

**LA NOCIÓN JURÍDICA DE TORTURA. Y DE PENAS,  
Y TRATAMIENTOS CRUELES, INHUMANOS  
O DEGRADANTES EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL,  
UN NUEVO “JUS COMMUNE”  
Carlos Alberto Mahiques, Buenos Aires, Educa, 2003, 383 págs.**

Aún antes de leer la primera línea de este comentario, quien me conozca podrá objetarme cierta falta de objetividad a la hora de reseñar una obra de Carlos Alberto Mahiques, por quien, a no dudarlo, siento una profunda admiración y respeto, y con quien tengo el honor de colaborar a nivel tanto académico como funcional.

Carlos Mahiques es juez del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, con una extensa carrera judicial –en pocas semanas cumplirá nada menos que treinta años en el Poder Judicial–, y un académico con una amplísima y prolífica actividad, que incluye entre otras ser profesor titular de Derecho Penal I y Derecho Penal II en la Universidad Católica Argentina, y autor de varias obras científicas, como los recientes libros *Cuestiones de Política Criminal y Derecho Penal y Leyes Penales Especiales. Tomo I.*

Sin duda alguna, el reconocido prestigio y calidad del autor, aunado a su extensa actividad tanto docente como profesional, generaron de por sí un amplio interés por este nuevo libro. Sin embargo, no creo exagerar si digo que *La noción jurídica de tortura...* constituye una obra de indudable valor científico y jurídico, cuya consulta resulta sumamente recomendable. No sólo se caracteriza por la profundidad y calidad de la tarea llevada a cabo por mi gran amigo y maestro, sino que resulta de una lectura por demás amena. Confieso que, en ciertos pasajes, sentí el mismo solaz que aquel que puede producir una buena novela. Y quienes suelen consultar textos jurídicos, sabrán que esta no es una característica común, aún en las mejores obras. Si dudan

sobre ello, los invito a ojear aquellos fragmentos donde Mahiques describe las distintas formas de tortura que se aplicaban en la Europa de los siglos trece a dieciocho, o aquellos donde relata las diferentes penas existentes en ese período, como la de galeras o la de asilo.

En el libro se lleva a cabo una amplia y completa descripción sobre la tortura, las penas y tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, analizada principalmente desde la perspectiva europea. Para ello, en la introducción se abordan tanto problemas terminológicos como los motivos de interés y la temática del estudio, donde el autor señala que su finalidad principal es la observación de la mutación de la noción de tortura y su delimitación.

La parte principal de la obra se ha dividido en dos grandes partes, la primera de las cuales se dedica a un examen histórico del instituto de la tortura como un elemento del derecho. Allí se analiza la relación de la tortura con el procedimiento penal, a cuyo fin se estudia, en el marco de los orígenes de la tortura judicial, el desarrollo y características del procedimiento inquisitorial y la racionalización del sistema probatorio, reflexionándose sobre cuál fue la importancia de estos procesos para el avance de la tortura como medio institucionalizado de obtener la confesión del imputado.

Luego se encara el estudio de lo que Mahiques da en llamar el “derecho” de la tortura, explicando que, desde su aparición en el siglo trece y de su papel inicial como método policial, ella ingresó en el procedimiento penal de derecho continental, y la jurisprudencia que originó se convirtió a poco en una especialidad entre los juristas. Se analiza allí el régimen jurídico de la tortura, describiéndose las condiciones requeridas para ordenar la tortura, tanto relativas al crimen como a la persona, y sus formas de administración, donde no falta la explicación sobre el rol del magistrado en dicho procedimiento. A continuación, Mahiques delinea los efectos jurídicos de la tortura, explicando cómo y por qué ella servía para lograr la condena del acusado.

Estos primeros capítulos causarán en el lector una innegable sorpresa, pues se muestra que la aplicación de la tortura distaba de ser una actividad irracional y fuera de la ley, sino todo lo contrario, se encontraba absolutamente institucionalizada, con un detallado régimen que preveía múltiples factores vinculados a su administración y efectos. El autor nos brinda así un marco histórico y socio-cultural que permite comprender mucho mejor este fenómeno. No puede dejarse de señalar que, tras realizar todo el detalle antes descrito, Mahiques

nos enseña, con específicos datos estadísticos, que la práctica de la tortura no era tan sistemática como la historiografía tradicional la ha presentado.

Finalmente, la primera parte se completa con la descripción del proceso de abolición de la tortura y de sus causas, mostrándonos que, contra lo pretendido tradicionalmente, ella no tuvo por raíz principal al movimiento reformador inspirado por la “Filosofía de las Luces” –cuya piedra angular la constituye el “Tratado de los delitos y de las penas” de Beccaria–, sino que asumió para ello una radical importancia la inutilidad jurídica de la tortura, producto de la modificación del sistema probatorio –que mutó hacia el principio de la “íntima convicción”–, del desarrollo de las penas arbitrarias y de la transformación de las sanciones penales. Ya durante el siglo dieciocho, nos explica Mahiques que la tortura no era el desenlace formal y fatal de la instrucción criminal, y que la práctica judicial restrictiva en esta materia precedió a su abolición legislativa. Sin embargo, el autor no deja de describir el ambiente cultural y filosófico que también influyó de manera indudable en este proceso de derogación, sin faltar el examen de la argumentación llevada a cabo por la corriente “abolicionista”, con lo que el panorama que deja este primer segmento del libro es por demás rico y completo, en tanto no deja cabos sueltos a los efectos de lograr la más adecuada comprensión del tema.

La segunda parte se dedica a la tortura como un instrumento del Estado. Como nos dice el autor, *“con la reaparición en los estados occidentales y sus colonias, asumía –por la tortura– un rostro diferente; ya no es más un instrumento particular del poder de la ley, sino que es la cara que se encuentra fuera de ella: invisible, de poderes nuevos tomados a la humanidad misma, y no sólo para algunas formas graves de criminalidad o desviación”*, explicándonos desde el inicio que fue necesaria la salida del segundo gran conflicto bélico mundial y el conocimiento de las monstruosidades cometidas para que se llegara a un primer reconocimiento internacional de la interdicción de la tortura.

Se aborda entonces la internacionalización de la noción de tortura y de los conceptos vecinos –penas y tratamientos crueles, inhumanos y degradantes–, centrándose en el aporte del derecho internacional a su definición y delimitación, aunque no faltan las referencias a la recepción de la incriminación de la tortura en el derecho interno de diversos países europeos. Se describe así el proceso de

lucha internacional contra la tortura, procediéndose a un detallado análisis de aquellos instrumentos internacionales destinados tanto a su denuncia como a su prevención. Acto seguido, se examina la autonomización de las nociones de tortura, penas o tratos inhumanos y degradantes, explicándose –mediante el análisis de precedentes jurisprudenciales– cómo la Comisión y la Corte europeas de derechos humanos han avanzado en la clarificación conceptual de estas tres nociones, las que presentan específicos caracteres que las diferencian entre ellas, y que permiten alcanzar una jerarquización.

Se estudia también la naturaleza jurídica de la tortura, que ubica entre los atributos inalienables de la persona, como un estándar mínimo de los derechos del hombre. Para ello, Mahiques analiza si la interdicción de la tortura constituye un derecho inderogable –constando que ningún gobierno podría invocar amenazas interiores o exteriores, o razones de orden público para justificar la tortura u otro trato semejante– y un derecho absoluto. Cobra allí particular interés la descripción de los principios “*de la apreciación relativa*” y de “*proporcionalidad*”, el primero de los cuales, entiendo, presenta indudables puntos de convergencia con el “*principio de ofensividad*”, aunque esta discusión la reservo para las reuniones de cátedra que tengo el gusto de compartir con el autor.

Posteriormente, la obra describe el campo de protección de ciertas normas del derecho internacional que sancionan la interdicción de la tortura, diferenciando el uso institucionalizado de la violencia –lugar donde Mahiques constata, mediante la referencia a casos concretos, que todos los regímenes políticos, democráticos o dictatoriales, son susceptibles de recurrir a prácticas internacionalmente condenadas, especialmente durante la vigencia de legislaciones de excepción–, y el uso aislado de la violencia. Además, se hace referencia a la extensión de este campo de protección en el entendimiento de la Corte europea, especialmente de la noción de “tratamiento degradante”, lo que ha permitido el ajuste de las normas a las diversas evoluciones sociales, brindando protección para derechos no garantizados.

En la conclusión, debe destacarse la verificación de dos tendencias en la elaboración conceptual contemporánea de la tortura como un *jus commune* europeo: por un lado, la necesidad de modernizar el sentido del término tortura para tener en cuenta nuevas tecnologías y procedimientos investigativos utilizadas por el Estado; por el otro, la necesidad de no vaciar el término de su significado, para lo cual se

ha convenido en no dar una extensión demasiado amplia al campo de la prohibición.

En las páginas finales obra un anexo donde se encuentran los textos de las normas pertinentes de diversos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, entre otras.

Nuevamente, no puedo menos que celebrar la publicación de este libro, del que me consta el esfuerzo y dedicación que insumió a su autor, y recomiendo firmemente su lectura. Seguramente, quien siga mi consejo no se arrepentirá.

ADRIÁN PATRICIO GRASSI