadecuado de los procedimientos normales, que para los restantes casos eran suficiente para restablecer la paz y el orden. Derivado de lo previo, también se perseguía cierta intimidación a la población, para obtener confesiones o evidencias y, al fin, el conflicto en el control de las rutas de escape entre ambos Estados, norte y sur.[73] La Corte sentenció como "una práctica incompatible con la Convención [...] la acumulación de sucesos idénticos o análogos lo suficientemente numerosos e interconectados [...]" como para ser estimados aislados o excepciones a un sistema: es inconcebible de las más altas autoridades de un Estado parte que sus subordinados sean guiados a no respetar la regla.[74] La antítesis resulta de asegurar los beneficios desde lo colectivo, para lo cual desde el campo de las obligaciones las medidas no pueden ser prejuiciosas respecto de las personas (connacionales, para la ocasión): los redactores del Tratado dejaron en claro que derechos y libertades serían directamente asegurados a cualquiera en la jurisdicción de los Estados parte, de acuerdo al art. 1.[75] La síntesis resultó en que aproximadamente más de cincuenta casos comprobados de violaciones contra la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, verificaron que la política interior sin derechos humanos es incluso anticonsecuencialista en lo que a lograr su autofinalidad eminentemente fáctica lo pueda definir.[76]

En su faceta hacia fuera, la idea PyE-IP es actualmente la "Exportación de la democracia por la importación de la tortura". Sin hesitación, el radical obstáculo de este enfoque es que la Corte Europea –a lo largo de la jurisprudencia citada– ha sido constante y coherente en señalar, justamente, que la prohibición del art. 3 de la Convención es acaso uno de los valores más importantes para una sociedad democrática. Por ello el traslado de esta forma de gobierno por vía de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes es, por decirlo con simpleza, un sinsentido, una contradicción de la proporción de una burla, irrespetuosa con la propia dignidad humana.[77] En Europa lo han advertido algunas voces (supongo, políticamente incorrectas) cuando el Parlamento comunitario señaló en un informe que superada la guerra fría se asiste a una deuda democrática.[78]

Probablemente en el tema de convocatoria y merced a los derechos fundamentales, los planteos PeI y PyE planten un reduccionismo inaceptable, al menos si se tiene en cuenta que resulta inade-

[73] Véase ECHR, "Ireland v. The United Kingdom", *op. cit.*, ap. 36.

[74] Véase ECHR, "Ireland v. The United Kingdom", *op. cit.*, ap. 159.

[75] Véase ECHR, "Ireland v. The United Kingdom", *op. cit.*, ap. 239.

[76] No ha sido la meta propuesta a un comienzo, aunque podría hacerse todo un estudio sobre la transportación del caso europeo a lo sucedido en Argentina respecto del terrorismo de Estado en el enfrentamiento contra la subversión. En lo pertinente, ampliar en Conadep (1996, cap. I, pp. 54 y siguientes).

[77] Véase Carrió (1973, p. 26). Allí se da una gran argumentación. Limitado al asunto que me convoca, terminante, Spataro (2007, p. 43).

[78] Véase Parliamentary Assembly EU, "Secret detentions and ilegal transfers of detainees involving Council of Europe member states", doc. 11302 rev., june 2007, ap. 12.

cuada una tranquilidad interior si desde fuera se comprueba un ataque a la prohibición y, también, que tampoco es idóneo a la democracia hacia el exterior una predica que cuestiona un valor ineludible y esencial a ella, lo cual la pone en riesgo hacia dentro. De hecho nada de ello resulta democrático en el terreno de la igualdad donde tiene su espacio la dignidad: una violación es tal en cualquier lugar del mundo (Bonanate, 2004, p. 45). Por otra parte, la gran diferencia entre las autocracias antiguas y las contemporáneas es que antes la tortura era pública, como expresión máxima del poder a modo de escarmiento; actualmente se la oculta o no se la llama así por ineficiencia en el manejo de aquel y de cara a los problemas, principalmente por la modificación del modelo estatal que supone proceder con ella, punto sobre el cual advertí en un principio y que se revalida aquí frente a una retórica que, como tal, no es nueva ni mucho menos convincente. Así, por ejemplo, frente a los conflictos no importa si radican –o no– en el territorio del Estado ni tampoco si lo encaran otras potencias –u organizaciones–, es un recurso muy común la mención de que todo es guerra –como si ella legitimara actos faltos de un rastro de humanidad– y, con toda seguridad, nada de ello lo es.[79]

Cualquier propuesta que conlleva la violencia en su expresión prepotente, sin una racional contención es antidemocrática y por tal razón es muy difícil que sea patrimonio auténticamente democrático el hecho de la instalación de actos de barbarie: es su contradicción (Bonanate, 2004, pp. 43 y ss., y p. 135 y ss.). El enlace del derecho penal con todo esto, el único posible es el de un contenido del mal: la cristalización del *dirty work*. La distancia con la historia era que previo a la Ilustración nadie lo iba a negar, como tampoco se podría eludir que esta versión no tiene una relación válida entre necesidad de punibilidad y ordenamiento criminal, si en un lado están las personas que hacen el tejido social y del otro el Estado en el que viven (Hassemer, 2007, p. 77). Entonces, fácil es advertir que el mayor obstáculo de la argumentación política es que el enfrentamiento del terrorismo u otra amenaza cualquiera contra los valores de la sociedad que representa el Estado, no puede contestarse con terrorismo territorial o extraterritorial a favor del último.[80]

Por argumentos diferentes, el escudo presuntamente jurídico que se antepone a la trasgresión sobre la inviolabilidad de la dignidad humana no alcanza como cubierta. Desde JeI-IS se pretende legalizar la acción estatal en el campo de las causales de justificación. La literatura especializada parte del estado de necesidad –genérico– para alcanzar en la legítima defensa –especie– un sendero para incursionar en tentativas de admisión de la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Sin embargo, *ab initio* los tropiezos –que apenas pueden borronearse por la fuerza política– son enormes si se toma en cuenta la advertencia del derecho internacional de los derechos humanos, recogida –e incluso cuando

[79] Véase Bonanate (2004, p. 87). Sobre los enunciados que explican en detalle por qué no es posible entrar en guerra con el terrorismo (pp. 118 y siguientes).

[80] Véase Bonanate (2004, p. 129) con cita del caso de Argentina y Chile.

no– en el orden interno.[81] En este sentido, es por lo menos un importante error estimar que, por intervenciones admisibles –por muy discutibles que todas ellas puedan resultar–, las prácticas analizadas o descriptas por la jurisprudencia comunitaria en determinadas circunstancias podría validarse (Gössel, 2007, p. 24). Por una parte, porque las detenciones o las consecuencias jurídicas de un hecho punible e incluso las medidas de seguridad no resisten el confronte de las hipótesis abarcadas por el art. 1 *in fine* de la Convención contra la Tortura. Sería descontextualizar una base caracterológica y protectora del derecho penal del Estado de derecho para habilitar un modelo distinto (Carrió, 1973, p. 26). Por la otra, que participa de igual crítica en la medida que la metodología de la ponderación o del balance a la hora de resolver colisión de intereses estudia otros supuestos, en donde las esferas de los atributos básicos resisten –no sin costo alguno– restricciones que no se podrían extender a un área blindada por tratarse del propio núcleo. Obsérvese que la objeción de conciencia o la interrupción de la vida de una persona por nacer, a la par de demostrar (aunque ninguna duda exista) que la libertad no es absoluta (Gössel, 2007, p. 28 y ss.), parejamente no conmueve que infligir dolor contra alguien, como potestad pública y en miras a lograr algo que no podría proponerse, está prohibido. Acaso esto sea parte de la confusión.

Aunque sea dudoso que la Convención Europea de Derechos Humanos no tenga la fuerza normativa que la Constitución alemana,[82] lo que no deja de ser un problema de fuentes, de interpretación o ambos a la vez, resolver si existen excepciones a una regla general e inequívoca respecto de la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes debe hacerse cargo de la obligación primaria –principio de subsidiaridad mediante en un sistema internacional de protección– (Satzger, 2009, p. 143) en cuanto a que los agentes estatales no procedan en contradicción a la regla.[83] Bajo esta frontera interna, sin escapárseme que es perfectamente posible que un incierto orden jurídico interior trace una autorización expresa, el sistema de un Estado de derecho, a partir de su norma fundamental, no las distingue. Tanto peor, aunque se privilegiara el linaje jurídico nacional al internacional, sería contradictorio con este último que manda cuidar y hasta punir comportamientos de agentes que no quiere ni desea, que de uno u otro modo los exima y, en consecuencia, los ampare.[84]

El andamiaje constitucional reconoce para el derecho penal la materialidad y la formalidad en la que la barrera de la dignidad luce limitadora de sus propias reglas.[85] La proporcionalidad tan arrai-

[81] Sobre el rol de la hermenéutica, Machado Pelloni (2008).

[82] Véase Gössel (2007, p. 21). En contra, Satzger (2009, p. 142).

[83] En alguna medida se admite que es ineludible; Gössel (2007, p. 21).

[84] Lo que rechazaría que exista una autorización *ex ante* para torturar a nivel legal. También separar que la prohibición sea para el Estado parte pero que sus agentes pueden tener autonomía de resolución. Véase Ambos (2008, p. 268). Recientemente uno de los más grandes defensores de tan indefendible idea ha sacado un nuevo trabajo al respecto, Dershowitz (2009, pp. 275 y siguientes).

[85] Véase Schmidhäuser (1972, p. 41) (ver la relación con el cap. I).

gada en la dogmática y en el derecho judicial alemán no la erradica incluso en situaciones extremadamente graves, como en el de un atentado terrorista en curso, en donde se cometieron o se ejecutan hechos punibles diversos, como la privación de libertad de los que viajan en un avión que pareciera realmente indicar será estrellado contra un objetivo.[86] Derribar a una aeronave en tal situación no es asimilable, no obstante, a obtener forzosa o dolorosamente algo de alguien, o deliberadamente a agredirle para humillarlo, o desconocer su humanidad por lo que (a veces, presuntamente) hiciera. No digo que aquello sea justificado, lo que sería interés para otra convocatoria: simplemente afirmo que no es un supuesto igual.

Desde el terreno de lo concreto, en el cuadro 3 presento una gráfica exposición distintiva.

Cuadro 3*

Estado de necesidad (EN)	Legítima defensa (LD)	Tortura o trato cruel (T-T)
• Ponderación de bienes cierta y objetivable, donde se escoge por inevitable la lesión del menor por salvar al mayor. • Contra una acción de terceros. • Es reactiva –*lato sensu*– y no depende totalmente del que actúa.	• Agresión ilegítima y necesidad racional o proporcional de repeler objetivable. • Contra una acción de terceros y sin provocación. • Es reactiva –*stricto sensu*– y no depende totalmente del que actúa.	• La situación no es objetivable: sea por actos, autores, circunstancias, y tanto es así que se apela a ella. • La acción cierta es propia, no ajena. • Es activa y depende exclusivamente del que actúa.

* En líneas de aproximación, en respeto al orden de aparición del CPA., art. 34.3 y 34.6, la parte general de la mayoría de los códigos penales toman en cuenta los elementos que se describen. Véase Acerca de los arts. 34 y 32 StGb., exemplo docit, Roxin (1999, p. 668 y ss.), especialmente 686 para el EN y p. 605ss, en particular 618 y 628ss respecto de LD; también por los arts. 54 y 52 del CPI., Mantovani (2007), por EN (p. 263, 267 y ss.); por LD (p. 256 y ss.), énfasis 258; sobre los arts. 24 y 25 CPB., EN y LD, respectivamente, Bitencourt (2008a, pp 311, 315-316, con especial atención, y pp. 319, 320-321). Además del codificador argentino, Moreno (1922, p. 263, véase 264 y pp. 273, 275-276 con requisitos y agresión futura).

[86] En la *Gesetz zur Neurung von Luftsicherheitsaufgaben* (11/1/2005), el art. 14 en sus incisos regula las acciones a emprender –disuasivas o de represión, 14.2 y 14.3– a instancias de las fuerzas armadas alemanas, en caso de que un avión estuviere en poder de terroristas.

Frente a las distancias bastante evidentes, la tesis que homologa la tortura o algún tipo de trato cruel, inhumano o degradante en la navegación por las eximentes por justificación, en mi opinión, termina por naufragar. Muchas son las inconsistencias de una transportación o las de una asociación como la que se insinúa a través del EN o de la LD. Hay que notar, por empezar con la primera causal, que sobre el cotejo de valores es el propio costo de un Estado democrático –según se constatara– el que se sacrificaría para salvar otros, sin desconocer el superlativo interés en la protección o defensa que podrían representar (Cassese, 2008, p. 174). A pesar de ello, la persistencia de un factor común al EN como a la siguiente LD, aunque operen con alcance independiente, sería que el orden jurídico penal prefiera, porque tiene un interés tutelar que cede y esto así por cuanto no lo quiere –en los supuestos que con detalle vuelven no punibles determinados actos que por norma lo serían–, un hecho tan extraordinario frente a la volatilidad en la determinación del peligro en base a la amenaza.[87] Tomar una iniciativa así –que no oculta una reacción– no supera ni menos asegura el salvamento, que es la raíz aquí.

En la última causal, lo que se nos quiere presentar como respuesta, tampoco es tal cosa e igual es el punto de lanzamiento de cualquier análisis serio a la invocación de un supuesto EN. La tortura o el maltrato a un ser humano ya supone a un persona total y absolutamente incapacitada *per se* para una agresión objetiva en curso, lo que sabotea la infiltración legitimadora de la tortura ante la falta de inminencia de aquella:[88] a lo sumo, como en la hipótesis de una bomba activada –*ticking bomb case*–, la cuestión es ya independiente y porque sería preferente ir contra aquella en lugar de aplicar los medios estatales para ubicar o desactivar el artefacto parte de una serie de suposiciones que transitan desde la pereza hasta la ineficiencia en la instrumentación de políticas de prevención del delito y antes de inteligencia, en el procesamiento de datos.[89] Más allá de lo expuesto, lo cierto es que además es dificilísimo que un supuesto así se vuelva real, tanto que se le ha llamado "modelo" para evaluar o probar responsabilidad penal (Ambos, 2008, p. 271).

Sea en EN o LD, hay una crítica a tono de antítesis, por la que entonces, no cabe justificar. En efecto, los pesos y contrapesos de las decisiones no son tan fuertes como para poder resistir a la defectuosa fundamentación que se nos quiera presentar, más allá de que un ejemplo extremo como el del artefacto explosivo con detonación programada hubiera sido tenido en cuenta por los británicos para

[87] También Ambos (2008, p. 271).

[88] Véase Ambos (2008, p. 273-274). En el caso "Daschner", siendo que el secuestro es permanente, la cuestión desde la inmediatez de la agresión no es igual. Sin embargo desatará la discusión sobre su razonabilidad.

[89] Hay una mutación de Jel-IS a PyE-IP y que comunica EN o LD con la guerra preventiva. Tal problema excede esta intervención, sin perjuicio de mencionarla. Trataré *als Reaktion gegen Unrecht*, *rechtsmäBiger Krieg* y la agresión como crimen internacional a la brevedad en otra empresa. Basta aquí decir que el asunto, contrario a como comúnmente se puede creer, no comenzó después de septiembre 11 de 2001, sino bastante antes. Ampliar, Bowring (2008, pp. 39 y ss., especialmente pp. 43 y ss.).

anular derechos fundamentales en Irlanda del Norte.[90] Los propios términos de cualquier escalada son poco contundentes y las razones (a veces, demasiado) fáciles de manipulación: puede ser efectivamente que se trate de una persona que ha puesto en riesgo a otros seres humanos y, esto también, tal vez no, lo que impide un balance a favor de la acción: por ello, es complicado comprender que sea una respuesta debida a una presunta agresión (Ambos, 2008, p. 276). No es inimaginable que por la tortura o un maltrato se permita, no sin desconocer el núcleo de la dignidad, que cientos de individuos inocentes puedan estar a salvo aunque, tampoco lo sería, si se fracasara, a lo que nada impediría continuar con el suplicio hasta que el cuerpo no resista, punto además esencial, por las infinitas combinaciones de resistencias según contexturas o personalidades.[91] Por lo restante, todavía con una acción estatal encaminada en el sentido de realización de la humillación o de la causación del dolor físico o psíquico, no resulta concebible un error de permisión: desde el positivismo no cabe contradicción e incluso con hermenéutica, el principio que opera como el deber ser que consagra el valor lo rechazaría; de modo que el ordenamiento, más allá de situaciones fácticas sin dudas límite, no deja de prohibirlas lo que es público y notorio para el Estado y sus agentes (Lackner, 2007, p. 240). Por ello es que no cumplen con una obligación: la incumplen.[92] En realidad todo, en mi concepto de síntesis, es putativo y debería ser rechazado. Además, este cuadro de repudio resulta extensivo a las tendencias a trasladar los ámbitos de responsabilidad del Estado al plano individual de sus funcionarios, siendo que estos lo representan.[93]

El conjunto crítico puede dar entonces con una perspectiva más compatible con la línea de los argumentos de filtración de la tortura: en rigor, es más una cuestión de excusa –no cuenta en ella un balance a favor de lo que se quiere preservar ni se demanda inminencia en el peligro– que de justificación. Que sea necesaria y que se lo crea así, son problemas analíticos que deben ser distinguidos.[94] Sin embargo, como se ha dicho *ut supra*, y enfocado a una hipótesis de *ticking bomb* de detonación a largo plazo, la prohibición de tortura exigiría un esfuerzo estatal a encontrarle otro tipo de solución al caso. Podría darse que un interrogatorio se convierta en una única vía, no obstante sería todavía vedado porque se tornaría menester probar su necesidad.[95] Tanto es así que para un

[90] Véase Cassese (2008, pp. 193-194), habilitación que fue inaceptable para la Comisión y la Corte Europea, como he repasado.

[91] No se puede descartar esto aunque se superara a la Inquisición. Ampliar, Ambos (2008, p. 275).

[92] Véase sobre la unidad jurídica, Bobbio (1996, p. 189).

[93] También, Ambos (2008, pp. 278-279).

[94] Véase Ambos (2008, p. 280). El autor se detiene en consideraciones que sobre el particular hace la Suprema Corte de Israel.

[95] Según corresponda, además debe prestarse seria atención que sea dirigido contra el presunto autor de un hecho, que contra inocentes, lo cual separa una necesidad agresiva de una defensiva (Ambos, 2008, p. 281). Por otro lado una orden (legal o judicial) de autorización –de las que algún sector es partidario– sería incompatible con inminencia y con la propia necesidad.

sector de la dogmática, si lo último se lograra, soluciones como en el caso (modelo de prueba) "Daschner" podrían excepcionalmente mantenerse, según las demandas fácticas y sistémicas (Ambos, 2008, p. 286). Sin embargo no creo que ello resuelva ninguna compatibilidad normativa con la prohibición: podría ser el primer paso hacia la negación de su valor.[96]

Finalmente (cuadro 2) JyE amerita un re-greso hacia los puntos más altos del reporte europeo. Es que a lo largo de su exploración se da cuenta que por el seguimiento de compromisos asumidos en la defensa (o cooperación en ella) entre países aliados, se ha procedido a ignorar o violar deliberadamente el derecho internacional de los derechos humanos en la propia Unión Europea, con ocultaciones de operaciones sumamente irregulares, que expuso a cientos de personas a la tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Lo que se advierte es que bajo la multilateralidad de un instrumento que no es de derechos humanos –como resulta ser la Organización del Tratado del Atlántico Norte (más reconocida como OTAN, o NATO en su versión en inglés)–, se ha procedido a un enlace bilateral entre Estados Unidos y países europeos por donde transitan detenidos de alto valor (HVD, *High-Value Detainees*) en la lucha, que políticos o legislación del primero citan como guerra –que no es–, contra el terrorismo. Ello trajo consigo operaciones con base en distintas ciudades del Viejo Mundo, en las que agencias americanas trabajaron con la asistencia directa o la colaboración de pares de distintas potencias de la Unión: en algunos sitios directamente han garantizado el secreto de lugares de detención, sin interferencia de autoridad alguna. Tal escenario es apenas un fragmento de cuanto sucede con acusados en el programa que no se ha calificado en vano como "muy riguroso": los centros en donde se llevan adelante los interrogatorios se han tildado como auténticos laboratorios (*Guantánamo Bay, The Bagram Airfeld-Kabul, Abu Ghraib-Baghdad*, entre los populares, pero los hay desconocidos).[97]

Bajo estas estrellas, en un cielo decididamente plomizo, se nos presentan "prisioneros fantasmas" (*ghost prisioners*) que, al decir verdad, lo que tornan inaccesibles, porque no existen, son los derechos fundamentales.[98] Condiciones similares, renovadas a las descriptivamente compendiadas en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos,[99] como ser aislamientos con provisiones insuficientes para vivir, sometimientos psicológicos, vigilia permanente o dificultad para posibilitar el sueño, rutinas imposibles de quitar de la memoria de cualquier

[96] Igual, Waldron (2005, p. 1715).

[97] Véase Parliamentary Assembly EU, "Secret detentions and ilegal transfers of detainees…", *op. cit.*, III.

[98] Véase Parliamentary Assembly EU, "Secret detentions and ilegal transfers of detainees…", *op. cit.*, V. En octubre 5 de 2005 el Senado de Estados Unidos aprobó la Enmienda McCain por la cual ningún americano podría tratar en modo horrendo o inaceptable a alguien, pues no podría esperar ser así (mal)tratado un soldado de su país.

[99] Véase ECHR, *in re* "Ireland v. United Kingdom", *op. cit.*

persona –alterándose alimentación, hábitos religiosos– y exposición a tensión continúa generada a través de cualquier medio, música por ejemplo.[100]

Además hay operativos encubiertos para dar con el paradero de sospechosos de terrorismo.[101] Sin embargo, esta forma de tesis de cooperación no es la que corresponde a Estados democráticos. Entre estos últimos no cabe *male captus bene detentus*, ni menos el *male detentus*, que es lo que se observa. Lo que por derecho corresponde, no es ni podría ser la aplicación de la bilateralidad por vía de la multilateralidad del Tratado de defensa (art. 5) en virtud de un pseudo *pacta sunt servanda*, más cerca de un enfoque tocado por (cuadro 1) PyE que de uno (cuadro 2) JyE: al contrario, lo que debe oponerse es la respuesta grociana *aut dedere aut judicare*, por la que sospechos de la comisión de un delito cualquiera o individualizados autores o partícipes en él, son requeridos para ser enjuiciados y así, con los presupuestos más elementales del debido proceso legal entre los que cabe el acceso a la tutela judicial efectiva, afrontar consecuencias jurídicas sin mengua de la dignidad personal de los actores involucrados.

Consideraciones finales. Observaciones y propuestas

He intentado –espero haberlo logrado– evidenciar que en las múltiples áreas en que resulta con todo sentido la prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, los comportamientos están tan vivos como en siglos previos a la ilustración que la criticó. La jurisprudencia europea y los estudios que la siguieron apenas nos marcan algunos puntos destacados sobre su cambio. Bajo ningún modo sugieren su desaparición, siquiera su disminución. Por otra parte, con todo el costo de hacer abandono del modelo estatal, la despersonalización del torturado o maltratado no arroja ningún saldo a favor, ya no en el terreno de la validez lo cual es imposible, sino plantado en lo fáctico: la prevención (podría llamársela especial *ex ante*) del delito no tendrá caso por la conducción del detenido a un lugar secreto o falto de control judicial; no volverá a ese ser humano menos peligroso, más todavía en lo que terrorismo se refiere, habida cuenta de la circulación de la organización (Spataro, 2007, p. 44). Tampoco hará que diga algo que se espera de él, útil para variar.

[100] Al decidirse por la constitucionalidad de la pena capital en "Gregg v. Georgia" –428 US. 153, 1976–, la argumentación oral por la finalidad de la VIII Enmienda sobre castigos crueles e inusuales ofreció un diálogo que juzgo revelador entre un juez y el representante del gobierno federal:

Justice Stewart: —"What if a state said for the most henious kind of first-degree murders we are going to inflict breaking a man on the wheel and then disemboweling him while he is still alive and then burning him up: What would you say to that?"

(Robert) Bork: —"I would say that that the practice is so out of step with modern morality and modern jurisprudence that the state cannot return to it. That kind of torture was precisely what the framers thought they were outlawing when they wrote the cruel and unusual punishments clause". Ampliar, Irons (1993, p. 234).

[101] Véase Parliamentary Assembly EU, "Secret detentions and ilegal transfers of detainees…", *op. cit.*, VI en el caso de Khaled El-Masri.

No puedo escapar de la obligación de sostener que lo dicho desde el sistema europeo de protección se calca para el mecanismo interamericano. En cada trayecto del análisis, en todo el corredor de las órbitas de interés.

Por respeto analítico, iré a los cimientos para la Corte de Costa Rica en la materia. Así, con razón según constatara, se suscribió: "[…] corresponde dejar claro que cualquiera que haya sido la naturaleza de los actos aludidos, se trata de comportamientos estrictamente prohibidos por el derecho internacional de los derechos humanos. A ese efecto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado, refiriéndose al art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que el mismo: prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o los tratos inhumanos o degradantes, cualesquiera que sean los actos de la víctima. El art. 3 no prevé ninguna excepción, en lo cual contrasta con la mayoría de los preceptos de la Convención […] y […] no admite derogación ni siquiera en el caso de un peligro público que amenace a la vida de la nación. El mencionado Tribunal ha precisado, en reiteradas ocasiones, que dicha prohibición rige aún en las circunstancias más difíciles para el Estado, tales como las que se configuran bajo la agresión del terrorismo y el crimen organizado a gran escala".[102] Cabe para la guerra, para estados emergenciales e intervención, suspensión de garantías o ante un clima de inestabilidad política muy continental.[103] La solución es invariable, según se observa.

Son por igual trasladables a otros campos las reflexiones, como ser lo que rodea a la imposición de una consecuencia jurídica o a la ejecución de la última: "La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano solo es justificable ante el derecho internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática. La restricción de otros derechos, por el contrario –como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso– no solo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad".[104] Tanto esto es así que cuando pesa una acusación contra agentes estatales, tras las huellas del intérprete europeo, se

[102] Véase CorteIDH, "Cantoral Benavides c. Perú", 18/8/00, ap. 95 y nota al 51, con mención de algunos casos aquí recogidos. Desde el ap. 82 este caso abona la expansión o dinámica de los tratos inhumanos a la exposición a una larga incomunicación. También se alude al trauma psicológico.

[103] Véase CorteIDH, "Baldeón García vs. Perú", 6/4/06, ap. 117.

[104] Véase CorteIDH, "Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay", 2/9/04, ap. 154 y siguientes.

presume la responsabilidad más allá de una duda razonable.[105]

Todo lo anterior, más allá de su eficacia, nos deja en que existe una limitación a partir de allí, y no, todo lo contrario, un mandato de intervención, o algo así, para proceder con comportamientos cruzados a la regla, el principio y al valor allí encerrado. En efecto, la prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes en el (todo)terreno de lo normativo, parte del reconocimiento y respeto del núcleo de la dignidad humana, de donde se genera por un lado una prudente intervención positiva en virtud de la obligación primaria al respecto, y por el otro una (forzosa o) coherentemente negativa, con igual punto de apoyo. El disparador de disposiciones es la contención de la actuación estatal, no la de su afiebrada soltura. Por esta razón, en mi concepto sencilla, desde *iure* aunque pueda no serlo *de facto*, encontrarle fundamento a un acto es, si se permite, una gigantesca contradicción: de lo contrario, carecerían de sentido los delitos-tipos de la Ley 23.097 en Argentina o los recogidos por la Ley 9.455 en Brasil,[106] superadores de otros derechos comparados,[107] en donde acciones positivas o negativas vienen definitivamente penadas. Es decisivo comprender que la erradicación de estos hechos cuya comisión en cualquier modalidad es inaceptable, presupone no abrir desde cuanto menos la arquitectura positiva, una puerta trasera para que en la represión no tenga ningún lugar.[108]

Como cuentas pendientes, sin dudas Argentina debe implementar el Protocolo Opcional a la Convención (Brasil ya hizo su parte en 2007).[109] Su trascendencia internacional supone, como debiera ser, un impacto regional en el proceso de integración: el crecimiento de ambos Estados en lo económico no

Universidad Nacional de Quilmes Editorial

[105] *Exemplo docit*, CorteIDH, "Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú", 8/7/04, ap. 108. Confrontar, ECHR, "Aydin v. Turkey", *op. cit.*, ap. 73; "Selmouni v. France", *op. cit.*, ap. 88, entre otros de los aquí *ut-supra* citados.

[106] Incluso refuerzan otras disposiciones, como *crime de constrangimento ilegal*, art. 146 CPB. Sobre combinaciones por pluralidad de delitos o concurso aparente, Bitencourt (2008b, pp. 359 y siguientes).

[107] Así lo pienso si en la teoría los confronto con el conjunto de la parte especial del Stgb., según el art. 239a o 239b, 240 o 343. Algún sector encuentra como piedra de toque, infraconstitucional desde luego, las primeras disposiciones vinculadas a coacción como atentados contra la libertad (que presupone la dignidad), otros los últimos ligados a la actuación estatal en conexión con investigación o proceso judicial. Ampliar, Wilhelm (2003) <http://jwilhelm.de/foltmat.pdf>; y coincidente con mi desarrollo, Maihold (2004). Por ejemplo un reciente *Kommentar* no contiene un supuesto de tortura como hipótesis típica; véase Lackner (2007, pp. 1025, 1029 y ss. y 1491). La solución del caso modelo se terminó satelitalmente con vinculación a la coacción.

[108] Puede ser que para un sujeto pasivo sea indistinto el sujeto activo que lo atormente. Sin embargo es preciso, principalmente desde lo que toca a Brasil, distinguir que la tortura es en especial una desviación en la relación Estado-individuo y aunque ataca la dignidad, también resulta un delito contra el sentido y definición del primero, en términos democráticos, según la jurisprudencia de la Corte Europea. No es ni basta asociarla con un crimen contra la administración pública. En contra, Muñoz Conde (2004, p. 183).

[109] Asamblea General de Naciones Unidas adoptó un Protocolo Adicional a la Convención en diciembre 18 de 2002, sujeto a firma y ratificación a partir de febrero 4 de 2003. Mientras Argentina estudia la implementación, lo cierto es que todavía el esfuerzo de Brasil no se ve traducido en resultados que se puedan valorar como positivos en todas las áreas y especial en lo que hace a detención policial y ejecución penal.

puede prescindir, sino presuponer un mutuo y constante interés por la defensa y promoción de los derechos fundamentales.[110] A tono con la afirmación, el instrumento prevé la probable visita periódica de un cuerpo especializado –subcomisión de la que se ha impulsado por Naciones Unidas contra tales comportamientos– que resulta ser uno de los más efectivos modos de prevenir e impedir la tortura o los tratos crueles, inhumanos y degradantes: los reportes del Comité son usualmente empleados por la jurisprudencia europea frente a denuncias en la materia. Autoridades nacionales, con obligación primaria en el tema –entre los que sobresalen jueces de ejecución, que debieran tener y a la vez concurrir a un despacho oficial en cada penitenciaría,[111] y magistrados todos (también el Ministerio Público Fiscal) que tienen todavía a su cargo una obligación docente con las fuerzas auxiliares del sistema judicial–[112] y el sueño de un Tribunal de Derechos Fundamentales del Mercosur –que no competirá con la Corte de San José, sino que debe trabajar en conjunto, habida cuenta de la extensión del subcontinente e identificación con valor agregado de un grupo de países– son coordenadas estrictas de un rumbo que no se debiera perder, bajo ningún pretexto argumental.

No obstante los problemas a resolver en lo inmediato apuntan a no caer en la rendición del nuevo suplicio, el que existe y al que se renuncia a tratar el Estado democrático, que por escrito y oralmente lo niega, sea que lo oculte, lo transforme o lo minimalice. En la historia, paradojalmente el poder se jactaba de su ceremonia. Como lo veo, ahora lo hace pero con su depravada indiferencia tanto para los autores materiales como para con sus víctimas: los casos de violaciones a la regla, en definitiva, apenas prueban eso que indica, (casi) siempre, que se podían haber evitado. Nada que se diga podrá cambiarlo.

Lo más serio –sobre lo cual el debate no se ha dado con solidez– es que a largo plazo el Estado democrático hipoteca su credibilidad y su superioridad valorativa (Hassemer, 2007, p. 145).

[110] Postura que invariablemente defiendo. Véase Machado Pelloni (2009, pp. 15 y siguientes).

[111] Lo que ocurre con los agentes penitenciarios o bien no se puede decir porque los internos temen represalias o bien porque hay una enorme dificultad probatoria, a partir justamente de la distancia entre las sedes judiciales y el espacio geográfico donde la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes tienen su lugar, agravado por la transpersonalidad de los hechos: cuando no son contra los detenidos, se extienden a sus propias familias cuando los visitan.

[112] Tiene razón la sentencia, al abordar el art. 174 CPE., afín a nuestras leyes: "El problema de la tortura no es, desde luego, ni siquiera primordialmente, un problema de leyes, sino de sensibilidad y de formación de las personas encargadas de aplicar esas leyes". Véase Muñoz Conde (2004, p. 192).

Bibliografía

Agamben, Giorgio (2005), *Lo que queda de Auschwitz*, traducción de A. Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos. (Título original: *Ciò che resta di Auschwitz*.)

Alexy, Robert (2002), *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. (Título original: *Theorie der Grundrechte*. Hay una segunda edición de 2008, con traducción de C. Bernal Pulido.)

Ambos, Kai (2008), "May a State Torture Suspects to Save Inocents", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, Oxford University Press, p. 267.

Amengual Coll, Gabriel (2001), *La moral como derecho*, Madrid, Trotta.

Antolisei, Francesco (2000), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè.

Beling, Ernest von (1913), *Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Bentham, Jeremy (1973), "On torture", recopilado en *Bentham on Torture*, Twining, William, en *Northern Ireland Legal Quaterly*, 24-3, p. 309.

Bitencourt, Cezar Roberto (2008a), *Tratado di direito penal. Parte Gera1*, San Pablo, Saravia.

— (2008b), *Tratado de Direito Penal. Parte Especial 2*, San Pablo, Saravia.

Bobbio, Norberto (1996), *Teoría general del derecho*, traducción de Rozo Acuña, E., Madrid, Debate.

Bonanate, Luigi (2004), *La politica internazionale fra terrorismo e guerra*, Bari, Roma, Laterza.

Bowring, Bill (2008), *The degradation of the International Legal Order? The Rehabilitation of Law and the Possibility of Politics*, London, Routledge-Cavendish.

Burleigh, Michael (2009), "Why we Must Have an Inquiry into Ministers' Collusion in Torture", *Daily Mail*, Londres, 5/8, p. 14.

Carrió, Genaro (1973), *Los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea.

Cassese, Antonio (2008), *I dirittti umani oggi*, Roma, Bari, Laterza.

Conadep (1996), *Nunca más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep)*, Buenos Aires, Eudeba.

Dershowitz, Alan M. (2009), "The Torture Warrant", *New York Law School Law Review*, 48, pp. 275 y ss.

Dworkin, Ronald (1985), *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press.

—— (1986), *Law's empire*, Cambridge, Belknap, Harvard University Press.

Ekmekdjián, Miguel A. (1993), *Tratado de derecho constitucional*, t. 1, Buenos Aires, Depalma.

Fiandaca, G. y E. Musco (2009), *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli. (*Derecho penal. Parte general* (2006), trad. L. Niño, P. Eiroa, F. Machado Pelloni y M. S. Pennise Iantorno, Bogotá, Temis. La traducción es de la edición italiana de 2001.)

Foucault, Michel (2008), *Vigilar y castigar*, segunda edición, traducción de Garzón del Camino, A., Buenos Aires, Siglo XXI. (Título original: *Surveiller et punir*.)

García Figueroa, Alfonso (1998), *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Gössel, Karl H. (2007), "¿Contiene el derecho alemán prohibiciones 'absolutas' de tortura, que rigen sin excepción?", trad. Dirk Styma, *Revista de Derecho Procesal Penal*, vol. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

Gracia Martín, L. (coord.) (2000), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Harris, D. J. *et al.* (2009), *Law of the European Convention on Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press.

Hart, H. L. A. (2007), *The Concept of Law*, Postscriptum de P. Bulloch y J. Raz, Oxford, Clarendon.
Hassemer, Winfried (2007), *Direito penal libertario*, traducción de Greve, R., Belo Horizonte, Del Rey. (Título original: *Freiheitliches Strafrecht*.)
Irons P. y S. Guitton (1993), *May It Please the Court...*, Nueva York, The New Press.
Jakobs, Gunther (1997), *Derecho penal. Parte federal*, traducción de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons. (Título original: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*.)
Kant, Immanuel (1999), *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Hamburg, Felix Meiner Verlag.
Kaufmann, Arthur (1976) [1964], *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechphilosophische Untersuchung*, 2 Aufl., Heidelberg, Carl Winter Universitätverlag.
Lackner, Karl y Kristian Kühl (2007), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Munich, C.H. Beck.
Macaulay, Fiona (2007), "Os centros de resocialização no estado de São Paulo: Estado e sociedade civil em um novo paradigma de administração prisional e de reintegração de ofensores", *Revista do Estudos Criminais*, N° 26, Porto Alegre, Rio Grande do Sul.
Machado Pelloni, Fernando M. (2008), "Derechos fundamentales e interpretación", *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Nº 199 (reproducida en *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Nº 9, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, UniRitter dos Reis, y en el *Suplemento de Derecho Penal*, LL., julio de 2009].
— (2009), "Derecho penal económico: su legitimación para la defensa de derechos fundamentales", *Revista de Estudos Criminais*, N° 32, Porto Alegre, Notadez.
— (s/f), "Desobediencia & delito", tesis doctoral, mimeo.
Maihold, Harald (2004), *Folterknechte im Dienste des Rechtsstaats? Die "Präventivfolter" vor dem Forum des Strafrechts*, Humbolt Forum Recht, HFR 11.
Mantovani, Ferrando (1984), *Il problema della criminalità*, Padova, Cedam.
— (2007), *Diritto Penale. Parte Generale*, Padova, Cedam.
Moraes, Alexandre de (2007), *Dereitos humanos fundamentais*, San Pablo, Atlas.
Moreno (h.), Rodolfo (1922), *El Código Penal y sus antecedentes*, vol. 2, Buenos Aires, Tommasi.
Muñoz Conde, Francisco (2004), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch.
Piovesan, Flavia y R. Stanziola Vieira (2009), "A Forca normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana", en Piovesan, F., *Temas de Direitos Humanos*, San Pablo, Saravia.
Raz, Joseph (1997), *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon.
Roxin, Claus (1999), *Derecho penal. Parte general*, trad. D. M. Luzon Peña *et al*., Madrid, Civitas. (Título original: *Strafrecht Allgemeiner Teil*.)
Satzger, Helmut (2009), *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden.
Schmidhäuser, Eberhard (1972), *Einführung in das Strafrecht*, Hamburg, Rowohlt.
Spataro, A. (2007), *Terrorismo e crimine transnazionale: aspetti giuridici e premesse socio organizzative del fenomeno*, Roma, Consiglio Superiore della Magistratura.
Waldron, Jeremy (2005), "Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House", *Columbia Law Review*, 105.
Wilhelm, J. P. (1995), "Folter–verboten, erlaubt oder gar geboten?", Universität Mannheim (citado el 1 de julio de 2003; presentación en *Mannheimer Praxisseminars im Strafrecht*). Disponible en <http://jwilhelm.de/foltmat.pdf>.
Zagrebelsky, G. (1992), *Il diritto mite*, Torino, Einaudi.

(Evaluado el 8 de julio de 2010.)

Autor

Fernando M. Machado Pelloni. Docente de la Universidad de Buenos Aires. Doctorando, con tesis presentada. Profesor visitante de la Università degli Studi di Roma "La Sapienza" y del UniRitter Dos Reis, Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Ex investigador Antica Università degli Studi di Camerino y Università degli Studi di Urbino. Ex becario de Europa-Viadrina Universität, Frankfurt-Oder. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de Profesores de Derecho Penal. Miembro del Círculo Doxa de Buenos Aires. Defensor público oficial adjunto de la Defensoría General de la Nación Argentina por concurso público y actual candidato a la Fiscalía Federal N° 2 de San Isidro, Buenos Aires, también por concurso público.

Publicaciones recientes:

——, "Derecho penal económico: su legitimación para la defensa de derechos fundamentales", *Revista de Estudos Criminais*, N° 32, Porto Alegre, Notadez, marzo, 2009.

——, "Extradición e imparcialidad", *Revista de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*, Abeledo Perrot, agosto, 2009.

——y Fernando Santiago Martínez (comps.), *Democracia y (des)obediencia*, Buenos Aires, FJD, 2010.

Universidad Nacional de Quilmes Editorial

Cómo citar este artículo:

Machado Pelloni, Fernando M., "Argumentos contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes", *Revista de Ciencias Sociales, segunda época*, año 2, Nº 18, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, primavera de 2010, pp. 209-238.