

Análisis dogmático-jurídico de la tortura. La tortura en derecho internacional. La tortura como delito y como crimen contra la humanidad en derecho argentino y español

Natalia Barbero

Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2011, 496 páginas.

por **IRENE V. MASIMINO**⁽¹⁾ y **FERNANDO DIEZ**⁽²⁾

El libro *Análisis dogmático jurídico de la tortura...*, de Natalia Barbero, constituye una exhaustiva y profunda investigación sobre la temática de la tortura en la legislación internacional, europea e interamericana, y puntualmente la argentina y española. Abarca un análisis dogmático de las convenciones, los tratados y las declaraciones vinculadas a la problemática de la tortura y de la jurisprudencia del ámbito del derecho penal internacional. La exhaustividad de la tesis doctoral presentada por Natalia Barbero se refleja en la gran variedad de fuentes consultadas pertenecientes a la doctrina más reciente, plasmadas en una extensa bibliografía y en una gran cantidad de notas de pie página, ordenadas al final de cada capítulo, que facilitan el estudio detallado de los temas. La inclusión clara y precisa de estas notas es fundamental para profundizar sobre cualquier tema que el lector considere de interés personal.

La mejor virtud de esta tesis no radica en el planteo de nuevas temáticas o nuevas fundamentaciones, sino en compendiar y describir de manera clara el análisis dogmático y jurisprudencial de las cuestiones a las que se aboca, y también expresar con nitidez su opinión y sus críticas respecto de los distintos debates doctrinarios y de jurisprudencia.

.....
(1) Abogada especialista en Derechos Humanos (School of Advanced Study, Universidad de Londres) y en Derecho Internacional (Indiana University School of Law).

(2) Defensor Oficial Penal de la provincia de Neuquén. Especialista en Derecho Penal (UNCOMA). Docente de Derecho Penal por Casos (UNCOMA).

El texto se ordena en cuatro capítulos principales y un breve quinto capítulo en forma de síntesis y conclusiones de las ideas principales del libro. En el primer capítulo, inicia una introducción que abarca una breve historia de la tortura y sus modalidades en diferentes períodos para luego introducir la temática de la abolición y prohibición de la tortura en los distintos países e instrumentos internacionales del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Describe la prohibición de la tortura como una norma imperativa del derecho internacional y la obligación de los Estados de proteger y garantizar el derecho a estar libre de tortura. Esta norma *ius cogens* se caracteriza por su imperatividad, inderogabilidad, generalidad, dinamismo, mutabilidad y la aceptación y el reconocimiento universal, así como por la responsabilidad especial que genera al poner una limitación contractual a los Estados.

Este capítulo analiza la tortura como ilícito internacional y la responsabilidad de los Estados, pero no en relación a la responsabilidad penal de los individuos, pues este tema es elaborado más adelante.

Desarrolla un análisis dogmático de la Convención contra la Tortura y su Protocolo Facultativo y el sistema de Naciones Unidas de prevención y sanción de la tortura; en modo menos exhaustivo, analiza el sistema interamericano (expresado en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura) y el europeo (Convención Europea para la Prevención de la Tortura y las demás Penas o Tratos Cruels Inhumanos o Degradantes), y reseña las obligaciones que los Estados asumen como partes de estas convenciones. Concluye que la definición de tortura de mayor relevancia, más adecuada y completa a nivel internacional es la de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (1984), fundándose en una crítica a la definición dada por la Convención Interamericana por ser imprecisa y en que la Convención Europea no sólo es escueta, sino que carece de un concepto propio de tortura.

El segundo capítulo ingresa en la consideración de la tortura como crimen internacional y desarrolla un valioso análisis conceptual, dogmático y crítico, apegado a conceptos fundamentales del derecho penal como el de legalidad. El análisis de Barbero no ofrece a este respecto matices o particularidades en relación al papel que juega el derecho internacional, y asimila, en forma prácticamente automática, los principios del derecho penal interno al internacional impugnando en general las consideraciones doctrinarias o jurisprudenciales a su respecto. Llega a la conclusión de que la tortura, como delito internacional, sólo puede ser penalizada a partir del Estatuto de Roma, dado que los instrumentos anteriores no respetarían el principio de legalidad, pues no preverían una pena específica. En ese sentido, no analiza el alcance de normas como el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación al principio de legalidad que dice: "Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional". Ni del propio Estatuto de Roma en cuanto señala en su Preámbulo: "Recordando

que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales...”, reconociendo de esta manera las actuaciones de los tribunales locales anteriores al Estatuto y el deber de los Estados de ejercer su jurisdicción de la investigación de crímenes internacionales y que, asimismo, en su artículo 22.3 bajo el título “*Nullum crimen sine lege*” reza: “Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”.

Incluso el propio Estatuto de Roma (artículo 21) tiene como una de sus fuentes al derecho interno de los Estados que ejercerían la jurisdicción en el caso concreto (en cuanto no sea incompatible con el Estatuto o con las normas internacionales aplicables), ratificando la integración del derecho internacional con los derechos locales en la tipificación de crímenes internacionales. Es de destacar que el Estatuto tampoco prevé escalas penales, sino límites máximos de penalidad como lo señala la propia autora.

A su vez, Barbero hace un recorrido por los juicios de Núremberg y el Estatuto de Tribunal Militar Internacional, así como por los juicios de Tokio, haciendo acertadas críticas que no difieren con las que ya se han hecho a dichos juzgamientos tanto en su conformación por los Aliados, como por constituir ley *ex post facto*, lo que no invalida la posterior recepción de sus principios por las Naciones Unidas. También critica a los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, porque sus estatutos son leyes *ex post facto*, lo que a nuestro juicio son cuestionamientos acertados que extienden en forma parcial a los tribunales mixtos como los de Sierra Leona y Camboya, entre otros.

Hubiera sido interesante que la autora realizara en este capítulo, aunque fuera en forma básica, algún señalamiento de la realidad política de las Naciones Unidas y el Consejo de Seguridad y su legitimidad, así como un análisis, mayor al realizado, del proceso de legalización de la tortura en el combate al terrorismo por parte de países como Estados Unidos e Israel para otorgar, al lector, una mayor comprensión del fenómeno.

La autora hace una interpretación extensiva del sujeto activo del delito de tortura en el Estatuto de Roma ampliándolo, no sólo al Estado o alguna organización vinculada, sino a organizaciones que no tengan un vínculo estatal. Sustenta su criterio en “...la letra del estatuto y su interpretación integral en el ámbito internacional...” y que esta interpretación se hace necesaria en casos como el de la ex Yugoslavia por la disolución del Estado, sin aportar mayores fundamentos.

Desde nuestra perspectiva, esta interpretación es errónea por varias razones. En primer lugar, porque pone en pie de igualdad situaciones que no resultan similares. El Estado o las organizaciones que no lo son, pero actúan en forma paralela según una política estatal, se constituyen en una fuerza opresora y, tal como lo enuncia el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es “...esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Dere-

cho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión...”.

Una situación de abuso de poder que se da por el Estado es diferente a la de una organización particular; tampoco la organización particular cuenta con herramientas como el Poder Judicial, la ley y la fuerza pública para combatir cualquier delito por aberrante e intolerable que sea. Ninguna organización particular, a diferencia del Estado, cuenta con los medios para evadir la ley y su juzgamiento indefinidamente, tanto que incluso puede dictar normas que garanticen su impunidad, más allá de la validez que tengan. La ciudadanía tiene formuladas expectativas legítimas de que el Estado y sus funcionarios actúen a su servicio y respetando sus derechos a diferencia de cualquier organización política desvinculada o en conflicto con el mismo. Además, el Estado cuenta con medios prácticamente ilimitados para delinquir.

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos nace como respuesta a la opresión y el abuso de poder estatal ejemplificado en los regímenes totalitarios como el nazi, así como los principios constitucionales de los derechos humanos nacen como límite al antiguo régimen absolutista.

Nada impide juzgar a organizaciones, que sin ser un Estado formal, ejercen el gobierno o control de facto de una parte del territorio, pero siempre con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto*, concepto perteneciente a la Dra. Alicia Gil y Gil citado por la propia autora en la página 176. La misma postura sostiene la Corte Suprema de Justicia en el fallo “Derecho, René Jesús ...”.⁽³⁾

La interpretación que criticamos abre la posibilidad de fortalecer al Estado frente organizaciones políticas que lo combaten para perseguir el delito político como si fuera delito de lesa humanidad, habilitando así la jurisdicción universal, impidiendo cualquier prescripción, amnistía o indulto, así como el derecho de asilo o refugio político.⁽⁴⁾

El tercer capítulo se refiere a la tortura en Argentina y sus antecedentes históricos, así como las distintas regulaciones que tuvo en el Código Penal argentino.

La autora, reconociendo que la tortura es un delito pluriofensivo, propone un cambio en el bien jurídico de necesaria afectación; lo transforma de un delito contra la libertad a uno que afecta la dignidad humana como bien básico de la persona, el que se adecuaría más a la concepción de los derechos humanos.

Analiza dogmáticamente las figuras relativas a la tortura en sus formas comisivas y omisivas, culposas, atenuadas y agravadas contenidas en la versión actual del Có-

(3) “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal”, causa n° 24.079, 11/07/2007, en Fallos 330:3074.

(4) La problemática del terrorismo y el delito político fue tocada por la CSJN en el fallo “Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición”. C.S. L. 845. XL. 10 de mayo de 2005 (DJ, 2005-2-256; Sup. Penal, mayo/2005, p. 56).

digo Penal que equipara la pena de la tortura a la del homicidio e incluso la supera, como veremos más adelante. Asimismo, analiza la recepción del Estatuto de Roma en la legislación argentina.

Al comparar la tipificación del concepto de tortura con el de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), sostiene que el de nuestro código es más amplio en dos puntos: no exige una finalidad específica (p.ej. obtener una confesión) y, según la autora, en el código está prevista la comisión de tortura por particulares, completamente desvinculada de una actuación pública.

En este punto, realiza un extenso e interesante análisis de las posibles causas de justificación o exclusión de responsabilidad aplicables al delito de tortura, como estado de necesidad, legítima defensa, obediencia debida, concluyendo que no puede en ningún caso justificarse la tortura en forma tal que excluya su antijuridicidad, aunque admite que la coacción podría obrar como causal de atenuación o incluso excluyente de responsabilidad.

Finalmente, trata diversos casos relevantes de la jurisprudencia nacional como el juicio a la Junta Militar, casos Etchecolatz, Von Wernich, Bussi, etc. centrandó sus críticas en la aplicación directa del derecho penal internacional conforme la doctrina del artículo 118 de la Constitución Nacional, ex artículo 102 (fallo "Simón") y del principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en forma concordante con su interpretación del principio de legalidad que desarrolla previamente, dado que la Argentina no había ratificado al momento de las graves violaciones a los derechos humanos la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (1968, ratificada por Argentina en 1995) ni admite la autora otras fuentes con que la doctrina y jurisprudencia sustenta también la imprescriptibilidad de estos delitos.

Es observable la interpretación extensiva que hace la autora admitiendo la comisión de tortura por particulares sin vinculación alguna con funcionarios públicos. Pese a que esta interpretación del delito de tortura no se compadece con la definición dada por la Convención contra la Tortura, entiende que, conforme al artículo 1.2, habilita disposiciones de mayor alcance y por lo tanto admitiría que los particulares fueran sujetos activos del delito en forma independiente de cualquier participación estatal o funcionario público.

Entendemos que le asiste razón a Laino en cuanto que:

"En primer término, un fundamento vinculado al orden de jerarquía normativa. La Convención de Naciones Unidas contra la tortura prevalece, por imperio del art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, sobre los tipos previstos en nuestro Código Penal, en este caso, el 144 tercero, inciso 1. Este, habrá de ser necesariamente interpretado a la luz de la primera.

Y decíamos también que la cláusula del artículo 1, inciso 2 de la Convención, en modo alguno debe ser entendida como que habilite la punición por parte de la ley local a los particulares que ejecuten actos que prima facie se encuadraren en lo que objetivamente constituyese torturas. La exigencia de que el particular, para ser penalizado, haya actuado por instigación de un funcionario público, o con su consentimiento o aquiescencia, resulta a nuestro entender un requisito insoslayable, a la luz de una adecuada comprensión del espíritu que informa al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, concebido desde un primer momento como una herramienta de protección de los particulares frente al poder estatal".⁽⁵⁾

Agregamos que ésta resulta ser, además, la interpretación adecuada en cuanto a la pena en dos aspectos: 1) que la participación directa o indirecta de un funcionario público es evidentemente un factor que agravaría la penalidad por afectar otros bienes jurídicos como la administración pública en sentido amplio e implica un abuso de poder. Asimismo, en cuanto a la víctima, genera una situación de mayor indefensión y, por ello, de aceptarse ambas posibilidades (tortura con la participación o no de un funcionario público) la pena no podría ser la misma; 2) al conminar con inhabilitación absoluta el delito, éste nos habla de la necesaria participación de un funcionario público.

Teniendo en cuenta que, en el articulado del Código Penal, la pena de inhabilitación absoluta se da en general en los tipos que contemplan la participación de un funcionario público como el caso de prevaricato (artículo 269 CP), el peculado (artículo 261 CP), y cuando no, como en el caso del delito de falso testimonio (artículo 275), afecta a la administración pública u otros bienes jurídicos donde el interés público estatal es preponderante.

La pena de inhabilitación cumple una función preventiva especial, al decir de Zaffaroni,⁽⁶⁾ y su aplicación a un particular totalmente desvinculado de cualquier abuso funcional como pena principal conjunta, y en forma perpetua, no respondería a dicha finalidad, dado que se lo privaría al particular condenado de cualquier empleo público o acceso al mismo. Ello en tanto excede la inhabilitación absoluta impuesta en forma accesoria en cualquier delito grave conforme el artículo 19 del Código Penal.

El contexto y valoración de la pena nos remite al necesario componente del abuso en la función pública en la comisión del delito de tortura en nuestro Código Penal y al particular vinculado a dicho abuso.

.....

(5) LAINO, NICOLÁS, "¿Los particulares como sujetos activos del tipo penal de 'Tortura'?", en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 2008, año 15, n° 5, pp. 487/ 499.

(6) ZAFFARONI, EUGENIO R., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 1998, t. V, p. 231.

El capítulo cuarto refiere la tortura en España y sus antecedentes históricos, así como las distintas regulaciones que tuvo en el Código Penal español.

Como dijéramos, la autora reconoce que la tortura es un delito pluriofensivo. Considera más adecuado como bien jurídico de necesaria afectación a la integridad moral, prevista en este código, lo que es más cercano al concepto de dignidad humana que propone.

Describe cómo el Código Penal español recoge diversos tipos de tortura como la "tortura indagatoria" o la "tortura penitenciaria" y resalta que en el derecho penal español, la *ratio iuris* del delito de tortura es el abuso de poder y no cabe duda de que es un delito cometido por funcionarios públicos y requiere, asimismo, una finalidad pública.

Hace una descripción de la recepción del Estatuto de Roma por parte de la legislación española y realiza un análisis dogmático a su respecto.

Finaliza con el análisis de algunos casos relevantes de derecho penal internacional juzgados en España, como los casos "Pinochet", "Scilingo" y Guatemala, y destaca que, en este último, el Tribunal Constitucional estableció el principio de justicia universal y la competencia de los tribunales españoles a su respecto.

En conclusión, se trata de un libro muy interesante con abundante información y escrito con claridad, que toma posición en los debates más relevantes relativos al régimen jurídico de la tortura en el derecho internacional, como delito y como crimen de lesa humanidad.
