

EXPEDIENTE: 2121133 - GUARDIA, SERGIO OSVALDO Y ZARATE, CARLOS ALFREDO P.S.A. TORTURA - REENVIO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

SENTENCIA NÚMERO: CIENTO CUARENTA Y OCHO

En la Ciudad de Córdoba, a los seis del mes de mayo de dos mil quince, siendo las once horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por el señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, con asistencia de los señores Vocales doctores Luis Enrique Rubio y Domingo Juan Sesín, a los fines de dictar sentencia en los autos **"GUARDIA, Sergio Osvaldo y Zarate Carlos Alfredo p.ss.aa. Tortura - Reenvío de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -Recurso de Casación-" (SAC 2121133)**, con motivo del recurso de casación interpuesto por el Dr. Federico Pizzicari Bordoy, por la defensa técnica de los imputados Sergio O. Guardia y Carlos A. Zarate, en contra de la Sentencia número doscientos veintiuno de fecha quince de agosto de dos mil trece por esta Sala Penal.

Abierto el acto por el Sr. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1°) ¿Ha sido erradamente aplicado al caso el art. 144 tercero del CP?

2°) ¿Qué resolución corresponde adoptar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dres. Sebastián Cruz López Peña, Luis Enrique Rubio y Domingo Juan Sesín.

A LA PRIMERA CUESTIÓN

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, dijo:

I.1. Por sentencia número cincuenta y tres de fecha primero de noviembre de

dos mil once, la Cámara en lo Criminal y Correccional de Cruz del Eje resolvió, en lo que aquí resulta relevante: "I. Declarar a SERGIO OSVALDO GUARDIA y CARLOS ALFREDO ZARATE, filiados supra, coautores penalmente responsables del delito de severidades agravadas, por el hecho que les atribuye el requerimiento fiscal de fs. 728/756 y por unanimidad aplicarles para su tratamiento la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación especial por doble tiempo de la condena, adicionales de ley y costas" (fs. 4/48).

I.2. En mérito del recurso de casación interpuesto contra dicha resolución por la Sra. Fiscal de Cámara, Dra. Haydeé Margarita Gersicich, el Dr. Pablo Ramiro Olmos, en representación del querellante Mario González, los Dres. Federico Pizzicari Bordoy y Marcelo Raúl Agüero por la defensa técnica de los imputados Sergio O. Guardia y Carlos A. Zarate, esta Sala, integrada por las Dras. Aída Tarditti; María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, y por Sentencia número doscientos veintiuno, de fecha quince de agosto de dos mil trece, resolvió: "I. Rechazar el recurso de casación interpuesto por los Dres. Federico Pizzicari Bordoy y Marcelo Raúl Agüero, como abogados defensores de los imputados Sergio O. Guardia y Carlos A. Zarate. Con costas (arts. 550/551 del CPP). II. Hacer lugar a los recursos de casación interpuestos por la Fiscal de Cámara Dra. Haydeé Margarita Gersicich y el Dr. Pablo Ramiro Olmos en representación del querellante particular y, en consecuencia, casar parcialmente la sentencia número cincuenta y tres, dictada el uno de noviembre de dos mil once por la Cámara en lo Criminal de Cruz del Eje, en cuanto resolvió: I. Declarar a SERGIO OSVALDO GUARDIA y CARLOS ALFREDO ZARATE, filiados supra, coautores penalmente responsables del delito de severidades agravadas, por el hecho que les atribuye el requerimiento fiscal de fs. 728/756 y por unanimidad aplicarles para su

tratamiento la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación especial por doble tiempo de la condena, adicionales de ley y costas...”. En su lugar, declarar a SERGIO OSVALDO GUARDIA y CARLOS ALFREDO ZARATE, ya filiados, coautores penalmente responsables del delito de tortura (art. 144 tercero, incs. 1 y 3 del CP) por el hecho que les atribuye el requerimiento fiscal de fs. 728/756 y aplicarles para su tratamiento la pena de diez años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua, adicionales de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 29 inc. 3, 40 y 41 del CP, 550 y 551 del CPP, 1° Ley 24660 y 1° Ley 8878). Sin costas, atento el resultado obtenido en la alzada (arts. 550, 551 y 552, a contrario sensu, del CPP.)” (fs. 53/114 vta.).

1.3. Contra la decisión aludida, el Dr. Federico Pizzicari Bordoy, defensor de los imputados Sergio Osvaldo Guardia y Carlos Alfredo Zarate, con el patrocinio letrado del Dr. Alejandro Dragotto, interpuso recurso extraordinario federal, el que fue declarado formalmente inadmisibile por esta Sala, con diferente integración, por Auto Interlocutorio n° 323, de fecha 23/10/2013 (fs. 108/114 vta.).

Tal resolutorio motivó la interposición de recurso de queja por parte del abogado defensor, a cuyo respecto, la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, por resolución de fecha veintiocho de octubre de dos mil catorce, resolvió: ”que las cuestiones planteadas en este caso resultan sustancialmente análogas a las resueltas por el Tribunal en la causa D. 429.XLVIII 'Duarte, Felicia s/recurso de casación', sentencia del 5 de agosto de 2014, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en lo pertinente por razones de brevedad. Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario con el alcance indicado en los autos de mención” (fs. 126).

1.4. En atención a lo resuelto por el Máximo Cuerpo de Justicia de la Nación,

esta Sala, por resolución de fecha 17/12/2014, resolvió: "I. Llamar a integrar a la Sala Penal a los Sres. Vocales María Marta Cáceres de Bollati, Luis E. Rubio y Carlos García Allocco, para que en la forma que se disponga se proceda a la revisión de la sentencia (N° 221 del año 2013), dictada por la Sala Penal en lo que fue objeto del recurso extraordinario federal, previa notificación a la defensa, que dispondrá a partir de esa fecha del término de quince días para interponer el recurso de casación" (fs. 135/136 vta.).

II. En efecto, el Dr. Federico Pizzicari Bordoy, en defensa de los imputados Sergio Osvaldo Guardia y Carlos Alfredo Zarate, interpone recurso de casación, invocando el motivo sustancial de casación contemplado en el primer inciso del art. 468 del CPP. (fs. 143/162).

Al respecto, tras referir los antecedentes del caso (fs. 144 vta./158 vta.), indica que esta Sala Penal, con diferente integración, al fundar la decisión adoptada en el fallo atacado parcializó las razones y argumentos brindados por la mayoría en el decisorio del Tribunal de Mérito oportunamente impugnado (fs. 158 vta.). Explica, en tal sentido, que este Tribunal se limitó a destacar el argumento de la Cámara vinculado a que, dado que el Código Penal argentino no describe qué se entiende por tortura, debe tenerse por tal a la definición contenida en el art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en cuanto ella exige la concurrencia de finalidades que en el caso concreto no se han verificado; y que las lesiones padecidas por la víctima no tienen la entidad requerida por la figura en cuestión (fs. 158 vta./159). Sostiene, en cambio, el quejoso, que en rigor de verdad no se agotaban allí los argumentos brindados por la mayoría de la Cámara en su sentencia, sino que en ella además se expresaron otras fundadas razones enuncadas en la operatividad de una serie de pautas y principios de rango superior emergentes del conjunto de

tratados internacionales sobre Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional -tales como los principios de "*in dubio pro reo*", "igualdad ante la ley", "mínima suficiencia y máxima estrictez interpretativa", "*pro homine*", "proporcionalidad", etc, en virtud de los cuales se concluyó por la aplicación preferente de la definición contenida en la mentada "Convención", por ser ésta la que resultaba más beneficiosa a la situación de los imputados (fs. 159).

Resalta que la sentencia de esta Sala que ahora se cuestiona nada dice al respecto, incurriendo así en el mismo defecto de fundamentación que se le ha achacado a la defensa (fs. 159/159 vta.).

Sumado a ello, refuta los argumentos de este cuerpo señalando, en lo que concierne a la exégesis que del concepto de tortura efectúa la sentencia opugnada, que si bien es cierto que con arreglo a lo dispuesto en el mentado segundo inciso del artículo primero de la aludida Convención, no existe óbice para que la regulación interna de nuestro país prevea un tipo penal del delito de tortura más amplio o extenso que el que dicho instrumento define, no es menos cierto que ello en modo alguno dirime la cuestión en el sentido propugnado (fs. 159 vta.).

Manifiesta que ello es así, por cuanto tal circunstancia sólo implica que -como indica que expresamente lo admite el decisorio en crítica- puede coexistir diferentes "conceptos de tortura" sin que los mismos resulten estrictamente en pugna (fs. 159 vta.).

En ese sentido, refiere que resulta errado que se afirme que ello no habilita la posibilidad de que el juzgador, entre dichas alternativas diferentes, pueda (y deba) optar por la que reporte mayor beneficio al imputado (fs. 159 vta./160). Pone de resalto que esto fue un aspecto bien advertido por los jueces que

conformaron la mayoría de la Cámara, quienes no obstante reconocer la existencia de dicha cláusula facultativa, desecharon empero la aplicación de la norma del ordenamiento interno argentino fundado en la vigencia y el imperio de otros principios, los que operaron como cláusulas limitativas y les impusieron optar por adoptar la interpretación legal que reputaron más beneficiosa para los imputados (fs. 160).

Por otra parte, expresa que la interpretación legal efectuada por la mayoría de la Cámara en modo alguno resultada infundada, absurda o irracional como para justificar su descalificación, como lo hizo la resolución impugnada, sino que, por el contrario, la misma no sólo reconoce sólido respaldo en las relevantes opiniones doctrinarias reseñadas en el fallo revocado, sino que además dicha inteligencia es la que mejor concilia con la idea y la noción que a través de la historia se ha mantenido respecto de la conducta de que se trata (fs. 160/160 vta.).

Cita al respecto a Bassiouni, citado por María José Rodríguez Mesa, para destacar que -según la autora- tradicionalmente se ha asociado la noción de tortura a un determinado elemento teleológico, esto es, un propósito y una finalidad última (fs. 160 vta.).

Explica que tal particularidad, sumada al hecho de estar dotada de cierta técnica o metodología, constituyen las notas que caracterizan a dicha práctica y que permiten distinguirla de los padecimientos que por regla aparejan la mera causación de cualquier detrimento en el cuerpo o la salud de una persona, máxime cuando estas son de entidad suficiente como para tipificar una lesión de carácter grave (fs. 160 vta.).

Refiere que sólo la verificación de dicha particularidad trascendente, de esta repudiable ultraintencionalidad, justificaría la punición con mayor severidad de

una conducta que, de no mediar esta especial nota distintiva, no pasaría de configurar la producción de un resultado lesivo doloso, en este caso agravado por la calidad funcional del sujeto activo (fs. 160 vta./161).

Expresado de otro modo -apunta- es la repudiable utilización de tales técnicas de tormento para la consecución de la mentada finalidad trascendente lo que constituye, al margen de un atentado a la integridad física de la persona, un agravio a su dignidad, a su autonomía ética (una "cosificación") que de por sí implica un mayor contenido de injusto que justifica la mayor entidad penal de la conducta en cuestión (fs. 161).

Por las razones enunciadas, propugna que se case la sentencia en orden a la subsunción legal asignada a al conducta atribuida a sus defendidos y que se la encuadre en las previsiones del art. 144 bis, inc. 3° del Código Penal, tal como oportunamente lo efectuara el Tribunal de mérito (fs. 161).

Subsidiariamente, en la inteligencia que se configuraría en la especie un concurso aparente de leyes entre las previsiones de la norma precitada y las del art. 90, en función de los arts. 92 y 80 inc. 9° del digesto punitivo, indica que correspondería aplicar la escala punitiva de esta última disposición legal por ser la escala mayor - CP, art. 54- (fs. 161/161 vta.).

Expone seguidamente, que las particularidades del caso, puestas en sintonía con razones de economía procesal, demuestran que en el supuesto de que el tribunal de casación dispusiera acoger su pretensión defensiva, resultaría inconducente renviar la causa para que otro tribunal renueve dicho segmento de la sentencia. En virtud de ello, postula que este tribunal debería readecuar la pena impuesta sin necesidad de disponer el reenvío, realizando una nueva individualización de la pena, teniendo en consideración la nueva escala punitiva aplicable (fs. 161 vta.).

En tal caso, peticona que se reduzca considerablemente la pena oportunamente impuesta a sus asistidos y se les aplique una sanción no superior a los cinco años de prisión, en razón de entender que éste sería el razonable punto de anclaje entre ambas escalas, dado que constituiría un término medio de la escala más graves y no superaría el máximo de la escala más leve (fs. 161 vta.).

III. Cabe anticipar que los agravios esbozados por el impugnante no logran conmover los fundamentos de la decisión atacada, la que debe mantenerse en un todo, debiendo, en cambio, ser rechazado el recurso de la defensa, en virtud de las razones que se exponen a continuación.

III.1. El impugnante achaca concretamente la manera en que esta Sala Penal, con diferente integración, ha interpretado el alcance jurídico que cabe atribuir al hecho acreditado en autos respecto de los imputados Guardia y Zarate, aplicando la figura penal de tortura prevista en el art. 144 tercero, incs. 1 y 3 del CP.

El agravio principal que a ese respecto plantea el recurso, radica en afirmar que - para así decidir- el tribunal de casación no reparó adecuadamente en los fundamentos que dieron sustento al voto de la mayoría en la sentencia de condena dictada por el tribunal del juicio.

A diferencia de lo planteado por el impugnante, se advierte que la respuesta que brinda la sentencia atacada a los recursos que trata, no soslaya ninguno de los argumentos centrales en que se sustentó el voto mayoritario de Cámara en lo que respecta al encuadramiento legal del hecho objeto de este proceso, a saber:

- a. El art. 144 tercero, inciso primero del Código Penal no define la "tortura" ni indica cuáles son sus elementos típicos (fs. 34).
- b. Dicha omisión en el código de fondo obliga a recurrir a la definición de

tortura contenida en el art. 1 de la "Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes", según la cual no basta con que el autor aplique dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales, sino que se exige, además, que a ello lo realice con determinados fines que dicha norma establece (fs. 34 vta.);

c. Que en el caso no ha podido probarse que alguno de los fines específicos exigidos por la Convención en su art. 1.1. haya sido perseguido por los imputados al producir los sufrimientos en la víctima, no verificándose así un elemento subjetivo del tipo cuya ausencia hace desaparecer el delito (fs. 35/36);

d. No cabe considerar que el art, 144 tercero del CP implique una norma de mayor alcance que la establecida en la Convención aludida (art. 1.1.), en los términos previstos en este instrumento internacional en su art. 1.2., por cuanto no define en absoluto qué debe entenderse por "tortura" ni cuáles son sus elementos tipificantes (fs. 36);

e. Aún cuando se sostenga que la norma del Código Penal es más amplia que la prevista en la Convención referida, determinados principios constitucionales (*in dubio pro reo*, igualdad ante la ley, mínima suficiencia y máxima estrictez interpretativa y *pro homine*), obligan a aplicar el art. 1.1. de la Convención referida (fs. 36/39).

f. También debe descartarse la aplicación del art. 144 tercero del CP al caso, por cuanto resulta desproporcionada su escala penal con relación a las previstas para otros delitos (fs. 38/40).

g. Sin perjuicio de todo lo anterior, de todos modos tampoco corresponde la aplicación del art. 144 tercero CP al caso, por cuanto las lesiones padecidas por la víctima no tienen la entidad suficiente requerida por la figura aludida (fs. 40 vta./42).

Como se hará notar a continuación, todos estos argumentos quedan desechados conforme la adecuada fundamentación de la respuesta que el fallo recurrido brinda a todo aquello cuanto fue materia de agravio en los recursos oportunamente incoados en contra de la sentencia de condena dictada por el tribunal del juicio.

III.2. El tribunal casatorio, decidió hacer lugar a los recursos de casación interpuestos contra la resolución del tribunal de mérito por parte de la Fiscal de Cámara, Dra. Haydeé Margarita Gersicich, y por el Dr. Pablo Ramiro Olmos, en representación del querellante particular, encuadrando el hecho en el art. 144 tercero, inc. 1 y 3 del CP, con base en las razones que sintéticamente se exponen a continuación.

Primeramente, en el fallo atacado se consideran los hechos que se encuentran probados, destacándose al respecto las circunstancias en las que fue aprehendida la víctima (Mario González) por el personal policial aquí imputado, en el marco de un episodio de violencia con su pareja. Se resaltó que posteriormente, los imputados agredieron al hombre ya reducido, con una secuencia de golpes y violencia física que incluyó un "empalamiento anal" causante de serias y variadas lesiones, las cuáles, según lo manifestado por los médicos, le ocasionaron sufrimientos que eran susceptibles de haberle provocado la muerte.

Tras ello, se analizan en concreto la figura de tortura en el Código Penal y su compatibilidad con las Convenciones internacionales vigentes en nuestro ordenamiento Nacional.

Se explica al respecto, que para descartar la aplicación del delito de tortura, tal como se encuentra previsto en el art. 144 tercero del Código Penal, el voto por la mayoría de la Cámara partió erradamente de considerar que esa disposición "no

define en absoluto qué debe entenderse por tortura ni cuáles son sus elementos tipificantes” (fs. 974), siendo que el tercer párrafo expresamente prescribe: “[p]or tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente”.

Se aclara en el fallo atacado, que si bien la norma aludida ha suscitado diferentes opiniones, tal como se ve reflejado en la doctrina citada respectivamente por la mayoría y la minoría en el fallo del tribunal de juicio, no puede decirse que la tortura carezca de un tipo que permita captar lo que allí se delimita.

También se hace referencia luego a la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas (Res. N° 39 - 46 del 10 - XII - 1984), a cuyo concepto de tortura se remite el voto de la mayoría en el fallo de Cámara, explicando que dicha normativa convencional ingresó al ordenamiento interno con la sanción de la ley 23.338 y adquirió rango constitucional en 1994, a partir de su inclusión en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

Se pone de resalto a este respecto, que el tribunal de mérito extrajo de dicha regla convencional -sin intermediación del derecho interno- la exigencia de un elemento subjetivo que entendió no probado en el caso, siendo que la propia Convención aludida establece que todo estado “velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación nacional” (art. 4, 1).

Se explica que el razonamiento de la Cámara no es acertado, por cuanto aún cuando la fórmula de derecho interno carece de una exigencia subjetiva consistente en una ultrafinalidad en el funcionario que inflige intencionalmente dolores o sufrimientos graves a una persona (“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 discriminaciones" -art. 1, Conv. cit.-), ello no significa que se encuentre en pugna con la normativa convencional ni que pueda ser descalificada su aplicación.

Esto así -señala el resolutorio recurrido- por cuanto la Convención define a la tortura pero no descarta que otro instrumento internacional o legislación nacional "contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance" (art. 1, 2). Se aclara que ello es compatible con las modalidades de las convenciones que aluden -por ejemplo- en materia de garantías judiciales a las "mínimas" pudiendo por tanto ser más amplias las contempladas en el derecho interno. Por lo tanto, se expresa que la fórmula de derecho interno (art. 144 tercero, inc.

1 y 3 CP), en la medida que no contiene exigencias mayores a las del dolo que alcanza a todos sus elementos ("tormentos" físicos, "sufrimientos" psíquicos, en ambos casos de "gravedad suficiente"), sin sumar ultrafinalidades, no contraría la definición dada en la Convención, porque es sabido que los elementos subjetivos restringen la punibilidad y, consiguientemente, el carecer de ellos implica que se trata de una disposición de mayor alcance.

Se explica, además, que tampoco la disposición interna se encuentra en pugna con otros instrumentos internacionales vigentes que regulan la materia con posterioridad a la Convención contra la Tortura del año 1984, que ofrecen un mayor alcance al concepto de tortura y, por tanto -obviamente- éstos tampoco la contrarían.

En tal sentido, en la sentencia impugnada se pone de resalto que el artículo 2 de la ley 23.652, dictada el 29 de septiembre de 1988, incorporó al derecho interno la Convención Interamericana para Prevenir y sancionar la Tortura,

aprobada por la Asamblea General de la OEA del año 1985, que permite considerar que la tortura puede responder a cualquier finalidad o ser empleada como medio. Dicho artículo establece que "se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo corporal, como medida preventiva, como pena o cualquier otro fin".

Por su parte, se destaca que la ley 26.200, del año 2007, incorpora al derecho interno lo dispuesto por el Estatuto de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, definiendo a la tortura solamente por el dolo de hacer padecer dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales (art. 7, 2, e, Estatuto de Roma), sin hacer ninguna mención acerca de la necesidad de que se verifique algún fin específico. Se explica al respecto, que sería absurdo que si la norma de derecho interno se encuentra en consonancia con el Estatuto de Roma no sea considerada tortura la conducta que se ajuste a ella, aunque no configure un delito de lesa humanidad por carecer de sus exigencias específicas tales como lo generalizado o sistemático de los ataques.

Es importante también destacar que en el fallo atacado se aclara que la coexistencia dentro del ordenamiento jurídico nacional de diferentes conceptos de "Tortura", no implica que el sistema legal presente inconsistencias o redundancias que habiliten al juzgador a optar entre diferentes alternativas igualmente válidas por aquella que considere más beneficiosa para el imputado.

Se recuerda en este sentido, que en la labor interpretativa de las normas vigentes debe partirse de la presunción de que el sistema es coherente. En función de ello, en el caso, se indica que deben extremarse los esfuerzos interpretativos en

orden a determinar cuál es el concepto vigente de tortura en nuestro ordenamiento jurídico penal desde una interpretación sistemática.

Al respecto, se explica en el fallo que si se parte de lo previsto expresamente en el artículo 144 tercero del Código Penal Argentino, y se analiza su alcance desde una interpretación sistemática de la normativa internacional de jerarquía constitucional que regula la tortura, considerando especialmente que el art. 1. 2 de la Convención contra la Tortura de 1984 establece expresamente que la definición de tortura que allí es dada debe entenderse sin perjuicio de cualquier otro instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance, tales como las contenidas en los tratados citados, cabe sólo concluir que en el ordenamiento legal vigente en la argentina no se requiere la verificación de una finalidad concreta en el autor para encuadrar un hecho en el delito de tortura. No se soslaya la existencia de diferentes criterios en lo que atañe a los alcances del delito de tortura en nuestro ordenamiento. En tal sentido, en el fallo atacado se cita doctrina y jurisprudencia que avala la posición sostenida (En doctrina: Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Astrea, 2007, 7 ed., Tomo I, p. 337; Reinaldi, Víctor Félix, *El derecho absoluto a no ser torturado*, Ed. Lerner, año 2007, p. 106/108 y 146; Laje Anaya, Justo, *Algunas consideraciones sobre el delito de tortura*, en J.A. n° 5456, Bs.As., 26/3/86, p. 857; Casanello - Núñez, *Algunas dificultades que encierra el concepto de tortura para delimitar los contextos de su aplicación*, en: El Sistema Penal en

las sentencias recientes de los Organos Interamericanos de protección de los Derechos Humanos', Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, pp.103/104. En jurisprudencia: Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 de la Capital Federal, B., V. y otros, causa N° 1844, Bs. As., 30/11/2007; Cámara Federal de la Plata, Sala

III, desde el precedente 'Etchecolatz s/incidente de apelación', causa 3454 del 25/8/2005; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, desde el precedente 'Vergez, Héctor Pedro s/procesamiento', causa 39.746, Res. de fecha 15/6/2007").

Por otra parte, en el fallo impugnado se concluye que se encuentra acreditada en el caso una afectación de la dignidad de "gravedad suficiente" para la aplicación de la norma (art. 144 tercero, CP).

Se expone al respecto, que las previsiones legales sobre severidades, vejaciones y apremios ilegales que efectúa el art. 144 bis del C. Penal quedan reservadas para los casos en que las acciones no excedan el marco de la opresión o coerción innecesarias, ilegales, pero no seriamente vulnerantes de la integridad psicofísica, ni se practiquen con el dolo de atormentar o hacer sufrir (Tozzini, Carlos, *Sanciones penales por torturas a personas detenidas*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Bs.As., 1984, Año VII, n° 25, pp. 767/768).

Se explica así, que la diferencia entre las severidades, apremios o vejaciones y la tortura se halla en la mayor gravedad de esta última. En esta dirección, se adscribe a la doctrina que afirma que si el dolor que deliberadamente se causa es intenso, el maltrato, el apremio o la vejación configurará una tortura (Reinaldi, Víctor Félix, *El delito de tortura*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 86). De este modo, se señala que en el caso es desacertada la consideración del tribunal de mérito acerca de que las lesiones y sufrimientos probados en la víctima no pueden ser calificados como aquellos "graves sufrimientos físicos o psíquicos" que son exigidos como elementos del tipo de la tortura.

Se recuerda, también, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de determinar el alcance de la voz "tortura" a la luz de lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y

de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura en el caso "Luis Lizardo Cabrera" (Comisión IDH, caso 10.832, informe 35/96, República dominicana). Se resalta que allí, a los efectos de trazar la línea divisoria entre tortura y trato inhumano en el ámbito de ambas convenciones, la CIDH sostuvo que "la calificación debe hacerse caso a caso, tomando en cuenta las peculiaridades del mismo, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima específica y las circunstancias personales de la víctima" (párrafo 83).

Por otra parte, se indica que el primer elemento constitutivo de la tortura viene dado por la imposición de un sufrimiento grave, por lo que la gravedad del padecimiento es una variable relevante a tener en cuenta para que se configure el hecho ilícito, pero, no obstante ello, la calidad del sufrimiento no es el único elemento a considerar, sino que también se debe apreciar el contexto en el que los padecimientos fueron infligidos, las características personales de la víctima y las secuelas que tales actos hayan dejado en el sujeto pasivo. En este sentido, se cita en el fallo atacado jurisprudencia de la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, puntualmente el precedente "Vergez", en cuanto allí se destacó que deben considerarse factores exógenos -como el ambiente, el medio utilizado- y endógenos -como la personalidad de la víctima, su vulnerabilidad, etc. (Se cita: Casanello - Núñez, op. cit., p. 105)

El tribunal se ocupa de advertir, a su vez, que la fundamentación jurisprudencial que brindó la Cámara del Crimen en su sentencia para desechar en el caso el encuadramiento del hecho en la figura de tortura no resultó válida. Ello, desde que el análisis del tribunal de mérito se redujo a una comparación objetiva y genérica entre las lesiones sufridas por la víctima en este proceso y aquellas verificadas respecto de otras víctimas, por otros hechos, en otros procesos, sin

reparar en las particularidades que acompañan cada caso en concreto.

Al respecto, sumado a la recomendación de la CIDH antes citada, se resalta que no debe soslayarse que la casuística sobre el tema bajo análisis es amplia y variada, existiendo en cada caso diferentes circunstancias relevantes que tornan inadecuado pretender de un contraste entre algunos pocos supuestos obtener una pauta general.

En efecto, los Vocales que suscriben el fallo atacado, ciñéndose a las particularidades del caso concreto, concluyen que el hecho tenido por probado, a diferencia de lo sostenido por el Tribunal del Juicio, supera ampliamente el concepto de severidad, verificándose que se aplicó a la víctima un sufrimiento físico y psíquico de intensidad y características compatibles con el delito de tortura.

Se explica al respecto, que la tortura implica una máxima afectación de la dignidad que en el caso se encuentra largamente presente, porque no se trató sólo de sufrimientos físicos intensos en la víctima, sino especialmente por el empalamiento anal de modo humillante, cruel y aberrante, con capacidad para generar graves sufrimientos psíquicos.

Para arribar a esa conclusión, se destacan en el fallo, entre otras, las siguientes probanzas:

a) Se valora, en primer orden, que el Dr. Gustavo Raúl Gielis, médico cirujano que estaba de guardia en el hospital "Aurelio Crespo" y que atendió a la víctima en el quirófano, señaló que venía con una lesión de empalamiento anal, constatando lesiones en la piel y mucosa desgarrante, que había tenido una importante hemorragia, y abundó en explicaciones acerca de la magnitud del dolor que incluso y por sí mismo generaba un riesgo para su vida -posibilidad de muerte debido a la intensidad del sufrimiento- (fs. 951/951

vta.).

b) Acerca de la magnitud del dolor se aprecian, también, múltiples pruebas como los testimonios de la enfermera en el Hospital de Villa de Soto María Isabel Nadal (fs. 952 vta.), de la médica de ese centro de salud Anabela María Landra (fs. 955 vta.), del compañero de celda Carlos Alberto López (fs. 954 vta./955), de Claudia Leonor German (fs. 958), del médico policial que presta servicios en Cosquín Héctor Fabián Dellacecca (fs. 959 vta.) y del médico forense Roberto Manuel Rossini (fs. 962 vta./963). .

c) En cuanto a lo humillante de semejante ataque y sus secuelas, se valoran las referencias de familiares de la víctima. Así Rosa del Valle González, testificó que fue a ver a su hermano al hospital a los dos o tres días luego del hecho, que estaba allí en un mar de llantos, no quería hablar, no se podía mover, estaba muy mal de ánimo, lo llevó a una psicóloga para que lo tratara, pero que siguió y sigue mal, no tiene ánimo para salir a trabajar. (fs. 962). Marco Rosario González, refirió que cuando vio a su hermano en el hospital de Cruz del Eje, estaba hecho un puñadito, lloraba permanentemente (fs. 966/966 vta.).

Por los motivos referidos, el tribunal casatorio, integrado por las Dras. Tarditti, Cafure de Battistelli y Blanc de Arabel, consideró que las características del hecho desbordaban la figura aplicada por la Cámara del Crimen, y determinaban su encuadramiento legal en la figura de tortura (art. 144 tercero inc. 1 y 3 del CP).

III.3. Los fundamentos del fallo atacado previamente enunciados, permiten *per se* advertir -a diferencia de lo planteado por el recurrente- que no se ha soslayado ningún argumento del voto de la mayoría de la sentencia de Cámara que conduzca a adoptar una solución diferente.

La sentencia casatoria explica adecuadamente que si bien en el voto mayoritario de la Cámara se niega que el Código Penal, en su art. 144 tercero, defina la tortura e indique sus elementos típicos, contrariamente, la norma sí contiene una definición de tortura y también describe sus elementos típicos. Pues, de su primer inciso surge que: "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 a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquella poder de hecho (...), aclarando luego en su tercer inciso que "Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente".

Al no captar adecuadamente ese contenido de la norma, carece de sustento la consecuente afirmación del tribunal acerca de que existe un vacío legal en la regulación de fondo que obliga a acudir -en razón del principio de supremacía- a la definición de tortura que contiene el art. 1 de la "Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

No aparece, tampoco, justificada la omisión de aplicar la previsión vigente en el derecho interno (art. 144 tercero, CP) cuando no se ha declarado su inconstitucionalidad en el caso concreto.

La doctrina constitucional suele denominar a este tipo de proceder como un "facilismo" (barrera buteler, Guillermo, *Lecciones de derecho constitucional*, ed. Advocatus, Córdoba, 2014, Tomo I, p. 48). Con ello se alude a aquella inadecuada práctica judicial por la que se acude directamente a la aplicación de normas generales de jerarquía superior (normas constitucionales), cuando existen otras previsiones inferiores válidas y vigentes con las que el legislador

ha captado y regulado de manera específica el caso concreto.

Es así que el segundo defecto que se advierte en la decisión de la Cámara no consiste, entonces, en que no pueda y deba interpretarse la norma del Código Penal (art. 144 tercero) a la luz de los tratados internacionales vigentes que rigen la materia, sino en haber omitido su aplicación, acudiendo directamente a analizar la tipicidad del hecho en función de la previsión de la tortura establecida en el art. 1.1. de la Convención contra la tortura de 1984, sin previa constatación y declaración de la inconstitucionalidad de la norma de fondo.

Por otra parte, tampoco se observa que el art. 144 tercero del Código Penal se encuentre en tensión alguna con la Convención contra la tortura de 1984 . Es que, a diferencia de lo que postula el voto mayoritario de la sentencia Cámara, y como bien aprecia -en cambio- el fallo impugnado, la norma del código de fondo comprende, aunque de manera más amplia en sus alcances (al no requerir una ultrafinalidad o finalidad específica), la definición de tortura que brinda el citado art. 1.1. de la Convención, lo que no ha sido impedido sino expresamente autorizado en el art. 1.2. del mismo instrumento convencional. Pues esta última norma dispone: "el presente artículo (1.1.) se entenderá sin perjuicio de cualquier otro instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance".

Soslaya también la Cámara y el recurrente, no así la sentencia casatoria recurrida, que el art. 1.2. de la Convención no sólo autoriza la ampliación de su definición de tortura en el derecho interno, sino que además señala que una mayor amplitud puede provenir de otros instrumentos internacionales vigentes.

Sin dudas, entonces, la norma del derecho interno no debe ser interpretada sólo

con base en la Convención de 1984, sino que también puede y debe tenerse en cuenta la manera en que se encuentra prevista la tortura en los restantes tratados y normas vigentes en nuestro ordenamiento, por supuesto, a partir de un análisis sistemático y respetuoso de todas las pautas que hacen a una adecuada interpretación.

No escapa a este análisis, que el voto mayoritario de la Cámara aclara que frente a las alternativas previsiones que pueda sostenerse que existen en nuestro ordenamiento en torno al alcance de la figura de tortura, en función de la regencia de principios de rango constitucional (citados supra *-pto. III.1.e-*), debe estarse necesariamente a lo prescripto por el art. 1.1 de la Convención de 1984, en razón de ser la regulación que concibe a la tortura del modo que resulta más beneficioso para el imputado.

La sentencia casatoria se ocupa de este análisis del tribunal del juicio, cuando explica que la coexistencia dentro del ordenamiento jurídico nacional de diferentes conceptos de "Tortura" no implica que el sistema legal presente redundancias e inconsistencias sobre sus alcances que autoricen al juzgador a optar entre diferentes alternativas por aquella que se considere más beneficiosa para el imputado.

Esto es así, sencillamente, porque no se verifica en el caso la necesidad de optar entre diferentes alternativas. Pues, desde una adecuada interpretación, enderezada a reconocer la posibilidad de subsistencia armónica de todas las normas vigentes, no se advierte que el sistema luzca incoherente, redundante o incompleto en lo que atañe a los elementos típicos de la tortura.

Dicho de otro modo, aunque se acepte que coexisten diferentes "conceptos de tortura" dentro del ordenamiento jurídico vigente en nuestro país, ello no implica necesariamente que los mismos se encuentren en pugna, y mucho menos

que se deba optar por el más beneficioso para el imputado en todos los casos.

Tampoco varían los alcances que aquí se reconocen a la norma del art. 144 del CP si se la analiza con base en una interpretación sistemática de todo el ordenamiento jurídico nacional, con adecuado respecto del principio de supremacía constitucional. Al respecto, la interpretación de las leyes a los efectos de establecer su sentido y alcance, no debe acotarse a su tenor literal, sino que se debe recurrir a la complementación a través de la interpretación teleológica y sistemática. Y en esta última debe darse preeminencia a las disposiciones de rango constitucional (TSJ, Sala Penal, "Boudoux", S. n° 36, del 7/5/2001; "Balboa", S. n° 10, del 19/3/2004).

Es preciso mencionar, también, ciertas pautas de interpretación fijadas por el Alto Tribunal de Justicia de la Nación, que han sido seguidas por esta Sala en reiterados precedentes, que indican que: "las leyes deben interpretarse conforme al sentido propio de las palabras que emplean sin molestar su significado específico, máxime cuando aquel concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente, para todo lo cual se deben computar la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante (...) evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto" (TSJ, "Segovia", S. n° 300, 15/11/2012, entre otros).

En este sentido, se ha aclarado en la sentencia cuestionada, también con acierto, que en la labor interpretativa de un conjunto de normas vigentes se debe partir de preferir aquella interpretación sistemática que permita considerar que el sistema es coherente, lo que implica que todas sus previsiones pueden regir

simultáneamente, sin necesidad de que unas tornen inaplicables a otras. Dicho de otro modo, se quiere referir que cuando -a primera vista- se observa que aparentemente existen varias formas de interpretar un sistema jurídico determinado, debe prevalecer -si fuere posible, y aun cuando ello implique realizar un considerable esfuerzo intelectual- aquella interpretación que conduzca a entender que ese sistema es coherente y que todas sus normas pueden ser válidas simultáneamente.

El análisis efectuado en la sentencia casatoria se adecua plenamente a las pautas de interpretación previamente aludidas, en cuanto considera lo previsto en el artículo 144 tercero del Código Penal Argentino desde una interpretación sistemática de todas las normas que componen el ordenamiento jurídico nacional vigente, incluyendo toda la normativa convencional que goza de la jerarquía acordada por el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

Así, acertadamente se concluye en el fallo impugnado que el art. 144 tercero del Código penal contiene una definición de tortura, que al no exigir una ultrafinalidad o finalidad especial, resulta más amplia que la definición del apartado 1.1. de la Convención contra la tortura de 1984, lo que resulta autorizado conforme lo dispuesto por el apartado 1.2 de ese mismo instrumento, y -además- es coherente con lo dispuesto al respecto por otros tratados internacionales suscriptos y adoptados por el Estado Argentino, como la Convención Interamericana para Prevenir y sancionar la Tortura, aprobada por la Asamblea General de la OEA del año 1985, incorporada al derecho interno por el artículo 2 de la ley 23.652, dictada el 29 de septiembre de 1988, el Estatuto de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, incorporados a nuestro Derecho interno mediante la ley 26.200 del año 2007 (art. 7 inc. 2 "e"). Tales instrumentos internacionales no sólo autorizan una mayor amplitud en el

derecho interno, como lo hace la Convención del 1984, sino que incluso coinciden con el mayor alcance que surge del Código Penal Nacional, al no exigir tampoco una ultrafinalidad o finalidad especial de parte del autor de la tortura.

Vale decir que, entonces, no se observa la presencia de diferentes alternativas dentro de esos diferentes ámbitos y niveles del ordenamiento jurídico nacional entre las cuales se deba optar para sustituir la definición de tortura más amplia y comprensiva de todas ellas que brinda el Código penal en la figura aplicada. Es que el art. 144 tercero del CP contiene una norma vigente que regula específicamente la materia en cuestión con esos alcances, que al resultar constitucionalmente válida, en cuanto se adecua a las previsiones de jerarquía superior previamente aludidas, luce plenamente aplicable al caso.

Visto ello, cabe referir -por otra parte- que la doctrina y jurisprudencia citadas en el fallo de Cámara e invocadas por el recurrente tampoco logran conmover la solución apuntada.

Pues aún cuando se acepte que tradicionalmente se ha asociado la noción de tortura a un determinado elemento teleológico, esto es, un propósito y una finalidad última, existe también suficiente doctrina y jurisprudencia (alcanzando con remitirse aquí a las transcripciones de las citas efectuadas a este respecto en el fallo atacado), que denotan una clara evolución en los alcances del concepto de tortura, a punto tal que ello se ha visto receptado en las regulaciones convencionales y en el derecho interno, tal como surge de la normativa analizada (por ejemplo, el Estatuto de Roma y el art. 144 tercero del Código Penal Nacional, que no exigen aquella ultrafinalidad con la que tradicionalmente se concibió la tortura).

Ello no es lo que sucede en todas las legislaciones, pero sí en la nuestra. Así lo

explica la doctrina, exponiendo, por ejemplo, que en Códigos Penales como el español, el derecho interno prevé la tortura de manera similar a la Convención, exigiendo la finalidad de "obtener la confesión de cualquier persona o castigarla por cualquier hecho que haya cometido o que se sospeche que ha cometido". Se explica que este elemento teleológico aparece en esos casos como un especial elemento subjetivo del tipo que caracteriza al delito de torturas. Pero se aclara inmediatamente después que "esto es ajeno a nuestro ordenamiento, más ajustado a la pauta supranacional en ese punto". Se afirma así que en nuestro ordenamiento vigente "alcanza con que hubiere conocimiento y voluntad del agente hacia la producción de padecimiento físico o psíquico grave en la víctima, sin requerirse ninguna ultraintención" (Delgado, Federico - Seco Pon, Juan C. - Lanusse Noguera, Máximo, en *Código Penal y normas complementarias - Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio Raúl (*Dir.*), ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, 1° ed., Tomo V, pp. 374/375).

Cabe recordar que en materia de jurisprudencia, el criterio sostenido en el fallo atacado es ni más ni menos que el que se condice con los lineamientos fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sendos pronunciamientos acerca de los alcances de la tortura prevista en el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta dirección, ha señalado que la tortura se constituye por un acto: (1) que sea intencional, es decir que los actos cometidos no sean producto de una conducta imprudente, accidental o de un caso fortuito; (2) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, lo cual se determina al considerar factores endógenos y exógenos, tales como las características del trato, la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infringidos los padecimientos, los efectos físicos y mentales que estos

tienden a causar (factores endógenos), así como las condiciones particulares de la persona que sufre dichos padecimientos, como es la edad, el sexo, el estado de salud y cualquier otra circunstancia personal (factores exógenos), que se cometa con cualquier fin o propósito (Cfr. *Caso Bueno Alves v. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 164, párrs. 79-87; *Caso J. v. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C No. 275, párr. 364).

Por su parte, luce también errado el análisis que efectúa la Cámara en lo que respecta al principio de proporcionalidad.

Cabe precisar a este respecto, en primer lugar, que el hecho de que la escala penal prevista por la figura penal en cuestión pueda considerarse inconstitucional, por vulneración del principio de proporcionalidad, no autoriza a declarar atípico el hecho que reúne sus elementos típicos. Pues, en ese caso, lo inconstitucional es sólo su escala penal.

En segundo lugar, debe referirse que si bien el tribunal de mérito sostiene que la escala penal del art. 144 tercero, inc. 1 luce desproporcionada con relación a la de otros delitos, sin embargo, no resuelve en el caso declarar su inconstitucionalidad, por lo que tampoco podría dejar de aplicar dicha norma. Sin perjuicio de ello, y en tercer lugar, tampoco resulta acertado el análisis efectuado en orden a fundar la desproporción sostenida. Cabe recordar brevemente al respecto la denominada regla de la clara equivocación, conforme a la cual "sólo puede anularse una ley cuando aquéllos que tienen el derecho de hacer leyes no sólo han cometido una equivocación, sino que han cometido una muy clara -tan clara que no queda abierta a una cuestión racional", en cuyo caso "la función judicial consiste solamente en establecer la frontera exterior de la acción legislativa razonable" (Thayer, J.B., "The origin and scope

of the american doctrine of constitutional law", Harvard Law Review, Vol. 7, Dorado Porrada, Javier, "El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional", Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1997, p. 14 y ss). Entonces, no se trata de controvertir por los jueces el mérito, conveniencia o discrecionalidad de los legisladores en la fijación de las escalas penales, sino de reparar el error a través del remedio con que el Poder Judicial cuenta para restablecer los principios constitucionales en juego (TSJ, Sala Penal, "Zabala", S. n° 56, 8/7/2002, entre otros)

Es así que, aún cuando el decisorio de Cámara destaca el contexto histórico en que el legislador nacional sancionó la ley 23.097, por la que se aumentó la pena del delito de tortura, y cita autores como Rafecas opinan que "sería deseable que el máximo de la escala penal del art. 144 bis, incisos 2 y 3 fuera secante con el mismo artículo 144 tercero", y legislaciones extranjeras, al decir que "con acierto ha decidido el legislador español de 1995, que la escala penal de apremios y vejaciones comparta un espacio común con la de torturas", todo ello implica un análisis de política legislativa que no autoriza la declaración de inconstitucionalidad de la norma, en tanto no se verifique la regla de clara equivocación del legislador que se cita previamente, o de otro modo se realice un análisis que permita concluir razonablemente que en el caso se torna ineludible declarar la inconstitucionalidad de la escala penal de la norma. Ello, a su vez, debe ser declarado en forma expresa. No obstante, como se anticipa, aún si se considerarse que no resulta constitucional la escala penal prevista por el legislador para el delito de tortura, e independientemente de que esté o no declarada esa inconstitucionalidad en el

caso concreto, lo cierto es que ello de ningún modo autoriza -como se pretende- a entender lisa y llanamente que el hecho no reúne los elementos típicos que exige la figura en cuestión (art. 144 tercero CP).

De otro costado, se aprecia adecuada la fundamentación del fallo atacado en lo que atañe a la concurrencia de los demás elementos típicos requeridos por la figura prevista en el art. 144 tercero, incs. 1 y 3 del CP.

En tal sentido, en lo que respecta a la provocación de tormentos físicos y sufrimientos psíquicos de gravedad suficiente respecto de la víctima que exige la figura, sin perjuicio que alcanza con remitirse a lo expuesto a este respecto en el fallo atacado, cabe agregar algunas consideraciones.

Aun cuando el caso que nos ocupa refiere a una víctima de sexo masculino, es válido traer a colación, en primer orden, un criterio de la Corte Interamericana que - *mutatis mutandi*- refuerza la razonabilidad de la decisión adoptada, al considerar los actos que incluyeron el empalamiento anal de agentes de la policía sobre un detenido como un supuesto de tortura.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que en determinadas circunstancias la violencia sexual contra la mujer constituye una violación al artículo 5.2 de la Convención Americana (cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párr. 306).

En dicho pronunciamiento, el Tribunal Interamericano ha calificado un acto de esas características realizado por un agente del Estado, como un acto de violencia sexual especialmente grave y reprobable, dada la vulnerabilidad de la víctima y el abuso del poder que en ese contexto despliega el agente, dirigido a intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que lo sufre, lo cual permite su calificación como tortura (Cfr. *Caso Fernández Ortega y otros*

v. *México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, párrs. 127 y 128; *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párr. 117).

Esta calificación de la violación sexual como tortura es también resultado del trauma que genera para quien la sufre y por el hecho de que puede tener severas consecuencias y causar gran daño físico y psicológico, lo cual deja a la víctima humillada física y emocionalmente, situación que es difícilmente superable por el paso del tiempo (Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, fondo, reparaciones y costas... párr. 306 y 311; *Caso Fernández Ortega y otros v. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 119.)

En el caso concreto, se verifica que la violencia desplegada sobre la víctima aprehendida por parte del personal policial que la tenía bajo su custodia, incluyó un empalamiento anal que le ocasionó no sólo el gran daño físico y psicológico al que alude la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sino que además, en opinión médica, le provocaron padecimientos susceptibles de poner en riesgo su vida.

Si bien la evaluación acerca del peligro de vida o muerte, que son sinónimos, es una cuestión de difícil dilucidación, se entiende que quien resulta idóneo para realizar una valoración de este tipo es el médico que realiza un examen directo de la víctima, con base en las constancias de su historia clínica con relación al hecho (Famá, Francisco J., *Aspecto Médicolegal de las lesiones. Evaluación de la gravedad* en: "Lesionología Médico-legal", p. 222). Dicho de otro modo, para que se pueda admitir que una lesión puso en peligro la vida del ofendido, es indispensable que los médicos que lo hayan reconocido y curado, afirmen que así ocurrió desde luego por la naturaleza de la propia herida (Amparo directo

4781/47. Leovigilda Toledo. 1º. de abril de 1948, publicado en: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo XCVI, p. 8, tesis de rubro: " L e s i o n e s que ponen en peligro la vida. " , http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/814/814_755.pdf), tal como se verifica en el caso, en función de la evaluación practicada por el Dr. Gustavo Raúl Gielis, médico cirujano que estaba de guardia en el hospital "Aurelio Crespo" y que atendió a la víctima en el quirófano tras la ocurrencia del hecho. Dicho profesional de la salud constató concretamente que con motivo del empalamiento anal se provocaron lesiones a la víctima en la piel y mucosa desgarrante, con una importante hemorragia, abundando en explicaciones acerca de la magnitud del dolor y resaltando que ello generó un riesgo para su vida (fs. 951/951 vta.).

Determinados estudios en medicina legal ilustran la opinión del médico, al avalar que ciertos daños, sobre todo aquellos producidos a ciertos órganos vitales, pueden entrañar peligro de vida, dependiendo de cada caso la verificación de que ese peligro sea real y concreto, como sucede -por ejemplo- cuando se produce una hemorragia grave, y no meramente abstracto (En este sentido: Famá, Francisco J., op. cit. p. 222).

Un criterio que suele invocarse al respecto es que se trata de lesiones que de no mediar la intervención médica, habrían causado la muerte (http://es.doccity.com/es-docs/embed-Player/Lesiones_que_ponen_en_peligro_la_vida-_Medicina_legal). Se aclara así, que no es necesario que la herida sea necesariamente mortal (Amparo directo 4781/47. Leovigilda Toledo. 1º. de abril de 1948, publicado en: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo XCVI, p. 8, tesis de rubro: "Lesiones que ponen en peligro la vida.", <

<http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos /Tesis/814/814755.pdf>>), bastando que la misma sea susceptible de producir la muerte.

Estas consideraciones, sumadas a todas las restantes valoraciones efectuadas en la sentencia de casación, acerca de los restantes sufrimientos de diversa índole provocados a la víctima concomitantemente al empalamiento anal (golpes de patadas, puños y tonfas, cuyos rastros duran hasta la actualidad, dejando señales en nueve lugares distintos, más fractura de costilla y otras lesiones excoriativas en ambos glúteos, sumado al daño psicológico verificado), permiten confirmar que los padecimientos causados por los agentes imputados son de la gravedad exigida para la configuración del delito de tortura. Y de allí que "Se trata de una modalidad particularmente gravísima de afectación de la libertad por su efecto destructivo sobre la relación de la persona consigo misma, su dignidad, integridad psicofísica, la subyugación y colonización absoluta de la subjetividad que se transforma en anexo territorial sujeto a la voluntad soberana del torturador. El cuerpo actúa como soporte de escritura del lenguaje de la violencia, la anulación del ser" (Delgado, Federico - Seco Pon, Juan C. - Lanusse Noguera, Máximo, en *Código Penal y normas complementarias - Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio Raúl (*Dir.*), ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, 1° ed., Tomo V, p. 372).

A manera de reflexión, no puedo soslayar que la delgada línea doctrinaria que separa las severidades, vejaciones, apremios ilegales y tortura, condujo a sostener en la práctica jurisprudencial -reiterada y mayoritariamente- a las figuras penales más leves en detrimento del tipo penal de tortura. En este punto, hago mías las reflexiones de la Senadora nacional Norma Elena Morandini, quien al presentar un proyecto de ley en el Senado de la Nación propiciando la modificación de los arts. 144 bis y 144 ter del Código Penal (Expdte. S-

4230/30), argumentó: *"La equiparación de la tortura a delitos penales de menor gravedad conduce a que muchos funcionarios judiciales sancionen la tortura con penas menores, sin la correcta calificación de la tortura como un delito autónomo, sin atenuantes. Esta confusión impone la revisión de la tipificación penal de los delitos de tortura y apremios ilegales para no dejar márgenes de interpretación judicial"*. Lo antedicho es precisamente lo que aconteció en el caso sub examine.

Tampoco puedo soslayar, como corolario, que aunque no represente un elemento del tipo penal bajo análisis, sí resulta indispensable considerar el daño a la imagen institucional que las conductas por las que fueron sentenciados los imputados, provocan en la fuerza policial, y que se hace extensible en la consideración pública a los distintos estamentos estatales responsables de la persecución penal. Huelga entonces aclarar, que la pertenencia a una institución que carece o que ve reducidos a casos aislados este tipo de hechos, facilita la tarea de quienes -como la mayoría-, cumplen honesta, responsable y eficientemente su tarea.

Por los motivos desarrollados previamente, cabe desechar en el caso la subsunción legal del hecho que pretende el recurrente (art. 144 bis, inc. 3° del Código Penal), debiendo mantenerse el encuadramiento legal sostenido por el tribunal en el fallo impugnado (art. 144 tercero, incs. 1 y 3 del Código Penal). A la presente cuestión, voto, pues, en sentido negativo.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

El señor Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente las presentes cuestiones. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

El señor Vocal doctor Domingo Juan Sesín, dijo:

Estimo correcta la solución que da el señor Vocal Dr. Sebastián Cruz López Peña, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. Federico Pizzicari Bordoy en defensa de los imputados Sergio O. Guardia y Carlos A. Zarate, con costas, atento el resultado obtenido (arts. 550 y 551, CPP.).

Así voto.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

El señor Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente las presentes cuestiones. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

El señor Vocal doctor Domingo Juan Sesín, dijo:

Estimo correcta la solución que da el señor Vocal Dr. Sebastián Cruz López Peña, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal; RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. Federico Pizzicari Bordoy, como abogado defensor de los imputados Sergio O. Guardia y Carlos A. Zarate, con costas (arts. 550 y 551, CPP.).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y los señores Vocales todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

LOPEZ PEÑA, Sebastián Cruz VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

RUBIO, Luis Enrique
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SESIN, Domingo Juan
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SOSA LANZA CASTELLI, Luis María SECRETARIO GENERAL DEL T.S.J