

MASTER EN CRIMINOLOGÍA Y SOCIOLOGÍA

JURÍDICO PENAL

Universidad de Barcelona – Universidad de Mar del

Plata

Título de la investigación:

***“La vigencia de la tortura y de su impunidad en la
ciudad de Mar del Plata: entre las ficciones
normativas y las prácticas investigativas del
Ministerio Público Fiscal”***

Autor: Federico Wacker Schroder

DNI 27.418.483 – federicowacker@gmail.com

Director: Gabriel Bombini

1° de marzo de 2014

RESUMEN:

En la República Argentina en general, y en la Provincia de Buenos Aires y en la ciudad de Mar del Plata en particular, subsiste la aplicación sistemática de la tortura a pesar de su estricta prohibición formal. El objeto central de la investigación fue estudiar las prácticas que adopta el Ministerio Público Fiscal de Mar del Plata frente a la aplicación de la tortura y de otras figuras penales vinculadas a tratos crueles, cometidos por funcionarios públicos.

Para esto, se estudiaron todas las causas iniciadas entre el 1° de enero de 2010 y el 30 de junio 2011, pertenecientes a los Juzgados de Garantías N° 1 y 4 de Mar del Plata, vinculadas a la aplicación de apremios ilegales, vejaciones, severidades y torturas.

Los resultados de la investigación son alarmantes, y permiten considerar que, al menos en los 43 casos relevados, el Ministerio Público Fiscal no investigó (o lo hizo inadecuadamente) los hechos denunciados; no reconoció la existencia de torturas y no adoptó medidas para proteger a las víctimas y evitar que continuasen siendo objeto de torturas o malos tratos o de presiones para que retiraran o retractaran su denuncia.

En definitiva, en los 43 casos relevados el Ministerio Público Fiscal de Mar del Plata actuó en forma inadecuada, encubriendo y negando hechos de tortura de y malos tratos, coadyuvando a que estos hechos permanezcan ocultos a la mirada pública, fomentando de este modo la impunidad de los agentes estatales que incurren en la comisión de estos gravísimos delitos que afectan las bases del sistema democrático, y contribuyendo así a la subsistencia y proliferación de esas prácticas ilegales e inadmisibles de acuerdo a nuestro diseño constitucional.

La no investigación de los hechos de tortura constituye un nuevo acto de violencia para las víctimas, a quienes sistemáticamente se les deniega el derecho de acceder a la justicia, y una violación de compromisos asumidos por parte del estado frente a la comunidad internacional.

PALABRAS CLAVE: torturas – prácticas del Ministerio Público Fiscal - ausencia de investigación y de adopción de medidas de resguardo – negación y encubrimiento de la tortura – Incumplimiento de obligaciones funcionales.

ABSTRACT:

In the Republic of Argentina, and particularly in the context of the Province of Buenos Aires and the city of Mar del Plata, systematic cases of torture practices are still found despite being officially forbidden. This study focuses on the management of the Office of the Public Prosecutor of Mar del Plata regarding torture and other criminal concepts related to cruel treatments inflicted by public officials.

To this end, all causes issued from January 1st, 2010 and June 30th, 2011, in Juzgados de Garantías (supervisory courts) N° 1 and 4 from Mar del Plata, concerning infliction of pain treatment, verbal and physical offences and torture are considered.

The results of this research are alarming and reveal that, at least in the 43 analyzed cases, the Office of the Public Prosecutor conducted no (or misleading) investigation on the facts reported; did not acknowledge cases of torture and did not adopt measures to protect the victims from being subject to torture and cruel treatment or from being threatened to dismiss or rectify the reported facts. In short, in the relevant 43 cases, the Office of the Public Prosecutor conducted misleading procedures, concealed and denied torture, making these aberrant criminal acts invisible to the eyes of society, thereby promoting the impunity of state officials committing these atrocious crimes which affect the foundations of the democratic system, and ultimately contributing to the persistence and proliferation of these illegal practices according to the constitution.

Not investigating torture cases constitutes another violent act against the victims, who are systematically denied their right to justice, as well as a violation of the commitment assumed by the state before the international community.

KEY WORDS: torture – management of the Office of the Public Prosecutor - no investigation and/or implementation of protection measures – denial and concealment of torture practices – failure to comply with public obligations.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	Pág. 1
1. Planteamiento de la investigación.....	Pág. 1
2. Estructura del trabajo.....	Pág. 2
3. Hipótesis de trabajo.....	Pág. 10
4. Objeto.....	Pág. 10
5. Objetivos específicos.....	Pág. 11
PRIMERA PARTE	Pág. 13
1. Breve recorrido histórico referente a la aplicación de la tortura en la República Argentina.....	Pág. 13
2. Análisis jurídico de la tortura.....	Pág. 19
2.1. Breve comentario sobre el delito de tortura en la ley 14.616 y las modificaciones introducidas al Código Penal en materia de torturas luego de la restauración democrática.....	Pág. 19
2.2. Análisis de los tipos penales modificados e incorporados al Código Penal a través de la ley 23.097.....	Pág. 22
2.2.1. Bien Jurídico.....	Pág. 22
2.2.2. Imposición de torturas.....	Pág. 24
2.2.2.1. Acción típica.....	Pág. 25
2.2.2.2. Criterio sobre la doble modalidad que permite el art. 144 tercero del CP (activa y omisiva).....	Pág. 26
2.2.2.3. Sujeto activo.....	Pág. 30
2.2.2.4. Crítica a la corriente que sostiene que los particulares pueden ser autores del delito de tortura aun cuando obran en forma independiente.....	Pág. 33
2.2.2.5. Sujeto pasivo.....	Pág. 46
2.2.2.6. Tipo subjetivo – finalidad.....	Pág. 46
2.2.2.7. Consumación y tentativa.....	Pág. 48
2.2.2.8. Distinción de otros tipos penales.....	Pág. 49

2.2.2.9.	Imposibilidad de justificar la comisión del delito de imposición de torturas.....	Pág. 50
2.2.2.10.	Concurso entre la privación ilegal de la libertad y la tortura.....	Pág. 54
2.2.2.11.	Tipos agravados.....	Pág. 55
2.3.	Omisión de evitar la comisión del delito de tortura.....	Pág. 56
2.4.	Omisión de denunciar el delito de tortura.....	Pág. 59
2.5.	Omisión de persecución.....	Pág. 60
2.6.	Agravantes genéricas.....	Pág. 61
2.7.	Omisión funcional culposa.....	Pág. 61
3.	Estado actual de la problemática de la tortura. Su vigencia luego de la restauración democrática.....	Pág. 63

SEGUNDA PARTE (investigación de causas penales).....Pág. 81

1.	Características de la investigación.....	Pág. 81
2.	Referencias sobre el proceso penal en la Provincia de Buenos Aires y acerca de las investigaciones sobre torturas y malos tratos.....	Pág. 83
3.	Resultados de la investigación.....	Pág. 88
3.1.	Modos en que se iniciaron los procesos.....	Pág. 88
3.2.	Lugares en donde se cometieron los hechos.....	Pág. 89
3.3.	Víctimas. Edad y sexo.....	Pág. 89
3.4.	Medidas de investigación y resguardo adoptadas por el Ministerio Público Fiscal.....	Pág. 90
3.4.1.	Recepción de declaraciones a víctimas y testigos.....	Pág. 90
3.4.2.	Exámenes e informes médicos. Fotografías.....	Pág. 98
3.4.3.	Obtención de documental de interés. Allanamientos. Reconocimientos de personas. Confección de cuadros de autoridades.....	Pág. 100
3.4.4.	Calificaciones legales asignadas a los hechos denunciados. Casos.....	Pág. 103
3.4.5.	Imputaciones formales.....	Pág. 109
3.4.6.	Solicitudes de medidas de coerción.....	Pág. 110

3.4.7. Requisitorias de elevación a juicio. Realización de debates orales.....	Pág. 110
3.4.8. Solicitudes de pena y condenas.....	Pág. 111
3.4.9. Modo en que finalizaron los procesos estudiados.....	Pág. 111
3.4.10. Intervención del Fiscal General.....	Pág. 114

TERCERA PARTE (Conclusiones).....	Pág. 121
--	-----------------

BIBLIOGRAFÍA.....	Pág. 129
--------------------------	-----------------

INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento de la investigación

La presente investigación parte de la siguiente base: en la República Argentina en general, y en la Provincia de Buenos Aires y en la ciudad de Mar del Plata en particular, subsiste la aplicación sistemática de la tortura y de otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, a pesar de su estricta prohibición formal.

Siguiendo las ideas desarrolladas por Cohen, sobre las que en nuestro ámbito ha trabajado especialmente el profesor Ganón, puede sostenerse que la violencia institucional tiene dos caras: una, la de la violencia o acción ilegal propiamente dicha; otra, la de la ausencia de comportamiento efectivo para evitarla o al menos enfrentarla¹.

Acorde con tal postulación, **el objeto central de la investigación será estudiar las prácticas que adopta el Ministerio Público Fiscal de Mar del Plata frente a la aplicación de la tortura y de otras figuras penales vinculadas a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, tales como las severidades, las vejaciones y los apremios ilegales, para verificar cómo se desarrollan y cómo finalizan generalmente los escasos procesos judiciales que se inician con relación a esos delitos.**

Como hipótesis, este estudio partirá del presupuesto de que la deficiente actividad investigativa en los casos vinculados a denuncias de aplicación de torturas y/o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, fomenta y favorece la impunidad de los funcionarios estatales involucrados en la comisión de estos graves hechos delictivos, contribuyendo así a la subsistencia y proliferación de esas prácticas ilegales, inadmisibles de acuerdo a nuestro diseño constitucional.

A su vez, procurará afirmarse también que estas prácticas deficientes que desarrolla el Ministerio Público Fiscal en los procesos en que se investigan torturas, se unen a una serie de mecanismos de negación que operan sobre la realidad del fenómeno y producen su naturalización y aceptación o, en algunos casos, incluso su desconocimiento.

¹ Ganón, Gabriel Elías, *La lucha contra la tortura o la lucha contra la naturalización del horror: Comentarios sobre la tradición dialéctica oficial y nuestra aparente neutralidad como espectadores*, trabajo visto en www.corteidh.or.cr/tablas/r23815.pdf.

Para la acreditación de tales postulados, se llevará adelante un estudio de casos delimitado espacial y temporal. Así, el espacio geográfico con relación al cual se realizará la investigación es el que conforma el Departamento Judicial de Mar del Plata. Para su desarrollo se estudiarán todas las causas ingresadas entre el 1° de enero de 2010 y el 30 de junio 2011 a los Juzgados de Garantías N° 1 y 4 de Mar del Plata, vinculadas a la aplicación de apremios ilegales, vejaciones, severidades y torturas.

Este recorte témporo-espacial, determinado por la totalidad de las causas que durante un año y medio ingresaron a dos de los seis Juzgados de Garantías de Mar del Plata, se entiende como suficiente desde el punto de vista de la fiabilidad de los datos obtenidos para tener por identificados verdaderos patrones de actuación que favorecen la producción de la situación anunciada.

2. Estructura del trabajo

El trabajo se dividirá en tres partes:

a. Primera parte:

En la primer parte se realizará un muy breve y modesto recorrido histórico referente a la aplicación de la tortura en el territorio de la República Argentina, en el que se analizará especialmente el período comprendido entre 1976 y 1983, en el que la tortura fue utilizada en forma sistemática por la Junta Militar, con una manifiesta finalidad política: combatir al entonces “enemigo” del estado, el subversivo.

Luego, se analizará la reforma normativa que se introdujo al Código Penal en el año 1984, después de la restauración democrática, a través de la ley 23.097, que modificó sustancialmente todo el sistema legal con relación a la tortura: mejoró la técnica legislativa, incrementó drásticamente las penas y creó nuevas figuras (incorporó figuras omisivas y un tipo imprudente).

Posteriormente, se citarán y analizarán trabajos e investigaciones que permiten sostener que en las cárceles y comisarías de nuestro país, y en especial en la provincia de Buenos Aires, se aplica la tortura en forma sistemática (eso también ocurre en la ciudad de Mar del Plata); que quienes actualmente aplican la tortura son los agentes de las policías y de los servicios penitenciarios y que quienes hoy en día sufren la aplicación de esta práctica ilegal e inhumana son los actuales enemigos del estado: los hombres jóvenes y

pobres, los excluidos. Eso pondrá en evidencia, entre otras cosas, el fracaso de las reformas normativas que serán analizadas.

Finalmente, se estudiará la ya mencionada idea, vinculada a que la violencia estatal tiene dos caras: una, la violencia o acción ilegal propiamente dicha; otra, la ausencia de comportamiento efectivo para evitarla o al menos enfrentarla, y dentro de esos espacios se oculta, interpreta y naturaliza cualquier forma adoptada por la violencia ilegal.

La no investigación de los hechos de tortura, apremios ilegales, severidades y vejaciones representa uno de los más perversos mecanismos que puede emplear el estado para negar y naturalizar esa práctica, utilizada en la actualidad para facilitar el “gobierno de la calle” y de “la cárcel” por parte de la policía y del servicio penitenciario.

La información que habrá de concentrarse en esta primer parte de la tesina resulta fundamental para poder comprender, enmarcar y desarrollar el trabajo empírico que se realizará en la segunda parte.

b. Segunda parte:

En la segunda parte de la investigación se estudiarán todas las causas iniciadas entre el 1° de enero de 2010 y el 30 de junio de 2011, pertenecientes a los Juzgados de Garantías N° 1 y 4 de Mar del Plata, vinculadas a las denuncias de aplicación de apremios ilegales, vejaciones, severidades y torturas, para indagar acerca de las prácticas que asume el Ministerio Público Fiscal con relación a la investigación de estos hechos y cuál es la suerte que corren estos procesos.

Por otra parte, se aspira también a que los resultados que se obtengan puedan añadirse a las investigaciones y producciones que ya se han realizado sobre esta temática.

Con el fin de realizar el estudio señalado se ha elaborado un instrumento de recolección de datos tendiente a identificar y circunscribir la información que habrá de buscarse en los expedientes. El instrumento está principalmente dirigido a la recolección de datos vinculados con los hechos y sus víctimas; a identificar las tareas de investigación que en cada caso se llevaron a cabo o se omitieron (allanamientos, secuestros, confección de cuadros de autoridades, reconocimientos de personas y de cosas, identificación de testigos o

potenciales testigos, recepción de declaraciones testificales, etc.) y a averiguar el modo en que finalizaron los procesos a estudiar.

El documento ha sido confeccionado atendiendo, por un lado, a las características procesales de la investigación penal en la Provincia de Buenos Aires, en lo que respecta al modo de inicio del proceso, imputaciones formales, medios de prueba, modos de finalización, etc. (Ley 11.922 y sus modificatorias) y, por otra parte, a las recomendaciones que contiene el Protocolo de actuación del Ministerio Público Fiscal para la Investigación de severidades, vejaciones, apremios ilegales y torturas, a los que los Sres. Fiscales con competencia penal de todo el país deben ajustar las pesquisas en las que intervengan. El protocolo de Estambul se considera parte integrante de este protocolo²⁻³.

A continuación se agrega el instrumento de recolección de datos confeccionado para el análisis de las causas:

N° de IPP:.....	Fecha de inicio:.....	Fiscalía interviniente:.....
Juzgado de Garantías competente:.....	Fecha ingreso al JG:.....	

Modo en que se inició el proceso:

Lugar en que se cometió el hecho:

Características del hecho:

² OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2001.

³ Tanto las características básicas de la investigación penal en la Provincia de Buenos Aires como las recomendaciones que contiene el Protocolo de actuación mencionado serán analizadas sintéticamente en la segunda parte de esta tesina.

Víctima:

Medidas de investigación y de resguardo adoptadas por el MPF:

• **Recepción de declaración a víctima y a testigos**

- Información sobre derechos y obligaciones

- Resguardo de víctima y testigos para la recepción de sus declaraciones (antes de la declaración) _____

- Relocalización de víctimas y testigos o adopción de medidas de protección (después de la declaración) _____

- Programas para protección de testigos

- Recepciones de declaraciones testimoniales con reserva de identidad

- Interrogatorio a las víctimas y los testigos sobre los siguientes puntos de interés: modalidad de la agresión – tiempo y lugar de la agresión – situación de

la víctima al momento de la agresión – contexto y circunstancias en que ocurrieron los hechos – lugar en que sucedieron – posibles motivaciones de los agresores – consecuencias – existencia de testigos e identificación de los mismos – atención médica posterior al hecho y previa a la recepción de la declaración _____

- Obtención de fotografías _____

• **Examen médico y psicológico a la víctima**

- Realización del examen médico _____

- Profesional a cargo del examen _____

- Tiempo transcurrido entre el hecho, la formación del proceso y la realización del informe médico _____

- Obtención de fotografías _____

- Características de los informe producidos _____

-
-
- Atención psicológica (especialmente importante en casos de maltrato psicológico)_____
-
-

- **Allanamientos**

- Solicitudes de allanamiento _____
-
-
-

- Realización de la medida y resultado _____
-
-

- Personal a cargo de la diligencia _____
-
-

- Secuestro de documentos (legajos de personal, libro de guardia y novedades, listados de detenidos, imágenes captadas por cámaras de seguridad, otros)
-
-
-

- **Secuestros**

- Secuestro de los documentos mencionados por otras vías (legajos de personal, libro de guardia y novedades, listados de detenidos, imágenes captadas por cámaras de seguridad, otros)_____
-
-
-

- **Relevamiento de personal y de testigos presentes en el lugar del hecho**

- Confección de cuadro de autoridades pertenecientes a la comisaría o al lugar de detención, según el caso _____
-
-

- Identificación de potenciales testigos (coimputados – detenidos)

Calificación legal asignada al hecho por el MPF:

Imputación/imputaciones formales (308):

Solicitud de medidas de coerción:

Requisitoria de elevación a juicio:

Realización de juicio oral:

Solicitud de pena:

Condena:

Otros modos de finalización del proceso (fundamento):

Intervención de la Fiscalía General:

Promoción de actuaciones administrativas:

Cumplimiento/incumplimiento de la resolución N° 1390 de la Procuración

General de la SCBA:

c. Tercera parte:

En la tercera parte se expondrán las conclusiones de la investigación.

3. Hipótesis de trabajo:

Como se anticipó, el objeto central de la investigación será estudiar las prácticas que adopta el Ministerio Público Fiscal de Mar del Plata en los escasos procesos en que se denuncia la aplicación de la tortura y/o de otras figuras penales vinculadas a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, tales como las severidades, las vejaciones y los apremios ilegales.

Como hipótesis, este estudio partirá del presupuesto de que es posible que exista una actividad investigativa deficiente en los casos vinculados a denuncias de aplicación de torturas y/o tratos o penas crueles, inhumanos o

degradantes. Esta actividad deficiente fomenta y favorece la impunidad de los funcionarios estatales involucrados en la comisión de estos graves hechos delictivos, contribuyendo así a la subsistencia y proliferación de esas prácticas ilegales, inadmisibles de acuerdo a nuestro diseño constitucional.

A su vez, procurará afirmarse también que estas prácticas deficientes que desarrolla el Ministerio Público Fiscal en los procesos en que se investigan torturas, se unen a una serie de mecanismos de negación que operan sobre la realidad del fenómeno y producen su naturalización y aceptación o, en algunos casos, incluso su desconocimiento.

También se intentará comprobar que el Ministerio Público Fiscal de Mar del Plata niega o encubre la tortura al no calificar los hechos cometidos por funcionarios públicos como constitutivos del delito de tortura, cuando éstos infligen a personas privadas de su libertad dolores o sufrimientos graves; por el contrario, califica la conducta de esos funcionarios en forma eufemística, recurriendo a otros tipos penales menos graves y comprometedores, generalmente al de apremios ilegales.

4. Objeto:

De acuerdo a lo expresado, el objeto central de la investigación será identificar, describir y analizar las prácticas que asume el Ministerio Público Fiscal de Mar del Plata frente a la aplicación de la tortura y de otras figuras penales vinculadas a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, tales como las severidades, las vejaciones y los apremios ilegales, e indagar acerca de cómo se desarrollan y cómo finalizan generalmente los escasos procesos judiciales que se inician con relación a esos delitos.

5. Objetivos específicos:

Mediante el estudio de las causas mencionadas se procurará establecer, entre otras que surgirán de la investigación, las siguientes cuestiones:

- Qué medidas de investigación (allanamientos – obtención de documentos – relevamiento de personal – recepción de declaraciones testificales, etc.) adopta o no adopta el Ministerio Público Fiscal en los procesos originados con relación a los delitos de severidades, vejaciones, apremios ilegales o torturas.

- Qué calificación legal asigna generalmente el Ministerio Público Fiscal a los hechos denunciados que pueden encuadrar típicamente en una u otra de las figuras referidas. Para poder abordar este punto que, como veremos, también se vincula con la negación y naturalización de la tortura por parte del Ministerio Público Fiscal, es imprescindible analizar el sistema legal vigente con relación a la tortura, el que, como se mencionó, se realizará en la primera parte del trabajo.
- En qué casos el Ministerio Público Fiscal realiza imputaciones formales a los funcionarios públicos denunciados y/o implicados.
- Qué medidas de protección (seguridad personal – posibilidades de declarar) adopta o deja de adoptar el Ministerio Público a favor de las personas denunciadas y/o víctimas de este tipo de delitos.
- Si el Ministerio Público Fiscal solicita elevaciones en las causas en que “se investigan” esos delitos.
- En qué casos el Ministerio Público Fiscal consigue que se dicten condenas a los funcionarios públicos “imputados”.
- De qué manera finalizan las causas que no son elevadas a juicio.
- Qué fundamentaciones utiliza regularmente el Ministerio Público Fiscal para archivar los procesos iniciados por la comisión de los delitos referidos.

Cabe mencionar que para desarrollar los objetivos específicos de la investigación es necesario mencionar y analizar cuestiones jurídicas. En buena medida, esto justifica la realización de la primera parte de este trabajo. Por otra parte, es también útil mencionar que puede hallarse una descripción más detallada de los objetivos específicos pertenecientes a la investigación en el instrumento confeccionado para el estudio de las causas escogidas.

PRIMERA PARTE:

1. Breve recorrido histórico referente a la aplicación de la tortura en el territorio que actualmente conforma la República Argentina, en especial en relación con el período comprendido entre 1976 y 1983.

Daniel Rafecas sostiene que cuando en una sociedad determinada se le niegan sus derechos fundamentales, inherentes a la condición humana, a algunos de sus integrantes, por lo general aparece la tortura como herramienta fundamental para imponer el orden dominante. Así sucedió con los esclavos, en la mayoría de las civilizaciones, y sobre en todo en la Grecia y la Roma antiguas; con los denominados salvajes en África y América en los siglos 16 a 19; con los que fueron calificados como inferiores raciales, en la Alemania

Nazi; y, en general, con aquellos identificados como enemigos de los Estados (como ocurrió en la Argentina dictatorial)⁴.

En líneas generales, puede sostenerse que desde la antigüedad hasta el siglo XVIII, en la mayor parte de las regiones la tortura fue utilizada de manera legal, como mecanismo de investigación para la búsqueda de la verdad y/o como forma de castigo.

Es más, se sostiene que entre los siglos 13 y 18 la tortura adquirió su propia jurisprudencia y se convirtió en una especialidad erudita entre los juristas y fue presentada como un avance en las técnicas de búsqueda de la verdad⁵. Generalmente se la utilizaba para extraer información del torturado y/o para obtener su confesión.

En el siglo 18 explotó el proceso abolicionista con relación a la tortura; éste se extendió rápidamente por todas las regiones de Europa, alcanzando prácticamente a todas las legislaciones que preveían la tortura. Así, la misma fue erradicada de los sistemas legales. Baccaria, Verri, Montesquieu y Voltaire, entre otros, hicieron aportes fundamentales en el proceso de abolición de la tortura⁶.

Las principales razones que sustentaron los abolicionistas para la defensa de su propósito fueron de índole humanitaria y utilitaria.

Las razones humanitarias se basaban en la crueldad de la práctica y en el atentado contra la dignidad del ser humano que la misma implica. Las Utilitarias, en que la tortura privilegia al fuerte y es irracional como mecanismo para la búsqueda de la verdad; es cruel y genera declaraciones no veraces, privilegiando a los fuertes y culpables frente a los débiles e inocentes⁷.

Sin embargo, Foucault ha señalado que la culminación de los suplicios y, también, de la tortura legal, ocurrió en un momento histórico en que en Europa y en los Estados Unidos fue redistribuida toda la economía del castigo; en el que desapareció el cuerpo como blanco mayor de la represión penal⁸.

⁴ Rafecas, Daniel E., *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, 2010, Editores del Puerto s.r.l., Bs.As., p. 65.

⁵ Rafecas, Daniel E., ob.cit., p. 14.

⁶ Ver Reinaldi, Víctor Félix, *El derecho absoluto a no ser torturado*, 2007, Lerner Editora s.r.l., Córdoba, p. 61/64.

⁷ Reinaldi, Víctor Félix, ob.cit., p. 62/63.

⁸ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 2009, Siglo Veintiuno Editores, 2° ed.1° reimp, Buenos Aires, p. 16/17.

Esta idea es señalada por Ganón, quien explica que, en opinión de Foucault, el objetivo principal del movimiento reformista que eliminó la tortura legal, como parte del derecho a castigar, no fue consecuencia directa de la aparición de sentimientos de equidad o sensibilidad humanitarios hacía quienes sufrían en aquel entonces la tortura, sino más bien el cambio del modelo simbólico de aplicación del castigo al modificarse la teoría del espectáculo judicial: el castigo pasó de ser un espectáculo a convertirse en la parte más oculta del proceso penal⁹.

Concretamente, en el territorio que hoy conforma nuestro país, la tortura tiene una larga trayectoria. Luego de la conquista, frecuentemente, al igual que en otras regiones de América, se utilizaron el potro, los azotes y el tormento del agua, como mecanismos para arrancar confesiones en los procesos por contrabando, delitos contra la corona o la iglesia, o crímenes ordinarios¹⁰.

En la época de la conquista, o mejor dicho invasión de América (1492), además de que se destruyeron imperios, se instauró un régimen esclavista masificado, fueron eliminadas muchísimas personas, se saquearon tesoros, se destruyeron costumbres, etc., los pobladores originarios fueron ferozmente torturados por los invasores¹¹.

Se decía en aquel momento que los indios y los negros requerían de tres P para vivir en orden: pan para alimentación, palo para los castigos y paño para la tanga que cubría sus órganos genitales¹².

Los indios debían servir con su trabajo a sus dominadores, y los que se resistían eran mutilados, castrados, desorejados, destalonados o simplemente asesinados. Ricardo Rodríguez Molas sostiene que lo cierto es que se torturaba y se castigaba “para hacer un ejemplo”; por la pedagogía del miedo inherente al tormento¹³.

En aquella época se emplearon el rollo o picota tradicional -que era un poste donde se ejecutaba la pena de azotes o donde se exponía a los condenados a la vergüenza y exhibición pública luego de cumplida la pena de muerte- para imponer el temor y el acatamiento de las órdenes al resto de la población. Se

⁹ Ganón, Gabriel Elías, ob.cit.

¹⁰ Rafecas, Daniel E., ob.cit., p. 33.

¹¹ Rodríguez Molas, Ricardo, *Historia de la tortura y de orden represivo en la Argentina*, 1984, Editora Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, p. 19/23.

¹² Rodríguez Molas, Ricardo, ob.cit., p. 14.

¹³ Rodríguez Molas, Ricardo, ob.cit., p. 7.

dice que era el símbolo máspreciado de los grupos de poder. También se empleaban el potro y el tormento del agua.

Muchos años después, en 1813 se prohibió “el detestable uso de los tormentos” y se ordenó la destrucción de los instrumentos destinados a la tortura, pero esa proclamación no fue cumplida ni en lo más mínimo.

De hecho, existen documentos posteriores, del año 1817 en los que constan solicitudes oficiales de reparación urgente de potros que existían en las cárceles de nuestro país, o, simplemente, inventarios ulteriores a la fecha en los que figuran instrumentos de tortura¹⁴.

Más tarde, en 1853, la tortura fue prohibida por la Constitución de la Confederación de la Nación Argentina, en una disposición prácticamente idéntica a la del actual artículo 18 de la Constitución Nacional.

Pero esa abolición formal de la tortura tampoco impactó en el plano de la realidad, donde la tortura permaneció vigente. Incluso luego de la sanción de la constitución la tortura siguió aplicándose sistemáticamente, aunque se sostiene que a partir de ese punto se la utilizó en forma más o menos clandestina. Continuaron utilizándose el cepo, el potro y los azotes vergonzantes y los latigazos.

Ahora bien, aunque la abolición formal de la tortura no interrumpió su uso, la misma sí impactó en los sistemas procesales penales formalizados, erradicando la tortura judicial, apuntando a quienes estaban a cargo de los procedimientos: los jueces. Sin embargo, se dice que pasó a ser utilizada de modo clandestino pero muy difundido en otras instituciones que emergieron y se consolidaron precisamente en esa época: las agencias policiales¹⁵.

Más tarde, aproximadamente a partir del año 1930 la tortura comenzaría a ser utilizada por los regímenes autoritarios, en la lucha contra aquellos que eran etiquetados como enemigos internos.

En 1958 se tipificó por primera vez en el Código Penal argentino el delito de tormentos; antes de esa fecha el Código Penal sólo castigaba las vejaciones, las severidades y los apremios ilegales, pero no los tormentos. Aquella nueva disposición penaba con reclusión o prisión de 3 a 10 años e inhabilitación

¹⁴ Rafecas, Daniel E., ob.cit., p. 33.

¹⁵ Rafecas, Daniel E., ob.cit, p. 35.

absoluta y perpetúa al Funcionario Público que imponía a los presos que guardaba cualquier especie de tormento.

Pero desde una perspectiva histórica, quizá lo más importante que tenemos que mencionar es lo que sucedió con la aplicación de la tortura en el período comprendido entre los años 1976 y 1983.

En nuestro país, durante la última dictadura militar, la tortura fue aplicada por las Juntas Militares en forma sistemática en los centros clandestinos de detención y en los demás lugares de encierro con una clara finalidad política: combatir al entonces enemigo del Estado, el denominado subversivo. Fue la herramienta más eficaz con la que contó la Junta Militar para enfrentar a sus oponentes políticos y se implementó para infundir el miedo al adversario y a la sociedad, para conseguir información vinculada con la “supuesta lucha” contra la subversión, para obligar confesiones, para obtener la descripción de los bienes y efectos de los torturados a los fines de sustraerlos y utilizarlos en la denominada “lucha antisubversiva” o por mera crueldad)¹⁶. Se la utilizó para destruir moralmente a la persona y obtener, además de información, la deserción, la recuperación o rehabilitación del individuo, o su exterminio. La Junta Militar dispuso del poder operacional y las demás fuerzas debían acatar sus órdenes (policía – servicio penitenciario)¹⁷.

En aquel período histórico la aplicación de la tortura llegó a su máxima expresión.

En base al estudio de numerosos testimonios puedo constatar que los militares argentinos privilegiaron la aplicación de la picana eléctrica¹⁸.

Las sesiones de tortura con picana eran supervisadas en muchos casos por personal médico que controlaba la cantidad de electricidad y sufrimiento que podía aplicarse según la capacidad física y psíquica del sujeto, a los fines de mantenerlo vivo y obtener mayor información.

Otras formas y métodos de tortura utilizados eran los siguientes:

- Se apagaban cigarrillos en el cuerpo de los detenidos ocasionando quemaduras que, por la falta de atención médica, derivaban en infecciones;

¹⁶ Salinas, Pablo Gabriel, *La aplicación de la tortura en la República Argentina. Realidad social y regulación jurídica*, 2010, ed. Del Puerto s.r.l., Bs.As., p. 2.

¹⁷ Salinas, Pablo G., ob.cit., p. 272.

¹⁸ Salinas, Pablo G., ob.cit., p. 217/218.

- Se aplicó el llamado submarino, que podía ser seco o mojado (según se asfixiara a la persona mediante el empleo de un bolsa o sumergiéndola en algún medio líquido, que podía contener excrementos u orín);
- Se realizaban simulacros de fusilamiento;
- Se llevaban a cabo graves sometimientos sexuales;
- Se torturaba a las mujeres delante de sus maridos o parejas y a los hijos delante de sus padres, a fin de quebrar psicológicamente a la persona;
- Se violaban mujeres delante de los maridos o se sometía sexualmente al hombre para torturarlo e interiorizarle la derrota y el odio;
- También se conocen numerosos casos de aplicación del cubo (inmersión de los pies en agua fría y luego en agua caliente), de no dejar dormir a las víctimas, de profundización de heridas con cuchillos y de abortos provocados por medio de golpes (Salinas).

En el período 1976-1983 la aplicación de tormentos o torturas, de vejaciones y de apremios ilegales se encontraba absolutamente prohibida por el régimen jurídico integrado por la Constitución Nacional, el Código Penal (regía sobre el particular la ley 14.616), y diversos instrumentos internacionales que reprimían dichas conductas, entre los que se destacan los siguientes: la Convención de la Haya sobre Leyes y Costumbres de las Guerras en tierra, de 1897; los Antecedentes de la Sociedad de las Naciones; el Estatuto de Núremberg; la Carta de las Naciones Unidas; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; los Convenios de Ginebra de 1949; los Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad; el Código de conducta para funcionarios¹⁹.

Para aplicar la tortura en este contexto normativo la junta militar creó una normativa secreta que se oponía a las normas superiores citadas. Dicha normativa no era derecho, sino normativa ilegal.

Como señala Salinas, el plan sistemático diseñado por la Junta Militar se basó en una normativa que tuvo dos aspectos fundamentales, una normativa genérica que permitió anestesiar y dominar los mecanismos sociales e

¹⁹ Salinas, Pablo G., ob.cit., p. 43/64.

institucionales de control delictual, y una normativa específica que permitió a través del dominio de las fuerzas de seguridad generar una estructura nacional de más de 340 campos clandestinos de detención y la desaparición de 30.000 personas, más la tortura y cárcel de otras tantas²⁰.

Todo este marco normativo no sólo propiciaba la aplicación de la tortura sino que, además, garantizaba la impunidad de sus ejecutores.

La justicia ordinaria no investigó ni juzgó los hechos cometidos por fuerzas de seguridad en el periodo 1976-1983 aunque la tortura estaba prohibida por la Constitución Nacional y el Código Penal.

En este sentido, Salinas explica estas leyes, vigentes desde el punto de vista formal, eran inaplicables en los hechos por varias razones: por un lado, el Poder Judicial había sido excluido de la competencia para juzgar delitos cometidos por las Fuerzas Armadas, de Seguridad y Policiales, a través de leyes inconstitucionales; por otro, ningún juez declaró la inconstitucionalidad de dichas leyes.

Más allá de eso, Salinas entiende que los jueces de instrucción, que eran los jueces naturales previstos ante la comisión de los hechos vinculados con la represión, debieron investigar los delitos cometidos en su jurisdicción, promoviendo de oficio la acción penal.

Sostiene el autor que estos jueces, al igual que las cortes provinciales, no tienen excusa por no haber actuado de oficio e investigado qué pasaba en los campos clandestinos de detención y en las misiones militares contra la subversión.

2. Análisis jurídico

2.1. Breve comentario sobre el delito de tortura en la ley 14.616 y las modificaciones introducidas al Código Penal en materia de torturas, luego de la última restauración democrática.

Desde el día 30 de septiembre de 1958, fecha en la cual se sancionó la ley 14.616, hasta el día 29 de octubre de 1984, al sancionarse la ley 23.097, el delito de tormentos se hallaba tipificado en el art. 144 tercero del Código Penal en los siguientes términos: “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a

²⁰ Salinas, Pablo G., ob.cit, p. 100.

diez años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a los presos que guarde, cualquier especie de tormento. El máximo de la pena privativa de libertad se elevará hasta quince años si la víctima fuese un perseguido político. Si resultare la muerte de la persona torturada, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años”.

Esa era la única disposición que contemplaba el Código Penal con relación a los tormentos.

Se entendía, durante la vigencia del citado tipo penal, que resultaba tortura “toda inflicción de dolores con el fin de obtener determinadas declaraciones”²¹.

A su vez, se sostenía que cuando la finalidad mencionada en el párrafo anterior se hallaba presente en el agente, muchas acciones que ordinariamente podían constituir vejaciones o apremios, se transformaban en torturas²².

Sin perjuicio de lo dicho, debe reconocerse que Soler señalaba que aunque el caso típico de torturas era el que se motivaba en la obtención de una determinada declaración, al hacer referencia la ley al acto de imponer cualquier especie de tormento, debía admitirse la posible comisión de este delito con independencia de todo propósito probatorio o procesal²³.

En nuestro país, luego de la restauración democrática, en el ámbito normativo se realizaron importantes esfuerzos para reducir y reprimir la tortura.

Así, en el año 1984 se sancionó la ley 23.097, mediante la cual se mejoró notablemente la técnica legislativa del tipo penal que reprime la imposición activa de torturas y se incorporaron al Código Penal nuevas figuras vinculadas a la tortura, previendo cuatro grados de responsabilidad: imposición activa de tortura, omisión de evitar la comisión del delito de tortura, omisión de denunciar el delito de tortura y un tipo imprudente (omisión funcional culposa).

El objetivo primordial que se perseguía con esta nueva normativa era el de instaurar un régimen de máximo respeto por la dignidad de las personas, la cual, durante el gobierno militar, había sido inhumanamente menoscabada mediante la desaparición forzada de personas, la aplicación sistemática de la tortura y el empleo frecuente de tratos inhumanos sobre las personas ilegalmente privadas de su libertad.

²¹ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino. Tomo 4*, actualizador Manuel A. Bayala Basombrio, 2000, ed. Tea, Bs.As., p. 55.

²² Soler, Sebastián, ob.cit. p. 55.

²³ Soler, Sebastián, ob. cit. p. 55/56.

Hay consenso en doctrina en punto a que esta ley nació luego de atravesar la Argentina uno de los períodos más trágicos y violentos de su historia, en el que la tortura se aplicó de modo sistemático e ilegítimo por parte del Estado.

En este sentido, Buompadre recuerda que el mensaje de elevación del proyecto de ley del Poder Ejecutivo Nacional “explicó que el objetivo primordial que se perseguía con esta nueva normativa era el de instaurar un régimen de máximo respeto por la dignidad de las personas, menoscabada con frecuencia mediante tratos inhumanos infligidos sobre quienes se encuentran imposibilitados de ejercitar su propia defensa”²⁴.

La mencionada reforma, motivada en los terribles hechos cometidos durante aquella época de terrorismo de Estado, e inspirada en instaurar un nuevo régimen de máximo respeto por la dignidad de las personas, modificó la situación jurídica en relación con las torturas en varios aspectos:

- Se Incrementó la escala penal prevista para la imposición activa de torturas en de un modo severo, elevando el máximo de pena aplicable a 25 años de reclusión o prisión.
- Se incorporó como posible sujeto activo del delito de torturas a los “particulares que ejecutaren los hechos descriptos” por el tipo penal, con el alcance que oportunamente será materia de análisis en este trabajo.
- Se sustituyó el elemento “tormento” por “tortura”, no resultando ello simplemente una modificación terminológico, debido a que, como se verá, el término “tormento” es pasible de ser interpretado de manera más restringida.
- Se incorporó al tipo penal un intento de definición de tortura, en los siguientes términos: “Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando estos tengan gravedad suficiente”²⁵.
- Se crearon figuras que hasta el momento no se encontraban tipificadas en el Código Penal argentino. Tal como señala Barbero, se han incorporado a nuestro Código la omisión funcional de evitación (artículo 144 quáter, inciso 1°), la omisión de denuncia calificada (artículo 144 quáter, inciso 2°), la omisión de

²⁴ Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal Parte Especial. Tomo I*, 2000, Mave, Bsa.As., p. 543.

²⁵ Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Partes Especial. Tomo II A*, 2001, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 191.

persecución calificada (artículo 144 quáter, inciso 3º) y la omisión culposa del funcionario público (artículo 144 quinquies)²⁶.

- Se suprimió la agravante vinculada a la condición de perseguido político de la víctima y se elevó la pena prevista para el caso que resultare la muerte de la víctima (reclusión o prisión perpetua), a la vez que se incorporó la agravante referida a la causación a la víctima de las lesiones previstas en el artículo 91 (la pena privativa de libertad, en este caso, será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años).

Más tarde, concretamente en el año 1994, se reformó la Constitución Nacional. Esta reforma robusteció, también desde el punto de vista normativo, la consagración de la prohibición absoluta de la tortura. El Estado argentino se comprometió frente a la comunidad internacional a tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo su territorio.

En este sentido, la Convención contra la Tortura obliga a los Estados parte a tomar todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura, como también a investigar pronta e imparcialmente este tipo de delitos y a someter a enjuiciamiento a las personas respecto de las cuales se presume que han cometido esta clase de infracciones y a aplicar penas que consideren la gravedad de los hechos.

2.2. Análisis de los tipos penales modificados e incorporados al Código Penal Argentino a través de la ley 23.097.

2.2.1. Bien jurídico

El delito de tortura, al igual que las restantes figuras que fueron mencionadas en el punto que antecede, incorporados al Código Penal argentino a través de la ley 23.097, se encuentran sistemáticamente ubicados en el Capítulo I (Delitos contra la libertad individual), del Título V (Delitos contra la libertad) del Código Penal, y específicamente entre los delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos. Como se verá, este no es un dato menor, ya que repercute sobre la interpretación de estos tipos penales.

²⁶ Barbero, Natalia, *Análisis dogmático jurídico de la tortura*, 2011, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, p. 256.

Pero a pesar de que se encuentra dentro de los delitos contra la libertad, hoy día la mayor parte de la doctrina considera que los tipos penales vinculados a la tortura **afectan de manera preponderante la dignidad del ser humano.**

Sin embargo, puede sostenerse que nos encontramos frente a **delitos pluriofensivos**, que aunque principalmente atentan contra la **dignidad y la libertad**, también lesionan la **integridad física y psíquica** de la víctima y la **incolumidad en el ejercicio de la función pública**²⁷, **lo que se vincula con las expectativas de que todo funcionario público cumpla correcta y legalmente con su cargo.**

Desde la óptica de Barbero, la tortura atenta principalmente contra la dignidad humana; sin embargo, deja en claro que este delito puede ser considerado pluriofensivo, y aunque señala que sería deseable que se estipulara de manera expresa que la tortura atenta contra la dignidad como primer bien jurídico protegido, debe admitirse que también atenta contra la libertad, la integridad e incluso la vida. Además explica que el hecho que se prevean figuras penales relacionadas con la tortura que no se refieren directamente a la causación de sufrimientos, como la omisión de denunciar y de instruir sumario, robustece el criterio sustentado con relación a la pluriofensividad de estos delitos²⁸.

Desde la perspectiva de Rafecas, mediante estos tipos penales se protege la dignidad, la libertad, la integridad física y psíquica y la incolumidad en el ejercicio de la función pública²⁹.

Así, este autor explica que el bien jurídico combina la exigencia central de “ver afectado el espacio de libertades que mantiene incólume todo detenido -que coincide con su dignidad personal-, con las expectativas de corrección en la actuación pública de todo funcionario, denominador común de todo el capítulo de los delitos contra la libertad cometidos por agentes estatales”³⁰.

Y es que Rafecas señala enfáticamente al tratar los delitos que pueden cometer los funcionarios públicos que se vinculan con la “calidad” de las detenciones llevadas a cabo por éstos, que en las condiciones en que se

²⁷ Rafecas, Daniel E., *Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*, en Niño, Luis E – Martínez, Stella M. (Coordinadores), *Delitos contra la libertad*, 2003, Ad Hoc, Bs.As., p. 201.

²⁸ Barbero, Natalia, ob.cit., p. 258.

²⁹ Rafecas, Daniel E., *Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*, ob.cit., p. 201.

³⁰ Rafecas, Daniel E., *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob.cit, p. 104.

practica le detención y durante todo el lapso en el cual el sujeto pasivo permanece privado de su libertad en manos de funcionarios estatales, pueden cometerse ciertos atentados que aumentan el sufrimiento físico o moral de la víctima, que se traduce en una mayor afectación al bien jurídico, dado que la privación de libertad debe ser llevada a cabo respetando estándares mínimos de dignidad, garantizados por la Constitución Nacional, que consagra que toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (artículo 5.2 CADH) y nadie será sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 5 DUDH), además de lo dispuesto sobre el particular por el art. 18 de la Constitución Nacional, en punto a la abolición de toda especie de tormento y los azotes, y que las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice³¹.

En este contexto, explica que la dignidad, como valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás, no debe sufrir acotaciones durante la privación de libertad, sino que constituye un escudo protector para los sujetos pasivos de estas restricciones de libertad, cuya tutela pretenden alcanzar estos tipos penales³².

2.2.2. Imposición de torturas

Este delito se encuentra tipificado en el artículo 144 tercero del Código Penal, el cual establece lo siguiente:

“1) Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente

³¹ Rafecas, Daniel E., *Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*, ob.cit., p. 176.

³² Rafecas, Daniel E., *Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*, ob.cit., p. 177.

a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho.

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

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

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

2.2.2.1. Acción típica

La acción típica contemplada por el artículo en estudio es la imposición a una persona, legítima o ilegítimamente privada de su libertad, de cualquier clase de tortura.

Barbero se expide en relación a la acción típica prevista por el artículo 144 tercero del Código Penal, señalando que la misma consiste “en ‘imponer’ al sujeto pasivo (víctima) ‘cualquier clase de tortura’. Dentro de este concepto, la tortura implica la aplicación de todo procedimiento que cause a la víctima un dolor físico, moral o psíquico ‘de gravedad suficiente’, según establece el inciso 3° del artículo 144 ter del Código Penal”³³.

Buompadre, por su parte, considera que el delito consiste “en ‘imponer’ (aplicar, infligir, ocasionar, producir, etc.) a una persona privada de su libertad ambulatoria, cualquier especie de tortura”³⁴.

En consecuencia, para poder comprender correctamente el tipo penal, resulta imprescindible precisar el concepto de tortura. En este sentido debe señalarse que, en la actualidad, la mayor parte de la doctrina considera que el mismo surge de la Constitución Nacional, a la que desde el año 1994, a través de su artículo 77 inc. 22, se ha incorporado la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, que en su artículo 1° establece lo siguiente: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá

³³ Barbero, Natalia, ob.cit., p. 260/261.

³⁴ Buompadre, Jorge E., ob.cit., p. 563.

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

Esta posición la sustentan, entre otros, Rafecas³⁵, Buompadre³⁶, Salinas³⁷ y Donna. Este último, explica que en principio hay que recurrir al inciso tercero del artículo 144 tercero del Código Penal. Pero “Como la definición del artículo intenta definir con la misma palabra definida –‘Por tortura se entenderá no solamente los tormentos...’- es claro que la fuente legal de interpretación de qué es tormento hay que ir a buscarla a la Convención contra la Tortura, incorporada a la Constitución, y que no puede quedar como letra muerta”³⁸.

Por su parte, Buompadre advierte una circunstancia de suma importancia, al señalar no sólo que el concepto de tortura surge de la Constitución Nacional, sino también que éste debe prevalecer sobre cualquier otro del ordenamiento jurídico³⁹.

2.2.2.2. Criterio sobre la doble modalidad que contempla el artículo 144 tercero del Código Penal (activa y omisiva)

Como se anticipó, la ley 23.097 no sólo modificó el artículo 144 tercero del Código Penal, sino que también incorporó figuras omisivas y una figura culposa vinculadas con la tortura.

En función de ello resulta necesario realizar ciertas precisiones que permitan determinar, ante los hechos concretos, cual habrá de ser la figura penal imputable.

³⁵ Rafecas, Daniel E., *Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*, ob.cit., p. 202/203.

³⁶ Buompadre, Jorge E., ob.cit., p. 550/551.

³⁷ Salinas, Pablo Gabriel, ob.cit., p. 1.

³⁸ Donna, Edgardo A., ob.cit., p. 194.

³⁹ Buompadre, Jorge E., ob.cit., p. 550/551.

A tal fin, resulta interesante traer a colación la opinión de Bressia y Eidem, quienes consideran que determinados tipos penales admiten una doble modalidad para su comisión, es decir, que habilitan que la acción típica pueda verse satisfecha tanto con un comportamiento activo como con uno omisivo, sin que se vea lesionado el principio de legalidad. Así, siguiendo a Novoa Monreal señalan que ello sucede “cuando el tipo correspondiente emplea formas verbales que pueden significar, de hecho, tanto una acción como una omisión sin forzar de manera alguna la descripción típica, sino que al contrario, dándole su más cabal aplicación”⁴⁰.

Los autores citados explican que en el delito de tortura pueden verificarse casos en los que la relación entre el comportamiento y el resultado esté determinada por un nexo de evitación, según el cual, de interponer el comportamiento imperativamente dispuesto por la ley, desaparecería el resultado.

A su vez, destacan que la conducta debida -que debe estar necesariamente legislada para garantizar el principio de la advertencia previa, debiendo emanar de una ley formal- en el caso en estudio surge del contenido de la ley 24.660 (ley de ejecución de la pena privativa de la libertad), la cual satisface el principio de legalidad.

De este modo, afirman que los funcionarios públicos tienen mandatos concretos de actuar y, en consecuencia, su incumplimiento, si lesiona el bien jurídico libertad en la medida requerida por el tipo, podrá constituir una imposición de torturas, a través de una omisión⁴¹.

En el sentido referido citan ejemplos trabajados por Rafecas, tales como el del caso del interno a quien se lo priva dolosamente de agua o comida llevándolo al borde la muerte por inanición, infligiéndole indescriptibles padecimientos físicos y psíquicos⁴².

Concluyen que en relación al delito de torturas se observan distintos casos en los que la misma es provocada por una conducta diferente a la ordenada y no

⁴⁰ Bressia, Carolina – Eidem, Matías, *Doble modalidad y el artículo 144, inc. 3° del Código Penal*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Director Eugenio Raúl Zaffaroni, La Ley, año II, número 1, febrero 2012, p. 24.

⁴¹ Bressia, Carolina – Eidem, Matías, ob.cit., p. 31.

⁴² Bressia, Carolina – Eidem, Matías, ob.cit., p. 31.

por la causalidad puesta en marcha por el funcionario público. De este modo, afirman que el tipo penal estudiado admite la doble modalidad aludida⁴³.

Vale resaltar en este punto que los autores mencionados presentan su opinión sobre este aspecto del tipo penal en estudio resaltando su discrepancia con las posturas normativas que consideran que en ciertos casos existe equivalencia entre hacer y no hacer; como se indicó, lo que sí consideran es que el artículo 144 tercero del Código Penal, de acuerdo a la técnica con que ha sido legislado, admite que la acción típica pueda verse satisfecha con un comportamiento activo como con uno omisivo, sin que se vea vulnerado el principio de legalidad.

Rafecas, por su parte, considera que “El delito de imposición de torturas, al igual que todos los restantes delitos que hacen al cómo de la detención, puede ser cometido tanto por una acción, como por una omisión dolosa, por medio de la cual se llegue a idéntico resultado lesivo”⁴⁴.

A modo de ejemplo, este autor cita el siguiente supuesto: “(...) el caso de aquel funcionario de prisiones que, intencionalmente, omite retirarle las esposas que un preso lleva colocadas al ser recibido de manos de autoridades policiales, y que le sujetan firmemente las muñecas por la espalda. Si el sujeto pasivo es dejado en ese estado durante días, la generación de graves padecimientos físicos y psíquicos en tales condiciones resulta constitutivo de este delito, exactamente en la misma medida que su reflejo comisivo”⁴⁵.

Sin embargo, en su libro *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos* Rafecas parece ir más allá de lo antedicho, señalando que en su opinión, en determinados casos (como el del funcionario omitente que, estando de servicio, toma conocimiento de una tortura que se está llevando a cabo por otro), “frente a la comisión activa de un acto de tortura, perpetrado por otros funcionarios, la omisión de intervenir a fin de hacer cesar el ilícito, estando en funciones, puede encuadrar, de darse todos los requisitos generales de la comisión por omisión, en el tipo del artículo 144 tercero, habida cuenta de la particular posición de garante en que se encuentra dicho agente”⁴⁶.

⁴³ Bressia, Carolina – Eidem, Matías, ob.cit., p. 33.

⁴⁴ Rafecas, Daniel E., *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob.cit., p. 155/156.

⁴⁵ Rafecas, Daniel E., *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob.cit., p. 155/156.

⁴⁶ Rafecas, Daniel E., *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob.cit., p. 158.

A su vez, señala el autor que la tipificación como un delito de tortura en comisión por omisión dependerá fundamentalmente del grado de cercanía del garante para con la intangibilidad del bien jurídico, en especial, si la guarda o custodia de detenidos forma parte de central de su actuación profesional⁴⁷.

Este tipo de casos difieren de aquellos mencionados por Bressia y Eidem, que se vinculan con la imposición de torturas por parte del agente mediante un comportamiento activo o a través de una omisión (como el caso del no suministro de un calmante al detenido que sufre un intenso dolor). En los supuestos mencionados por los citados autores la omisión del funcionario es la causa que transforma una situación de hecho, como un dolor físico o la colocación de esposas, en tortura, por ejemplo, no suministrando el calmante indicado o no quitando las esposas en tiempo y forma; por otra parte, en el último de los casos de los tratados por Rafecas, se contempla la pasividad del funcionario frente a torturas impuestas por otros.

El criterio sustentado por Rafecas, como indicara, difiere del adoptado por Bressia y Eidem, en la medida en que el primero puede vincularse, más que con una interpretación del tipo penal en estudio que le asigna una doble modalidad (activa - omisiva), con una construcción analógica del mismo realizada in malam partem, violatoria del principio de legalidad.

Personalmente, participo de la opinión que considera que los tipos omisivos impropios deben encontrarse expresamente tipificados y que no pueden construirse analógicamente, por resultar esto último violatorio del principio de legalidad.

De este modo, estimo que la interpretación correcta del tipo penal en estudio, desde la posición teórica mencionada, es la que brindan Bressia y Eidem.

En este sentido, parece claro que el tipo penal previsto por el art. 144 cuarto inciso 1° del Código Penal se dirige contra el funcionario público que, teniendo competencia para evitar una tortura ajena, no lo hiciese. No es la imposición de la tortura lo que se criminaliza en este caso (ni por acción ni por omisión) sino que se criminalizó “a los funcionarios públicos que dejasen torturar”⁴⁸.

⁴⁷ Rafecas, Daniel E., *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob.cit., p. 158.

⁴⁸ Bressia, Carolina – Eidem, Matías, ob.cit., p. 32.

Así, la cuestión es clara: en un supuesto se trata de imposición de torturas, que podría admitir modalidad omisiva; y en el otro, la omisión de evitar la tortura ajena, siendo ambos tipos de omisión impropia⁴⁹.

En definitiva, desde esta perspectiva los supuestos de hecho que versen sobre omisiones de evitación de actos ajenos, más allá de la posición de garante que pueda revestir el omitente, deben calificarse, en caso de encontrarse reunidos todos los elementos que requiere el tipo penal, como configurativos del delito previsto y penado por el artículo 144 cuarto inciso 1° del Código Penal.

2.2.2.3. Sujeto activo

De la normativa nacional e internacional citada en el punto anterior surge con claridad que los funcionarios públicos pueden ser autores de torturas.

También se desprende de las disposiciones mencionadas que un particular puede ser sujeto activo del delito cuando ocasiona intencionadamente dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona privada de su libertad por parte de un agente estatal, tanto en forma legal como ilegal, y obra a instigación del funcionario, o con su consentimiento o aquiescencia.

Por el contrario, los particulares no pueden ser autores del delito de tortura cuando actúan (ocasionando a otro u otros graves sufrimientos físicos o psíquicos) sin que exista una detención funcional ni instigación o consentimiento del funcionario.

Aunque la cuestión, presentada en estos términos, parece sencilla, entiendo que el análisis profundo de la misma es fundamental, debido a que en los últimos tiempos no son pocos los que pretenden imputar torturas a los particulares que causan a otro u otros graves sufrimientos físicos o psíquicos, aunque lo hagan al margen de cualquier tipo de conexión con un funcionario del estado; o sea, aunque actúen de manera independiente.

Como se verá, negar el carácter especial del delito previsto y penado por el art. 144 tercero del Código Penal y extender su aplicación a particulares en forma irrestricta conlleva la banalización de la tortura y la eliminación de su especial contenido político⁵⁰. Por otra parte, tal como ha sido recientemente señalado

⁴⁹ Bressia, Carolina – Eidem, Matías, ob.cit., p. 32.

⁵⁰ Ganón, Gabriel Elías, ob.cit.

por Gabriel Ignacio Anitua, desde un punto de vista político criminal, no es difícil de entender que dar un margen de discreción a los aparatos y sujetos posiblemente autores de este delito (menciona a policías, penitenciarios, fiscales y jueces) permitiría desviar la atención sobre sus propias conductas hacia las de los tradicionalmente vulnerables al sistema penal. Entre otras cosas, eso permitiría disfrazar las estadísticas sobre investigaciones y condenas de aquello que sí constituye tortura⁵¹.

Ahora bien, claramente, surge de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y del Código Penal argentino que el dispositivo legal que prevé y pena la tortura es un delito especial que, como tal, no puede ser cometido por cualquier persona. En los delitos especiales, el sujeto activo debe poseer las características específicas que determina la ley.

En este caso, en principio solo pueden ser autores de torturas los funcionarios públicos. El art. 77 del Código Penal determina que “Por los términos ‘funcionario público’ y ‘empleado público’ usados en el código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”.

De este modo, es claro que la práctica de la tortura, desde el punto de vista penal, no afecta únicamente a quien la sufre (su dignidad, su libertad, eventualmente su integridad física y hasta a vida), sino que afecta también a la administración pública. La figura exige de modo preponderante la afectación a la dignidad y a la libertad, pero requiere también una lesión simultánea a la administración pública y sus expectativas de que todos los agentes estatales desempeñen correctamente su cargo⁵².

Por lo tanto, como sostiene Rafecas, nos encontramos frente a un delito que no debería ser tolerado por el orden jurídico.

Esto se justifica tomando en cuenta lo aberrante de los hechos, como también que los mismos deben ser ejecutados por funcionarios públicos, que son

⁵¹ Anitua, Gabriel, *Comentario a la obra Análisis dogmático jurídico de la tortura, de Natalia Barbero*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Director Eugenio Raúl Zaffaroni, La Ley, año II, número 3, abril de 2012, 304/306.

⁵² Rafecas, Daniel E., *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob.cit. p. 114 y ss.

aquellos que por la Constitución están llamados a cuidar la vida, la libertad y el honor de las personas y no para destruirlas.

Entonces, no hay dudas en punto a que los funcionarios públicos pueden ser sujetos activos de este delito; tampoco puede ponerse en tela de juicio que los particulares pueden ser imputados por torturas cuando actúan en el marco de una detención funcional y a instigación o con consentimiento de un funcionario (o sea, se puede imputar al particular cuando se dan todos los requisitos que prevé el tipo en su primer párrafo).

Pero, ¿qué sucede con el ciudadano común que no posee la calidad especial exigida por el tipo y genera a otro u a otros graves sufrimientos psíquicos o físicos?

La mayor parte de la doctrina, a la cual adherimos sin vacilación, sostiene que no es posible imputar al particular o a los particulares (o sea, al ciudadano común que no requiere la calidad exigida por el tipo) esta figura legal en las condiciones mencionadas.

Para esta posición, los hechos cometidos por particulares, desconectados de toda función estatal, no constituyen tortura.

Esto no quiere decir que estos hechos deben permanecer impunes; simplemente implica que esos sucesos (los de los particulares) sólo serán subsumibles en tipos penales comunes, que afectan diversos bienes jurídicos (como, por ejemplo, la libertad, la integridad física, la propiedad, etc.).

Más allá de lo expuesto, es necesario reconocer que existe doctrina y jurisprudencia que, contrariamente a lo que aquí se sostiene, alega que el artículo 144 tercero habilita expresamente imputar tortura al particular obra de manera independiente.

A modo de ejemplo puede citarse el fallo dictado por un Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 de Mar del Plata, en el año 2008, mediante el cual se condenó como coautores de los delitos de robo agravado por el uso de armas y tortura a dos personas que en el contexto de un robo aplicaron puntazos, simulacros de fusilamiento y pasaje de corriente eléctrica a los moradores de la vivienda donde ocurrió el delito⁵³.

⁵³ Sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 de Mar del Plata, en causa N° 3861, caratulada "Villalobos, Víctor O. s/ robo cometido con armas, tortura y tenencia ilegal de arma de fuego".

Más recientemente, concretamente en agosto de 2012, el Ministerio Público Fiscal de Mar del Plata imputó nuevamente a dos particulares la comisión del delito de torturas, debido a que éstos, en el contexto de un robo golpearon a una de las víctimas y le transfirieron corriente eléctrica en la cara y en una rodilla mediante el empleo de un cable pelado.

El Fiscal sostuvo esa calificación legal durante toda la investigación penal preparatoria; lo hizo en el llamado a prestar declaración, en la solicitud de detención, en pedido de prisión preventiva y al requerir la elevación de la causa a juicio, a pesar de que la Justicia de Garantías, en todos esos casos, rechazó dicha calificación, por entender que los particulares no pueden ser imputados por el delito de torturas cuando obran al margen de una actividad estatal.

También puede citarse en este punto la reciente tesis publicada por Natalia Barbero, en la que postula que el particular puede ser sujeto activo de torturas, aún cuando actúa en forma autónoma.

Para imputar al particular, los partidarios de esta posición realizan una interpretación literal del texto legal, desvinculando el párrafo que hace referencia la particular de todos los requisitos que exige el primer párrafo del tipo, y consideran que cualquier persona puede ser sujeto activo del delito de tortura en el derecho interno.

2.2.2.4 Crítica a la corriente que sostiene que los particulares pueden ser autores del delito de tortura, aún cuando obran en forma independiente.

A partir de este momento, intentaré desarrollar las razones que conducen a sostener que la tortura es un delito especial y a rechazar, enfáticamente, que pueda ser interpretada como un delito común.

Para arribar a tal conclusión deben valorarse, a la par de cuestiones propias de la dogmática penal, argumentos históricos y políticos de peso.

A fin de brindar orden y coherencia al presente punto del trabajo, analizaré las cuestiones mencionadas en forma individual.

En primer término, debe considerarse la esencia de la tortura.

El término tortura no resulta compatible con la construcción de un delito común. La esencia del delito se encuentra en el abuso funcional vinculado con la desigual relación entre víctima y victimario, allí cuando la primera está privada

de su libertad, y el segundo dispone del inmenso poder que le brinda la cobertura estatal⁵⁴.

Señala Ganón que la tortura, más allá de su prohibición posterior, fue concebida, institucionalizada, ritualizada y codificada para realizar una función jurídica política específica. Y remarca que a través del tiempo, lo que ha dado significación a la tortura, es, entre otras cosas, “la realización de un acto violento por parte de un funcionario estatal que lo ejecuta con un fin, sobre personas determinadas y generalmente vulnerables, y, en segundo lugar, que por este motivos estos actos violentos jamás se practicaron ni se practican ‘sin sentido’, ni se toleraron ni se toleran ingenuamente”.

Desde dicha posición, podemos empezar a hablar de torturas partiendo de la siguiente base, claramente identificada por Rafecas: cuando en una sociedad determinada se le niegan sus derechos fundamentales, inherentes a la condición humana, a algunos de sus integrantes, por lo general aparece la tortura como herramienta fundamental para imponer y mantener el control y el orden dominante⁵⁵.

En definitiva, como señala el citado autor, lo cierto es que, en general, la tortura siempre ha sido aplicada a aquellos que el estado identifica como enemigos⁵⁶.

En definitiva, la tortura fue en el pasado y es en la actualidad una herramienta del poder. Por eso, cuando se piensa en la tortura como figura delictiva, sólo puede asociársela a la actuación de un agente estatal, no a la de un ciudadano común.

En segundo lugar, debe repararse en que considerar a la tortura un delito común contraría lo establecido por el derecho internacional de los derechos humanos sobre la materia.

Como se dijo, no puede calificarse la conducta de los particulares como configurativa del delito de torturas, salvo que se dé en el marco de una detención funcional (legal o ilegal) y a las órdenes de un funcionario público.

Esta posición, se corresponde con lo tratados internacionales con jerarquía constitucional que resultan ineludibles para completar el análisis interpretativo,

⁵⁴ Rafecas, Daniel E., *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob.cit., p. 109/110.

⁵⁵ Rafecas, Daniel E., *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob.cit., p 65.

⁵⁶ Rafecas, Daniel, *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob. cit., p. 65.

con el principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional y con la pena de inhabilitación que conlleva la figura⁵⁷.

Lo expuesto obedece, principalmente, a que ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos, como la Convención contra la tortura, tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) y, por lo tanto, superior a la de las leyes locales o domésticas; como consecuencia de ello, no puede siquiera pensarse en esbozar un concepto de tortura que, además de incorrecto a la luz del tipo penal que lo contiene (art. 144 tercero del CP), contradiga lo que sostiene la citada convención sobre el punto.

Recordemos que la convención señala que “se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves (...) cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.

Se advierte de este instrumento internacional que no se prevé como tortura a la conducta del particular que en forma autónoma inflige intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves. Sólo se contempla la conducta del particular que actúa en el ejercicio de funciones públicas, a instigación de un funcionario, o con su consentimiento o aquiescencia.

A pesar de lo clara que resulta la referida disposición, existe una posición que sostiene que los particulares pueden ser autores aun cuando obran desconectados de cualquier vínculo con el estado.

Sin embargo, lo cierto es que aun forzando la estructura típica en cuestión resultaría imposible realizar una interpretación diferente de la misma, en el sentido que proponen la doctrina y la jurisprudencia que se critican, tomando en consideración que, como señala Laino, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en este punto, es una pauta interpretativa insoslayable del tipo penal. Así, al momento de determinar qué es lo que debemos entender por tortura, la normativa internacional constitucionalizada ha de prevalecer sobre la interna (infraconstitucional). A la luz del texto de la Convención, y en virtud de su rango superior a la ley local común (Código Penal), el texto de esta última necesariamente habrá de interpretarse en los términos de la primera:

⁵⁷ Rafecas, Daniel E., *Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*, ob.cit., p. 206/207.

sólo podrá ser autor del delito de torturas el particular, cuando actúe por instigación de un funcionario público, o con su consentimiento o aquiescencia. En nada modifica esta cuestión la referencia del art. 1.2 de la Convención contra la Tortura, que dispone que "[e]l presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance". Dicha disposición se refiere al aspecto objetivo de la definición, es decir, a qué debe entenderse por tortura. En ese punto, las normativas locales o internacionales pueden válidamente contener definiciones más amplias. Sin embargo, ello de ningún modo afectará a la faz subjetiva de la definición, esto es, la referida a los sujetos que pueden cometer tortura; y ello por lo siguiente: los derechos humanos, consagrados en los distintos instrumentos internacionales que justifican esta posición, fueron concebidos como derechos del ciudadano frente al Estado. Todas estas convenciones, como parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, constituyen verdaderas armas gestadas para defender a los individuos frente a los embates del poder estatal. El sentido y fin de la Convención, efectivamente es la protección de la dignidad humana, pero siempre y en todo caso frente a actos del poder estatal⁵⁸.

Por otra parte, corresponde indagar acerca del origen y el motivo del párrafo agregado al artículo 144 tercero del Código Penal que ha motivado la discusión.

Mientras estuvo vigente la ley 14.616 (o sea, hasta el año 1984) el Código Penal sólo castigaba la conducta del funcionario público que imponía tormentos, no la del particular (resultaban típicos los tormentos únicamente cuando eran provocados en el marco de una privación legal de la libertad y por el funcionario que tenía a su cargo la guarda del preso).

Sin embargo, se indica que a partir de la experiencia recogida de los hechos de torturas llevados a cabo durante el período previo a la última restauración democrática, el legislador de 1984 amplió el elenco de posibles autores a particulares que ejecutaren los hechos descritos, por la constatación de que en muchos casos, un sujeto que no revestía cargo funcional era el encargado

⁵⁸ Laino, Nicolás *¿Los particulares como sujetos activos del tipo penal de 'tortura'?*, LL, año 15, N° 5, junio de 2008.

de llevar a cabo el acto material de tortura en los centros clandestinos de detención, bajo las órdenes de un funcionario que tenía el completo dominio de la situación⁵⁹

Ya se ha mencionado que el día 29 de octubre de 1984 se sancionó la ley 23.097, la cual ha mejorado notablemente la técnica legislativa del tipo penal que reprime la imposición activa de torturas y ha incorporado al Código Penal nuevas figuras vinculadas a la tortura

Ahora bien, lo cierto es que la posibilidad de imputar al particular el delito de torturas, cuando éste actúa en forma autónoma –es decir, sin que intervenga un funcionario- no sólo no es compatible con la interpretación literal del artículo 144 tercero ni con su ubicación sistemática, sino que tampoco se corresponde con las intenciones que tuvo en miras el legislador de 1984 al realizar la reforma del delito de tormentos.

Esta cuestión es claramente explicada por Guillermo Todarello, quien resalta la ausencia de mención, durante el curso de la discusión parlamentaria previa a la sanción del artículo en estudio, de la posibilidad de imputar al particular que actúa en forma autónoma el delito de tortura. En este sentido, el nombrado Todarello recuerda que: “Tanto en el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo como así también en aquel elaborado por la Cámara de Diputados, siempre se ha entendido al delito de tortura como la imposición de daños físicos o psíquicos graves que fueran infligidos por funcionarios públicos a personas detenidas u ordenadas detener por dichos agentes; previendo también el accionar de particulares que aplicaren las torturas a personas detenidas por representantes del Estado”⁶⁰.

Entonces, en definitiva, ¿qué se pretendió hacer mediante este aspecto de la reforma?

- Se pretendió poder imputar al particular en el caso descrito en el primer párrafo del artículo.

⁵⁹ Rafecas, Daniel E., *Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*, ob. Cit., p. 205.

⁶⁰ Todarello, Guillermo A., *El delito de tortura. Consideraciones acerca de su imputación a particulares*, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Directores D'alessio Andrés – Bertolino, Pedro, Abeledo Perrot, Enero de 2009, p. 8/17.

- Poder abarcar a los agentes estatales desvinculados que regresan de hecho a la función, es decir, sin una nueva designación o rehabilitación de su cargo.
- Poder imputar a quien interviene en un delito de tortura en territorio nacional, como miembro integrante de una fuerza armada, de inteligencia o de seguridad extranjera.
- También los casos en que es un detenido quien tortura a otro a instigación del funcionario responsable o con su consentimiento o aquiescencia⁶¹.

De este modo, sin dejar de ser un delito especial, el espectro de posibles autores del delito de torturas se extiende a aquel particular (agente no estatal, ex agente estatal reincorporado de hecho, agente extranjero, detenido o recluso, etc.) que actúa en el marco de una detención funcional legal o ilegal y a quien un funcionario público le proporciona las condiciones para que aquel pueda efectuar el acto de tortura sobre el detenido⁶².

En otro orden de ideas debe considerarse que imputar torturas a los particulares que obran de manera independiente profundiza la selectividad del sistema penal y no es aconsejable desde el punto de vista político criminal.

Gabriel Anitua, en la revista de derecho penal y criminología que dirige Eugenio Raúl Zaffaroni (La Ley), en abril de 2012 criticó la primer tesis doctoral elaborada por Lorena Barbero, publicada con el título Análisis dogmático – jurídico de la tortura en la que, realizando una interpretación literal del texto legal, postula que cualquier persona puede ser sujeto activo del delito de tortura en el derecho interno. En dicho orden de ideas, Barbero sostiene que “La Convención contra la Tortura establece que solamente los funcionarios públicos (u otra persona, pero siempre con intervención de un funcionario público) pueden ser sujetos activos de este delito, pero esa disposición ha sido ampliada -sin inconveniente legal ni constitucional- por la legislación interna y recepta ella la posibilidad de que puedan ser sujetos activos del delito tanto los

⁶¹ Rafecas, Daniel, *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob. cit., p. 111/112.

⁶² Rafecas, Daniel, *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob. cit., p. 112.

funcionarios públicos como los particulares (sin necesaria intervención de un funcionario)”⁶³.

El comentario de Anitua fue devastador. Dijo que el error jurídico y político en que incurre la autora al sostener que cualquier persona puede ser autora del delito de tortura es tan de bulto que obliga a mencionarlo por encima de cualquier mérito.

Esa afirmación, según explica Anitua, desde el análisis legal local e internacional, va en contra de la historia del concepto y es peligrosa políticamente.

En tal sentido, expresó que la posición sustentada por Barbero contraría lo que sostiene la Convención contra la tortura. Dijo que la concepción de la autora sobre el punto no se adecua al derecho internacional, que consagra a la tortura como un crimen de estado. Mencionó que el análisis genealógico de la tortura da cuenta de la misma como un instrumento legal de la inquisición penal, primero, luego como instrumento para-legal gubernamental de los aparatos militares, policiales y penitenciarios, y muy recientemente, como actividad delictiva especialmente reprobable pero muy poco denunciada, perseguida y castigada.

Por otra parte, desde un punto de vista político criminal, señaló que no es difícil de entender que dar un margen de discreción a los aparatos y sujetos posiblemente autores de este delito (y mencionó a policías, penitenciarios, fiscales y jueces) permitirá desviar la atención sobre sus propias conductas hacia las de lo tradicionalmente vulnerables al sistema penal. Concluyó que, entre otras cosas, eso permitiría disfrazar las estadísticas sobre investigaciones y condenas de aquello que sí constituye tortura.

Así, se advierte que en realidad, de prosperar el criterio sustentado por Barbero (y también por jueces locales), los que usualmente son torturados, las verdaderas víctimas de la tortura, pero de la tortura que permanece siempre impune, pasarían a ser también los potenciales castigados por “torturas”.

Pero, lamentablemente, como señala Ganón, siguiendo a Zygmunt Bauman, las leyes que deberían proteger a estos sujetos vulnerables de la tortura nunca

⁶³ Barbero, Natalia, *Análisis dogmático jurídico de la tortura*, 2011, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, p. 264.

lo hacen, “aunque formalmente lo declaren en sus ‘textos’, sencillamente porque no hay otra ley para los excluidos que la que los separa y los excluye”⁶⁴. En un contexto en el que las verdaderas y únicas torturas no son investigadas ni sancionadas (las torturas que sistemáticas infligen a las personas privadas de su libertad los agentes estatales), pretender imputar a ciudadanos comunes la comisión de “ese delito”, además de incorrecto desde el punto de vista legal, sociológico, histórico y político, resulta antiético.

Por último, se sostiene que considerar autores de torturas a sujetos que no reúnen las características especiales exigidas por el tipo y no obran en las circunstancias que prevé el primer párrafo del artículo 144 tercero del Código Penal es dogmáticamente incorrecto.

Considerar autor de tortura al particular que obra autónomamente resulta dogmáticamente incorrecto por varias razones.

Como se dijo, el delito en estudio demanda una afectación pluriofensiva de bienes jurídicos: y si el delito lo comete un particular sin la intervención de un funcionario público no se afecta la administración pública.

Así, Rafecas sostiene que la interpretación que aquí se propone es correcta si se tiene en cuenta la contemplación sistemática del capítulo, destinado inequívocamente y exclusivamente a regir sobre la conducta de los funcionarios públicos, en armonía con los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Desde esta perspectiva, sólo se justifica la punición del particular en las condiciones restrictivas antes señaladas, que son las únicas respetuosas de la doble exigencia de afectación al principio de lesividad en todos estos delitos: que requieren la lesión no sólo a la dignidad y a la libertad de la víctima, sino también a la administración pública, que asimismo se ve afectada cuando el particular interviene gracias al contexto funcional que lo rodea y al amparo de la dimensión punitiva estatal para llevar adelante el delito⁶⁵.

Esta postura resulta compatible con el alcance que históricamente ha tenido el delito de tortura.

⁶⁴ Ganón, Babriel, art. cit..

⁶⁵ Rafecas, Daniel, *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob. cit., p. 114.

Pero, quizá, las reflexiones más contundentes desde el punto de vista jurídico penal son las que ha expuesto Kierszenbaum^{66 67}.

Dijo que el tribunal de esta ciudad que condenó a particulares por la violencia ejercida sobre las víctimas en el contexto de un robo, interpretó que la disposición del tercer párrafo del artículo 144 tercero sólo puede ser entendida de modo tal que tenga incidencia en aquellos supuestos en los que no intervenga en modo alguno (ni siquiera en la privación de la libertad) un funcionario público.

Llegó a esta conclusión valorando que si un particular toma intervención, cuando en el hecho participa una autoridad pública, queda atrapado por las reglas de la accesoriedad de la participación (arts. 45/46 del CP), lo cual tornaría innecesaria la disposición del último inciso.

El problema es que esta interpretación se basa en un grave error de concepto sobre cómo se construye el tipo del partícipe.

Sobre esta cuestión, el autor citado indicó que cuando se afirma que el particular quedaría siempre atrapado por las reglas de la accesoriedad de la participación al intervenir en el hecho un funcionario estatal -lo que permitiría interpretar a la cláusula última del inciso como extensiva de la punibilidad a hechos en los que no intervenga de ningún modo un funcionario, ni siquiera en la privación de la libertad- se está incurriendo en un grave error, que se basa en el desconocimiento de cómo se construye el tipo del partícipe. Éste requiere en su tipo objetivo: a) **toda la tipicidad del autor**, lo que implica que el hecho principal del autor se encuentre completo, o sea, que el funcionario (debe revestir la condición especial) haya sido autor de la tortura; b) **su propio favorecimiento objetivo al hecho principal**: que el particular haya brindado algún aporte (necesario o no) a la tortura del funcionario. Para establecer que alguien es partícipe debemos primero determinar que alguien es autor.

Si la cuestión fuera como afirmó el tribunal (que el último párrafo se refiere a supuestos en que no interviene en modo alguno un funcionario público, porque si un particular interviene cuando también lo hace un funcionario público, queda atrapado por las reglas de la accesoriedad del partícipe, lo cual tornaría

⁶⁶ Rusconi, Maximiliano – López, Hernán – Kierszenbaum, Mariano. *Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad*, 2011, Ad Hoc, Bs.As. p. 139/167.

⁶⁷ El trabajo precedentemente citado se utiliza para toda la elaboración de este punto del trabajo, razón por la cual el mismo se cita sólo al inicio del desarrollo.

innecesaria la disposición del último inciso) ante la inexistencia de la última cláusula del artículo quedarían sin solución un grupo de casos complejos. Por ejemplo: ¿qué ocurriría en el caso en que el funcionario privara de la libertad a una persona e indujera a un particular para que aplique tormentos a la víctima?

Kierszenbaum da respuesta a esta pregunta desde dos enfoques diferentes: desde el de la posición doctrinaria que requiere dominio del hecho para imputar autoría; y desde la que exige sólo la infracción de un deber especial.

Dentro de la primera posición hay quienes sostienen que los delitos especiales propios contienen un desvalor integrado por: a) el daño a otro (hay una acción que lesiona el bien jurídico), b) y, además, la infracción a un especial deber positivo que recae sobre el sujeto activo.

Así, dice Kierszenbaum, cuando un F. Público tortura a un ciudadano no lesiona simplemente el deber negativo NEMINEM LAEDERE -la obligación de no hacer daño a otro-, mediante la tendencia de su acción a lesionar los bienes jurídicos dignidad, libertad, integridad física, sino que también infringe el deber positivo de HACER UNA INSTITUCIÓN, que es lo que funda la punibilidad más gravosa de algunos delitos especiales.

Desde esta perspectiva, ambos requisitos deben estar presentes para que alguien sea autor.

En el caso que se planteó, ¿qué sucedería?

- No podría imputarse la tortura al funcionario público que privó de libertad al sujeto si éste no tiene el dominio del hecho sobre los graves sufrimientos que se infligen a la víctima (si el dominio del hecho lo tiene el particular que causa las lesiones).
- Y no podríamos imputar la tortura al particular porque no reviste la condición de sujeto calificado (no llena los requisitos exigidos por el tipo y no puede infringir el deber positivo, que sólo lo tiene el funcionario público).
- Ni siquiera podría considerarse al funcionario instigador de torturas: porque no puede ser instigador quien induce a alguien que no puede ser por sí mismo autor (la instigación es una forma de participación y no de autoría).

Las conclusiones a las que arriba Kierszenbaum son las siguientes: la última cláusula del artículo viene a evitar una verdadera y grave laguna de punibilidad para el caso planteado (lógico, respecto del delito de torturas, porque si, en su

ausencia, podrían imputarse otras figuras: privación de la libertad - lesiones), porque ni el particular ni el funcionario podrían ser partícipes de un hecho sin autor. Este inciso viene a evitar esta laguna.

La cláusula opera en el caso descrito y permite imputar como autor al particular; contempla la figura del “actuar en lugar de otro” que opera para los casos en que los dos elementos que requiere la autoría en los delitos especiales se presentan escindidos, y para solucionar las lagunas que se producen. Esta cláusula se introduce para poder imputar a quien realiza la acción aunque no posea la característica especial que exige el tipo.

Entonces, autor sólo será el que detenta la calidad especial y, a su vez, domina el hecho. Y la cláusula que motiva la discusión adquiere sentido en el contexto descrito: para extender la punibilidad a los particulares que ejercen los tormentos sobre un sujeto privado de la libertad por un funcionario público a nombre suyo, con su consentimiento o aquiescencia.

Esta es la solución, además de ser dogmáticamente correcta, resulta compatible con el concepto de tortura que surge de la Convención contra la tortura y con la esencia de la figura.

Ahora bien, sabemos que existe otro sector de la doctrina que para la configuración de la autoría en estos supuestos especiales no requiere “dominio del hecho”.

En casos como el que planteamos, desde esta posición, si el funcionario induce al particular a cometer la tortura, estaría infringiendo el deber positivo que recae sobre él y sería autor.

Pero el particular que ejecuta el hecho no tiene ese especial deber, con lo cual, imputarle la tortura se tornaría imposible.

Para estos casos, la doctrina que postula que delitos como éste sólo requieren de la infracción de deber, brinda las siguientes soluciones dogmáticas:

- Aplicar una pena disminuida para el sujeto que no posee la calidad especial que requiere el tipo y no es deudor del deber positivo (estas posiciones, en general, afirman que es necesaria una previsión expresa de esa forma de imputación).
- La impunidad de la conducta
- Imputar otro delito (quedarían los tipos residuales)

La conclusión final de este punto, desde la perspectiva del autor citado, a la cual se adhiere en este trabajo, es la siguiente:

- La cláusula extensiva de punibilidad responde a lo que la doctrina ha denominado obrar en lugar de otro.
- Ésta, opera en dos grupos de casos: a) para penar como autor al particular que ejerce tormentos sobre un sujeto detenido por un funcionario público a nombre suyo, con su conocimiento o aquiescencia; b) para penar como partícipe al particular que realiza un aporte en la tortura realizada por un agente estatal
- Nunca puede invocarse la disposición del segundo párrafo del artículo 144 tercero del Código Penal para penar a un particular por un hecho de estas características, en el cual no ha tenido ninguna intervención un funcionario público.

A modo de conclusión, puede decirse que la tortura ha sido y es en la actualidad una repugnante herramienta utilizada por los estados para combatir a los disidentes y a aquellos que identifican como enemigos.

Como sostiene Rafecas, “la calidad de funcionario público en el autor de este delito resulta inherente a la historia semántica de la tortura, hace a la propia connotación del término y de la institución significada”.⁶⁸

Desde esta perspectiva, es claro que el delito de tortura sólo puede ser imputado a un particular cuando éste actúa en el contexto de una detención llevada a cabo por un funcionario del estado y a instigación, o con el consentimiento o la aquiescencia del mismo; por el contrario, por las razones que fueron desarrolladas a lo largo del trabajo -a las que seguramente pueden añadirse otras que no han sido advertidas- no puede imputarse el delito de tortura al particular que obra en forma autónoma, es decir, sin estar vinculado a un agente estatal en el modo antes señalado.

Queda pendiente indagar acerca de **cuál es el motivo que lleva a algunos funcionarios a pretender imputar a ciudadanos comunes delitos especiales que sólo pueden cometer aquellos que, de alguna manera, representan la voluntad del estado.**

⁶⁸ Rafecas, Daniel, *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob. cit., p. 110.

A pesar de que no puede darse en este punto una respuesta definitiva a ese interrogante, siendo un poco descuidado e inocente, uno podría aventurar que uno de los motivos que conducen a estas personas a pretender imputar a particulares el delito de tortura, radica en la intención de evitar -mediante la imputación de esta figura, reprimida con una pena que oscila entre los 8 y los 25 años de prisión- la proliferación y reiteración de prácticas violentas en la comisión de delitos contra la propiedad.

Sin embargo, no parece ser ese el mejor camino, ni el correcto, ni el legal, ni el justo, ni el ético, ni el idóneo para la consecución de tal propósito.

Quizá, como bien señaló Verbitsky luego de que se difundió el video que muestra torturas a jóvenes en una comisaría de Salta⁶⁹, una buena manera de reducir estos hechos violentos -los cometidos por particulares en el contexto de los delitos contra la propiedad, que no pueden llamarse tortura-, a la que deberían añadirse varios remedios más que se hallan fuera del derecho penal, se encuentra en la reducción de la violencia en los contextos de encierro y en el respeto de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad.

Como señaló el destacado periodista, más tarde o más temprano, estas prácticas intramuros se diseminan en toda la sociedad, que no está formada por compartimentos estancos. Los asaltos a familias o personas mayores que son golpeadas en forma salvaje o sometidas al paso de corriente eléctrica prueban el aporte de las prácticas carcelarias a la inseguridad. Aseguró Verbitsky que “mientras los indignados reclamos de protección estatal de las personas honestas sigan disociados del repudio a la violencia institucional y a los tratos crueles, inhumanos o degradantes, sólo seguirá creciendo el horror, a ambos lados del tenue límite que separa el adentro del afuera”⁷⁰.

2.2.2.5. Sujeto pasivo

Puede resultar sujeto pasivo de este delito una persona legítima o ilegítimamente privada de su libertad.

Ahora bien, de acuerdo con los parámetros que han sido expuestos, vinculados a la posición doctrinaria a la que se adhiere, se considera que la privación de

⁶⁹ Visto en <http://www.youtube.com/watch?v=Z7RI6yJwI28>.

⁷⁰ Verbitsky, Horacio, *La tortura, resabio perverso del terrorismo de estado*, artículo periodístico visto en www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-199840-2012-07-29.html

libertad a la que se ha hecho referencia (legal o ilegal) debe tener origen en una actividad funcional, lo que implica que la misma debe haber sido realizada con intervención o por orden de un funcionario público.

2.2.2.6. Tipo subjetivo – finalidad.

Nos encontramos frente a un delito doloso, respecto del cual la doctrina se encuentra dividida en punto a si admite o no el dolo eventual.

Sostiene Donna al tratar el tipo subjetivo de este delito, que el mismo es doloso y, a su juicio, de acuerdo a las formas distintas del tipo objetivo, sólo admite dolo directo. Argumenta también para fundamentar su posición que la Convención establece en su artículo 1° “infligir intencionalmente”⁷¹.

Distinta es la posición de Rafecas, quien sostiene que el tipo penal previsto por el 144 tercero resulta un delito doloso, en el que basta con que el conocimiento y voluntad del agente estén dirigidos a la producción del padecimiento físico o psíquico grave en la víctima, sin exigir ninguna ultraintención. Por ello considera posible la comisión del delito con dolo de consecuencias necesarias o, inclusive con dolo eventual⁷².

Barbero también considera posible admitir el dolo eventual respecto de la figura en cuestión⁷³.

Tomando en cuenta la redacción del artículo 144 tercero del Código Penal, como también la del artículo 1° de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, considero que a los efectos de la imputación del tipo penal en estudio no resulta necesario acreditar ningún elemento subjetivo distinto del dolo; es decir, el delito no precisa para su configuración la concurrencia de ninguna ultrafinalidad específica ni de ningún elemento de ánimo determinado.

La finalidad perseguida con la tortura es indiferente, al igual que el móvil que conduce a su aplicación; la tortura puede agotarse como finalidad en sí misma, cualquiera sea su motivación⁷⁴.

⁷¹ Donna, Edgardo A., ob.cit., p. 195

⁷² Rafecas, Daniel E., Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos, ob.cit., p. 210.

⁷³ Barbero, Natalia, ob.cit., p.264.

⁷⁴ Creus, Carlos – Buompadre, Jorge, *Derecho Penal Parte Especial. Tomo 1*, 2007, Astrea, Bs.As., p. 337.

Rafecas señala que el artículo 1° de la Convención contra la Tortura enumera los distintos motivos que pueden guiar al agente a imponer torturas, hasta llegar a fijar un criterio no taxativo al consignar “o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”, que abarca la totalidad de los posibles móviles o designios del sujeto activo, señalando que, de este modo, es claro el mensaje de la convención en punto a que deben perseguirse todos los actos de tortura, más allá del propósito puntual que guíe al autor⁷⁵.

Señala que el artículo 144 tercero se encuentra en sintonía con el citado instrumento, ya que en definitiva considera a la tortura como la imposición de graves sufrimientos físicos o psíquicos, sin requerir exigencias especiales distintas del dolo, lo que implica un avance notable en relación con la anterior redacción del delito, debido a que la misma no se refería a la imposición de torturas sino de tormentos. Este concepto resultaba notoriamente más restrictivo, toda vez que una acepción posible de este término es la de constituir un dolor corporal que se causaba al reo para obligarle a confesar o declarar, es decir, un acto llevado a cabo como simple medio procesal⁷⁶.

Barbero explica que el texto del Código Penal nada indica sobre la finalidad típica de la tortura; por lo tanto, aunque señala que en el Derecho Internacional se considera que debe darse cierta finalidad, considera que por respeto al texto legal, no se debe exigir finalidad alguna en el caso del Derecho argentino. De este modo, desde su perspectiva, “la causación de sufrimiento sin motivo ni propósito constituye tortura”⁷⁷.

Una opinión diferente parece advertirse en Buompadre, tomando en cuenta que el autor especifica que la finalidad de la aplicación de la tortura debe ser “la de obtener una confesión o una información (por ej., suministro de datos sobre personas, cosas, actividades, delictivas o no, etc.), castigar a la persona por actos realizados o que se sospeche que los cometió, intimidarla o coaccionarla (por medio de amenazas o actos de violencia) para compeler u obligar a la víctima a que haga o deje de hacer alguna cosa, o por cualquier otra razón basada en algún tipo de discriminación (racial, religiosas, ideológica, política o

⁷⁵ Rafecas, Daniel E., *Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*, ob.cit., p. 203/204.

⁷⁶ Rafecas, Daniel E., *Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*, ob.cit., p. 204.

⁷⁷ Barbero, Natalia, ob.cit., p. 261/262.

gremial, sexual, económica, social o física). La exigencia de estos objetivos perseguidos por el autor convierten a la tortura en un delito especializado subjetivamente, vale decir, que exige la concurrencia de un especial elemento subjetivo del tipo cuya ausencia hace desaparecer el delito, pudiéndose aplicar residualmente el tipo de apremio ilegal en la medida en que concurren sus notas características”⁷⁸.

Sine embargo, participo de la primera de las opiniones mencionadas, tomando en cuenta que Convención contra la Tortura, en su artículo 1°, establece que es "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, cuando se ejecuta con las finalidades que enumera o, incluso, cuando se realiza por “cualquier razón” basada en cualquier tipo de discriminación.

A su vez, coincido con el sector de la doctrina que considera que la tortura es un delito doloso, que admite para su comisión tanto el dolo directo como el eventual.

2.2.2.7. Consumación y tentativa

El delito se consuma en el momento mismo en que se impone la tortura, sea el sufrimiento que se impone a la víctima físico o psíquico. Ello implica que a los efectos de la consumación del delito no resulta necesario que el autor logre o alcance propósito alguno.

Por otra parte, se considera que el delito admite tentativa, la que se da cuando el autor comienza la ejecución del hecho pero no logra consumarlo por razones ajenas a su voluntad.

2.2.2.8. Determinación de la gravedad del sufrimiento (distinción con otros tipos penales)

Una de las hipótesis de este trabajo consiste en que el Ministerio Público Fiscal también niega o encubre la tortura no calificando los hechos cometidos por funcionario públicos como constitutivos de ese delito, cuando se infligen a personas privadas de su libertad dolores o sufrimientos graves; por el contrario, califica la conducta de esos funcionarios en forma eufemística, recurriendo a

⁷⁸ Buompadre, Jorge E., ob.cit., p. 552.

otros tipos penales menos graves y comprometedores. Esos tipos penales son los siguientes:

- los delitos de imposición de vejaciones, apremios ilegales o severidades a presos. En estos, sujeto activo es un funcionario público y sujeto pasivo es la persona privada de su libertad en un establecimiento carcelario, o en una institución destinada a alojar detenidos.
- y los delitos de imposición de vejaciones o apremios ilegales en actos de servicio. Aquí, sujeto activo también es un funcionario estatal y sujeto pasivo es la persona que sufre una aprehensión o detención legal o ilegal.

Puede entenderse por vejación todo maltrato físico, psíquico o humillación dirigida a la víctima; por lo tanto, la vejación puede ser física o verbal. Ésta, desde el punto de vista subjetivo, no requiere de ningún elemento de ánimo ni de ninguna ultra intención adicional al dolo.

El apremio ilegal, para el Código Penal argentino, consiste en un maltrato físico o psicológico que se imprime a la víctima con la intención de obtener algo de ésta. En este caso, el aspecto subjetivo del tipo, además de dolo, requiere el elemento subjetivo de intención trascendente mencionado.

Por último, la severidad consiste en aplicar al preso tratos rigurosos antirreglamentarios y que le causen padecimiento.

Ante la ausencia de elementos típicos concretos que permitan diferenciar las mencionadas figuras penales de la tortura, la doctrina considera que la intensidad del sufrimiento es la característica principal que permite determinar cuándo realmente nos encontramos frente al delito de tortura⁷⁹.

En función de ello, sobre este tema particular, Rafecas ha afirmado que en homenaje al principio de *lex certa* (que rige más allá de lo aberrante que sea el hecho punible), allí donde el acto atentatorio de la dignidad haya pasado cierto umbral de intensidad o ensañamiento que lo tornan manifiestamente grave, insoportable a los ojos de la comunidad y de los principios constitucionales que la representan, tal acto encajará en el delito de torturas⁸⁰.

⁷⁹ En este sentido Creus, Carlos – Buompadre, Jorge, ob.cit., p. 337.

⁸⁰ Rafecas, Daniel E., *Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*, ob.cit., p. 209.

Cuando el sufrimiento físico, psicológico o mixto que se inflinge a la víctima es grave, la conducta del funcionario debe calificarse como tortura, no como apremio ilegal, severidad o vejación.

La doctrina y la jurisprudencia han considerado ejemplos de tortura, entre otros, a los siguientes: el pasaje de corriente eléctrica al cuerpo de la víctima, por ejemplo, con picanas eléctricas; el submarino seco y el húmedo; las golpizas brutales concretadas con puños, patadas y/o objetos; el fusilamiento simulado; las torturas de posición; el engrillamiento, etc.

2.2.2.9. Imposibilidad de justificar la comisión del delito de imposición de torturas

Tanto a nivel nacional como internacional se discute en doctrina si el delito de imposición de torturas, en casos de extrema gravedad, puede verse justificado.

Dentro de los casos que generan debate en relación con la posibilidad de justificar la práctica de la tortura para obtener información, siempre con el alegado propósito de evitar daños de magnitudes considerables, generalmente se mencionan hechos vinculados al terrorismo, como la colocación de bombas en lugares públicos o “ticking time bomb situations”, aunque también se consideran supuestos de secuestro en los que se verifica la necesidad inminente de dar con el lugar de cautiverio de la víctima.

A mi entender, la discusión sobre esta cuestión excede el ámbito de lo estrictamente jurídico, debido a que lo que subyace tras la misma es nada más ni nada menos que la posibilidad de otorgar al Estado una herramienta de poder, cuya capacidad destructiva es inconmensurable: la tortura. El debate sobre esta cuestión importa una discusión sobre el modelo mismo de Estado que se pretende, y en el mismo se interponen cuestiones filosóficas, políticas, históricas y culturales.

La experiencia que puede recogerse de la realización de un análisis histórico sobre la tortura debería conducir a una prohibición verdaderamente absoluta de esta deleznable práctica.

Desde mi punto de vista, por las razones que trataré de explicar en los párrafos siguientes, en nuestro ámbito rige una prohibición absoluta de la aplicación de la tortura que descarta cualquier posibilidad de justificación frente a la comisión de este delito.

Los motivos que lo impiden que la tortura puede justificarse son varios y de diversa índole.

En primer lugar debe considerarse el bien jurídico que se afecta mediante la aplicación de la tortura es la dignidad del ser humano. Éste representa la base de todo el ordenamiento jurídico y su lesión o menoscabo no puede ser tolerada bajo ningún pretexto. Si verdaderamente el estado adopta una postura filosófica respetuosa de la condición humana soberana con relación al propio estado –no utilitaria-, no puede siquiera pensarse en justifica la tortura.

Justificar la tortura constituiría una instrumentalización del hombre y la negación de su condición humana, y sólo podría entenderse en el marco de una sociedad en donde el Estado sea considerado un fin en sí mismo, y las personas, objetos sacrificables en su nombre.

Por otra parte, es preciso destacar que en el marco de un Estado Democrático de Derecho, tal como señala Roxin, aunque un pretense “delincuente” vulnere la dignidad humana de la o de las víctimas, ello no legitima al Estado a atacar por su parte a la dignidad humana del supuesto autor, porque su superioridad moral frente al delincuente reside precisamente en que no utiliza los mismos medios que éste⁸¹.

En sentido análogo Rafecas tiene dicho que “Un Estado no puede combatir a un supuesto delincuente violando las normas que él mismo ha impuesto para la paz social, ya que con ello pierden sustento el respeto a los valores y derechos fundamentales del ser humano, cuya preservación ha costado muchas vidas a través de los siglos”⁸².

Esta cuestión también es advertida por Salinas, quien al tratar esta cuestión específica, gráficamente señala que “a nadie, por más criminal que fuere, se le puede aplicar torturas, pues sería un contrasentido ético, que los correctores (Estado, Fuerzas Armadas o de Seguridad) se conviertan en delincuentes y no respeten la dignidad humana defendida, supuestamente, por ellos”⁸³.

En segundo término, considero que el análisis sistemático de los preceptos legales que deben tenerse en cuenta para dilucidar esta cuestión arroja como

⁸¹ Roxin, Claus, *¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?*, en Revista Nueva Doctrina Penal, N° 2004/B, 2004, Editores del Puerto, Bs.As., p. 547/558.

⁸² Rafecas, Daniel, *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob.cit., p.169.

⁸³ Salinas, Pablo, ob.cit., p. 60.

resultado una prohibición absoluta de la tortura que descarta la posibilidad de considerar causas de justificación.

Resulta inadmisibles pensar en la posibilidad de justificar la tortura porque la Convención contra la Tortura, que en punto 2° del art. 2° lo prohíbe e imposibilita expresamente al establecer lo siguiente: “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.” Asimismo, en el apartado 3° del mismo artículo consagra que “No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”.

Si bien la redacción del artículo de la Convención contra la Tortura citado precedentemente ha sido cuestionada por parte de la doctrina, debido a que no es clara respecto de si está prohibida la justificación de la tortura para todos los casos o sólo para los supuestos que menciona el dispositivo legal, es evidente que el espíritu de la misma es descartar la justificación de la tortura para cualquier supuesto⁸⁴.

Darle un sentido y un alcance diferente implicaría una franca violación a los principios de buena fe y pro homine, que establece que Los textos constitucionales e internacionales que consagran derechos deben interpretarse de buena fe (teniendo en cuenta el sentido y fin del tratado), y en caso de duda conforma a la cláusula pro homine (cuando se trata de reconocer derechos, hay que recurrir a la interpretación más amplia – y hay que hacer y una interpretación restrictiva cuando de restringir derechos se trata).

Pero no es la Convención solamente la que prohíbe la justificación de la justificación de la tortura. La Constitución Nacional, en su artículo 18, prohíbe los tormentos; la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en su artículo 5°, punto 2° indica que “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”; la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra en su artículo 5° que “Nadie estará sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé en

⁸⁴ Ver Barbero, Natalia, ob.cit., p. 277/279.

su artículo 7° que “Nadie estará sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...”.

Pero el último de los instrumentos citados, en su artículo 4° punto 2°, resuelve definitivamente la cuestión bajo tratamiento al especificar que la disposición citada precedentemente (art. 7°) no puede suspenderse en ningún caso; es decir, existen derechos que pueden suspenderse en los supuestos que prevé el artículo, pero la prohibición absoluta de torturar NO es uno de ellos; esta prohibición NUNCA puede desactivarse.

Por último, puede mencionarse que a la luz de la historia de nuestro país y, en general, de la de todos los países que han sido víctimas del terrorismo de Estado, consagrar esta autorización para torturar en casos “excepcionales” – que, como dijimos, consideramos inviable desde todo punto de vista- puede derivar en que la excepción se convierta en la regla.

La historia reciente de nuestro país es la prueba más fiel y contundente de lo inconveniente que resultaría siquiera contemplar la posibilidad de justificar las torturas.

Según Kundera, la idea del eterno retorno significa cierta perspectiva desde la cual las cosas aparecen de un modo distinto a como las conocemos: aparecen sin la circunstancia atenuante de su fugacidad. Esta circunstancia atenuante es la que nos impide pronunciar condena alguna. ¿Cómo es posible condenar algo fugaz?, se pregunta el autor. Y responde que el crepúsculo de la desaparición lo baña todo con la magia de la nostalgia; todo, incluida la guillotina.

Desde esa perspectiva filosófica señala la profunda perversión moral que va unida a un mundo basado esencialmente en la inexistencia del retorno, porque en ese mundo todo está perdonado de antemano y, por lo tanto, todo cínicamente permitido.

En este contexto Kundera hace referencia a una guerra entre dos Estados africanos en el siglo XIV que no cambió nada en la faz de la tierra aunque en ella murieran, en medios de indecibles padecimientos, trescientos mil negros, y se pregunta ¿cambia en algo la guerra entre dos Estados africanos si se repite

incontables veces en un eterno retorno? “Cambia: se convierte en un bloque que sobresale y perdura, y su estupidez será irreparable”⁸⁵.

A esta altura, deberíamos ser capaces de abandonar, finalmente, este tipo de discursos que sólo han llevado al fracaso, al espanto, a la vergüenza y al horror, y comprometernos seriamente en no retornar jamás a ellos.

Estimo que la posición que se defiende en este trabajo se basa en argumentos que favorecen la consolidación del Estado de Derecho, respetuosos de la dignidad humana y coherentes con las obligaciones asumidas en el marco del Derecho Internacional.

2.2.2.10. Concurso entre la privación ilegal de libertad cometida por un funcionario público y las torturas

Se ha indicado que para que se configure el delito de tortura debe existir una privación de la libertad, legal o ilegal, sufrida por el sujeto pasivo.

Lo expuesto evidencia que en casos determinados, en forma previa a la imposición de la tortura, puede darse la comisión del delito de privación ilegal de la libertad previsto por el artículo 144 bis, inciso 1° del Código Penal.

Sobre este punto se ha expedido Rafecas, señalando que entre los delitos mencionados media un concurso real, por el siguiente argumento: entre el delito de imposición de torturas y los delitos que hacen al sí de la detención, media una relación heterogénea de figuras penales. Nada tiene que ver con la privación misma de la libertad el hecho de imponer al que ya está preso legal o ilegalmente, torturas.

Por lo tanto, si el autor de torturas lo es, además, de la privación ilegal de la libertad, debe responder por las dos infracciones en concurso real⁸⁶.

2.2.2.11. Tipos agravados

El inciso 2° del artículo 144 tercero del Código Penal establece lo siguiente:

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

⁸⁵ Kundera, Milan, *La insoportable levedad del ser*, 2009, Tusquets, Bs.As., p. 1/2.

⁸⁶ Rafecas, Daniel E., *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob.cit., p. 189/190.

privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años”.

Como se desprende del artículo citado, la pena prevista para el tipo básico se agrava si mediante la tortura se causa la muerte de la víctima o si se le producen lesiones graves.

En función de la redacción actual de este artículo, parte de la doctrina ha considerado que en estos casos se abarcan tanto los resultados preterintencionales como los dolosos.

En tal sentido se expresa Rafecas, quien además indica que en estos supuestos, en los que como consecuencia de la tortura se ocasiona la muerte de la víctima, o se le causan lesiones graves, difícilmente quien tortura no se represente la producción de graves lesiones o incluso de la muerte del ofendido como consecuencia del dolor infligido⁸⁷.

Distinta son las opiniones de Barbero y de Donna, quienes consideran que el resultado muerte o el resultado lesiones, según el caso, deben poder ser imputados objetiva como subjetivamente a la imposición de torturas, de manera que se exige, desde el punto de vista subjetivo, que estos resultados sean dolosos, al menos con dolo eventual⁸⁸.

2.3. Omisión de evitar la comisión del delito de torturas

El art 144 cuarto del Código Penal establece lo prevé: **“1º. Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello”.**

El Código Penal no sólo castiga el acto de aplicar torturas a otra persona, sino que castiga también, en algunos supuestos, omitir evitar la comisión del delito de torturas (en otros términos: castiga que aquel funcionario que tiene poder como para evitar o interrumpir el hecho y no lo hace).

En relación a la interpretación correcta de este tipo penal la doctrina nacional se encuentra francamente dividida.

⁸⁷ Rafecas, Daniel E., *Delitos contra la Libertad cometidos por funcionarios públicos*, ob.cit., p. 211/212.

⁸⁸ Ver Barbero, Natalia, ob.cit., p. 267/2 - Donna, Edgardo A., ob.cit., p. 198.

Por un lado, autores como Rafecas y Buompadre sostienen que el tipo contempla un delito de omisión impropia que castiga al funcionario competente cuando éste no evita que otro u otros torturen, sea impidiendo la aplicación de la tortura o haciendo cesar una tortura en marcha. Consideran que en este supuesto el autor se encuentra en una posición de garante en razón de la cual responde jurídicamente de que el resultado no se produzca⁸⁹.

Desde esta concepción, se considera que sujeto activo del delito será todo agente estatal que tenga a su cargo o dentro de sus funciones específicas el velar por la seguridad e integridad física y psíquica de la víctima privada de la libertad, que lo convierte en funcionario competente para evitar la comisión del delito de tortura⁹⁰.

La omisión que resulta punible puede tener lugar tanto antes de que se ejecuten las torturas como durante todo el tiempo en que estas se desarrollen, hasta su terminación. Una vez agotado el delito de imposición de torturas ya no resultará aplicable este tipo penal y la conducta, eventualmente, podrá configurar otro delito.

Sólo se requiere que el omitente, ya sea por su superioridad jerárquica (comisario, alcalde, director, etc.), o bien por su designación específica de protección al detenido (custodio, celador, oficial, encargado, etc.) tenga suficiente poder de hecho como para evitar la tortura.

Ya se ha visto que Rafecas, en su obra *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, en parte, ha modificado su opinión sobre la confluencia que puede darse entre el delito de imposición de torturas y el que está siendo tratado en este punto.

En efecto, se mencionó que en opinión de este autor, en determinados casos (como el del funcionario omitente que, estando de servicio, tomo conocimiento de una tortura que se está llevando a cabo por otro), “frente a la comisión activa de un acto de tortura, perpetrado por otros funcionarios, la omisión de intervenir a fin de hacer cesar el ilícito, estando en funciones, puede encuadrar, de darse todos los requisitos generales de la comisión por omisión, en el tipo

⁸⁹ Buompadre, Jorge E., ob.cit., 567 - Rafecas, Daniel E., *Delitos contra la Libertad cometidos por funcionarios públicos*, ob.cit., p. 214/215.

⁹⁰ Rafecas, Daniel E., *Delitos contra la Libertad cometidos por funcionarios públicos*, ob.cit., p. 214/215.

del artículo 144 tercero, habida cuenta de la particular posición de garante en que se encuentra dicho agente”⁹¹.

A su vez, se señaló que el autor considera que la tipificación como un delito de tortura en comisión por omisión dependerá fundamentalmente del grado de cercanía del garante para con la intangibilidad del bien jurídico, en especial, si la guarda o custodia de detenidos forma parte de central de su actuación profesional⁹².

También se indicó que no se comparte esta posición, por cuanto se presenta como violatoria del principio de legalidad. En los casos señalados por Rafecas, más allá del grado de cercanía del garante para con la intangibilidad del bien jurídico, la figura penal aplicable será la prevista por el art. 144 cuarto, inciso 1° del Código Penal.

Ahora bien, autores como Donna y Barbero sustentan un criterio distinto en relación a esta figura. Consideran que la misma contempla un delito de omisión pura o simple, donde no se imputa el resultado no evitado en autoría en comisión por omisión, sino que se imputa un injusto independiente y distinto que consiste en no evitar la comisión de un delito, en el que el funcionario no es garante⁹³.

Desde mi punto de vista el tipo en estudio prevé contempla una omisión impropia por la que se castiga al funcionario competente cuando éste no evita que otro u otros torturen, sea impidiendo la aplicación de la tortura o haciendo cesar una tortura en marcha.

Sin embargo, debido al criterio al que adhiero, referente a que los tipos omisivos impropios deben encontrarse expresamente tipificados y no pueden construirse analógicamente, no comparto la opinión sustentada por Rafecas, referente a que en determinados casos (como el del funcionario omitente que, estando de servicio, tomo conocimiento de una tortura que se está llevando a cabo por otro), “frente a la comisión activa de un acto de tortura, perpetrado por otros funcionarios, la omisión de intervenir a fin de hacer cesar el ilícito, estando en funciones, puede encuadrar, de darse todos los requisitos generales de la comisión por omisión, en el tipo del artículo 144 tercero, habida

⁹¹ Rafecas, Daniel E., *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob.cit., p. 158.

⁹² Rafecas, Daniel E., *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob.cit., p. 158.

⁹³ Barbero, Natalia, ob.cit., p. 269.

cuenta de la particular posición de garante en que se encuentra dicho agente”⁹⁴.

Por ello, como indiqué al tratar la doble modalidad del delito de imposición de torturas, estimo que los supuestos de hecho que versen sobre omisiones de evitación de actos ajenos, en los que el omitente se encuentre en posición de garante, deben calificarse, en caso de encontrarse reunidos todos los elementos que requiere el tipo penal, como configurativos de del delito previsto y penado por el artículo 144 cuarto inciso 1° del Código Penal.

Desde el punto de vista subjetivo, puede decirse que nos encontramos ante una figura dolosa, en la que no puede descartarse el dolo eventual. El sujeto activo del delito debe saber que a una persona privada se le están aplicando torturas o que estas habrán de ser infligidas, y a pesar de ello no evitarlas o interrumpirlas.

2.4. Omisión de denunciar el delito de tortura

Esta figura se encuentra tipificada en el art. 144 cuarto, inciso 2° del Código Penal, el cual establece: **“La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competentes. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión”**.

Para la mayor parte de la doctrina se trata de un encubrimiento, que se califica o agrava por el delito que se encubre en la omisión, por lo que, para que se dé el supuesto legal tiene que haber existido el delito de tortura consumado o tentado⁹⁵.

Este delito opera para los casos de los funcionarios que no son competentes para evitar la comisión del delito de torturas, ya sea porque carece de las atribuciones requeridas o porque no está en una relación de cercanía espacial con el objeto de ataque, entonces sólo queda, como deber residual, el

⁹⁴ Rafecas, Daniel E., *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob.cit., p. 158.

⁹⁵ Donna, Edgardo A., ob.cit., p. 198.

denunciar el hecho dentro de las 24 horas. ante la autoridad que si resulta competente para hacerlo cesar, o si el hecho ya se agotó, para investigarlo⁹⁶.

En relación a la actuación del médico es importante destacar que el tipo contempla sólo los casos en los que los profesionales de salud, que a la vez ostentan la calidad de funcionarios públicos, toman conocimiento de un hecho cometido por otro u otros funcionarios y no realizan la denuncia correspondiente; por el contrario, no prevé esta disposición legal la conducta del médico que participa o interviene durante la aplicación de la tortura.

En el último de los supuestos mencionados, según el caso concreto, el médico habrá de responder como autor, coautor o como partícipe, de acuerdo a su intervención.

2.5. Omisión de persecución

El inciso 3° del artículo 144 cuarto del Código Penal establece: **“Sufrirá la pena prevista en el inciso 1 de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas”**.

Señala Donna que este tipo penal comprende dos acciones diferenciadas que debe realizar el juez, que es el único sujeto activo posible: la primera consiste en no instruir el sumario correspondiente cuando el juez tiene competencia para ello; la segunda, en no denunciar el delito de tortura al juez competente⁹⁷.

Es claro que este tipo penal presenta un problema cuando el hecho que amerita la denuncia se produce en territorio de provincias que, como por ejemplo la de Buenos Aires, han estipulado que el órgano competente para promover y ejercer la acción penal es el Ministerio Público Fiscal.

En efecto, en dichos casos el juez no es el sujeto con competencia para “instruir sumario”, sino el fiscal, quien, conforme la redacción del tipo y por imperio del principio de legalidad no puede ser sujeto activo del delito.

⁹⁶ Rafecas, Daniel E., *Delitos contra la Libertad cometidos por funcionarios públicos*, ob.cit., p. 218.

⁹⁷ Donna, Edgardo A., ob.cit., p. 201.

Desde el punto de vista de Barbero, la figura en estudio contempla dos nuevos casos de delitos de omisión pura⁹⁸.

En opinión de Buompadre, nos encontramos frente a un delito especial, de omisión impropia, doloso y de peligro, que se consuma con el vencimiento del término legal de veinticuatro horas de haber tomado conocimiento de la aplicación de torturas⁹⁹.

Se excluye de este tipo penal el caso del juez competente para evitar la imposición de las torturas mientras estas perduran, que es aquel a cuya disposición se encuentra el detenido sometido a torturas.

En tal caso, de darse los requisitos del tipo, resultará de aplicación el art. 144 cuarto inc. 1°.

2.6. Agravantes genéricas

Las agravantes genéricas se encuentran previstas por el inciso 4° del artículo 144 cuarto del Código Penal, el cual reza: **“En los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo”**.

En general, se considera que la agravante referida a la inhabilitación especial perpetua para desempeñar cargos públicos no presenta inconvenientes.

Por el contrario, sí se discute en doctrina si la inhabilitación para tener o portar armas de todo tipo se vincula únicamente con las armas de fuego o si se extiende también a las armas blancas.

Personalmente, participo de la opinión que considera que la inhabilitación sólo comprende a la tenencia o portación de armas de fuego, debido a que en dichos supuestos la inhabilitación debe recaer sobre una actividad que requiere autorización del Estado¹⁰⁰.

Por otra parte, Barbero advierte con claridad que es criticable que se prevea esta pena accesoria para los casos omisivos y no para la conducta comisiva

⁹⁸ Barbero, Natalia, ob.cit., p. 271.

⁹⁹ Buompadre, Jorge E., ob.cit., p. 571.

¹⁰⁰ Ver Creus, Carlos – Buompadre, Jorge, *Derecho Penal Parte Especial. Tomo 1*, ob.cit., p. 342/343.

del torturador, “quien generalmente se acercará más a la utilización de armas...”¹⁰¹.

2.7. Omisión funcional culposa

El artículo 144 quinto del Código Penal expresa: **“Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario”**.

En este caso, a diferencia de lo que sucede con las restantes figuras analizadas, nos encontramos frente a un delito culposo o imprudente.

La esencia del tipo radica en que la tortura no se habría dado si el funcionario hubiera cumplido su deber objetivo de cuidado; si el funcionario al que alude el tipo hubiera concretado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios para que otro no ejecute el hecho previsto por el artículo 144 tercero del Código Penal. En otras palabras, el tipo contempla los casos en que la omisión culposa del funcionario permite que otro torture en las circunstancias descriptas.

De este modo, la acción típica se da cuando no se ha establecido la debida vigilancia o no se han adoptado los recaudos necesarios (no se han tomado las previsiones suficientes) para evitar las torturas, dando lugar a que estas se lleven a cabo.

En definitiva, se trata del funcionario responsable que, obrando de forma imprudente, no mantiene por debajo de la línea de riesgo permitido una fuente de peligro que luego se concreta en el resultado lesivo.

Así, Donna señala que se trata de un tipo de omisivo en el que la omisión culposa del funcionario es la que permite que un tercero realice las torturas. “De modo que, como en todo tipo imprudente, se exige una relación directa

¹⁰¹ Barbero, Natalia, ob.cit., p. 273.

entre la violación del deber de cuidado y la comisión del hecho por parte de un tercero”¹⁰².

Es sumamente importante señalar que si la omisión está dirigida intencionalmente a que se cometa el delito no será este el tipo penal aplicable, sino, conforme el criterio sustentado al tratar las restantes figuras vinculadas a la tortura, el previsto y penado por el art. 144 cuarto, inciso 1° del Código Penal.

Tal como señala Barbero, el delito es especial, propio, por tratarse de un tipo de omisión impropia en el cual sólo puede ser autor quien se encuentra en posición de garante, quien puede ser el funcionario que se encuentre a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo donde se encuentren personas privadas de libertad, como por ejemplo el jefe de policía, un comisario, el alcaide una unidad penal¹⁰³.

El delito se consuma cuando se concreta la imposición de las torturas sobre la víctima, mediando un incumplimiento del deber objetivo de cuidado que pesa sobre el sujeto activo de la omisión culposa. En este caso, a quien resulte autor de la imposición de torturas le será imputable la figura más grave prevista y penada por el artículo 144 tercero del Código Penal.

Rafecas cita como ejemplos de este delito el caso del comportamiento omisivo imprudente del jefe de unidad que no ejerce ningún control sobre el personal subordinado que tiene contacto con personas detenidas, estando obligado a hacerlo (obviamente, en caso de que se impongan torturas a una persona privada de su libertad); y el de quien no asume su rol frente a una situación de peligro extremo desatada en el lugar y respecto de las personas de las que es responsable (motines, enfrentamientos con el personal de seguridad)¹⁰⁴.

3. Estado actual de la problemática de la tortura. Su vigencia luego de la restauración democrática.

Como se ha expresado, existen serias y severas denuncias referentes a que esas torturas, que legalmente se hallan absolutamente proscriptas, son

¹⁰² Donna, Edgardo a., ob.cit., p. 203.

¹⁰³ Barbero, Natalia, ob.cit., p. 274.

¹⁰⁴ Rafecas, Daniel, *Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*, ob.cit. p. 222.

impartidas hoy en día en forma sistemática, al menos en las comisarías y en los centros de detención de la provincia de Buenos Aires.

La reforma introducida al Código Penal por la ley 23.097 en el año 1984, motivada por los terribles hechos cometidos durante la última dictadura militar e inspirada en instaurar un nuevo régimen de máximo respeto por la dignidad de las personas, modificó la situación jurídica en relación con las torturas, pero en el plano de la realidad no alcanzó los objetivos que se propuso.

Es tan lamentable como reprochable que a pesar de la restauración de la democracia, de la sanción de la ley 23.097 y de la reforma constitucional de 1994, las cuales se traducen en una fuerte protección normativa de la dignidad, la libertad, la integridad física y psíquica y hasta la vida misma de las personas, exista un sistema penal subterráneo en el que la policía y los agentes del servicio penitenciario aplican sistemáticamente la tortura, mientras que el poder judicial y el poder político invisibilizan, encubren y naturalizan esta realidad.

Más problemática aun es esta cuestión debido a que cuando hablamos de torturas no hablamos de un delito común, o sea, de una infracción penal que puede ser cometida por cualquier ciudadano; muy por el contrario, estamos hablando de un crimen de Estado que sólo puede ser cometido por un funcionario público y que posee un claro contenido político. Como sostiene Rafecas, “la calidad de funcionario público en el autor de este delito resulta inherente a la historia semántica de la tortura, hace a la propia connotación del término y de la institución significada”.¹⁰⁵

Con relación a lo dicho en este punto puede citarse la opinión de Ganón, quien señala lo siguiente:

- hechos de tortura similares a los perpetrados durante la última dictadura militar siguen ocurriendo en las sombras de cárceles y comisarías. Y a estos debemos añadirle los actos de tortura, las vejaciones y los apremios que protagoniza la policía en sus intervenciones en la vía pública.
- Esos crímenes, ocurren con la complicidad de funcionarios de todos los poderes del estado.

¹⁰⁵ Rafecas, Daniel E, *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob.cit., p. 110.

- La condena pública de hechos de tortura no tiene la misma entidad que condena hechos ocurridos durante la dictadura¹⁰⁶.

La vigencia de la tortura a pesar de los importantísimos avances logrados en materia legislativa evidencia que el problema vinculado a esta práctica ilegal no se encuentra en las normas. Por lo tanto, como sostiene Ganón, pensar sólo en las leyes y dejar de lado la observación y el estudio de los hábitos de los agentes policiales y penitenciarios, los operadores del sistema judicial y los restantes poderes políticos, puede tornar absurdo cualquier intento de prevención de la tortura¹⁰⁷. Las dificultades con relación a la tortura son esencialmente políticas y culturales.

En la Provincia de Buenos Aires, el Comité Contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria realiza informes anuales sobre violaciones a los derechos humanos en los lugares de detención.

El Comité hace referencia a la variedad de métodos utilizados, y aunque parezca mentira, hoy, en plena democracia, en los lugares de encierro se implementan: el submarino seco o húmedo, la picana eléctrica, los palazos con bastones de madera o goma maciza, las golpizas reiteradas, las duchas o manguerazos de agua helada, el aislamiento como castigo y los traslados constantes¹⁰⁸.

También se ha comprobado que la aplicación de la tortura se registra prácticamente en todas las unidades penitenciarias, por lo que puede afirmarse la generalidad del fenómeno y la existencia de patrones estructurales de violación de derechos de las personas privadas de libertad¹⁰⁹.

Asimismo, se señala que hay un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para prevenir y sancionar las violaciones de derechos humanos¹¹⁰.

Todo ello acarrea como consecuencia la inexistencia de espacios de no tortura, la cual, con distintas modalidades y frecuencias, existe en cada lugar de

¹⁰⁶ Ganón, Gabriel Elías, ob.cit., p. 89

¹⁰⁷ Ganón, Gabriel Elías, ob.cit., p. 87.

¹⁰⁸ Comisión Provincial por la Memoria. Comité Contra la Tortura, ob.cit., p. 75.

¹⁰⁹ Comisión Provincial por la Memoria. Comité Contra la Tortura, ob.cit., p. 75.

¹¹⁰ Comisión Provincial por la Memoria. Comité Contra la Tortura, ob.cit, p.75.

detención, provocando en el cuerpo y la psiquis de los detenidos un sufrimiento intenso que es sistemático, regular y generalizado¹¹¹.

Y lo mismo sucede en las cárceles de las restantes provincias y en las cárceles federales¹¹².

Los torturadores de hoy se encuentran dentro de las agencias policiales y del servicio penitenciario.

Los torturados de hoy pertenecen a los grupos poblacionales que resultan sistemáticamente seleccionadas por la policía en el proceso de criminalización secundaria y en la aplicación del sistema penal subterráneo; estos son, como usualmente se los identifica, los hombres jóvenes pobres o adolescentes de barrio precario: los excluidos.

En cuanto a la actitud que asume en la actualidad el Poder Judicial frente a los casos de torturas, apremios ilegales, vejaciones y severidades, lamentablemente, existe una coincidencia casi absoluta entre aquellos que estudian el fenómeno de la tortura, los que trabajan sobre el problema y los que lo sufren, en punto a que los hechos de tortura actuales no son investigados ni juzgados.

Si la tortura está formalmente prohibida y vivimos en una sociedad democrática, hay que preguntarse ¿por qué subsiste su aplicación? ¿Por qué subsiste la impunidad de los funcionarios públicos que las ejecutan?

Existen diferentes opiniones acerca del por qué de la subsistencia de la tortura a pesar de su absoluta prohibición.

En primer lugar, puede decirse que la lógica de lucha contra “el enemigo” que impera hace años a nivel prácticamente mundial no ha desaparecido; por el contrario, en nuestro ámbito sólo se ha conformado un nuevo enemigo que hoy en día es presa del sistema penal formal y del sistema penal subterráneo: el excluido.

Tal como señala Zaffaroni, “la seguridad nacional ha pasado a ser seguridad urbana y el poder otrora de las fuerzas armadas ha pasado a las policías, con

¹¹¹ Comisión Provincial por la Memoria. Comité Contra la Tortura, ob.cit, p. 76.

¹¹² Ver Procuración Penitenciaria de la Nación, Cuerpos Castigados, ob.cit.; Comisión Provincial por la Memoria. Comité Contra la Tortura, ob.cit; Informes anuales del CELS, vistos en www.cels.org.

el agravante de que éstas disponen de una capacidad de penetración en la sociedad que no tenían las fuerzas armadas”¹¹³.

La agencia policial, desde la perspectiva del citado autor, dentro del esquema del poder punitivo es la que por excelencia desarrolla el llamado sistema penal subterráneo, que “se traduce en masacres por goteo, en algunas ejecuciones policiales, en desapariciones forzadas, que también ocurren en tiempos que no son de dictadura y que han motivado decisiones de la propia Corte Interamericana, y en prácticas de tortura que, si bien no son sistemáticas, no han desaparecido”¹¹⁴.

Zaffaroni explica esta cuestión con claridad. Sostiene que “Con los cambios en el poder mundial, la llamada ideología de la seguridad nacional ha sido archivada, pero fue reemplazada por un discurso público de seguridad ciudadana como ideología (no como problema real, que es algo por completo diferente). A esta transformación ideológica corresponde una transferencia de poder, de las agencias militares a las policiales”¹¹⁵.

Pero, como se apuntó, la seguridad nacional ha pasado a ser seguridad urbana, y enemigo del estado ha dejado de ser el subversivo para pasar a ser el supuesto delincuente común¹¹⁶.

El proceso de liberación de la economía ha generado, o mejor dicho, profundizado la exclusión de ciertos sectores sociales por diversos motivos (baja de salarios, desempleo, suspensión de beneficios sociales, etc).

De dicho proceso de profundización de la exclusión parece derivar una consecuencia lógica: aquellos sectores sociales afectados pueden generar desorden y pueden, eventualmente, controvertir directamente ese proceso.

Así, puede palpase cómo un Estado con tendencia a profundizar los procesos de exclusión tiende a utilizar el poder punitivo para controlar los desbordes que puede acarrear la configuración de ese nuevo orden social; en otras palabras, para neutralizar la amenaza que pueden representar para los incluidos, aquellos que resultaron excluidos.

¹¹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, 2011, Ediar, Bs.As, p. 514.

¹¹⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, ob.cit, p. 611.

¹¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2007, Ediar, Bs.As., p. 18/19.

¹¹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, ob.cit, p. 514.

En la actualidad, estos individuos excluidos, a los que se pretende mantener en ese estado, y que Zaffaroni identifica como adolescentes o jóvenes de barrios precarios, son las presas del proceso de criminalización secundaria y de la aplicación del sistema penal subterráneo, y sobre ellos se aplica la tortura, la cual, como se dijo, siempre fue utilizada por Estado como herramienta fundamental para imponer y mantener el control y el orden dominante.

En este punto es más que interesante traer a colación algunas de las ideas que con extrema claridad expone Anitua en el capítulo X de su libro *Historia de los pensamientos criminológicos*.

El profesor manifiesta que existieron factores políticos y económicos que produjeron el abandono de las prácticas penales que se implementaron tras la Segunda Guerra Mundial¹¹⁷.

Con la caída de los Estados de bienestar y la implementación de esquemas de pensamiento criminológico neoconservadores y neoliberales, una vez que el mito de la guerra total y permanente frente al comunismo resultaba insostenible –particularmente en América Latina- se justificaron nuevas intromisiones imperialistas mediante prácticas como la de la guerra contra las drogas – implementada por el gobierno de los Estados Unidos y luego por los del resto del mundo- que permitieron seleccionar a determinados sujetos (negros, jóvenes, pobres)¹¹⁸.

Esta nueva selección no sería casual y respondería, entre otras cosas, a las nuevas modalidades económicas.

Señala Anitua que en este contexto se dieron cambios criminológicos y penitenciarios, en paralelo con los cambios socioeconómicos derivados de la implementación de una ideología neoconservadora.

Esta ideología conservadora, de matiz nacionalista y religiosa, instaurada en Estados Unidos, se importaría luego hacia otras áreas mundiales. "La fuerza de estos neoconservadores estaba basada en la crisis del Estado de bienestar y en las dificultades de los políticos de estos estados para resolver los problemas sociales en un contexto de estancamiento económico, problemas aumentados

¹¹⁷ Anitua, Gabriel, "Historias de los pensamientos criminológicos", Editores del Puerto s.r.l., Bs.As, 2010, p. 475.

¹¹⁸ Anitua, Gabriel, ob.cit, p. 475/475.

por el corporativismo sindical y la burocracia estatal –lo que también se refleja en la inflación-. Esa crisis del Estado de bienestar fue ampliada luego por los gobiernos conservadores, empeñados en desmantelarlo. Ello se verificó en el recorte del ‘gasto’ en viviendas, educación y demás cumplimientos de derechos sociales, volcándose esos dineros a reforzar el peso estatal en cuestiones queridas tradicionalmente por la derecha, como los gastos militares, policiales y penitenciarios (...). ”. Por ello señala la necesaria complementación entre políticas económicas y punitivas¹¹⁹.

En este punto también es pertinente traer a colación algunas ideas esbozadas por Jock Young. Este autor explica la transición de una sociedad de inclusión a otra de exclusión. Teniendo en cuenta que los cambios de los mercados dieron un aumento en los niveles del delito y el desorden y, también, a una problematización del orden en sí mismo, explica lo siguiente “Las reglas son más fácilmente quebradas, pero asimismo más rápidamente cuestionadas. La sociedad civil se convierte en segmentada y diferenciada; la gente se hace más cautelosa y estimativa de los demás a causa de una ontológica inseguridad (por vivir en un mundo plural donde las biografías individuales son menos ciertas) y la inseguridad material (un mundo de riesgo e incertidumbre). La combinación de un aumento en dificultad (delito, desorden, incomodidades) y un incremento en diferencia (que supone una diversidad y debate sobre las reglas mismas), produce no únicamente un cambio cualitativo de la sociedad civil, sino también un cambio en el sistema de control social, en particular de un creciente sistema actuarial de justicia. Por consiguiente, la exclusión en el mercado da fuerza a las divisiones y exclusiones dentro de la sociedad civil, lo que a su vez da pábulo a cambios cuantitativos y cualitativos impuestos por el estado. Y, finalmente, las respuestas del Estado tienen repercusiones al reforzar y exacerbar la exclusión de la sociedad civil y el mercado. La extraña máquina antropoémica de la modernidad tardía produce una propagación de la exclusión a través de su estructura, ayudado por el principal motor de un veloz desarrollo del terreno de las relaciones del mercado”¹²⁰.

¹¹⁹ Anitua, Gabriel, ob.cit., p. 477/478.

¹²⁰ Young, Jock, “La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía”, Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 99.

El sistema penal, tanto en nuestro ámbito como en otros, no sólo carece de capacidad para eliminar o neutralizar la violencia individual o colectiva, sino que es un verdadero sistema de producción de violencia institucional y, por lo tanto, de violación de derechos humanos.

Esto sucede, entre otras razones, porque, como afirma Bergalli, el sistema penal contemporáneo ha dejado de ser –si es que alguna vez lo fue- un control punitivo-estatal con fines de resocialización o reintegración social para sus clientes, pasando a convertirse en un formidable agente profundizador de la exclusión social, “ésta como rasgo esencial de los modelos de sociedad implantados por las reglas del mercado neoliberal y la desaparición de aquellos modelos que se regían esencialmente por las normas del Estado”¹²¹. Uno de los resultados de esta transformación es el de una perversa y obscena utilización del sistema penal como el ámbito de mayor violación de los derechos humanos, para profundizar las más aberrantes formas de exclusión social¹²².

En otro orden de ideas, con relación a los motivos que permiten la subsistencia de la tortura, puede señalarse que existen denuncias que dan cuenta de que Ministerio Público Fiscal no investiga estos hechos atroces; por el contrario, voces autorizadas sostienen que estas conductas que a diario protagonizan efectivos policiales y del servicio penitenciario permanecen en la más absoluta impunidad. La política que adoptan los fiscales locales con relación a la tortura y a la aplicación de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes contribuye a la proliferación de estas prácticas, debido a que la ejecución de las mismas no acarrea consecuencias. En un trabajo reciente el Juez Rafecas sostuvo que los hechos de tortura, por diversas razones, en un gran número de casos no son siquiera denunciados, y que los que sí lo son no logran superar ni siquiera los primeros pasos del proceso y son rutinariamente archivados, desestimados o sobreseídos; en otras palabras, permanecen impunes fomentando la reiteración de estas prácticas¹²³.

En opinión de Rafecas, esto sucede por varios motivos:

¹²¹ Bergalli, Roberto – Rivera Beiras, Iñaki – Bombini, Gabriel (compiladores), *Violencia y Sistema Pena*, Editores del Puerto s.r.l., 2008, Bs.As., p. 4/5

¹²² Bergalli, Roberto, ob.cit., p. 5 y 11.

¹²³ Rafecas, Daniel E, *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob.cit., p. 60/61.

- los autores de estos delitos no encuadran en ningún estereotipo de delincuente;
- se trata de delitos invisibles a la opinión pública y a los medios de comunicación (salvo estas excepciones);
- afectan a personas con alta vulnerabilidad frente al sistema penal, es decir, a personas muy alejadas del poder económico, político o comunicacional
- los autores de estos son lo que deberían encargarse de que no sucedan: son funcionarios públicos que deberían ocuparse de proteger la dignidad, la integridad física y la vida de las personas y no de destruirlas¹²⁴.

Por otra parte, es posible considerar que los jueces, generalmente, no asumen funciones de control.

La mayor cantidad de casos de imposición de torturas, apremios ilegales, severidades y vejaciones por parte de efectivos policiales se verifican en las intervenciones que se realizan por parte de la fuerza sin que exista autorización judicial.

En efecto, en los casos en que se llevan a cabo detenciones, requisas o registros de domicilio con autorización judicial, además de existir un control previo por parte de un magistrado con relación a la existencia de los motivos que justifican la restricción de derechos fundamentales, existe un control concomitante con la ejecución de la medida por parte del Fiscal (al menos este es el esquema vigente en la provincia de Buenos Aires).

Este control reduce notablemente el riesgo de que se cometan excesos, debido a que las autoridades judiciales están al tanto de la actuación que despliega la policía.

El problema, lógicamente, se suscita cuando la policía obra sin ningún tipo de control judicial previo ni concomitante. Allí el riesgo de excesos por parte de los uniformados se incrementa desmesuradamente.

Es el control judicial la herramienta fundamental para mitigar los efectos perniciosos del denominado sistema penal subterráneo, el que se traduce, en

¹²⁴ Rafecas, Daniel E, *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, ob.cit., p. 61.

palabras del Zaffaroni, en masacres por goteo, ejecuciones policiales, desapariciones forzadas de personas y torturas¹²⁵.

La ausencia de este control, profundiza la selectividad del proceso de criminalización secundaria, facilita las condiciones para las ejecuciones, las desapariciones y las torturas, y permite el desarrollo de otros procedimientos ilícitos que lleva a cabo la policía, como por ejemplo el fraguado de causas y la comisión de hechos delictivos.

Se ha investigado y estudiado que la policía tiende a violar leyes y reglamentos si interpreta que por ese camino pueden obtenerse resultados más favorables o más rápidos. Y si estos procedimientos ilegales y arbitrarios no se controlan adecuadamente se produce una aceptación del uso ilegal de la fuerza.

Existen estudios serios que demuestran que el Poder Judicial, históricamente, no ha elaborado líneas concretas de control sobre las detenciones sin autorización llevadas a cabo por la policía¹²⁶.

Por tal motivo, el incremento de los controles por parte del Poder Judicial sobre la actuación de la policía se impone para sostener y reforzar el anhelado estado democrático de derecho; como diría Zaffaroni, para controlar, encerrar o encapsular al estado de policía, que nunca desaparece y se encuentra en el interior del estado de derecho, en constante pulsión¹²⁷.

En este sentido, el autor citado en último término ha señalado que “La supresión de las masacres por goteo y la contención de las larvas de masacre por el propio equilibrio del sistema penal depende en gran medida de la posibilidad de control e investigación judicial, estrechamente vinculada a la estructura misma de ese poder del estado y del espacio de control que dispongan los jueces, que está condicionado tanto como espacio institucional y como espacio personal”¹²⁸.

¹²⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, ob.cit, p. 611.

¹²⁶ Martín, Adrián N., *Detenciones policiales ilegales y arbitrarias en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. Sobre las improntas del Estado de policía en la agencia judicial*, 2010, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Prefacio a cargo de Luis Niño, p. 2.

¹²⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro *Manual de Derecho Penal Parte General*, ob.cit, p. 21/22.

¹²⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, ob.cit, p. 611.

En definitiva, ese control tantas veces ausente se impone de acuerdo a nuestro diseño constitucional, el cual establece que las decisiones que afectan derechos como la libertad y la intimidad de las personas deben ser adoptadas por los jueces.

Tampoco existe un control judicial efectivo sobre las condiciones en que los sujetos privados de su libertad, sea en forma cautelar o por imposición de penas, cumplen su detención. Los ámbitos de encierro, en numerosas ocasiones, permanecen ajenos al control de los jueces.

Esta ausencia de control permite que desde el Estado se empleen mecanismos ilegales para el “gobierno de la cárcel”. La ausencia de control sumada a la inexistencia de consecuencias derivadas de la aplicación de la tortura, genera un clima más que propicio para su vigencia y proliferación a pesar de su prohibición formal.

Otro de los motivos que inciden sobre la subsistencia de la tortura son de índole estructural. Las pésimas condiciones en las que se encuentran los centros de detención en nuestro ámbito, el hacinamiento exagerado, la escasez de personal contratado por el Estado para custodiar grandes cantidades de detenidos, entre otras cosas, generan que se recurra a la tortura y a otras prácticas violentas para disciplinar a los internos y gobernar los lugares de encierro.

Desde otra perspectiva, puede decirse que **la lucha contra la tortura no es una cuestión significativa en la agenda política:** no existen reclamos de los sectores sociales cuyas voces son escuchadas que se vinculen con la necesidad de evitar la tortura, de castigar a sus ejecutores y de apartarlos de la función pública que desempeñan; por el contrario, los pedidos de los sectores sociales que están en condiciones de formularlos se acercan más a la “mano dura” y a cuestiones que desencadenan en el llamado populismo punitivo.

Dicho en otros términos: salvo excepciones, la vigencia de la tortura en plena democracia no es conocida, no es aceptada o no preocupa.

Resulta sumamente interesante la opinión de Ganón sobre esta cuestión. Señala este profesor que, precisamente, la lucha contra la realidad de la tortura “es la lucha contra los muy precisos mecanismo de negación instalados institucional y culturalmente. De esa manera, será posible, además de volver

visible el horror, convertirlo en nuestra responsabilidad aunque no seamos los autores del mismo. Debemos superar nuestra posición de meros espectadores para impedir así que el sistema de justicia criminal siga actuando guiado por prejuicios respecto de determinados grupos sociales”¹²⁹.

El profesor Iñaki Rivera Beiras brinda una explicación referente al punto en análisis que prácticamente permite conglobar todos los motivos previamente señalados -vinculados con la subsistencia e impunidad de la tortura- y otros tantos que no han sido considerados. Explica que pese a las prescripciones legales y a la existencia de mecanismos nacionales e internacionales de prevención la tortura es un hecho que no puede ser ignorado, y señala que “en el seno propio del sistema jurídico se aloja -estructuralmente- el monstruo / la posibilidad de la tortura (...) dicho ‘monstruo’ no habita exclusivamente en determinados rincones del sistema penal, sino que satura todo el cuerpo social”¹³⁰.

Rivera Beiras, luego de realizar tal afirmación, señala que toda esta cuestión puede resumirse mediante dos expresiones: “la banalización de las violaciones de los derechos humanos y de la tortura y la burocratización de los derechos humanos”¹³¹.

Respecto de la banalización de las violaciones de los derechos humanos expresa que “la percepción colectiva de la falta de trascendencia y significación de los casos de torturas, al ser comentados, en el mejor de los casos, como hechos excepcionales por los agentes del Estado y los medios de comunicación de masas, no sólo logra que pierda importancia el tema sino que acaba negando su realidad misma. Los ciudadanos pierden su capacidad de indignación y de reacción y contemplan la tortura y la impunidad de los torturadores como un elemento más de su vida cotidiana”¹³².

Con relación a la burocratización de los derechos humanos Rivera Beiras explica que “la firma de tratados internacionales, la exuberante aparición de oficinas de derechos humanos en muchas instancias estatales y el uso de la

¹²⁹ Ganón, Gabriel Elías, ob.cit., p. 88.

¹³⁰ Bergalli Roberto – Rivera Beiras, Iñaki (Coords), *Torturas y abuso de poder*, 2006, Anthropos; Barcelona, p. 83.

¹³¹ Bergalli Roberto – Rivera Beiras, Iñaki (Coords), ob.cit, p. 83/84.

¹³² Bergalli Roberto – Rivera Beiras, Iñaki (Coords), ob.cit, p. 83/84.

necesidad de su defensa en los discursos políticos oficiales, enmascaran situaciones de real indefensión y abuso de poder”¹³³.

En el punto anterior he tratado de mencionar algunos de los motivos que en general se analizan para intentar explicar el por qué de la vigencia y la impunidad de la tortura.

En particular, siguiendo a Rivera Beiras y a Ganon, puede sostenerse que la “naturalización del horror” y “la banalización de las violaciones de los derechos humanos y de la tortura” generan el clima propicio para la subsistencia y proliferación de la tortura y de los tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes.

Ahora bien, más allá de lo preocupante que resulta el cuadro descrito, es claro que deben pensarse y desarrollarse políticas y estrategias para afrontar la problemática de la tortura.

Cuando se repasa la historia de la tortura –siempre presente-, cuando se descubre cómo opera la policía, qué es lo que realmente pasa dentro de la cárcel y cuál es la actitud que asume el estado al respecto, se advierte un panorama verdaderamente complicado.

Lamentablemente, no existe una fórmula mágica para erradicar o al menos disminuir realmente los márgenes de violencia institucional; sin embargo, sí existen algunas ideas que han sido desarrollados por actores y pensadores que se ocupan de luchar contra ésta, que pueden ser mencionadas en este punto.

En el contexto descrito, en primer lugar debe mencionarse que resulta imprescindible desarrollar acciones positivas para hacer frente a la violencia institucional, en la medida que, aunque obviamente éstas no la erradican y desconocemos si la reducen, al menos no la encubren ni la invisibilizan, y procuran articular mecanismos concretos para visibilizarla, desnaturalizarla y, así, evitar algunas de sus manifestaciones concretas.

Resulta sumamente interesante la opinión de Ganón sobre esta cuestión. Señala este profesor que, precisamente, la lucha contra la realidad de la tortura “es la lucha contra los muy precisos mecanismo de negación instalados institucional y culturalmente”¹³⁴.

¹³³ Bergalli Roberto – Rivera Beiras, Iñaki (Coords), ob.cit, p. 83/84.

¹³⁴ Ganón, Gabriel Elías, ob.cit.

La violencia institucional puede ser negada porque sus víctimas son los nuevos enemigos del estado o las nuevas vidas desechables y por la creciente desconexión cultural y física entre estos sujetos y los ciudadanos “decentes”, que facilita la despersonalización de los primeros. Todo esto permite no querer conocer o justificar el no actuar.

Como se mencionó, Cohen explica que la violencia estatal tiene dos caras: una, la violencia o acción ilegal propiamente dicha; otra la ausencia de comportamiento efectivo para evitarla o al menos enfrentarla. Así, si la violencia estatal no es combatida, tarde o temprano, se naturaliza.

En este contexto cobra sentido la afirmación formulada por Ganón, en punto a que la tortura es una realidad de todos los días, y la lucha contra la realidad de la tortura “es la lucha contra los muy precisos mecanismo de negación instalados institucional y culturalmente”. Luchar contra esa realidad (contra la negación), dice Ganón, permitirá volver visible el horror y contribuirá a impedir que el sistema de justicia criminal siga actuando tan selectivamente y al margen de la legalidad con relación a ciertos grupos sociales, guiado por prejuicios respecto de determinados grupos sociales. Debemos superar nuestra posición de meros espectadores para impedir así que el sistema de justicia criminal siga actuando guiado por prejuicios respecto de esos grupos¹³⁵. Hay que reconocer que la tortura existe y asumir la responsabilidad que nos corresponde, como funcionario, trabajadores, estudiantes o simplemente como seres humanos.

Desde esta perspectiva, se proponen varias cuestiones para prevenir la tortura y para contrarrestar estos mencionados mecanismos de negación.

Si se tiene en claro quién tortura, a quién se tortura y cómo y cuándo se lo tortura, pueden adoptarse ciertas medidas para luchar contra las estructuras que permiten que esas torturas normativamente prohibidas se sigan aplicando; para procurar reducir al máximo las oportunidades de producción de torturas¹³⁶. Por ejemplo, está estudiado y comprobado que el hacinamiento, además de constituir de por sí un trato cruel inhumano y degradante, en conjunción con la escasez de personal contratado por el Estado para custodiar grandes

¹³⁵ Ganón, Gabriel Elías, ob.cit., p. 88.

¹³⁶ Ganón, Gabriel Elías, ob.cit.

cantidades de detenidos, generan que se recurra a la tortura y a otras prácticas violentas para disciplinar a los internos y gobernar los lugares de encierro.

De este modo, atacar el hacinamiento constituye una manifestación clara en contra de la violencia institucional y, dentro de ella, de la tortura.

En esta línea, es sumamente interesante el Hábeas Corpus recientemente presentado por los Defensores Oficiales Coriolano y Boeri ante la Cámara de Apelación y Garantías¹³⁷, en el que solicitan que se arbitren los medios necesarios para generar un mecanismo de control de las condiciones de detención y la reducción del número de personas actualmente detenidas en el Complejo Penitenciario Batán, teniendo en cuenta que la institución carcelaria no cumple con los estándares (de dignidad) requeridos por la CN art. 18, y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, como también para obtener a través del mismo mecanismo, la fijación del cupo legal-constitucional máximo de cada una de las unidades del complejo, sin perjuicio y con independencia del cupo administrativo que hayan fijado las autoridades penitenciarias.

Solicitan los Defensores públicos, mediante la mencionada acción, que el cupo carcelario sea fijado por el poder judicial, tomando en cuenta el análisis no sólo del espacio, sino también de los recursos disponibles.

Se propone también la creación de un observatorio sobre las condiciones carcelarias, para que realice pericias por medio de expertos ajenos al Servicio Penitenciario sobre: la estructura edilicia (calefacción, cloacas, sanitarios, iluminación, cocina, ventilación), la alimentación (provisión de alimentos, nutrición, estado de los depósitos, regularidad en las prestaciones, dietas especiales) y la salud penitenciaria (instalaciones, stock de medicamentos, personal médico y de enfermería, ambulancia, cumplimiento de revisiones médicas, prevención y profilaxis de enfermedades infecto contagiosas).

A fin de mencionar otro ejemplo puede mencionarse que controlar desde el Poder Judicial los traslados de detenidos que realiza el Servicio Penitenciario también puede implicar un avance sobre la violencia institucional.

¹³⁷ Habeas Corpus Cámara Apelación y Garantías Mar del Plata, Sala II, C. 23.515 - "Coriolano, Mario – Boeri, Cecilia s / Habeas corpus colectivo". C Reg. 300/R.

Es común que los presos relaten episodios de tortura ocurrido durante los traslados. Entonces, por ejemplo, ordenando la producción de informes médicos a la salida del detenido y luego a su ingreso, es probable que se reduzcan los hechos que ocurren en esas circunstancias¹³⁸.

También evitar traslados sin orden judicial impedirá que el servicio penitenciario utilice los traslados constantes como mecanismo de tortura (la llamada calesita).

Una batalla pendiente consiste en tratar de romper con las sanciones de incomunicación y aislamiento, que aún se encuentran previstas normativamente (el aislamiento por tiempo determinado está previsto como sanción en la ley de ejecución) y, como señala Rivera Beiras en cuerpos castigados, “alojan la posibilidad que la tortura se produzca”¹³⁹.

Esta sanción debe ser derogada, porque propicia las agresiones y la imposibilidad de individualizar a los autores, ante la inexistencia de testigos.

Además, cuando se utiliza por tiempo prolongado, o reiteradamente, implica de por sí una tortura.

Por otra parte, se considera que es necesario restringir al máximo las facultades policiales de detener sin orden judicial. Se ha determinado a través del estudio de casos que son muchísimos los supuestos en que la tortura se produce en el momento mismo de la detención (para obtener información, como forma de disciplinamiento o amedrentamiento, etc.).

La mayor cantidad de casos de imposición de torturas, apremios ilegales, severidades y vejaciones por parte de efectivos policiales se verifican en las intervenciones que se realizan por parte de la fuerza sin que exista autorización judicial, tanto en aprehensiones por la comisión de delitos, como en detenciones por averiguación de identidad, que son privaciones de libertad que realiza la policía en forma absolutamente arbitraria y discrecional, con fines muy específicos, violando principios constitucionales y jurídicos existentes, siempre sobre ciertos grupos poblacionales discriminados y segregados¹⁴⁰.

En efecto, en los casos en que se llevan a cabo detenciones, requisas o registros de domicilio con autorización judicial, además de existir un control

¹³⁸ Ganón, Gabriel Elías, ob.cit.

¹³⁹ Procuración Penitenciaria de la Nación, *Cuerpos Castigados*, ob.cit.

¹⁴⁰ Causa 1576 del Juzgado de Garantías 4 de Mar del Plata, “G., L.O. s/ Habeas Corpus”.

previo por parte de un magistrado con relación a la existencia de los motivos que justifican la restricción de derechos fundamentales, existe un control concomitante con la ejecución de la medida por parte del Fiscal¹⁴¹.

Este control reduce notablemente el riesgo de que se cometan excesos, debido a que las autoridades judiciales están al tanto de la actuación que despliega la policía.

El problema, lógicamente, se suscita cuando la policía obra sin ningún tipo de control judicial previo ni concomitante. Allí el riesgo de excesos por parte de los uniformados se incrementa desmesuradamente.

Deberían convalidarse sólo las detenciones que se ajustan a las pautas que surgen de la Constitución Nacional y de los Tratados internacionales sobre derechos humanos.

También se dice que se debe trabajar sobre la respuesta institucional que se brinda a las víctimas que se atreven a denunciar.

Se ha estudiado y probado que con respecto a este delito existe una altísima “cifra negra” puesto que muchísimas situaciones no se denuncian por el evidente pánico a acusar a la policía o a los miembros del servicio penitenciario de la institución donde vive la víctima y donde debe seguir viviendo después de la denuncia¹⁴².

Esas respuestas deben ser evaluadas en cada caso. Pero esto conduce a otra cuestión que se vincula con la necesidad de empezar a escuchar la voz de los presos. Como dice Alcira Daroqui, la cárcel es lo que los presos dicen que es. Mucha veces se señala que la idiosincrasia de los miembros del poder judicial -y esto puede vincularse con los mecanismo de negación que mencionamos- hace que se la respuesta no sea la adecuada, ya que se piensa que el preso miente, especula, quiere vengarse de algún efectivo u otro tipo de estupideces similares.

Y, por último, se habla de la necesidad de asumir un compromiso político y cultural, y consiste, como dice Rivera Beiras en investigar, dar a conocer a toda la sociedad cuál es la realidad carcelaria, mostrarla a la opinión pública, presentarla a las autoridades que deben intervenir en esta cuestión y, algo que

¹⁴¹ Esta exigencia está determinada por los artículos 151, 219 y 225 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁴² Procuración Penitenciaria de la Nación, *Cuerpos Castigados*, ob.cit.; Comisión Provincial por la Memoria. Comité Contra la Tortura, ob.cit.

me parece de suma importancia, acercársela a los estudiantes de todos los niveles, porque evidentemente hay algo raro en algunos lugares de enseñanza (o bien porque se dicen y hacen cosas que no se deben, o bien porque no se dicen ni hacen cosas que sí deben hacerse). No por nada Foucault dijo que la verdadera tarea política, en una sociedad como la nuestra, es criticar el juego de las instituciones aparentemente neutras e independientes, como las que conforman el sistema educativo; criticarlas y atacarlas de tal manera que la violencia política que se ejerce oscuramente en ellas, sea desenmascarada y se pueda luchar contra ellas¹⁴³.

El horror que se vive en las cárceles de nuestro país debe hacerse visible.

¹⁴³ Visto en <http://www.youtube.com/watch?v=c2sYYBQk-mE>

SEGUNDA PARTE: Investigación de causas penales.

Se ha mencionado ya que esta investigación parte del presupuesto de que es posible que en nuestro ámbito exista una actividad investigativa deficiente en los casos vinculados a denuncias de aplicación de torturas y/o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta actividad deficiente fomenta y favorece la impunidad de los funcionarios estatales involucrados en la comisión de estos graves hechos delictivos, contribuyendo así a la subsistencia y proliferación de esas prácticas ilegales, inadmisibles de acuerdo a nuestro diseño constitucional.

También se dijo que se intentará comprobar que el Ministerio Público Fiscal de Mar del Plata niega o encubre la tortura al no calificar los hechos cometidos por funcionarios públicos como constitutivos del delito de tortura, cuando éstos infligen a personas privadas de su libertad dolores o sufrimientos graves; por el contrario, califica la conducta de esos funcionarios en forma eufemística, recurriendo a otros tipos penales menos graves y comprometedores, generalmente al de apremios ilegales.

1. Características básicas de la investigación.

El espacio geográfico con relación al cual se realizó la investigación es el que conforma el Departamento Judicial de Mar del Plata. Éste se encuentra ubicado en la República Argentina, al sudeste de la Provincia de Buenos Aires, y comprende los Partidos de General Alvarado, Balcarce, Mar Chiquita y General Pueyrredón, cuya ciudad cabecera es Mar del Plata.

Para el desarrollo de la investigación se estudiaron prácticamente todas las causas ingresadas entre el 1° de enero de 2010 y el 30 de junio 2011 a los Juzgados de Garantías N° 1 y 4 de Mar del Plata, vinculadas a la aplicación de apremios ilegales, vejaciones, severidades y torturas. Las causas correspondientes a ese período, de un año y medio exactamente, que no fueron relevadas, son aquellas que pasaron por cuestiones de competencia a otros de los Juzgados de Garantías locales –en el Departamento Judicial

funcionan 6 Juzgados de Garantías- o que fueron enviadas, también por cuestiones de competencia, a otros Departamentos Judiciales. Sólo unas pocas causas no pudieron analizarse porque, pese a haber sido formalmente solicitadas, no fueron enviadas a los Juzgados respectivos por algunas de las Unidades Fiscales de Mar del Plata.

Concretamente, se estudiaron un total de **43 causas**. De las mismas, **13** corresponden al Juzgado de Garantías n° 1 del Departamento Judicial Mar del Plata y **30** al Juzgado de Garantías n° 4 del mismo Departamento Judicial.

Para determinar qué causas ingresaron a cada uno de los dos Juzgados de Garantías se confeccionaron listados de procesos a través de las herramientas de búsqueda que posee el sistema de computación Lex-Doctor. En el período escogido para la realización de la investigación dicho sistema era obligatorio para el registro de causas de los Juzgados de Garantías. El Lex-Doctor permite identificar procesos con precisión, a través de distintos mecanismos de búsqueda. En este caso se escogieron dos de ellos de especial relevancia: por un lado, el correspondiente a las calificaciones legales de los procesos, habiéndose seleccionado únicamente los campos apremios ilegales, severidades, vejaciones y torturas; por otro lado, se seleccionaron únicamente los procesos calificados de la forma indicada, ingresados a los Juzgados de garantías entre el 1° de enero de 2010 y el 30 de junio 2011.

En base a ese método de búsqueda se pudo determinar con precisión cuáles eran las causas que debían requerirse a las distintas Fiscalías para su posterior estudio.

De las **43** causas escogidas para su análisis **13** tramitaron o tramitan en la Unidad Fiscal de Instrucción N° 4 Departamental, **28** en la Unidad Fiscal N° 7, **1** en la Unidad Fiscal N° 6 y **1** en la Unidad Fiscal N° 10.

En el Departamento Judicial Mar del Plata, en el fuero penal provincial, existen 2 Fiscalías de delitos económicos, 1 Fiscalía de delitos culposos, 1 Fiscalía de autores ignorados, 1 Fiscalía de flagrancia, 1 Fiscalía de ejecución y 6 Fiscalías de investigación y juicio. Estas últimas son las que asumen la investigación de los delitos de apremios ilegales, vejaciones, severidades y torturas.

Dichas Fiscalías funcionan bajo la superintendencia y organización del Fiscal de Cámaras, también llamado Fiscal General, según delegación del Procurador General. Concretamente, el Fiscal General se ocupa de dirigir la política de

investigación del ministerio Público Fiscal, de acuerdo con las instrucciones del Procurador General y las exigencias de su ámbito territorial de actuación (arts. 1 y 2 de la ley provincial 14.442).

El Fiscal General, entonces, debe dirigir la política fiscal de la investigación y de la persecución penal del Departamento Judicial a través del dictado de instrucciones, normativas y directrices que señalen a los fiscales inferiores cuáles son los objetivos concretos que interesan al Estado y qué caminos deben seguirse para alcanzarlos¹⁴⁴.

Con relación a la muestra escogida para elaborar la investigación debe hacerse una aclaración importante: la misma consiste prácticamente en la totalidad de los casos de apremios ilegales, severidades, vejaciones y torturas que ingresaron durante un año y medio a dos de los seis Juzgado de Garantías del Departamento Judicial de Mar del Plata; sin embargo, la muestra sólo podría representar un porcentaje de los hechos denunciados en ese año y medio, pero nunca de los hechos verdaderamente ocurridos, cuyo número parece prácticamente imposible de determinar, tomando en consideración que se sostiene que la mayor parte de casos de apremios ilegales, vejaciones y torturas no son siquiera denunciados.

Así, se ha dicho que con respecto a la tortura y a los malos tratos la denuncia no es una muestra válida del universo de lo que ocurre en ese campo; las personas que padecen este tipo de delitos generalmente no formulan la denuncia correspondiente, porque si lo hacen “lo que viene después es peor que lo que pasaba antes”¹⁴⁵.

En definitiva, lo que se pretende mediante el estudio de la muestra es analizar la actuación del Ministerio Público Fiscal en los pocos casos en que las víctimas, familiares o allegados de las mismas o funcionarios públicos formulan denuncias con relación a esos delitos.

2. Breves referencias sobre el proceso penal en la provincia de Buenos Aires y acerca de las investigaciones sobre torturas y malos tratos:

¹⁴⁴ Granillo Fernández, Héctor M. – Herbel Gustavo A., *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y Anotado*, 2005, La Ley, Buenos Aires, p 192.

¹⁴⁵ Procuración Penitenciaria de la Nación, *Cuerpos Castigados. Malos tratos físicos y tortura en cárceles federales*, 2008, Del Puerto, Buenos Aires, p. XVII.

En el año 1998, a través de la reforma introducida al Código Procesal Penal por la ley 11.922, la Provincia de Buenos Aires adecuó su procedimiento penal al sistema acusatorio, en el que las funciones de investigar y perseguir penalmente y las de juzgar o aun decidir sobre el mérito de las investigaciones previas deben deslindarse física y conceptualmente¹⁴⁶.

Así, sintéticamente y en lo que aquí interesa, debe señalarse que en nuestro ámbito, la etapa investigativa debe ser dirigida por el Fiscal, con intervención de la Defensa, y bajo el control del Juez de Garantías¹⁴⁷.

El CPPBA consagra que el Ministerio Público promoverá y ejercerá la acción penal de carácter público, en la forma establecida por la ley, dirigirá a la policía en función judicial y practicará la investigación penal preparatoria. A su vez, expresa que el Fiscal dirigirá, practicará y hará practicar la Investigación Penal Preparatoria actuando con la colaboración de la Policía en función judicial, solicitando las medidas que considere necesarias, ante los Jueces o ante cualquier otra autoridad. Y aclara que el Fiscal actuará con conocimiento, control y convalidación del Juez de Garantías, únicamente en los actos que lo requieran según las disposiciones establecidas por el CPPBA (arts. 56 y 59).

El CPPBA establece que la investigación penal preparatoria que, como se indicó, está a cargo del Fiscal, tiene por finalidad: 1.- Comprobar, mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad, si existe un hecho delictuoso. 2.- Establecer las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen, justifiquen o incidan en su punibilidad. 3.- Individualizar a los autores y partícipes del hecho investigado.- 4.- Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que han podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad. 5.- Comprobar a los efectos penales, la extensión del daño causado por el delito (art. 266).

Durante esa investigación, el Juez de Garantías será el encargado de custodiar las garantías constitucionales del imputado y la víctima y de velar por la vigencia del debido proceso legal¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Falcone, Roberto A. – Madina, Marcelo A., *El proceso Penal en la Provincia de Buenos Aires. 2° edición*, 2007, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 87.

¹⁴⁷ Falcone, Roberto A. – Madina, Marcelo A., *ob.cit.*, p. 87.

El centro de la discusión y la resolución final del conflicto habrá de darse en el ámbito natural de producción y discusión de la prueba, el juicio oral y público. En efecto, el sistema constitucional argentino deja establecido que el juicio sobre la acusación debe realizarse en forma oral, pública y contradictoria, con intermediación entre todos los sujetos que actúen, ante un tribunal competente, independiente e imparcial, con igualdad de armas entre la acusación y la defensa¹⁴⁹. Pero para llegar a ese juicio oral y público hay que superar la etapa investigativa, en la que el Fiscal debe reunir elementos suficientes para el ejercicio de la acción.

Como vimos, esa investigación se encuentra a cargo de los fiscales, que actúan bajo la superintendencia y organización del Fiscal de Cámaras, según delegación del Procurador General.

El Ministerio Público Fiscal, en nuestro ámbito, por disposición de la Constitución Nacional y el Código Penal, se encuentra sujeto al régimen de la oficialidad o legalidad procesal en lo concerniente a la obligación de perseguir penalmente la comisión de delitos de acción pública, como es el caso de la tortura, las vejaciones, las severidades y los apremios.

Este principio de oficialidad, previsto por el art. 71 del CP, determina que los órganos estatales encargados de la investigación penal de hechos que se han tipificado como delitos de acción pública deben actuar obligatoriamente, “sin supeditar su actividad persecutoria a condiciones de conveniencia o utilidad, actuando contra todas las personas que aparezcan involucradas en la perpetración de ese comportamiento típicamente antijurídico, a las que deberán someter al debido proceso para que el órgano jurisdiccional competente determine su responsabilidad penal o inocencia”¹⁵⁰.

Si bien hace algunos años atrás el ordenamiento procesal de la Provincia de Buenos Aires ha admitido la aplicación de algunos criterios de oportunidad, lo cierto es que esa posibilidad se encuentra restringida a los casos de insignificancia, aporte banal del o de un imputado al hecho, a casos en los que

¹⁴⁸ Falcone, Roberto A. – Madina, Marcelo A., *ob.cit.*, p. 91.

¹⁴⁹ Cafferata Nores, José I, *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. 2° edición, actualizada por Santiago Martínez*, 2008, Del Puerto s.r.l., Buenos Aires, p. 158.

¹⁵⁰ Baigún, David – Zafaroni, Eugenio Raúl, Directores, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 2B. Segunda edición*, 2007, Hammurabi, Buenos Aires, p. 376.

el autor ha sufrido una pena natural, o a los supuestos en que en un concurso de delitos la pena en expectativa carezca de relevancia con relación a los demás delitos imputados. Además, se ha señalado que esos criterios de oportunidad no son procedentes cuando media un interés público en la persecución penal o un supuesto de grave culpabilidad¹⁵¹. Por ende, no sería factible dejar de investigar y de ejercer la acción penal en ningún caso en que un funcionario público se vea implicado en un caso de vejaciones, severidades, apremios ilegales o torturas.

A lo expuesto debe añadirse que en el año 2001, el entonces Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dictó la resolución N° 1390, vigente al día de la fecha, que dispone que el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, a través de cada uno de sus integrantes, debe brindar máxima atención y especial importancia en lo que se refiere al ejercicio de sus atribuciones, a los hechos delictivos vinculados con torturas, apremios ilegales y delitos económicos que afectan el interés colectivo, como así mismo a los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones.

A su vez, dicha resolución establece que las investigaciones iniciadas por las infracciones mencionadas deberán hallarse a cargo de un Fiscal titular, quien no podrá hacer uso de las facultades delegatorias prescriptas por los Art. 267 y 293 del CPPBA, aunque debe mencionarse también que en el año 2003 la Procuración autorizó que, cuando medien razones que a criterio del Fiscal General así lo aconsejen, la investigación pueda delegarse en el Agentes Fiscales Adjuntos. Lo que es operativamente importante con relación a este punto es que estas investigaciones no pueden delegarse en la policía.

En el ámbito nacional, la cuestión vinculada a la necesidad y obligatoriedad de la investigación de los casos de tortura fue abordada con mayor profundidad y seriedad. En efecto, el 18 de febrero de 2011 la Procuración General de la Nación resolvió aprobar el Protocolo de actuación del Ministerio Público Fiscal para la Investigación de severidades, vejaciones, apremios ilegales y torturas, a los que los Sres. Fiscales con competencia penal de todo el país deben ajustar

¹⁵¹ Falcone, Roberto A. – Madina, Marcelo A., *ob.cit.*, p. 54.

las pesquisas en las que intervengan. El protocolo de Estambul se considera parte integrante de este protocolo¹⁵².

En aquella oportunidad, el entonces procurado Esteban Righi expresó que el Estado argentino, al ratificar diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, asumió frente a la comunidad internacional la obligación de adoptar en el ámbito de su jurisdicción todas las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

A su vez, destacó que la Convención contra la Tortura obliga a los Estados parte a tomar todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura, como también a investigar pronta e imparcialmente este tipo de delitos y a someter a enjuiciamiento a las personas respecto de las cuales se presume que han cometido esta clase de infracciones y a aplicar penas que consideren la gravedad de los hechos.

El mencionado Protocolo de actuación del Ministerio Público Fiscal para la Investigación de severidades, vejaciones, apremios ilegales y torturas brinda herramientas y pautas orientativas útiles para la investigación de estos hechos, y ha sido utilizado a lo largo de este trabajo para evaluar las medidas que adoptaron o dejaron de adoptar los Fiscales que investigaron o debían investigar las causas relevadas.

En definitiva, para concluir esta breve introducción se puede mencionar que el Ministerio Público Fiscal está obligado a investigar los delitos de apremios ilegales, vejaciones, severidades y torturas, y que no sólo no puede aplicar criterios de oportunidad que permiten suspender el ejercicio de la acción con relación a esos delitos, sino que, por el contrario, está obligado a instrumentar una política que asigne prioridad a estos hechos delictivos de importancia político institucional, por sobre los hechos no urgentes y la flagrancia en delitos de poco monta. Así lo establecen y reconocen la Constitución Nacional, los Tratados internacionales sobre Derecho Humanos, el Código Penal Argentino, la Resolución 3/11 de la Procuración General de la Nación y la resolución 1390

¹⁵² OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2001.

de la Procuración de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

3. Resultados de la investigación:

3.1 Modos en que se iniciaron los procesos.

El artículo 268 del CPPBA establece que las investigaciones penales pueden iniciarse por denuncia, por el Ministerio Público Fiscal o por la Policía.

En el caso que nos ocupa, las **43 causas** seleccionadas para su estudio, se iniciaron de la siguiente manera:

- **2** de ellas comenzaron por denuncias formuladas por la víctima del hecho o por un familiar de ésta en sede policial.
- **12** se iniciaron por denuncias presentadas o formalizadas por víctimas o familiares en la Oficina de Denuncias de la Fiscalía General.
- **4** por denuncias interpuestas en la Unidad Fiscal en turno a la fecha del hecho a investigar.
- **1** por una denuncia interpuesta por la víctima en la Unidad Fiscal Descentralizada de Balcarce.
- **14** de las 43 causas analizadas fueron iniciadas por denuncias formuladas por Jueces Penales que tenían a su cargo el control de la ejecución de una pena privativa de libertad o de una medida de coerción de los sujetos que resultaron víctimas de agresiones por parte de funcionarios estatales.
- **2** causas comenzaron mediante denuncias radicadas en otros departamentos judiciales.
- **6** investigaciones comenzaron por iniciativa del Ministerio Público Fiscal. Estas últimas, en la generalidad de los casos, fueron promovidas por Fiscales que intervenían en causas en las que los imputados refirieron haber sufrido malos tratos por parte de funcionarios públicos y, por tal motivo, remitieron copias a la Fiscalía General o al Fiscal en turno para que investigase posibles delitos de acción pública.
- **1** de los procesos estudiados se inició por una denuncia formulada por una jueza de familia
- **1** investigación se inició por iniciativa de un Defensor Oficial del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil.

3.2 Lugares en donde se cometieron los distintos hechos denunciados: En las causas analizadas fueron denunciados.

- **20** hechos cometidos en la vía pública, ejecutados por funcionarios policiales.
- **3** hechos perpetrados dentro de vehículos policiales.
- **16** hechos cometidos dentro de comisarías de la policía bonaerense.
- **12** delitos ejecutados en unidades penales pertenecientes al Complejo Penitenciario Batán; concretamente, se denunciaron 8 casos ocurrido en la Unidad Penal 15, 1 en la Unidad Penal 44 y 3 en la Unidad Penal 50 (destinada al alojamiento de mujeres).
- Por último, se denunciaron **3** hechos realizados en el interior del domicilio de las víctimas.

En muchas de las causas analizadas los hechos se perpetraron en más de un lugar. Sobre todo, se relevaron casos en que los hechos comenzaron a desarrollarse en la vía pública, durante procedimientos policiales de detención, o por la supuesta comisión de delitos en caso de flagrancia, o de contravenciones o por averiguación de identidad, y luego los hechos de violencia policial continuaron desarrollándose dentro de vehículos policiales o en el interior de comisarías.

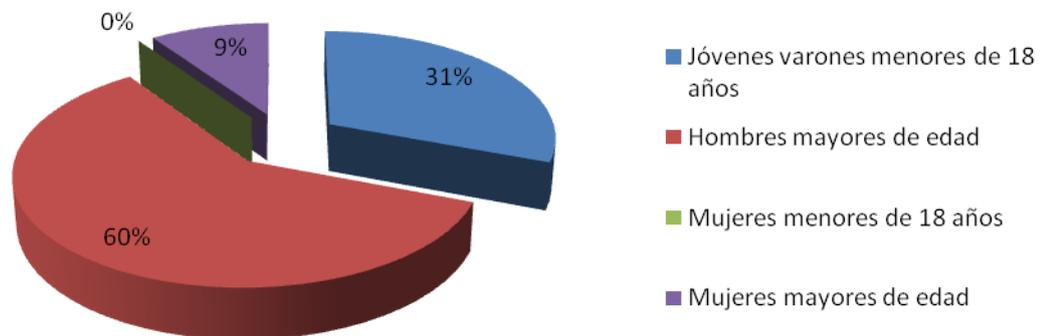
Un dato importante a tener en cuenta, y que será especialmente considerado en otros puntos de la investigación, es que en las actas que protocolizan las detenciones referidas figuran los nombres de los funcionarios policiales actuantes, como también las dependencias o seccionales policiales en la que cumplen sus funciones.

3.3 Víctimas. Edad y sexo.

Resultaron víctimas de los 43 casos estudiados: **16** jóvenes varones menores de 18 años; **31** hombres mayores de edad y **5** mujeres mayores de 18 años.

Lo números expuestos evidencian que en muchos de los hechos estudiados resultó víctima de apremios ilegales, severidades, vejaciones o torturas, según el caso, más de una persona.

Edad y sexo de las víctimas



3.4 Medidas de investigación y resguardo adoptadas por el Ministerio Público Fiscal.

3.4.1 Recepción de declaraciones testimoniales a víctimas y testigos.

Se relevaron **26 casos** en los que la víctima o las víctimas del hecho denunciado fueron convocadas por el Fiscal que debía instruir la causa a prestar declaración, con relación a los hechos. En **21** de esos casos, la declaración efectivamente fue recepcionada por Fiscal, mientras que en **5** de ellos la víctima no compareció ante el Fiscal.

La necesidad de que el Fiscal que instruye la causa reciba declaración a la víctima y la interroge acerca de las características del hecho resulta acuciante, en la medida que al ser la propia víctima, en la mayoría de los casos, quien más conoce sobre el hecho y sus autores, es a partir de la información que ésta ingrese al proceso que el Fiscal podrá, por un lado, adoptar las medidas de resguardo personal que en cada caso resulten necesarias (ej, la prohibición de acercamiento de determinados funcionarios hacia la víctima; la gestión de cambios de lugares de alojamiento respecto de víctimas privadas de su libertad, etc), y por otro, diagramar la estrategia de investigación que resulte conveniente según el caso (ordenar allanamientos de

instituciones, secuestros de vehículos o de indumentaria, intervenciones telefónicas, etc).

Ahora bien, sin perjuicio de lo importante que resulta recibir declaración a la víctima en forma urgente, una vez que el Fiscal toma conocimiento de la comisión del delito, lo cierto es que **en más de la mitad de los casos estudiados la demora para la recepción de esa declaración fue superior al mes, y en dos casos puntuales excedió el año de demora.**

La tardanza excesiva para la recepción de esa declaración, como se indicó, coloca a la víctima en una situación de mayor vulnerabilidad frente a los funcionarios públicos responsables de los hechos y conspira contra el avance de la investigación y el esclarecimiento de estos hechos inadmisibles.

Por otra parte, si se repara en que **sólo en 4 de los 43 casos estudiados la denuncia que dio inicio al proceso se interpuso ante el Fiscal que debía instruir**, se advierte la **necesidad imperiosa que existía de que en todos los otros casos el Fiscal que debía investigar los hechos recibiera en forma directa el testimonio de la víctima.**

El Protocolo de actuación del Ministerio Público Fiscal para la Investigación de severidades, vejaciones, apremios ilegales y torturas destaca especialmente la necesidad de que el Fiscal reciba la declaración de la víctima, al señalar que, una vez recibida la noticia del crimen, el Fiscal debe disponer el urgente traslado de la víctima a la sede de la fiscalía con las medidas de resguardo personal que la situación pueda requerir, o bien puede constituirse en la institución de detención, a los efectos de entrevistarse con el detenido.

En este punto cabe señalar que en ninguno de los casos estudiados el Fiscal se constituyó en el lugar de los hechos o en lugar en que se hallaba detenida la víctima, para mantener una entrevista con la misma y adoptar medidas de resguardo y/o investigación con relación a los hechos.

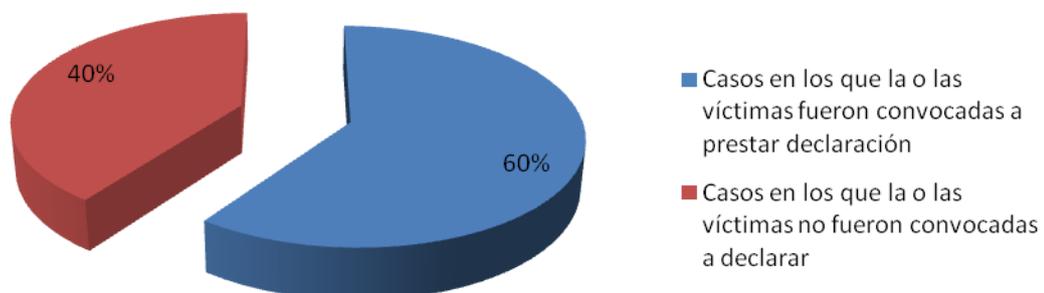
Más grave aún, es que **en 17 de los 43 casos analizados el Fiscal que debía instruir la causa no convocó a la víctima del hecho a prestar declaración.**

En este punto debe señalarse nuevamente que la recepción del testimonio de la víctima por parte del Fiscal en forma inmediata luego de que éste toma conocimiento del delito es esencial para el desarrollo y el éxito de la investigación y para el resguardo de la integridad física y psíquica de la víctima.

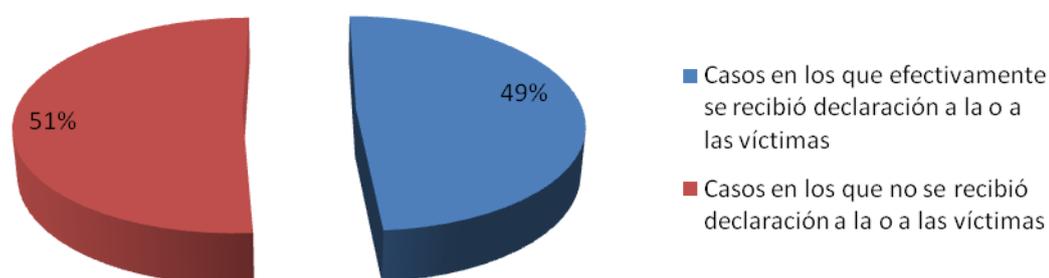
Como se indicó, en la investigación se ha detectado que **al menos en 22 casos el Fiscal no recibió declaración a la víctima del hecho que correspondía investigar**. También se advirtió que el mayoría de casos en que sí recibió declaración a la víctima, ello ocurrió luego de más de un mes del acaecimiento del hecho. Dichas omisiones y tardanzas, además de revelar una franca violación a la resolución N° 1390 de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, torna dificultoso que la investigación avance exitosamente, toda vez que impide que Fiscal obtenga datos clave acerca de las circunstancias relativas a la modalidad de la agresión, al tiempo y lugar de la misma, a la situación de la víctima al momento de la agresión, al contexto y circunstancias en que ocurrieron los hechos, al lugar concreto en que se verificaron, a las posibles motivaciones de los agresores, a las consecuencias de la agresión, a la existencia de testigos e identificación de estos, a la atención médica posterior al hecho, etc.

Se debe reiterar un dato crucial: no contar en forma rápida y eficiente con la declaración de la víctima, que es quien en la mayoría de casos más conoce sobre el hecho, torna dificultoso implementar con éxito otras medidas de investigación y de resguardo, estas últimas, orientadas a la protección de la víctima y de testigos.

Convocatoria a las víctimas a prestar declaración



Casos en los que efectivamente se recibió declaración a las víctimas

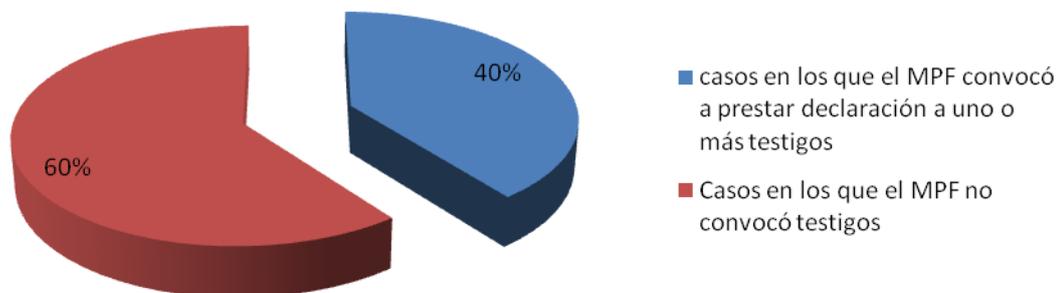


Nota: los valores porcentuales de los gráficos comparativos que aparecerán en esta parte del trabajo **son aproximados**.

Con relación a las **declaraciones testificales**, pudo advertirse del estudio de los **43 casos** seleccionados que en **17 de ellos el Fiscal que debía instruir la causa convocó a uno o más testigos a prestar declaración, mientras que en 26 casos no se recibieron declaraciones testificales**.

A lo mencionado puede añadirse que en la mayoría de casos en que la denuncia consistió en delitos cometidos por personal policial en procedimientos de detención, los testigos que convocó a declarar el Ministerio Público Fiscal fueron los que figuraron en las actas que protocolizan la detención como testigos de procedimiento. Éstos, al ser convocados por personal policial, por imperativo legal, para revestir de legalidad a sus actos, rara vez tienen conocimiento sobre los delitos cometidos por la policía, en la medida que su intervención suele ser anterior o posterior a la comisión del delito especial.

Convocatoria a testigos



En todas las causas que fueron relevadas se informó a las víctimas y los testigos las consecuencias que acarrearán la falsa denuncia y/o el falso testimonio

Prácticamente en todas las causas, se comunicaron a los sujetos que declararon los deberes y las facultades de abstención motivados en el parentesco.

Sólo en 13 de los casos estudiados consta en actas que el Ministerio Público Fiscal haya informado las víctimas sus derechos: 1 - A recibir un trato digno y respetuoso; 2 - A la documentación clara, precisa y exhaustiva de las lesiones o daños que se afirman sufridos por causa del hecho de la investigación; 3 - A obtener información sobre la marcha del procedimiento y el resultado de la investigación, debiendo anoticiársele la fecha, hora y lugar del juicio, así como la sentencia final cuando no concurriera a la audiencia de debate; 4 - A que se hagan mínimas las molestias que deban irrogársele con motivo del procedimiento; 5 - A la salvaguarda de su intimidad en la medida compatible con el procedimiento regulado por el CPPBA; 6 - A la protección de su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que depongan en su interés, preservándolos de intimidaciones o represalias, sobre todo si se trata

de una investigación referida a actos de delincuencia organizada; 7 - A requerir el inmediato reintegro de los efectos sustraídos y el cese del estado antijurídico producido por el hecho investigado en las cosas o efectos de su pertenencia, cuando ello corresponda según las disposiciones del Código; 8 - A procurar la revisión, ante el Fiscal de Cámara Departamental, de la desestimación de la denuncia o el archivo; 9 - A reclamar por demora o ineficiencia en la investigación ante el superior inmediato del Agente Fiscal interviniente (art. 83 CPPBA).

En ningún caso se recibieron declaraciones bajo reserva de identidad, aunque en este tipo de investigaciones, en que víctimas y testigos muchas veces sufren un verdadero y fundado temor de decir aquello que conocen de los hechos, esta medida puede resultar de suma importancia para el avance de la investigación. A su vez, debe señalarse que la recepción de declaraciones en estos términos está expresamente autorizada por el art. 233 bis del CPPBA.

En ninguno de los 43 procesos estudiados el MPF recibió declaraciones bajo reserva de identidad.

En ningún caso se implementó el programa de protección de testigos. Esta alternativa, al menos por lo que surge de las constancias de los expedientes analizados, tampoco fue ofrecida a ninguna persona.

En ninguno de los 43 procesos estudiados el MPF implementó el programa de protección de testigos.

En ningún caso, con posterioridad a la recepción de una denuncia o una declaración, el Ministerio Público Fiscal impulsó procedimientos para la protección o reubicación del denunciante o de algún testigo.

En ninguno de los 43 procesos estudiados el MPF impulsó procedimientos para la protección o reubicación del denunciante o de algún testigo.

En ningún caso, al recibir la denuncia o el testimonio de la víctima, el Ministerio Público Fiscal obtuvo o promovió la obtención de fotografías y/o filmaciones de las heridas o vestigios de golpes que presentaban muchas de las personas que fueron víctimas de los hechos que debían investigarse en las causas estudiadas.

En ninguno de los 43 procesos estudiados el MPF obtuvo o promovió la obtención de fotografías y/o filmaciones de las heridas o vestigios de golpes.

Prácticamente en ninguna de las causas estudiadas se advierte que el Ministerio Público Fiscal haya desarrollado interrogatorios precisos, indagando acerca del hecho, con fines investigativos, averiguando circunstancias relativas a la modalidad de las agresiones, al tiempo y lugar de las mismas, a la situación de las víctimas al momento de las agresiones, a los contextos y circunstancias en que ocurrieron los hechos, a los lugares concretos en que se verificaron, a la individualización de los agresores, a las posibles motivaciones de los mismos, a las consecuencias de las agresiones, a la existencia de testigos e identificación de los mismos, a las atenciones médicas posteriores a los hechos, etc.

En ningún caso los representantes del Ministerio Público Fiscal recibieron declaración testifical al o a los facultativos que practicaron informes médicos (en los casos en que se hicieron).

En ninguno de los 43 procesos estudiados el MPF recibió declaración testifical al o a los facultativos que practicaron informes médicos.

En ningún proceso el Ministerio Público Fiscal recibió declaraciones a funcionarios públicos que se hallaran presentes en el lugar en que ocurrieron los hechos o que pudieran haber tenido algún conocimiento

sobre estos y que no resultaren sospechosos o imputados con relación al delito.

En ninguno de los 43 procesos estudiados el MPF recibió declaración testifical a los funcionarios públicos que se hallaban presentes en el lugar del hecho.

En ninguna de las causas estudiadas el Fiscal llevó ante su presencia, por medio de un comparendo compulsivo, a los testigos citados que no comparecieron a la Fiscalía.

En ninguno de los 43 procesos estudiados el MPF requirió comparendos compulsivos con relación a los testigos que, pese a haber sido citados, no se constituyeron en la Fiscalía.

No consta en ninguna de las causas estudiadas que los representantes del Ministerio Público Fiscal que debían instruir las **hayan realizado tareas investigativas para ubicar testigos de los hechos**, con excepción de aquellos que fueron invocados en actas que protocolizan detenciones (en casi todos los casos de las víctimas) como testigos de procedimiento o de actuación.

3.4.2 Exámenes e informes médicos. Fotografías.

En **2** de los casos analizados las víctimas presentaron en el expediente informes médicos relativos a las lesiones sufridas.

En **8** de los casos relevados el único informe médico incorporado fue extraído de actuaciones labradas con motivo de la detención de la víctima de los apremios, las vejaciones o las torturas. Esos informes son elaborados por médicos de policía, con anterioridad a que el detenido víctima ingresa a la comisaría correspondiente; por lo tanto, muchas veces son realizados antes de que el hecho ocurra.

En **11** procesos los informes médicos fueron realizados por médicos de la Asesoría Pericial o de Hospital Público, por orden del Juez que denunció el

hecho o del miembro del Ministerio Público Fiscal que recibió la denuncia (no por el Fiscal que investigó el hecho).

En **3** de los 43 casos analizados los informes médicos fueron realizados por médicos de la Asesoría Pericial o de Hospital Público por orden del Fiscal que instruyó la causa.

Finalmente, **en 17 causas de las que fueron investigadas no se hallaron exámenes médicos incorporados al legajo.**

En 17 de las 43 causas estudiadas (39,5%) no se incorporaron al expediente informes médicos de ningún tipo.

En este punto debe remarcarse que en ninguna de las causas estudiadas el hecho denunciado consistió únicamente en maltrato psicológico, con lo cual, la incorporación de informes médicos al proceso resultaba, en todos los casos, de suma importancia para la acreditación de la materialidad de los hechos.

En **ningún caso se realizaron estudios complementarios** para detectar eventuales lesiones internas.

En ningún caso se realizaron estudios complementarios.

En **ningún caso se obtuvieron muestras de sangre** para la realización de estudios toxicológicos ante la eventualidad de que le hayan administrado a la víctima fármacos o sustancias estupefacientes.

En ningún caso se obtuvieron muestras de sangre.

En **ningún caso los médicos que practicaron los reconocimientos acompañaron fotografías a sus respectivos informes**, donde se puedan visualizar las secuelas de las agresiones sufridas por las víctimas.

En ningún caso se acompañaron fotografías a los informes médicos realizados.

En ningún caso se realizó al médico informante el denominado interrogatorio de compatibilidad de la evidencia médica con el relato de la víctima y/o los testigos.

En ningún caso se realizaron interrogatorios de compatibilidad.

En ningún caso se brindo a la víctima del hecho que debía investigarse atención psicológica ni se le practicó peritaje, ante denuncias o sospechas de que padeció un maltrato psíquico por parte del autor.

Como consecuencia de las omisiones señaladas, en ninguna caso pudo determinarse si la agresión sufrida por la víctima le ocasionó algún tipo de incapacidad para valerse por sí misma, como insomnio, pánico, stress, angustia, miedo, etc.

El protocolo de actuación del Ministerio Público Fiscal para la investigación de severidades, vejaciones, apremios ilegales y torturas señala que el Fiscal debe inquirir si la agresión ocasionada a la víctima de estos delitos ha ocasionado a la víctima secuelas de las características de las mencionadas.

En ningún caso se brindo a la víctima del hecho que debía investigarse atención psicológica ni se le practicó peritaje.

3.4.3 Obtención de documental de interés. Allanamientos. Reconocimientos de personas. Confección de cuadros de autoridades.

Frente a la posible comisión de un delito por parte de un funcionario público, en especial personal policial o del servicio penitenciario, resulta de sumo interés, y vital para el desarrollo de la investigación, el secuestro de documentos, indumentaria, imágenes captadas por cámaras de seguridad y otros tantos elementos.

El Protocolo de actuación del Ministerio Público Fiscal para la investigación de severidades, vejaciones, apremios ilegales y torturas señala expresamente esta cuestión, al indicar que luego de obtenido el testimonio de la víctima debe promoverse ante el juez interviniente el urgente allanamiento de los

establecimientos vinculados con los hechos investigados, con el objeto de secuestrar documentación (legajos personales referentes a los funcionarios que se hallaban en servicio al momento del hecho, libros de guardia y novedades, actuaciones o sumarios administrativos, correctivos disciplinarios, actas, constancias), imágenes grabadas por las cámaras que eventualmente se encuentren instaladas y otros efectos que resulten de interés para la investigación según el caso, tales como indumentaria de las personas involucradas en el hecho para su posterior estudio. A eso podría añadirse que en casos concretos el allanamiento también puede resultar una medida idónea para incautar elementos de tortura, para inspeccionar el lugar de los hechos en busca de rastros y vestigios del delito y para identificar posibles testigos del suceso a investigar.

En la misma línea, se advierte que frente a determinados hechos cometidos por funcionarios públicos puede resultar útil para la investigación el secuestro y la posterior requisa de los vehículos (móviles policiales, camiones de traslado, automóviles y camionetas), a fin de buscar elementos relacionados con el delito a investigar o huellas y rastros del éste.

En otro orden de ideas, puede señalarse que el secuestro de la documental a la que se ha hecho referencia posibilita que luego se confeccionen por parte del investigador cuadros de autoridades, que no sólo permiten determinar qué funcionarios se hallaban en funciones en la institución y cuál era la cadena de autoridades al momento del hecho, para poder desarrollar líneas investigativas que abarquen todos los grados de responsabilidad (delitos activos dolosos y omisiones funcionales dolosas y culposas), sino también concretar diligencias de reconocimiento en rueda de personas, o por fotografías, esenciales para la identificación de los autores del delito.

Ahora bien, más allá de lo esencial y básico que resulta lo señalado en los párrafos anteriores, la investigación ha arrojado como resultado que: **en ningún caso el Ministerio Público Fiscal solicitó al Juez de Garantías competente autorización para allanar alguna de las comisarías o establecimientos penitenciarios en que ocurrieron los hechos, o donde cumplen tareas los funcionarios públicos (policiales o penitenciarios) que podían guardar vinculación con los hechos.** Por supuesto que la no realización de estos allanamientos impidió que pudiera materializarse el

secuestro de los elementos mencionados al inicio de este punto y que pudieran desarrollarse tareas investigativas en los lugares escenario de los hechos denunciados.

En ninguna de las 43 causas estudiadas el MPF solicitó al Juez de Garantías competente autorización para allanar alguna de las comisarías o establecimientos penitenciarios en que ocurrieron los hechos, o donde cumplen tareas los funcionarios públicos (policiales o penitenciarios) que podían guardar vinculación con éstos.

A su vez, **en ninguna de las causas estudiadas el Ministerio Público Fiscal requirió autorización judicial para secuestrar y requisar vehículos pertenecientes a la policía o el servicio penitenciario** que podían tener relación con los hechos investigados.

En ninguna de las 43 causas estudiadas el MPF solicitó autorización judicial para secuestrar y requisar vehículos pertenecientes a la policía o el servicio penitenciario que podían tener relación con los hechos investigados.

En ninguna de las investigaciones penales referidas el Ministerio Público Fiscal confeccionó cuadro de autoridades en funciones en el establecimiento implicado, correspondiente al momento del hecho.

En ninguna de las 43 causas estudiadas el MPF confeccionó cuadro de autoridades en funciones en el establecimiento implicado, correspondiente al momento del hecho.

Y si bien en el contexto de los casos analizados pudo determinarse que en **8 casos una o más víctimas identificaron a los funcionarios públicos agresores**, y en otros **8**, expresaron estar en condiciones de reconocer a los autores del delito, es llamativo que en **solo un caso el Fiscal ordenó la**

realización de reconocimientos (que, por cierto, varios de ellos arrojaron resultados positivos con relación a los funcionarios policiales denunciados).

Es importante reiterar este dato: **sólo en una causa de las 43 que fueron estudiadas el Ministerio Público Fiscal ordenó la realización de reconocimientos en rueda de personas, y el resultado fue positivo**, debido a que las dos víctimas del hecho en cuestión reconocieron a varios de los funcionario policiales que participaron de la diligencia como a los autores del delio que padecieron. El caso será estudiado en otro punto de este trabajo en forma autónoma.

En 1 de las 43 causas estudiadas (2,32%) el MPF ordenó la realización de reconocimientos en rueda de personas.

Lógicamente, **no puede determinarse si en alguno de los 22 casos en que no se recibieron declaraciones a las víctimas éstas podían identificar o reconocer a los funcionarios públicos agresores.**

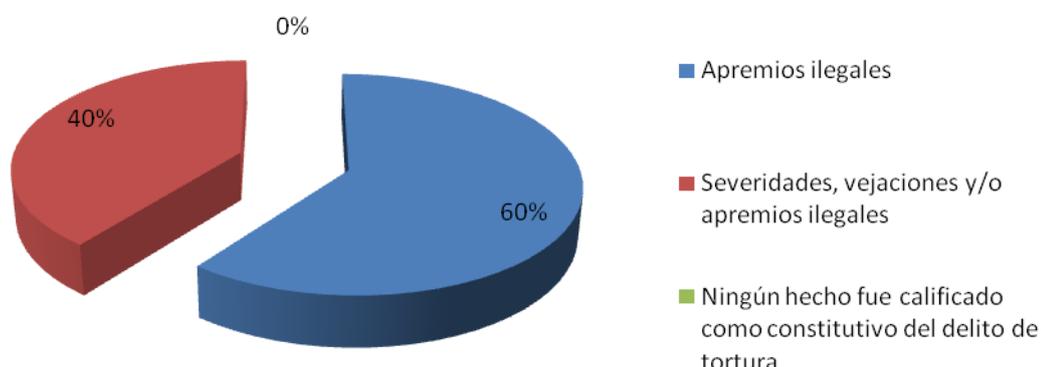
Sin perjuicio de lo señalado, debe mencionarse que en algunas investigaciones la Fiscalía solicitó a las comisarías o establecimientos penales implicados en el hecho que se le remitieran copias del llamado libro de guardia. Esta medida, sin embargo, puede resultar mucho menos eficaz que el secuestro de libros mencionados, tomando en consideración que éstos pueden ser alterados de distintas maneras antes de su entrega.

3.4.4 Calificaciones legales asignadas a los hechos denunciados.

En **26 de los 43 casos** estudiados los hechos objeto del proceso fueron calificados por el Ministerio Público Fiscal como constitutivos del delito de **apremios ilegales.**

En los restantes **17 casos** el hecho no fue calificado más que en la carátula o portada del expediente. En todos esos supuestos la “calificación legal”, si es que puede denominarse así, fue: “Severidades, vejaciones y/o apremios ilegales”.

Calificaciones legales asignadas a los hechos por el MPF



Ninguno de los hechos que debían investigarse en las 43 causas estudiadas fue calificado legalmente como tortura.

El estudio de las 43 causas seleccionados permite sostener que **en al menos 10 de ellas el Ministerio Público Fiscal negó le existencia de verdaderos supuestos de tortura**, en casos en que se infligieron a personas privadas de su libertad dolores o sufrimientos graves. La conducta de los funcionarios públicos implicados en esos hechos fue calificada en forma eufemística por el Ministerio Público Fiscal, generalmente apelando a la figura de apremios ilegales.

Vale recordar que en la primera parte de este trabajo se señaló que, en general, la doctrina considera que la intensidad del sufrimiento es el principal elemento que permite determinar cuándo nos encontramos frente al delito de tortura¹⁵³.

Como se expresó, sobre este tema particular Rafecas ha afirmado que en homenaje al principio de lex certa (que rige más allá de lo aberrante que sea el hecho punible), allí donde el acto atentatorio de la dignidad haya pasado cierto umbral de intensidad o ensañamiento que lo tornan manifiestamente grave,

¹⁵³ En este sentido Creus, Carlos – Buompadre, Jorge, ob.cit., p. 337.

insuportable a los ojos de la comunidad y de los principios constitucionales que la representan, tal acto encajará en el delito de torturas¹⁵⁴.

Cuando el sufrimiento físico, psicológico o mixto que se inflinge a la víctima es grave, la conducta del funcionario debe calificarse como tortura, no como apremio ilegal, severidad o vejación.

Algunos de los casos que de acuerdo a la posición aquí sustentada podrían haber sido calificados como configurativos del delito de tortura, son los que brevemente se comentarán a continuación:

Caso Nelson Alberto D.V.

El día 10 de marzo de 2010 **Nelson Alberto D.V.** fue detenido por personal policial de la Seccional 3° de Mar del Plata y fue salvajemente golpeado, a tal punto que terminó internado en un hospital local.

En una audiencia celebrada en la sede del Juzgado de Garantías N° 4 de Mar del Plata contó que ese día había sido detenido en horas de la mañana, en la vía pública, y que en el momento mismo en que fue inmovilizado por efectivos policiales éstos comenzaron a golpearlo brutalmente, propinándole golpes de puño y patadas en la cara, en las costilla y en todo el cuerpo, hasta que se desvaneció (cree que también le pegaron con un caño). Narró que luego de eso lo esposaron y volvieron a golpearlo; le patearon la cabeza y las costillas sin el que se hubiera resistido a la aprehensión. Expuso que al momento de recibir los golpes no hizo absolutamente nada. Continuó con su relato indicando que después de la detención lo subieron al patrullero, donde recuperó el conocimiento, y vio a un vecino suyo, llamado Horacio P., quien intervino ante el personal policial para que no lo mataran a golpes. Luego la policía lo condujo a la seccional 3°, donde continuaron golpeándolo en el patio; indicó que los funcionarios se turnaban para torturarlo y manifestó que en un momento P. pensó que los policías lo habían matado.

La víctima relató que después de que lo golpearon, y estando él desmayado, lo tiraron al calabozo, desnudo, y que vomitaba sangre, por lo que pensaron que estaba muerto. Pese a eso no lo querían llevar al hospital. Incluso recordó que lo querían llevar a la morgue. Dijo que, en su opinión, la intención de los

¹⁵⁴ Rafecas, Daniel E., *Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*, ob.cit., p. 209.

policías era matarlo. Nunca le avisaron a su familia sobre su detención. Explicó que luego de golpearlo por horas lo trasladaron a la Seccional de Miramar, donde lo alojaron en otro calabozo. Allí estuvo durante un tiempo, desmayado.

No recuerda haber sido atendido por el médico de policía, pero sí que en un momento lo sacaron del calabozo y lo llevaron al HIGA, donde le brindaron asistencia médica, realizándole un drenaje en el pecho y suturándole las heridas.

Luego lo trasladaron a la Unidad Penal 44, donde no aceptaron recibirlo por su estado físico y, finalmente lo trasladaron a la XV, donde ingresó al Sector de Sanidad.

Contó que luego de recibir la golpiza que le propinó el personal policial se atragantaba con su propia sangre.

Dijo ante el Juez que su visión se encontraba nublada y que no escuchaba bien de un oído. Explicó que tenía fuertes dolores de cabeza, en el cuerpo y también detrás de la oreja. También dijo que le dolía mucho la nuca, donde tenía varios puntos de sutura.

Reiteró que si no hubiera intervenido P., la policía lo hubiera matado.

El Juez de Garantías tomó fotográficas de la cara y el cuerpo de la víctima y filmó un tramo de su relato del hecho denunciado.

Previo a finalizar la audiencia D.V. manifestó que se encontraba en condiciones de reconocer a los policías que lo golpearon, y añadió a su aterrador relato que los policías le pegaron patadas voladoras en el pecho, lo golpearon con un caño y hasta lo hicieron beber orina.

El Fiscal calificó el hecho sufrido por D.V. como configurativo del delito de apremios ilegales. El día 13 de julio de 2011 la IPP 5313-10 fue archivada. Ninguno de los funcionarios policiales implicados en el hecho fue convocado a prestar declaración como imputado, a pesar de que 4 de ellos fueron reconocidos por una de las víctimas en ruedas de reconocimientos.

Caso Alejandro Fabián M.

El día 18 de agosto de 2009, **Alejandro Fabián M.** formuló una denuncia en la Sede de la Unidad Fiscal N° 8 de Mar del Plata. Narró que siendo las 22 horas del viernes 14 de agosto de 2009, en circunstancias en que las luces del

penal se hallaban apagadas, ingresaron al buzón donde el denunciante estaba alojado un oficial de apellido “Rojas” y a otros tres funcionarios, uno de ellos de apellido Fontana, quienes la aplicaron golpes de puño y patadas y le pegaron con un palo en la espalda. Luego de golpearlo, le tiraron un baldazo de agua encima, y más tarde le apagaron cigarrillos en el cuerpo.

El Fiscal que recibió la denuncia formulada por M. se inhibió de entender en la investigación que debía iniciarse y remitió la causa a la Unidad Fiscal n° 7. El día 4 de septiembre la Fiscal citó al denunciante a prestar declaración. Éste no concurrió. El día 30 de marzo de 2010, más de 7 meses después de la interposición de la denuncia, personal de la Fiscalía redactó un informe en el que asentó que se mantuvo una comunicación telefónica con M., en la que el normado habría manifestado que no deseaba continuar con la investigación –la cual, vale remarcar, no había tenido ningún movimiento hasta esa fecha– porque no tenía tiempo de acercarse a la Fiscalía y “por temor a futuras represalias”.

Luego de eso, sin más, el Fiscal archivó la causa (IPP 14234-9). Nunca se le ofreció a la víctima de este terrible hecho ninguna garantía para que declarara en el proceso.

El hecho fue calificado como constitutivo del delito de apremios ilegales.

Caso María Laura S.P.

María Laura S.P. denunció ante el Juez de Ejecución Penal Juan Galarreta que el día 14 de enero de 2011 personal penitenciario de la Unidad Penal 50 la sacó del pabellón en el que vivía y la llevó por la fuerza al sector de sanidad de esa Unidad, tomándola “de los pies y de las manos”. Expresó que allí “la amarraron toda” y le propinaron varios golpes de puño. Denunció que el Sub Jefe “Cañete” le pegó varios golpes en las piernas y le ordenó a un enfermero que le inyectara un “matacaballos”, el cual la “dopó y la hizo dormir dos días, cuando su psiquiatra lo tiene terminantemente prohibido”. Aclaró que en ese momento no había ningún médico.

Lamentablemente, en la causa no existen constancias que permitan analizar con mayor rigurosidad el grave caso denunciado por S.P., debido a que la Agente Fiscal que intervino en el proceso, identificado con el número de IPP 2482-11, ordenó el archivo de las actuaciones sin producir ninguna medida de

investigación. No convocó a la denunciante a prestar declaración; no determinó si Cañete estaba o no en la Unidad el día en que ocurrió el hecho, ni si había o no había un médico, ni quién era el enfermero; no confeccionó un cuadro de autoridades; no incautó la historia clínica de la denunciante, ni frascos o ampollas de medicamentos psiquiátricos llenos ni vacíos; no realizó estudios médicos a la denunciante ni obtuvo muestras de sangre de ésta para realizar estudios toxicológicos; no determinó la existencia o inexistencia de testigos. Básicamente, no hizo nada. En la página número 6 del expediente, conformado por las fotocopias que envió a la Fiscalía General Departamental el Juez de Ejecución, escribió que no se habían podido reunir pruebas suficientes para acreditar la materialidad delictiva del hecho investigado, y archivó las actuaciones.

El hecho no fue calificado jurídicamente por la Agente Fiscal. Lo único que puede señalarse es que en la carátula del expediente se consignó lo siguiente: “Delitos Severidades, vejaciones y/o apremios ilegales”.

Caso Marcelo Damián P.

Marcelo Damián P. relató un hecho gravísimo a personal del Comité Contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria que efectuó una recorrida por la Unidad Penal XV de Batán el día 25 de octubre de 2010. Expresó que varios Jefes del Penal, en especial uno de apellido Murcia, le aplicaron golpes de puño y luego le arrojaron gas pimienta en la cara, en el ano y en los órganos genitales. Lamentablemente no se conoce mucho más sobre este hecho, debido a que el Ministerio Público Fiscal nunca recibió declaración a la víctima. Sólo pidió a la Unidad Penal copia del legajo y de la historia clínica del interno denunciante, y al Juzgado de Ejecución Penal 2 la causa seguida al nombrado. Luego, archivó las actuaciones. El archivo no fue notificado al Fiscal General, a pesar de que la citada resolución 1390 ordena que esa notificación se lleve a cabo. Todo eso surge de la lectura de la IPP 20382-10.

Caso Ezequiel Leandro M.

Ezequiel Leandro M. denunció en el Tribunal Colegiado de Instancia única del Fuero de Familia que el día 31 de mayo de 2010 fue detenido sin causa alguna por persona del Seccional policial 15°. Narró que los efectivos policiales lo

llevaron a la comisaría y lo hicieron ingresar a un “cuartito”, donde lo desnudaron, le echaron agua fría mediante el empleo de una manguera, le pegaron golpes de puño y patadas en distintos lugares del cuerpo, le retorcieron las tetillas y las orejas y lo manosearon. El fiscal consideró que el hecho constituía el delito de apremios ilegales. La IPP 10270-10 fue archivada el 12 de mayo de 2011, a pesar de que tanto las lesiones sufridas por la víctima como las circunstancias vinculadas a su detención fueron fehacientemente constatadas.

Caso Miguel Ángel K.

Miguel Ángel K. denunció en la Fiscalía General que varios efectivos policiales de la comisaría de Santa Clara del Mar, entre los que se hallaba “Oscar Belén”, lo golpearon durante todo el día 16 de julio de 2010. Refirió que ya entrada la noche, lo llevaron a un calabozo, donde lo esposaron a una “varilla” y lo golpearon fuertemente en el estómago y las piernas, indicando que “así habrán estado hasta las tres o cuatro de la mañana” y que “fueron el Oficial Belén, su hermano, Cortez y otro policía Enriquez”. La policía había comenzado a golpear a K. a las 10.30 hs de la mañana.

El Fiscal calificó los hechos investigados en la IPP 13438-10 como apremios ilegales y el día 21 de marzo de 2011 archivó la causa.

Con relación a la calificación legal asignada a los hechos por el Ministerio Público Fiscal también se detectaron problemas, entre otras, en las Investigaciones Penales N° 10632-10, 5780-10, 14551-10 y 8076-11.

En todas las causas que se mencionaron en este punto de la investigación, la intensidad del sufrimiento que padecieron las víctimas y la inclemencia con la que fue afectada su dignidad, amerita que los hechos se califiquen como legalmente como constitutivos del delito de tortura.

3.4.5 Imputaciones formales.

En ninguna de las 43 casusas estudiadas el Ministerio Público Fiscal imputó formalmente a algún funcionario público por alguno de los hechos que debían investigarse.

Esto equivale a decir que ningún funcionario fue convocado por un fiscal a prestar declaración en calidad de imputado, a tenor de lo normado por el art. 308 del CPPBA. El artículo mencionado simplemente consagra que cuando existen elementos suficientes o indicios vehementes de la perpetración de un delito y motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en su comisión, el Fiscal debe proceder a recibirle declaración, previa notificación al Defensor bajo sanción de nulidad.

El artículo mencionado también faculta al Fiscal a que aun cuando no exista el estado de sospecha a que se refiere su primer párrafo –citado precedentemente-, pueda citar al imputado al sólo efecto de que preste declaración informativa. En tal caso, el imputado y el letrado asistente tendrán todas las garantías, derechos y deberes correspondientes al imputado y defensor.

El Ministerio Público tampoco recibió declaración informativa a ninguno de los funcionarios públicos vinculados con los hechos que debían investigarse.

En ninguna de las 43 causas estudiadas el MPF imputó formalmente a algún funcionario público por alguno de los hechos que debían investigarse.

3.4.6 Solicitudes de medidas de coerción.

Ningún Fiscal solicitó medidas de coerción de carácter personal ni real con relación a los funcionarios públicos denunciados.

En ninguna de las 43 causas estudiadas el MPF solicitó medidas de coerción de carácter personal ni real con relación a los funcionarios públicos denunciados.

3.4.7 Requisitorias de elevación a juicio. Realización de debates orales.

En ninguna de las causas estudiadas el Fiscal solicitó llevar el caso que debía investigar a un juicio oral.

Tomando en cuenta la gravedad que revisten este tipo de hechos, cometidos por funcionarios del Estado, se pone en evidencia la importancia que reviste realizar juicios orales y públicos con relación a los mismos, para conocer la verdad acerca de esos hechos, sancionar a los responsables (no solo con la pena de prisión correspondiente, sino también inhabilitándolos para el ejercicio de funciones públicas) y depurar la Policía y el Servicio Penitenciario de funcionarios que aún tienen enquistada la práctica de la tortura.

Una mejor administración de justicia en relación con este tipo de delitos podría fomentar que se incremente la cantidad de denuncias sobre éstos, y que se logren algunos avances en la lucha por el respeto de la dignidad de las personas sometidas a proceso penal.

En ninguna de las 43 causas estudiadas el MPF requirió la elevación del proceso a juicio.

3.4.8 Solicitudes de pena y condenas.

Al no haber existido procesos elevados a juicio, **lógicamente no hubo ningún pedido de pena por parte del Ministerio Público Fiscal y, consecuentemente, no se pronunciaron sentencias condenatorias.**

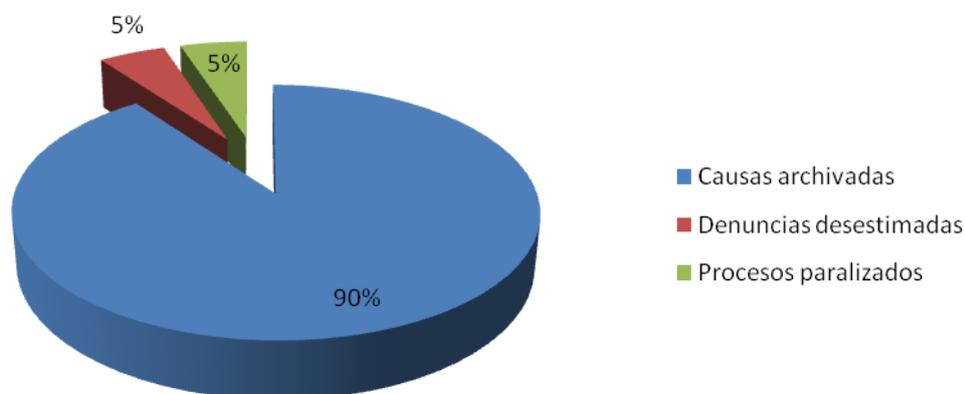
En ninguno de los 43 procesos estudiados el MPF solicitó la imposición de una pena.

3.4.9 Modo en que finalizaron los procesos estudiados.

Como se indicó, ninguna de las investigaciones estudiados fue elevada a juicio; a su vez, al no haber existido imputaciones formales, tampoco existieron procesos en los que haya sido necesario requerir, por parte del Fiscal, el sobreseimiento de algún funcionario.

El resultado que arrojó la investigación es que **39 de las 43 causas analizadas fueron archivadas por disposición del Fiscal; 2 de ellas fueron desestimadas y 2 dos se hallan inconclusas, y no registran movimiento desde marzo de 2010 y junio de 2010, respectivamente.**

Modos en que finalizaron los procesos estudiados



Nota: ninguna de las causas estudiadas fue elevada a juicio. El MPF no solicitó ninguna condena.

Mínimamente, puede señalarse que el archivo de la causa implica la paralización de la investigación, y puede ser dispuesto por el Fiscal cuando, a su juicio, no hubiere prueba suficiente sobre la existencia del hecho o la autoría del él. Así lo establece el art. 268 del CPPBA. Esa decisión del fiscal debe ser motivada y debe surgir de una análisis razonable de los elementos incorporados a la causa luego del desarrollo de tareas de investigación. De este modo, se ha dicho que el archivo supone una investigación acabada o no que por **imposibilidad** de avanzar sobre la hipótesis del conflicto cierra su período de esclarecimiento hasta la aparición de nuevas pruebas que permitan su reapertura¹⁵⁵.

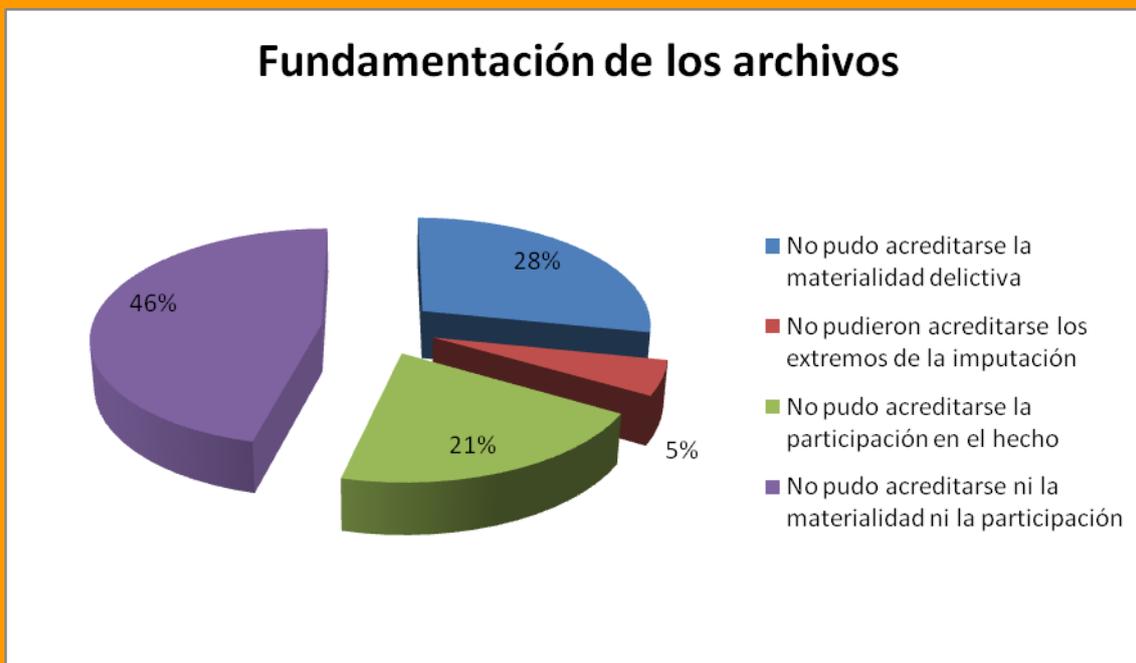
La desestimación de la denuncia se halla prevista en el art. 290 del CPPBA; ésta procede cuando los hechos referidos en la denuncia no constituyen delitos o cuando no se puede proceder, por ejemplo, por existir un obstáculo fundado en un privilegio constitucional.

¹⁵⁵ Falcone, Roberto A. – Madina, Marcelo A., *ob.cit.*, p. 131.

En definitiva, lo que es importante señalar en este punto es que **el fiscal**, como se mencionó, **tiene la obligación de investigar los hechos denunciados**, y sólo puede paralizar esa pesquisa cuando agotó todas las posibilidades investigativas y no logró acreditar el suceso o la participación de su autor en él (archivo), o cuando el hecho denunciado directamente no constituye delito (desestimación).

Fundamentación de los archivos.

- En **11** casos el Ministerio Público Fiscal fundó el archivo en que no estaba acreditada la materialidad.
- En otros **2**, en que no se encontraban acreditados los extremos de la imputación.
- En **8** casos el Ministerio Público Fiscal fundó la decisión de archivar en que no se encontraba acreditada la participación en el hecho del presunto autor.
- En **18** causas el Fiscal archivó por entender que no se encontraba acreditada la materialidad ni la autoría con relación al hecho.



En definitiva, el resultado que arroja la investigación es que en **11** de los casos estudiados el fiscal paralizó la investigación alegando no haber podido probar la existencia del hecho que debía investigar; en otros **8**, expresó que no podía acreditar la intervención de los funcionarios implicados en los hechos que sí

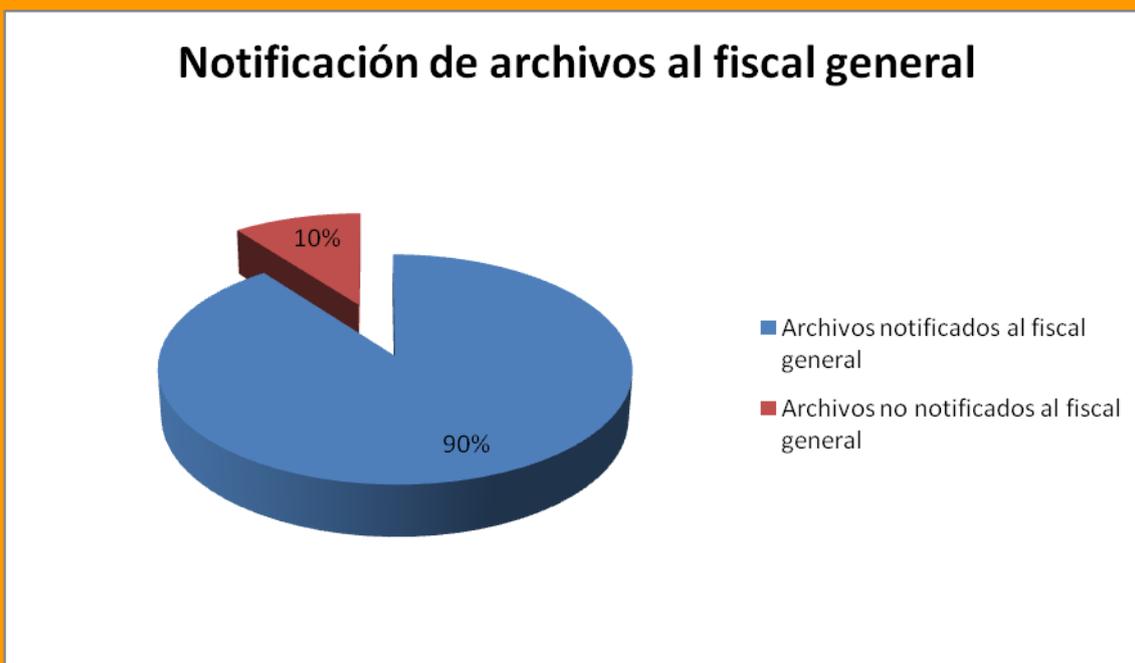
tuvo por acreditados; y en **20** casos refirió que no podía comprobar ni la existencia de los hechos ni la intervención de sus autores.

En ninguno de los 43 casos estudiados el fiscal consiguió comprobar la existencia de los hechos y la participación de algún o algunos funcionarios públicos en ellos, ni siquiera con el grado de probabilidad que demanda la citación a prestar declaración en calidad de imputado, es decir, elementos suficientes de la perpetración de un delito y motivo bastante para sospechar que una persona participó en su comisión (art. 308 del CPPBA).

3.4.10 Intervención del Fiscal General.

La resolución N° 1390 de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia consagra que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 268 del CPPBA, la disposición de archivo de la investigación, en el caso que correspondiere, debe ser informada previamente al Fiscal General Departamental.

La investigación, en este punto ha arrojado como resultado que **35 de de los 39 archivos dispuestos por los fiscales de grado fueron notificados al fiscal general**, mientras que en los restantes **4 casos no se lo notificó**.



Ahora bien, otra cuestión en la que se trabajó durante la investigación fue en tratar de determinar qué medidas adoptó la Fiscalía General Departamental en los 35 casos en que se le notificaron archivos.

El punto resulta de especial interés si se valora que el espíritu de la citada resolución 1390 es que el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires brinde máxima atención y especial importancia en lo que se refiere al ejercicio de sus atribuciones, a los hechos delictivos vinculados, en lo que aquí interesa, con torturas y apremios ilegales y, como surge de lo ya expuesto con relación a investigación, la mayor parte de las causas analizadas –y por qué no decir, su totalidad- fueron archivadas sin haber producido la fiscalía interviniente una verdadera y seria investigación con relación a los hechos objeto de esos procesos.

En definitiva, puede resultar interesante conocer qué prácticas adoptó el Fiscal General en los 35 casos que pueden analizarse.

La primera cuestión que puede señalarse, preocupante por cierto, es que **en 31 de los 35 casos no realizó ningún tipo de observación ni adoptó ninguna medida**; simplemente **se notificó del archivo** dispuesto por el Fiscal de grado. En definitiva, en la gran mayoría de los casos (88,57%) **permitió la paralización de investigaciones que no tenían prácticamente ningún desarrollo**: en muchas causas archivadas no se había interrogado a la víctima del hecho, o no se habían citado a los testigos; en ningún caso se procedió a confeccionar cuadros de autoridades; en ningún caso se allanó el lugar en que ocurrió el hecho o en el que se desempeñaban laboralmente los funcionarios que debían investigarse; sólo en un caso se practicaron reconocimientos de personas, etc. (estos datos surgen de los puntos anteriores de la investigación). Sólo en **2 casos sugirió al Fiscal de grado de continuarse con la actividad investigativa**:

En la IPP 08-00-1117-10, recomendó a la fiscal **que evaluara medidas tendientes a comprobar los extremos denunciados**.

En esa causa, luego de la resolución del fiscal general, la fiscal de grado, que hasta ese momento no había adoptado **ninguna** medida, solicitó a la asesoría pericial que le remitiera copias de los informes médicos practicados a los menores víctimas de los hechos que debía investigar, y a la comisaría 1º local, copias de unas supuestas actuaciones que se habían labrado con motivo de un

robo, del que los menores golpeados por la policía no habrían participado. Tanto la asesoría pericial como la seccional 1° informaron que no haber hallado constancias ni de los informes médicos ni de las actuaciones labradas por un robo, respectivamente.

La Fiscal, que, entre otras cosas, no recibió declaración a los 6 menores golpeados por la policía ni a ningún testigo, volvió a archivar las actuaciones.

El fiscal general, por su parte, simplemente se notificó del archivo dispuesto y devolvió las actuaciones a la unidad fiscal n°4.

En la IPP 08-00-10512-10 el Fiscal General, al notificarse del archivo dispuesto por la fiscal de grado, indicó que consideraba necesario que la directora del proceso se expidiera respecto una medida que ella misma había dispuesto pero no había producido efectivamente: **la recepción de la declaración de la víctima del hecho.**

La fiscal libró exhorto a la Fiscalía General de Morón para que se le recibiera declaración al sujeto víctima del hecho que debía investigar, quien estaba detenido en la Unidad Penal 39 de Ituzaingó.

Posteriormente, se recibió declaración a la víctima en la sede de la fiscalía de Ituzaingó. Había pasado más de un año desde el día en que ocurrió el hecho. Walter Daniel R.T. sólo refirió que un miércoles por la noche un sub jefe de la unidad penal 15 y otros funcionario lo golpearon en todas partes del cuerpo; luego respondió con evasivas varias de las preguntas que se le formularon, hasta que finalmente expresó lo siguiente: “quier[o] dejar constancia que no quiero que me citen más por esta causa porque siempre queda en la nada, y que deseo que se archive”.

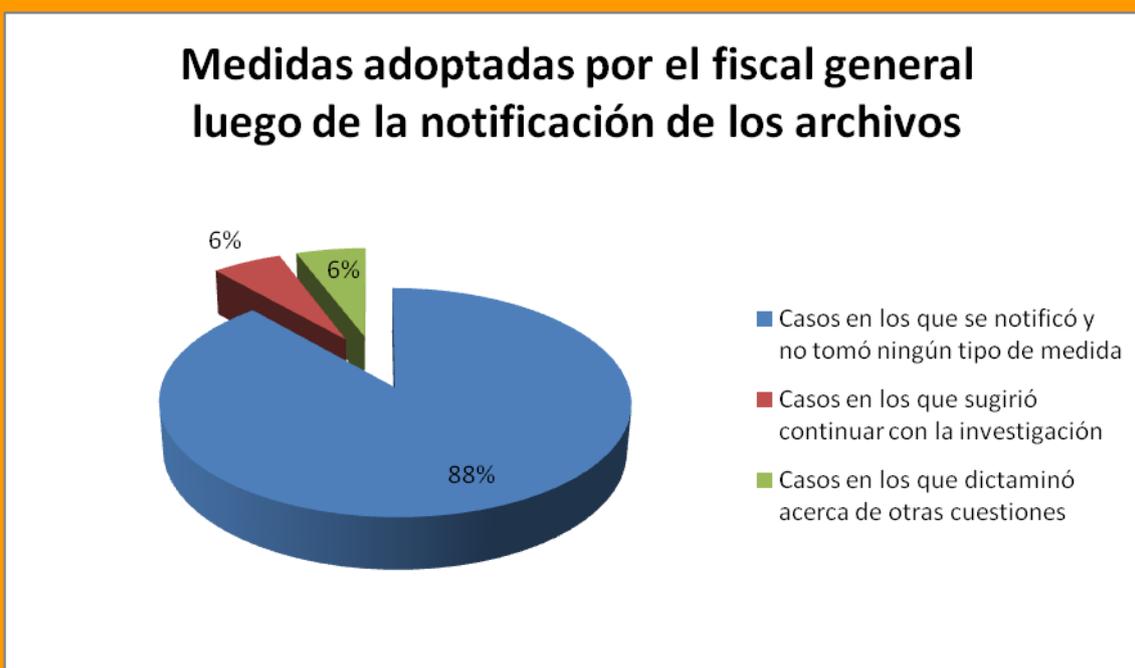
La fiscal receptó favorablemente el pedido de la víctima y archivó la causa. El fiscal general, en esta oportunidad, se notificó del nuevo archivo y no opuso ninguna objeción.

En la IPP 08-00-3143-11 el Fiscal General, al notificarse de archivo, nada dijo sobre la investigación en sí ni sobre su paralización, pero **intimó al fiscal de grado a que no notificara el archivo a la víctima detenida a través de personal del Servicio Penitenciario.**

Sólo en la IPP 08-00-21097-09 la **víctima interpuso recurso de revisión** con relación al archivo de la causa. En el caso, el **Fiscal General confirmó el archivo** señalando que “el denunciante no argumenta en forma clara y

específica respecto a los motivos fundados que permitirían demostrar que el archivo dispuesto deba ser revocada, máxime teniendo en cuenta que dicha oportunidad tampoco aportó o refirió sobre elementos probatorios que puedan acreditar la existencia del presunto hecho denunciado. (...) Que en efecto, de las constancias obrantes de autos no ha quedado acreditada la existencia del ilícito denunciado...”.

De este modo, se advierte que **ninguna de las intervenciones del Fiscal General recomendando la producción de medidas (una de carácter genérico, para que se acreditaran los extremos denunciados, y otra específica, consistente en que se recibiese declaración a la víctima) modificó la suerte de las investigaciones: todas fueron paralizadas.** Lo mismo sucedió en el único caso en que el fiscal general revisó, a pedido de la víctima, el archivo ordenado por la directora de la pesquisa.



Otra dato que surgió de la investigación, vinculado con la intervención de la **Fiscalía general**, fue que **en muchas oportunidades incurrió en extensas demoras en la remisión de la causas al Fiscal que debía investigar.**

Recordemos que muchas de las causas estudiadas se iniciaron mediante la interposición de la denuncia en la Fiscalía General; otras por denuncias

formuladas por jueces, que remitieron actuaciones a la Fiscalía General para que se iniciara el proceso correspondiente, etc.

Lo que pretendo señalar es que una cantidad muy importante de las causas estudiadas se inició o pasó por la Fiscalía General antes de ser finalmente radicada en la Fiscalía que debía investigar el caso. Y lo que preocupa es que **entre el ingreso de las actuaciones o la toma de la denuncia en Fiscalía General, y la remisión de la causa al fiscal de grado para el inicio de la investigación, se registraron numerosos, extensas y perjudiciales demoras.**

Algunos ejemplos de esas demoras son los siguientes:

- IPP 5780-10: la remisión a la Unidad Fiscal de investigación demoró 14 días.
- IPP 14439-10: demoró 7 días.
- IPP 20902-09: demoró 13 días.
- IPP 29209-11: demoró 3 días.
- IPP 13137-10: demoró 8 días.
- IPP 19340-9: demoró 8 días.
- IPP 14438-10: demoró 8 días.
- IPP 5332-10: demoró 11 días.
- IPP 786-11: demoró 3 días.
- IPP 16427-10: demoró 4 días.
- IPP 21097-9: demoró 43 días.
- IPP 1816-10: demoró 6 días.
- IPP 13254-9: demoró 30 días.
- IPP 125-11: demoró 2 días.
- IPP 10632-10: demoró 6 días.
- IPP 3143-11: demoró 6 días.
- IPP 14239-10: demoró 7 días.
- IPP 7372-9: demoró 6 días.
- IPP 1616-11: demoró 12 días.
- IPP 14554-10: demoró 4 días.
- IPP 5474-11: demoró 19 días.
- IPP 21411-9: demoró 9 días.
- IPP 20382-10: demoró 11 días.
- IPP 1117-10: demoró 9 días.

- IPP 10512-10: demoró 10 días.
- IPP 1-2308-10: demoró 7 días.
- IPP 14918-10: demoró 9 días.
- IPP 12840-10: demoró 16 días.
- IPP 19807-09: demoró 8 días.
- IPP 17025-10: demoró 5 días.
-

En estas 30 causas que fueron remitidas desde la Fiscalía General hacia la Unidad Fiscal de Instrucción que debía investigar el caso la demora promedio para el efectivo envío de la causa fue de 10,13 días.

Esto equivale a un promedio de 10,13 días perdidos para: adoptar medidas tendientes a proteger a ciudadanos que denunciaron graves delitos cometidos por funcionarios de la policía o del servicio penitenciario y, eventualmente, a los testigos de esos hechos; para recibir declaración a la víctima y evitar que se ejerzan sobre ella presiones para que retracte los términos de su denuncia; 10,13 días de promedio perdidos para concretar pedidos de allanamientos y secuestros tendientes a obtener pruebas sobre los hechos; para identificar testigos y recibirles declaración, entre tantas otras medidas que deberían adoptarse con urgencia en estos casos de extrema gravedad.

Si bien la resolución 1390 de la Procuración de la SCBA establece y resalta la necesidad de asignar prioridad a aquellos hechos delictivos que generan mayor conmoción social y de importancia político institucional, por sobre los hechos no urgentes y la flagrancia en delitos de poca monta, lo cierto es que cualquier operador judicial que se desenvuelve en el departamento Judicial de Mar del Plata sabe, por ejemplo, que las actuaciones iniciadas con motivo de la presunta comisión de un delito en situación de flagrancia llegan a conocimiento del Fiscal de flagrancia en cuestión de horas. Prueba de ellos es que, por disposición de la ley, cuenta con un plazo máximo de 48 horas desde que toma conocimiento de la aprehensión, para declarar o no la aplicación del procedimiento de flagrancia y requerir, en caso de considerarlo necesario, la detención del imputado.

En definitiva, lo que se pretende señalara es **que mientras que “la flagrancia en delitos de poca monta” genera que las actuaciones estén en pocas**

horas sobre el escritorio del Fiscal, al menos en estos 30 casos estudiados, por delitos graves, a los que el Estado debería prestar especial atención, se registraron demoras de más de 10 días para el inicio de la “investigación”.

Se reitera esta idea: **no resulta admisible que la investigación de un hecho susceptible de ser calificado como constitutivo del delito de apremios ilegales, severidades, vejaciones o tortura demore más de 10 días en iniciarse.** Estos casos requieren de diligencia y seriedad extrema por parte del Ministerio Público Fiscal para **proteger a las víctimas, que en muchas veces se encuentran en situaciones de extrema vulnerabilidad con relación a la policía y al servicio penitenciario, y para investigar a fondo estos hechos cometidos por funcionarios públicos de un Estado de Derecho,** designados en sus cargos para proteger y resguardar la dignidad de las personas, y no para menoscabarla.

Por último, la investigación no sólo ha arrojado como resultado que las causas demoran demasiado en llegar hasta las oficinas de los fiscales que deben instruir las; también ha evidenciado que, al menos en estos 43 casos, la actuación del Ministerio Público Fiscal ha sido ineficiente: no realizó ninguna imputación formal, no llevó ningún caso a juicio, no esclareció ninguno de los gravísimos hechos denunciados.

TERCERA PARTE: Conclusiones.

Durante el desarrollo de este trabajo se mencionó que en el territorio que hoy conforma nuestro país, la tortura siempre estuvo presente.

Se señaló también que en el año 1984, luego de la restauración democrática, y como consecuencia de los terribles hechos de violencia que azotaron a

nuestra nación durante la última dictadura militar, se sancionó la ley 23.097, mediante la cual se mejoró notablemente la técnica legislativa del tipo penal que reprime la imposición activa de torturas y se incorporaron al Código Penal nuevas figuras vinculadas a la tortura, previendo cuatro grados de responsabilidad: imposición activa de tortura, omisión de evitar la comisión del delito de tortura, omisión de denunciar el delito de tortura y un tipo imprudente (omisión funcional culposa).

Como se vio, el objetivo primordial que se perseguía con esta nueva normativa era el de instaurar un régimen de máximo respeto por la dignidad de las personas, la cual, durante el gobierno militar, había sido repugnantemente menoscabada mediante la desaparición forzada de personas, la aplicación sistemática de la tortura y el empleo frecuente de tratos inhumanos sobre las personas ilegalmente privadas de su libertad.

La mencionada reforma, motivada en los terribles hechos cometidos durante aquella época de terrorismo de Estado, e inspirada en instaurar un nuevo régimen de máximo respeto por la dignidad de las personas, *modificó la situación jurídica* en relación con las torturas.

Más tarde, concretamente en el año 1994, se reformó la Constitución Nacional. Esta reforma robusteció, *también desde el punto de vista normativo*, la consagración de la prohibición absoluta de la tortura. El Estado argentino se comprometió frente a la comunidad internacional a tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo su territorio.

En este sentido, la Convención contra la Tortura, que goza de jerarquía constitucional, obliga a los Estados parte a tomar todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura, como también a investigar pronta e imparcialmente este tipo de delitos y a someter a enjuiciamiento a las personas respecto de las cuales se presume que han cometido esta clase de infracciones y a aplicar penas que consideren la gravedad de los hechos.

Ahora bien, como se ha indicado, existen serias y severas denuncias referentes a que esas torturas, que legalmente se hallan absolutamente proscriptas, son impartidas hoy en día en forma sistemática en las calles, comisarías y cárceles de nuestro país y, en especial, en las de la Provincia de Buenos Aires.

El Comité Contra la tortura de la Comisión Provincial por la Memoria denuncia hace años la grave situación por la que atraviesa la Provincia de Buenos Aires con relación a la tortura. Hace referencia a la variedad de métodos utilizados y, aunque parezca mentira, denuncia que en plena democracia, en los lugares de encierro se siguen aplicando el submarino seco o húmedo, la picana eléctrica, los palazos con bastones de madera o goma maciza, las golpizas reiteradas, las duchas o manguerazos de agua helada, el aislamiento como castigo y los traslados constantes¹⁵⁶.

También se ha informado que la aplicación de la tortura se registra prácticamente en todas las unidades penitenciarias, por lo que puede afirmarse la generalidad del fenómeno y la existencia de patrones estructurales de violación de derechos de las personas privadas de libertad¹⁵⁷.

Asimismo, se señala que hay un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para prevenir y sancionar las violaciones de derechos humanos¹⁵⁸.

Todo ello acarrea como consecuencia la inexistencia de espacios de no tortura, la cual, con distintas modalidades y frecuencias, existe en cada lugar de detención, provocando en el cuerpo y la psiquis de los detenidos un sufrimiento intenso que es sistemático, regular y generalizado¹⁵⁹.

Lo mismo sucede en las cárceles de las restantes provincias y en las cárceles federales¹⁶⁰.

Los torturadores de hoy se encuentran dentro de las agencias policiales y del servicio penitenciario.

Los torturados de hoy, pertenecen a los grupos poblacionales que resultan sistemáticamente seleccionadas por la policía en el proceso de criminalización secundaria y en la aplicación del sistema penal subterráneo; estos son, como usualmente se los identifica, los hombres jóvenes pobres o adolescentes de barrio precario: los excluidos.

En cuanto a la actitud que asume en la actualidad el Poder Judicial frente a los casos de torturas, apremios ilegales, vejaciones y severidades,

¹⁵⁶ Comisión Provincial por la Memoria. Comité Contra la Tortura, ob.cit., p. 75.

¹⁵⁷ Comisión Provincial por la Memoria. Comité Contra la Tortura, ob.cit., p. 75.

¹⁵⁸ Comisión Provincial por la Memoria. Comité Contra la Tortura, ob.cit, p.75.

¹⁵⁹ Comisión Provincial por la Memoria. Comité Contra la Tortura, ob.cit, p. 76.

¹⁶⁰ Ver Procuración Penitenciaria de la Nación, Cuerpos Castigados, ob.cit.

lamentablemente, existe una coincidencia casi absoluta entre aquellos que estudian el fenómeno de la tortura, los que trabajan sobre el problema y los que lo sufren, en punto a que los hechos de tortura actuales no son investigados ni juzgados.

El panorama descripto fue lo que provocó mi interés por analizar, de manera puntual, que prácticas adopta el Ministerio Público Fiscal de Mar del Plata en los pocos casos en que se denuncian torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Los resultados de la investigación, plasmados en la segunda parte de esta tesina, son preocupantes, y permiten considerar que al menos en los 43 casos relevados existió una pesquisa deficiente de los hechos, que provocó que el Ministerio Público Fiscal no pudiera afirmar ni descartar la existencia de éstos ni la responsabilidad penal de los funcionarios públicos implicados. Prueba de lo dicho, es que **39 de los 43 casos estudiados fueron archivados** (90,69 % de éstos), **2 denuncias fueron desestimadas** y las restantes **2 investigaciones se hallan paralizadas**.

Algunos datos sorprendentes que surgieron de la investigación son los siguientes:

Sólo en 21 de los 43 procesos estudiados el fiscal que debía investigar los hechos le **recibió declaración a la víctima**, y **en más la mitad de esos casos, tardó más de un mes en hacerlo**.

En 22 casos los fiscales suspendieron la investigación sin siquiera escuchar a las víctimas de los hechos que debían investigarse.

El poco o nulo valor asignado a los dichos de las víctimas por los fiscales que intervinieron en los casos estudiados permite considerar la posibilidad de que exista un sistema paralelo de valoración de la prueba, extremadamente riguroso, para los casos en que se denuncian torturas u otros malos tratos, por parte de sujetos altamente vulnerables con relación al sistema penal.

En efecto, mientras que la tendencia actual es considerar especialmente los dichos de las víctimas en los casos de difícil comprobación, como sucede con los delitos contra la integridad sexual o con los crímenes de lesa humanidad, con la tortura, los apremios y las vejaciones pasa todo lo contrario: la palabra de la víctima no sirve para nada. En la mayoría de los casos estudiados, las manifestaciones de las víctimas estaban respaldadas por indicios autónomos

que les conferirían un respaldo objetivo, como por ejemplo golpes y lesiones constatadas, indicios de oportunidad derivados de detenciones protocolizadas en actas, declaraciones de coimputados y/o testigos que aportaron datos relevantes, etc.

No se sugiere que su testimonio deba ser suficiente como para fundar un sentencia condenatoria, pero sí se considera que debe ser estimado suficiente como para *iniciar una investigación*: para citar testigos o procurar ubicarlos, para solicitar allanamientos y secuestros, para confeccionar cuadros de autoridad, para ordenar exhibiciones de fotografías o reconocimientos de personas y/o de cosas, entre otras tantas medidas que deberían disponerse.

Es importante reiterar este dato: **en ninguno de los 43 casos relevados la palabra de las víctimas de delitos cometidos por funcionarios públicos fue considerada**; es más, **en 22 casos las víctimas ni siquiera fueron escuchadas por el fiscal de su causa.**

En definitiva, el sistema discriminatorio utilizado para valorar los dichos de las víctimas, sumado a la ausencia prácticamente absoluta de investigación con relación a los hechos denunciados, generó que **en los 43 casos estudiados el Ministerio Público Fiscal no concretara una sola imputación formal y, por lo tanto, no realizara ninguna acusación a ningún funcionario público.**

De la investigación también surge que el Ministerio Público Fiscal de Mar del Plata, **en ninguno de los 43 procesos analizados dispuso medidas de resguardo tendientes a evitar que la víctima continuase siendo objeto de torturas o malos tratos o que se ejercieran sobre ésta presiones tendientes a que retirara o retractara su denuncia.**

Es más, de la investigación realizada surgió que entre el ingreso de las actuaciones o la toma de la denuncia en Fiscalía General, y la remisión de la causa al fiscal de grado para el inicio de la investigación, se registraron numerosos, extensas y perjudiciales demoras. Concretamente, en las 30 causas estudiadas, que fueron remitidas desde la Fiscalía General hacia la Unidad Fiscal de Instrucción que debía investigar el caso, **la demora promedio para el efectivo envío de la causa fue de 10,13 días.**

Por otra parte, del estudio de las 43 causas también surgió que muchos hechos que debían calificarse como constitutivos del delito de tortura, **fueron**

calificados por los fiscales locales de manera eufemística, generalmente recurriendo a la figura de apremios ilegales.

En la investigación de las causas también pudo constatar que **en ningún caso el Ministerio Público Fiscal dirigió líneas investigativas hacia los jefes o directores de establecimientos policiales y penitenciarios que se hallaban en posición de garantes frente a las víctimas, y debían evitar o interrumpir los hechos de tortura.** Ello, a pesar de que el Código Penal argentino, desde el año 1984, contempla figuras omisivas dolosas y culposas destinadas a abarcar la responsabilidad de los funcionarios de jerarquías superiores.

En definitiva, lo que se pretende señalar es que en los casos estudiados, el Ministerio Público Fiscal no investigó los hechos denunciados, no reconoció la existencia de torturas y no adoptó medidas para proteger a las víctimas.

Se ha verificado, entonces, que, al menos en estos 43 casos, **el Ministerio Público Fiscal de Mar del Plata violó al régimen de la oficialidad o legalidad procesal,** por no haber investigado y perseguido penalmente la comisión de graves delitos de acción pública, tales como vejaciones, severidades, apremios ilegales, imposiciones activas de torturas y omisiones funcionales de evitación de torturas.

En estos 43 casos, el **Ministerio Público Fiscal, además, ignoró la orden emanada de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, contenida por resolución N° 1390,** vigente hasta hoy, que dispone que el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, a través de cada uno de sus integrantes, debe brindar máxima atención y especial importancia en lo que se refiere al ejercicio de sus atribuciones, a los hechos delictivos vinculados con torturas, apremios ilegales y delitos económicos que afectan el interés colectivo, como asimismo a los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones.

Por su parte, la no investigación de los hechos de tortura constituye una **violación de compromisos asumidos por parte del estado frente a la comunidad internacional,** tomando en cuenta que nuestro país se ha obligado a adoptar en el ámbito de su jurisdicción todas las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. La Convención contra la Tortura obliga a los

Estados parte a tomar todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura, como también a investigar pronta e imparcialmente este tipo de delitos y a someter a enjuiciamiento a las personas respecto de las cuales se presume que han cometido esta clase de infracciones y a aplicar penas que consideren la gravedad de los hechos.

La no investigación de estos hechos también constituye una ofensa grave a los derechos de sus víctimas. La Convención Interamericana contra la tortura establece expresamente que los Estados partes deben garantizar a las personas que denuncien haber sido sometidas a torturas en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.

Asimismo, consagra que cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

Como se ha dicho, la impunidad que garantiza la justicia constituye un aval de la misma a la violencia institucional, lo que es extremadamente grave, no sólo por la injusticia que representa, sino también porque constituye un nuevo acto de violencia para las víctimas, a quienes sistemáticamente se les deniega el derecho de acceder a la justicia. Así, la impunidad no es sólo ausencia de castigo; es también un acto de violencia directa, un nuevo acto de racional y deliberado de violencia y violación de derechos humanos¹⁶¹.

De este modo, luego de finalizada la investigación, es posible concluir que en los 43 casos relevados el Ministerio Público Fiscal de Mar del Plata actuó en forma inadecuada, encubriendo y negando hechos de tortura de y malos tratos, coadyuvando a que estos hechos permanezcan ocultos a la mirada pública, fomentando de este modo la impunidad de los agentes estatales que incurren en la comisión de estos gravísimos delitos que afectan las bases del sistema democrático, y contribuyendo así a la subsistencia y proliferación de esas prácticas ilegales e inadmisibles de acuerdo a nuestro diseño constitucional.

¹⁶¹ Visto en http://blog.comisionporlamemoria.org/wp-content/uploads/2013/06/campa%C3%B1a_completa.pdf

El incumplimiento de sus obligaciones por parte del fiscal general departamental, que es quien tiene a su cargo el diseño de la política de investigación del Ministerio Público Fiscal del Mar del Plata, y **por parte de los fiscales de grado que tenían el deber de investigar los casos puntuales** que fueron estudiados, **debería generar consecuencias administrativas y penales para todos ellos.**

En este momento se están investigando y juzgando en nuestro país torturas, desapariciones forzadas de personas, homicidios, violaciones y otras tantas atrocidades ocurridas durante la última dictadura militar.

Sin dudas, dicha actividad constituye un deber insoslayable para el Estado Nacional, toda vez que, como señala Salinas, éste tiene la obligación de investigar y dar a conocer los hechos que se puedan establecer fehacientemente (verdad); de procesar y castigar a los responsables (justicia); de reparar integralmente los daños morales y materiales ocasionados (reparación) y de extirpar de los cuerpos de seguridad a quienes se sepa han cometido, ordenado o tolerado estos hechos (creación de fuerzas de seguridad de un Estado democrático)¹⁶².

¿Cuántos años deberán pasar para que nos ocupemos de los hechos de tortura que hoy día se cometen a diario en las calles y cárceles de nuestro país?

¹⁶² Salinas, Pablo G., ob.cit., p. 264/265.

BIBLIOGRAFÍA:

- Anitua, Gabriel, *Historias de los pensamientos criminológicos*, 2010, Editores del Puerto s.r.l., Bs.As.
- Anitua, Gabriel, *Comentario a la obra Análisis dogmático jurídico de la tortura, de Natalia Barbero*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Director Eugenio Raúl Zaffaroni, La Ley, año II, número 3, abril de 2012, 304/306.
- Baigún, David – Zafaroni, Eugenio Raúl, Directores, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 2B. Segunda edición*, 2007, Hammurabi, Buenos Aires.
- Barbero, Natalia, *Análisis dogmático jurídico de la tortura*, 2011, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe.
- Bergalli, R. - Bustos Ramírez, J. – Gozález Zorrilla, C. – Miralles, T. – De Sola, A., *El Pensamiento Criminológico II. Estado y Control*, 1983, Temis, Bogotá – Colombia.
- Bergalli Roberto – Rivera Beiras, Iñaki (Coords), *Torturas y abuso de poder*, 2006, Anthropos; Barcelona.

- Bergalli, Roberto – Rivera Beiras, Iñaki – Bombini, Gabriel (compiladores), *Violencia y Sistema Pena*, Editores del Puerto s.r.l., 2008, Buenos Aires.
- Bressia, Carolina – Eidem, Matías, *Doble modalidad y el artículo 144, inc. 3° del Código Penal*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Director Eugenio Raúl Zaffaroni, La Ley, año II, Número 1, Febrero 2012, p. 23/33.
- Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal Parte Especial. Tomo I*, 2000, Mave, Buenos Aires.
- Cafferata Nores, José I, *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. 2° edición, actualizada por Santiago Martínez*, 2008, Del Puerto s.r.l., Buenos Aires.
- Creus, Carlos – Buompadre, Jorge, *Derecho Penal Parte Especial. Tomo 1*, 2007, Astrea, Buenos Aires.
- Comisión Provincial por la Memoria. Comité Contra la Tortura, *El sistema de la crueldad VI, Informe anual 2011. Violaciones a los derechos humanos en los lugares de detención de la provincia de Buenos Aires*, 2011, impreso en Ciudad de Buenos Aires, Latingráfica.
- *Cuerpos castigados. Malos tratos físicos y tortura en cárceles federales*, 2008, Del Puerto, Buenos Aires.
- Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Partes Especial. Tomo II A*, 2001, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- Eilbaum, Lucía, *La sospecha como fundamento de los procedimientos policiales*, artículo visto en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/1809/180913912006>.
- Falcone, Roberto A. – Madina, Marcelo A., *El proceso Penal en la Provincia de Buenos Aires. 2° edición*, 2007, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 2009, Siglo Veintiuno Editores, 2° ed. 1° reimp, Buenos Aires.
- Ganón, Gabriel Elías “La lucha contra la tortura o la lucha contra la naturalización del horror: Comentarios sobre la tradición dialéctica oficial y nuestra aparente neutralidad como espectadores”, trabajo visto en www.corteidh.or.cr/tablas/r23815.pdf.

- Granillo Fernández, Héctor M. – Herbel Gustavo A., *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y Anotado*, 2005, La Ley, Buenos Aires.
- Kundera, Milan, *La insoportable levedad del ser*, 2009, Tusquets, Buenos Aires.
- Laino, Nicolás ¿Los particulares como sujetos activos del tipo penal de ‘tortura’?, LL, año 15, N° 5, junio de 2008.
- Martín, Adrián N., *Detenciones policiales ilegales y arbitrarias en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. Sobre las improntas del Estado de policía en la agencia judicial*, 2010, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Prefacio a cargo de Luis Niño.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2001.
- Rafecas, Daniel E., *Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*, en Niño, Luis E – Martínez, Stella M. (Coordinadores), *Delitos contra la libertad*, 2003, Ad Hoc, Buenos Aires.
- Rafecas, Daniel E., *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, 2010, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires.
- Rafecas, Daniel, *Procedimientos policiales fraguados. Una seria disfunción en el sistema penal argentino*, artículo visto en www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=106.
- Reinaldi, Víctor Félix, *El derecho absoluto a no ser torturado*, 2007, Lerner Editora s.r.l., Córdoba.
- Rodríguez Molas, Ricardo, *Historia de la tortura y de orden represivo en la Argentina*, 1984, Editora Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires.
- Roxin, Claus, ¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?, en Revista Nueva Doctrina Penal, N° 2004/B, 2004, Editores del Puerto, Bs.As., p. 547/558.
- Rusconi, Maximiliano – López, Hernán – Kierszenbaum, Mariano. Autoría, *infracción de deber y delitos de lesa humanidad*, 2011, Ad Hoc, Buenos Aires.
- Salinas, Pablo Gabriel, *La aplicación de la tortura en la República Argentina. Realidad social y regulación jurídica*, 2010, ed. Del Puerto s.r.l., Buenos Aires.

- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino. Tomo 4*, actualizador Manuel A. Bayala Basombrio, 2000, ed. Tea, Buenos Aires.
- Todarello, Guillermo A., *El delito de tortura. Consideraciones acerca de su imputación a particulares*, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Directores D'alessio Andrés – Bertolino, Pedro, Abeledo Perrot, Enero de 2009, p. 8/17.
- Verri, Pietro, *Observaciones sobre la tortura y en particular sobre los efectos que produjo en ocasión de las unciones malélicas a las cuales se atribuyó la pestilencia que devastó Milán el año 1630*, 2012, Hammurabi, Buenos Aires.
- Verbitsky, Horacio, *La tortura, resabio perverso del terrorismo de estado*, artículo periodístico visto en www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-199840-2012-07-29.html.
- Young, Jock, *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, 2003, Marcial Pons, Barcelona.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2007, Ediar, Buenos Aires.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, 2005, Ediar, Buenos Aires.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, 2011, Ediar, Buenos Aires.

