

Crímenes de Estado: Delimitación del delito de vejaciones en relación a un fallo del Tribunal Oral en lo Criminal °7

I. Introducción

En Argentina, la sanción de la ley n°23.097 que modificó el código penal, constituyó una decisión político-criminal que procuró mostrar una mayor estima de la protección de los bienes jurídicos en juego en materia de crímenes de Estado¹. En ese marco, se modificó el art. 144 tercero y se agregaron los delitos de los arts. 144 cuarto y 144 quinto.

El objetivo de este trabajo es analizar si era aplicable alguna de las figuras previstas en los arts. 144bis al 144quinto del código penal en relación al hecho juzgado con fecha 18 de agosto de 2010 en la causa nro. 3281 del Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 7 de esta ciudad.

En ese camino, dejaremos planteados algunos de los interrogantes que el caso suscita respecto de las normas que regulan la materia.

II. El caso

El hecho traído a estudio resulta ser el acaecido el día 8 de abril de 2006, oportunidad en la cual más de cuatro policías tuvieron intervención en el procedimiento que culminó con la detención de tres personas que intentaron ingresar a una finca. Al momento en que esas personas se encontraban reducidas –esposados y en el piso-, apareció una persona vestida de civil y propietario de

¹ Ley sancionada el 28 de septiembre de 1984, promulgada en octubre de 1984 y publicada en el B.O. 29/10/84. Tal intención quedó cristalizada en el mensaje del Poder Ejecutivo en ocasión del envío del Proyecto de Ley de referencia, de fecha 20 de diciembre de 1983 (diez días después de asumido el nuevo gobierno constitucional): “Constituye uno de los objetivos primordiales del actual gobierno instaurar un régimen de máximo respeto por la dignidad de las personas (...) Dado que los sufrimientos que [la tortura y la sevicia] comportan, lesionan principios morales fundamentales a los que el gobierno constitucional adhiere sin reservas” en RAFCAS, Daniel “El crimen de tortura en el Estado autoritario y en el Estado de derecho”, Ediciones Didot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, pág. 110.

la finca, que les gritó “zurdos de mierda”, “montoneros” y “¿y vos quien sos? ¿el Che Guevara?” y les propinó patadas y golpes de puño. Ninguno de los policías detuvo la golpiza que le propinó la persona de civil a los detenidos que se encontraban en estado de indefensión en el suelo. Dicha situación generó lesiones graves a una de las personas detenida y leves a las otras dos.

Se le imputó a la persona de civil identificada como “V” los delitos de lesiones graves en concurso real con lesiones leves, reiterado en dos ocasiones en calidad de autor. Asimismo, se condenó a dos de los policías –que al momento del procedimiento tenían cargos de subinspector y sargento de la PFA- como autores por omisión del delito de lesiones graves en concurso real con lesiones leves, reiterado en dos ocasiones (arts. 45, 55, 89 y 90 del CP).

En lo que a este trabajo respecta, resulta interesante resaltar el análisis efectuado sobre la imputación a los policías respecto de quienes se tuvo por acreditado que la golpiza propinada por “V” fue hecha en presencia de ambos preventores quienes deliberadamente no detuvieron el proceso lesivo concretado directamente por la persona vestida de civil (“V”).

Respecto a la imputación realizada al personal policial a cargo del procedimiento, el fallo comienza explicando los motivos por los cuales descarta la aplicación de la figura incumplimiento de los deberes públicos (art. 249 del CP)², conforme la calificación propuesta por el Ministerio Público Fiscal al momento de efectuar su alegato.

Asimismo, se descartó la posibilidad de subsumir las conductas de los preventores en los tipos que reprimen la comisión de severidades, vejaciones y

² Al respecto, en el fallo citado se especificó que: “...El art. 249 del Código Penal constituye, como la leve pena que tiene prevista lo indica, una figura completamente residual, que tiene por objeto tutelar ‘pura y simplemente el desenvolvimiento de la administración, para lo cual se castiga la incuria genérica, el retardo de incumplimiento de los actos aunque no se trate de acto de autoridad en sentido estricto’...”. Se resaltó que dicho tipo penal era subsidiario y de menor contenido de injusto, siendo que el tipo no abarca el caso bajo estudio en su real dimensión –como lo son las lesiones sufridas por las víctimas- sin ser el eje central de la cuestión el normal desenvolvimiento de la administración.

apremios ilegales. También se desechó la posibilidad de subsumir el hecho en la figura de tortura conforme la previsión del art. 144 tercero del CP.³

Por tales motivos, consideraron que en el hecho concurrían los elementos sustanciales del delito de omisión impropia más grave y específico de lesiones. Establecieron que los elementos eran: 1. La situación típica generadora del deber de actuar; 2. La no realización de una acción que cumpla con ese deber; 3. La posibilidad física real de quien omite haber realizado una acción mandada; 4. Posición de garante; 5. Resultado; 6. Una relación de imputación entre la omisión y el resultado.

Al respecto expusieron que los policías, obligados a proteger la integridad física de las personas detenidas, omitieron detener la golpiza prolongada, contando con total capacidad para ello y cabal conocimiento de lo que estaba sucediendo. A su vez, se tuvo por acreditada la relación de imputación porque de haber intervenido los funcionarios, el resultado no se habría producido.

Finalmente, sobre la elección del tipo de omisión impropio de lesiones, se resaltó que el mismo *“podría dar lugar a alguna clase de cuestionamiento vinculado al principio de legalidad”*, sin perjuicio de descartar dicho obstáculo basándose en la falta de necesidad de contar el dicho tipo penal omisivo impropio escrito en forma específica⁴.

³ Sobre esta cuestión, se menciona que se descarta la imputación de dichos delitos por cuanto los mismos reclaman que el sujeto activo ostente una calidad determinada. Si bien los policías son funcionarios públicos, no lo era la persona que arremete con patadas y golpes de puño, circunstancia mediante la cual se descarta la posibilidad de imputar dicho delito. A su vez, se evaluó la posibilidad de calificar los hechos bajo el art. 144 inciso 3ro, que resulta ser el tipo penal que prevé expresamente la aplicación de igual pena a los particulares que ejecuten los hechos de tortura, sin embargo, tal posibilidad fue descartada por no estar comprobado el grado de connivencia requerido entre civiles y funcionarios que reclamaría la norma. El fallo remite a los fundamentos vertidos por el mismo Tribunal en el precedente *“BARRIONUEVO, Víctor y otro s/vejaciones”*, rta. 30/11/07, causa 1844.

⁴ En este sentido, en el fallo citado los jueces hicieron suyos los fundamentos sobre el tema del Dr. Sancinetti quien expone que, en relación a la necesidad de contar con una cláusula de equivalencia o conversión, no se trata de que los delitos impropios de omisión sean tipos no escritos, sino de interpretar un tipo que sí está escrito. Por lo tanto, no significa que se convierta una omisión en una acción, ni tampoco que la interrupción de cursos causales salvadores convierta la acción causante, etc. Se trata sólo de que el tipo de interpretación alcanza a toda no evitación (por acción u omisión, por dolo o imprudencia) de todo garante obligado a evitar. Desde

III. Imposibilidad de aplicar la figura de tortura

III. 1. Concepto y delimitación con los tratos crueles, inhumanos o degradantes

Corresponde destacar, en primer lugar, que en el orden internacional se establece ampliamente la protección de la libertad y la dignidad de las personas a partir de diferentes normas que regulan el *derecho a un trato humano*. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵ (art. 5°), la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre⁶ (arts. XV y XVI) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷ (art. 5°) establecen, que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. En el mismo sentido, se alinea el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸ que en su art. 10.-1) dispone que “toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

En ese marco, y a fin de establecer un régimen de protección específico en materia de prevención y sanción de los delitos de tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes, se sancionaron la Convención contra la Tortura y

esta perspectiva, se pondera que el recelo a considerar que la omisión de un garante esté alcanzada por un verbo de causación de un delito doloso, desaparece cuando se trata de imputar al omitente un delito imprudente, en lugar de un tipo doloso. Resalta que si la omisión no estuviera incluida en el matar a otro del art. 79 del Código Penal (homicidio doloso) tampoco estaría incluido en la omisión imprudente alcanzada por el art. 84 del CP (homicidio imprudente), respecto del cual no se hace cuestionamiento alguno. Descarta la necesidad de contar con una cláusula de legal que habilite la conversión de una acción en omisión, sin perjuicio de destacar que la inclusión de una fórmula legal en tal sentido daría mayor seguridad o tranquilidad al aplicador del derecho, sin que ello signifique que su inclusión sea estrictamente necesaria.

⁵ Aprobada por Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1948, con jerarquía constitucional, cfr. Art. 75 inc. 22 CN.

⁶ Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en Bogotá, Colombia el 2/5/1948, con jerarquía constitucional, cfr. Art. 75 inc. 22 CN.

⁷ Firmada en San José de Costa Rica, Costa Rica, el 22/11/1969, incorporada al ordenamiento interno con la sanción de la ley 23.054 de fecha 1/3/1984 (B.O.27/3/1984), y con jerarquía constitucional, cfr. Art. 75 inc. 22 CN.

⁸ Aprobado por Asamblea General de Naciones Unidas el 16/12/1966, con jerarquía constitucional, cfr. Art. 75 inc. 22 CN.

otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CUCT)⁹, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CACT)¹⁰.

En dichos instrumentos encontramos la definición de tortura: por un lado, la CUCT que dispuso que tortura será *“todo acto por el cual se inflija intencionalmente 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...”*; y por el otro, la CACT que estableció 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”*.

Sin embargo, en ninguno de ellos se definió concretamente a los otros tratos mencionados (los tratos crueles, inhumanos o degradantes).

Al respecto, se ha explicado, sin discusiones, que estos tratos se diferencian de la tortura sólo en virtud de la gravedad de los sufrimientos ocasionados, criterio que ya se encontraba presente en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes¹¹, que dispone que: *“la tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante”* (art. 2°).

En ese sentido, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha señalado en el caso “Griego” que el término “tortura” comprende el de “trato inhumano” y

⁹ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984. Incorporada al ordenamiento interno con la sanción de la ley 23.338 (B.O. 26/2/1987), y adquirió rango constitucional en 1994 a partir de su inclusión en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. Cfr. art. 1°.

¹⁰ Firmada en Cartagena de Indias, Colombia el 9/12/1985, con entrada en vigor el 2/8/1987 e incorporada al ordenamiento interno con la sanción de la ley 23.652 de fecha 31/3/1989. Cfr. Art. 2°.

¹¹ Adoptada por Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución n°3452 (XXX) el 9/12/1975.

éste a su vez el de “trato degradante” y que la tortura es un “*tratamiento inhumano que tiene un propósito, el de obtener información o confesiones, o infligir castigo y es generalmente una forma agravada de tratamiento inhumano*”. Específicamente, sostuvo que “trato inhumano es aquel que deliberadamente causa un severo sufrimiento mental o psicológico, el cual, dada la situación particular, es injustificable” y que “el tratamiento o castigo de un individuo puede ser degradante si se le humilla severamente ante otros o se lo compele a actuar contra sus deseos o su conciencia”¹².

Asimismo, la Corte Europea de Derechos Humanos señaló, que para que un tratamiento sea “inhumano o degradante” tiene que alcanzar un nivel mínimo de severidad. La evaluación de este nivel “mínimo” es relativa, depende de las circunstancias de cada caso, como la duración del tratamiento, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima. Y sostuvo, además, que la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes es absoluta, cualquiera que sea la conducta de la víctima¹³. Finalmente, expresó que el criterio esencial que permite distinguir entre uno y otro concepto “deriva principalmente de la intensidad del sufrimiento infligido”¹⁴.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe n° 35/96, sobre el caso de “Luis Lizardo Cabrera contra República Dominicana” (19/02/1998) reconoció que la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura no funda como criterio para definir la tortura la intensidad o grado de sufrimiento físico o mental experimentado por la víctima pero sostuvo que dicho instrumento le confería cierta latitud para evaluar si, en vista de su gravedad o intensidad, un hecho o práctica constituye tortura o pena o trato inhumano o degradante (párrafos 81 y 82). En esas condiciones, entendió que la calificación debía hacerse caso a caso, tomando en cuenta las peculiaridades de

¹² Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso “Griego” 1969, pág. 186.

¹³ Corte Europea de Derechos Humanos, caso Irlanda contra el Reino Unido, Serie A n° 25 párrafos 162 y 163.

¹⁴ IDEM, párrafo 167.

los mismos, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima específica y las circunstancias personales de la víctima (párrafo 83).

También se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Bueno Alves”¹⁵ al sostener que debían concurrir tres elementos para que se configure el delito de tortura: que sea un acto intencional, que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y que se cometa con determinado fin o propósito. Y respecto del segundo elemento, estableció que, para su deslinde de los malos tratos, se debían considerar las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores *endógenos* -su duración, los métodos empleados, los efectos físicos y psíquicos ocasionados- y *exógenos* -las condiciones personales de la víctima, como el sexo, la edad, el estado de salud y demás circunstancias personales-¹⁶.

III. 2. Un criterio de delimitación inviable

No resulta ocioso señalar que el Tribunal ha fundado la no aplicación de la figura de tortura en el presente caso en su propio precedente “Barrionuevo”¹⁷, cuyo fundamento no sólo ha sido objeto de críticas a nivel nacional sino también en la esfera internacional a raíz de una situación similar que se dio en los Estados Unidos de Norteamérica.

En “Barrionuevo” se había sostenido que *“para avanzar en la delimitación de los artículos 144 bis y ter no puedo apartarme de lo que expresa y refleja la doctrina y la jurisprudencia, en conceptos que comparto: la pauta a considerar debe ser la intensidad del dolor físico o moral, como elemento primordial. Es que la expresión “gravedad suficiente”, aún con la vaguedad que supone, es el elemento rector de la figura de la tortura de acuerdo con nuestro derecho positivo (...) En lo atinente a lo físico, creo que una línea divisoria puede ser las consecuencias para el cuerpo o la salud. Y para hacer una interpretación más segura de la norma, pienso que el alcance debería estar dado por la definición que proporciona el artículo 90 del Código Penal. De este modo el esquema quedaría así: cuando se causan lesiones leves -art. 89 C.P. estaremos dentro del campo de*

¹⁵ Corte IDH “Bueno Alves Vs. Argentina” rto. 11/05/2007, serie C n° 164.

¹⁶ Ver RAFECAS, ob. cit. p. 172.

¹⁷ TOC 7, “Barrionuevo, V. y otros s/ vejaciones”, causa n° 1844, 30/11/2007.

las severidades o apremios ilegales, según sea la finalidad perseguida; de ser grave, la conducta cabrá en el tipo de torturas y si son de carácter gravísimas -art. 91 C.P., se incrementa la pena según lo dispone el inciso 2°. La cuestión es más difícil en lo referente a las mortificaciones de carácter psíquico. Donde habrá que acudir a la naturaleza del sufrimiento, su extensión y efectos comprobables”.

La crítica se funda en que se trata de un criterio de delimitación del nivel de gravedad que no responde a los parámetros antes expuestos. Como bien critica RAFECAS, no puede admitirse este tipo de interpretaciones que no sólo exceden el marco legal sino que asignan una interpretación rígida y esquematizada frente a una cuestión que es mucho más compleja. Y continúa diciendo que este tipo de soluciones “no tiene apoyo ni en doctrina, y ha sido severamente criticada en el ámbito internacional a partir de una propuesta similar ensayada en 2002 por la administración Bush (h) en los EE.UU., cuando se sostuvo en un documento oficial que “el dolor físico correspondiente a la tortura debe ser equivalente en intensidad al dolor que acompaña una lesión grave, como la insuficiencia de un órgano, la alteración de la función corporal o incluso la muerte”¹⁸.

III. 3. Aplicación al caso

Ahora bien, a fin de arrojar mayor claridad en relación al análisis del caso estudiado, entendemos oportuno traer lo señalado por Maqueda Abreu por cuanto ha explicado que “la vejación está íntimamente relacionada con el concepto de *trato degradante* existente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y se distingue de la tortura por la menor intensidad en la imposición del sufrimiento físico o psíquico, que a la vez, tampoco es compatible con el *trato inhumano*, pues este procura un móvil de parte del ejecutor, en tanto que el *trato degradante* tiene como único requisito la humillación de la víctima”¹⁹.

Frente a este panorama, recurriendo al análisis del grado de sufrimiento ocasionado a las víctimas podremos distinguir si nos encontramos frente a un

¹⁸ RAFECAS, ob. cit. p. 167.

¹⁹ MAQUEDA ABREU, María Luisa “La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n°39, INEJ, Madrid, 1986, p. 470 citado por RAFECAS, ob cit., p. 283.

acto de tortura o no. Sobre este punto, ha afirmado RAFECAS que *“por respeto 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 sin lugar a dudas en el tipo de torturas del art. 144 tercero, CP; su dilucidación, en cada caso en particular, estará en manos del intérprete judicial y su capacidad de recrear las condiciones de modo, tiempo y lugar y personas implicadas, de adentrarse en circunstancias previas, concomitantes y posteriores al suceso, de calibrar en su justa medida las secuelas e implicancias del acto para la víctima, tanto en el cuerpo como en la psique, en el corto, mediano y largo plazo”*²⁰. A tal efecto deberá realizarse un análisis conglobado de los padecimientos físicos y psíquicos a la luz de un criterio objetivo, básico e igualitario para todas las personas, y un criterio subjetivo, que dependerá de cada caso en concreto y especialmente de la calidad de la víctima²¹, y siempre teniendo como guía a los principios y lineamientos emanados del Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de Naciones Unidas, también conocido como Protocolo de Estambul²².

En consecuencia, y siendo tarea de los juzgadores proceder con prudencial arbitrio a la hora de calificar este tipo de conductas, consideramos que en el caso estudiado las lesiones ocasionadas a las víctimas no revisten la gravedad exigida para que se configure un acto de tortura y por ello nos encontramos en presencia de la presunta comisión del delito de vejaciones previsto por el art. 142bis inc. 2° del CP, lo que será analizado a continuación.

IV. Vejaciones

²⁰ RAFECAS, ob cit. p. 173.

²¹ Ver RAFECAS, ob. cit. p. 172.

²² Presentado al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos el 9 de agosto de 1999 y fue adoptado en el año 2000. Elaborado por más de 75 expertos representando a más de 40 organizaciones de 15 países.

Corresponde analizar entonces si nos encontramos frente a una situación de hecho que pueda ser calificada como constitutiva del delito de vejaciones previsto en el art.144 bis, inciso 2do., del CP.

Tal como se adelantó la distinción entre el delito de torturas y de vejaciones radica en la magnitud del daño causado al sujeto pasivo. Fuera de ello, existen coincidencias respecto a los requisitos legales necesarios para la configuración de ambas figuras, cuyas características se analizan a continuación.

IV. 1. Ámbito espacial – sujeto pasivo

Nos encontramos frente a la situación típica exigida por ley para su configuración toda vez que las lesiones sufridas por dos de los detenidos fueron propinadas una vez que los mismos fueron reducidos por el personal policial actuante en el procedimiento de detención. Es decir, una vez que los detenidos estaban en el suelo, boca abajo, y con las esposas puestas, a pocos metros del personal policial, fue cuando “V”, dueño de la finca en la que intentaron ingresar las personas detenidas, aprovechó para insultarlos y propinarles golpes de puño y patadas que provocaron las lesiones leves en dos de ellos y graves en el otro.

Al respecto, corresponde resaltar que los delitos previstos en los arts. 144 bis al 144 quinto del CP exigen que la afectación a los bienes jurídicamente contemplados por las normas referidas sea realizado en el marco de una detención legal o ilegal, es decir, que exista una autoridad pública que menoscabe la libertad personal del sujeto pasivo. En efecto, sobre el ámbito espacial no se exigen mayores formalismos y se afirma al respecto que dichos delitos pueden cometerse “...cada vez que un sujeto es retenido en un lugar por parte de una autoridad pública –y, por lo tanto, no es libre de dejarlo voluntariamente-, independientemente del hecho de que tal lugar sea formalmente definido y previsto como celda u otro lugar de posible alojamiento (el furgón donde se traslada) a una persona a una comisaría es ya lugar de privación de la libertad”. Conforme la doctrina citada, Rivera Beiras afirma

que “*las garantías para la tutela de los derechos fundamentales de una persona privada de la libertad deben entrar en vigor desde el primer momento de la privación*”.²³

En consecuencia, sólo pueden ser sujetos pasivos de esta figura quienes se encuentren en estado de detención, delito cuyo comienzo lo determina la privación de la libertad y finaliza cuando dicha condición cesa, privación que debe ser impuesta por orden estatal.²⁴

En el caso específico, corresponde efectuar el análisis a la luz del inciso 2do. del art. 144bis del CP por cuanto el mismo sucedió durante el proceso que culminó en la detención de las personas que recibieron la golpiza e insultos. Al respecto, se sostiene que el tipo penal en cuestión sufre un significativo recorte de su alcance merced de la figura específica que le sigue a continuación (art. 144 bis, inciso 3ro., CP) que se refiere al ocasionar vejaciones y apremios ilegales a presos; por ende, la especificidad de este otro tipo penal limita los supuestos a todos aquellos casos de personas privadas de su libertad, fuera de aquellos que se encuentran en los establecimientos destinados a tal efecto, ya sea en calidad de presos preventivos o condenados.²⁵

IV. 2. Sujeto activo

Conforme la exigencia legal sólo puede ser autor del delito de vejaciones un funcionario público, es decir, nos encontramos frente a un delito propio que requiere dicha característica sobre el autor para su configuración. En el caso que nos ocupa, ninguna duda cabe que los policías cumplen dicho requisito toda vez que, desde una perspectiva formal ostentaban los cargos públicos de sargento y subinspector de la PFA, sino que, además, el procedimiento se realizó para aprehender a las personas que ingresaron a una finca ajena, es decir, efectuaron una detención de un delito en flagrancia.

²³ RAFECAS, Daniel E., ob. cit, págs. 96/97.

²⁴ IDEM, pág. 124. Dicha condición, deja expresamente de lado cualquier posibilidad de confundir la situación con la de secuestro o la privación ilegítima de la libertad que pueda ser ejercida por un particular hacia otro.

²⁵ RAFECAS, ob. cit, pág. 276.

La condición de funcionario público es necesaria en atención al bien jurídicamente contemplado por los tipos penales bajo estudio. En efecto, se destaca que cuando un funcionario comete este tipo de delitos “*no solo lesiona la dignidad personal de la víctima, sino que además atenta contra el correcto funcionamiento de la función pública en el desempeño de sus actividades, con el consecuente quebranto del interés de la Administración y de la confianza de los ciudadanos en el desempeño de estas actividades conforme a la legalidad*”²⁶.

Por lo tanto, el énfasis se centra en aplicar este tipo legal para aquellos que, debiendo resguardar la libertad y dignidad de la persona encomendada atento a la propia función estatal, transgreden las facultades que les otorga la función, lo cual se encuentra corroborado frente al caso. Nótese que el particular se aprovechó de la circunstancia de que los policías tuvieran reducidos a los detenidos, lo que le permitió despacharse con las piñas y patadas que provocaron las lesiones, no habiendo el personal preventor detenido dicho acontecer cuando se encontraba en pleno dominio de la situación típica.

Por otro lado, tampoco cabe duda alguna que los policías se encontraban en posición de garantía respecto de los bienes jurídicamente contemplados por el art. 144bis inciso 2do. del CP, por cuanto los ciudadanos habían perdido la libre disponibilidad de la libertad lo que permitió el trato lesivo ejecutado por el civil que se aprovechó de dicha condición para realizar un acto que podría catalogarse como de venganza privada para el dueño de la finca.

Desde tal perspectiva, el trato durante la detención resultó ser humillante para las personas que tenían el derecho a reclamar protección de los funcionarios públicos en ejercicio de sus facultades como así también exigir un trato digno hasta el momento en que sean juzgadas sus conductas por el delito que se les imputó relacionado con el ingreso a la propiedad privada ajena.

²⁶ IDEM, pág. 114.

En conclusión, no cabe duda alguna que los policías cumplían con los requisitos exigidos por el tipo penal propio bajo estudio cuya configuración exige las características enunciadas que los colocaron, a su vez, en posición de garante de los bienes jurídicos contemplados por la normativa que se pasan a analizar a continuación.

IV. 3. Bienes jurídicos

Conforme ya fuera analizado, el caso bajo estudio no comprende la situación de tortura mas sí de *vejaciones*, toda vez que mediante un trato humillante fueron transgredidos el *espacio de libertad personal y dignidad* de las víctimas durante su estado de detención. Es decir, los funcionarios propiciaron condiciones que aumentaron el sufrimiento de las personas detenidas por sobre lo legalmente autorizado por la ley procesal aplicable al caso, afectando de esa forma derechos y garantías de rango constitucional (arts. 5.2 CADH, 10.1 PIDCP, 5 DUDH y 18 CN)²⁷.

Sobre ello se afirma que *“los atentados contra la dignidad apuntan, en forma genérica, al derecho de toda persona detenida a recibir un trato acorde con su condición de ser humano libre y digno, a ver respetada su personalidad y voluntad, a no ser rebajado o degradado a una condición inferior a la persona, merced al trato cruel, inhumano o degradante impuesto deliberadamente por un agente estatal”*. Al respecto, se destaca que dicha *“...teología es la que explica que el legislador se haya preocupado por alcanzar toda clase de actos funcionales lesivos de la dignidad, más allá de que constituyan un fin en sí mismo (vejaciones) o de que se los cometa como un medio para procurar otras finalidades (apremios ilegales)...”*²⁸.

²⁷ RAFECAS, ob. cit. pág. 270. Al respecto, el autor expresa que: *“Se puede afirmar, entonces, que en los delitos que hacen al cómo de la detención, no se apunta a la libertad de desplazamiento, sino a los espacios de libertad remanentes de los que sigue disponiendo todo detenido en tanto sujeto de derechos. Tales espacios restantes son muy sensibles, pues constituyen a la vez los confines de dignidad personal que no deben ser trasvasados en un Estado de derecho, por ser atributos inherentes a la condición humana consagrados constitucionalmente.”*

²⁸ IDEM, pág. 271.

En el caso, no cabe duda de que se trata de un caso de vejaciones por cuanto la golpiza no fue destinada a obtener algo en particular, tal como podría ser determinada información o elemento de prueba alguno (apremios ilegales). Este supuesto se trata una situación que provocó, por un lado, lesiones físicas (no gravísimas como para ser considerado un acto de tortura) y, por el otro, la humillación que significa no poder siquiera defenderse de los golpes al encontrarse las personas reducidas mirando hacia el piso. Así las cosas, nos encontramos frente a una situación en la cual el personal policial possibilitó dolosamente el maltrato físico acompañado de insultos que fueron pronunciados por el civil individualizado en el caso como "V", lo que constituye claramente una situación vejatoria.

Fueron afectados los bienes jurídicos contemplados por la normativa específica, situación que no significó un mero incumplimiento a las obligaciones propias del funcionario público (cfr. art. 239 del CP), sino que se afectó la dignidad, integridad física y libertad de los detenidos a través de la omisión del cumplimiento de los deberes propios de los funcionarios a cargo del procedimiento que pusieron a los detenidos a merced de la ira de la persona de civil. El actuar del propietario de la finca que propinó los golpes que derivaron en las lesiones enunciadas pudo ser cometido únicamente ante la omisión de cuidado de los funcionarios públicos que dominaban la situación típica enunciada, encontrándose ambos en posición de garante.

En el precedente, se resuelve la situación al amparo de la figura de lesiones lo cual no resulta desacertado teniendo en cuenta la situación comprobada de lesiones leves y graves sufridas por los detenidos respectivamente²⁹.

²⁹ RAFECAS, ob. cit., págs. 168 y siguientes. Sobre la concurrencia de estos tipos penales, expresa el autor que *"Hay que aclarar que la ausencia de lesiones graves como consecuencia de la violencia infringida no necesariamente descarta la calificación de tortura, pues no hay un correlato rígido entre los arts. 89 y 90, y los arts. 144 bis (incisos 2 y 3 y 144 tercero inc. 1, del CP)"*. En este sentido, en la obra citada se destaca que el concepto de vejaciones como aquella acción que importa un trato degradante, un dolor físico o psíquico en la persona detenida, no necesariamente conlleva el delito de lesión ya que existen muchísimas alternativas que generan dichas afecciones sin necesidad de generar una lesión física. En efecto, se citan ejemplos como golpes en los pies, falta de atención médica, golpes en las articulaciones que no dejan rastro y por lo tanto no configuran

Dicha calificación puede concurrir idealmente con el tipo de vejaciones estudiado bajo el caso³⁰.

Entendemos que en este caso no corresponde omitir la calificación legal prevista en el art. 144bis inciso 2 del CP por cuanto resulta ser la específica conforme el análisis efectuado.

A dicha circunstancia se le debe agregar que, la correcta aplicación el tipo penal bajo estudio, cobra aún mayor relevancia en atención al compromiso internacional asumido por el Estado Argentino a través de los pactos internacionales con rango constitucional referidos, como así también la evolución de la jurisprudencia internacional.

En efecto, la CSJN en el fallo “Verbitsky” (fallo 328:1146) establece la necesaria aplicación de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos, del cual surgen las pautas fundamentales de detención. Asimismo, corresponde citar el fallo “Bulacio, Walter”, de fecha 18/9/03, de la CIDH en el cual se remarca el deber del Estado Argentino de investigar y castigar los delitos de torturas o apremios ilegales cometidos por fuerzas de seguridad en ejercicio de sus funciones. A su vez, en el fallo “Bueno Alves” la Corte IDH remarca *“la obligación conforme al derecho internacional de procesar y, si se determina la responsabilidad penal, de sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos y el deber de los Estados Partes de organizar el aparato gubernamental y, en general, todas*

el delito previsto en los arts. 89 y siguientes. Por otro lado, no cabe duda alguna que ambas figuras pueden concurrir entre sí. Al respecto, resulta ilustrativo lo resaltado por la Sala II de la CFCP en un caso en el cual analizó una condena por el delito por vejaciones en concurso ideal con lesiones leves: *“...para que la consumación del delito de vejaciones no es necesario que se produzcan lesiones sino solamente que se constate aquel tratamiento humillante, por lo tanto, en supuestos como en el presente donde confluyen ambos aspectos, vejaciones y lesiones en el marco de una única conducta, ambas figuras deben concurrir en forma ideal (Cfr. Delgado F., Seco Pon J. C. y Lanusse Noguera M., en Zaffaroni, Eugenio R. y Baigún, David) dirs., Código Penal de la Nación y normas complementarias.”*, v. 5, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 266)...” (Cfr. Fallo “LEIVA, Juan Carlos S/recurso de casación”, Sala II, CFCP, Reg. 1568/16, rto. 24/8/16). En similar sentido, “VICONDOA, Javier Oscar s/recurso de casación”, Sala III, CFCP, causa ccc 66417/2007/TO17CC1, rta. 05/02/15.

³⁰ IDEM, pág. 280. Sobre esta cuestión, RADECAS expresa que existe una limitación para el concurso con el tipo de lesiones leves previsto en el art. 89 del CP que se desplaza puesto que la pena esperable del art. 144bis, ult. párr. es más grave que las previsiones de aquel, que apenas alcanza al año de prisión.

las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y eventualmente sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos...”³¹.

Desde la legislación local y la jurisprudencia internacional se establece la necesidad de identificar y responsabilizar a las personas que cometen este tipo de delitos que resultan ser de violencia institucional. Sin embargo, en la práctica suelen convalidarse estos hechos por distintas razones.

Al respecto, RAFECAS enseña sobre la trascendencia de la influencia que el sistema inquisitorial de enjuiciamiento importa en la actualidad: existe una tendencia firme por parte de las agencias que componen el sistema penal de convalidar un actuar humillante para con la persona privada de su libertad a punto tal de considerar que dicho trato, que excede lo constitucionalmente permitido, es naturalizado como parte inherente a la condición de detención³².

Por otro lado, la sociedad también convalida este trato que deriva necesariamente en la cosificación del ser humano que, una vez que ingresó al penal por la razón fuera (prisión preventiva o cumplimiento de pena) deja de ser una persona de pleno derecho³³.

Existe una firme ilusión que la pérdida de la libertad ambulatoria y el sometimiento al régimen penitenciario resulta ser una luz verde para que todo el

³¹ Considerando 33 del fallo citado “Bueno Alves” Corte IDH.

³² RAFECAS, ob. cit., pág 25 y siguientes.

³³ IDEM, pág. 298. Sobre ello, el autor citado expone que: “...es común en estos ámbitos la imposición de maltratos físicos o psíquicos, tales como golpes de puño o cachetazos, patadas a puntapiés; maniobras violentas tendientes a aturdirlos o inmovilizarlos; golpes con objetos contundentes, tales como bastones, palos de goma o escudos metálicos; así como insultos denigrantes, amenazas, etc.; por parte de uno o varios agentes penitenciarios, como “bienvenida” al penal o bien por motivos de represalia, venganza, o simple discriminación o ensañamiento, absolutamente alejados de cualquier contexto justificante, casos que en su mayoría constituirán el tipo de vejaciones, cuando no, debido a la gravedad del sufrimiento físico y psíquico, de torturas...”

resabio inquisitorial y la lógica de los genocidios de Estado latente se manifieste sin tapujos.

A su vez, la convalidación institucional no proviene únicamente de una mirada ciega sobre la cuestión sino que, una vez denunciada la situación e iniciada la causa judicial, existe una firme tendencia a efectuar cambios de calificación legal por otros que no expresan el real acontecer de la situación³⁴.

En relación a ello el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas ha indicado con preocupación “...la práctica reiterada por parte de los funcionarios judiciales de realizar una calificación errónea de los hechos, asimilando el delito de torturas penales de menor gravedad... sancionados con penas inferiores, cuando en realidad merecerían la calificación de tortura...”³⁵.

Por tal motivo, consideramos importante remarcar la necesidad que ante un caso como el traído a estudio, se efectúe la calificación legal correspondiente que resulta ser la prevista en el art. 144bis inciso 2 del CP que se destaca por su especificidad como así también marcada diferencia en sus consecuencias, entre las cuales se destaca la pena de inhabilitación especial.

IV. 5. Aspecto subjetivo

La figura de vejaciones requiere dolo por parte del autor, no existiendo norma que habilite su punición en forma culposa. Por tal motivo, exige el conocimiento y voluntad realizadora de todos los elementos objetivos del tipo penal enunciado, respecto de lo cual se destaca que no requiere ninguna motivación específica o ultra intención³⁶. Tal como ya se expresara, ninguna diferencia hace que las vejaciones en este caso hayan sido sólo para permitir que el dueño de la finca haga un acto de justicia por mano propia o bien por discriminación por sus pensamientos políticos.

³⁴ IDEM, págs. 172 y siguientes.

³⁵ PACILO, Nicolás, PACILO, Sebastián, “Malos tratos y torturas. Hacer y omitir hacer. No todo es lo mismo”, publicado en Sup Penal 2016 (junio) LAL LEY 2016-D, cita on line AR/DOC/1428/2016.

³⁶ RAFECAS, ob. cit. págs. 115 y 116.

Puntualmente, la afirmación efectuada por el Fiscal en su alegato a fin de descartar el delito de vejaciones sobre la falta de intención de vejamen, no resulta válida pues tanto el artículo 144bis inc. 2, en lo particular, que conmina con pena a los funcionarios que desempeñando un acto de servicio, cometieran cualquier vejación contra las personas, como el artículo 144ter, en lo que general, que establece pena para el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura, no hacen referencia alguna a otra motivación distinta del dolo como elemento especial, a diferencia de lo que sí sucede respecto de los apremios ilegales, los que, por tratarse de actos delictivos cometidos como un medio para procurar otras finalidades, requieren que se pruebe una motivación extra.

Dicha interpretación tiene fundamento en el art. 2° de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CACT), puesto que resulta ser más amplia que la oportunamente otorgada por el art. 1° de la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CUCT). Como ya vimos, la Convención regional dispone 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**”; y la Convención de la ONU delimita el concepto de tortura a “todo acto por el cual se inflija **intencionalmente** 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...” (los resaltados nos pertenecen).

Si bien ambas normas resultan ser de tenor similar, existen dos cuestiones particulares que las diferencian: la gravedad de los sufrimientos y las motivaciones del sujeto activo. Sobre ambos ítems, la Convención Americana optó por fórmulas distintas, pues respecto de los sufrimientos nada dijo sobre la gravedad y, en relación a los fines, si bien mencionó algunos, eligió finalmente agregar “o cualquier otro fin”. De esa forma, su definición es más amplia que la otorgada por la Convención Universal pues denota una interpretación más laxa del tipo que tiene por objetivo que la mayor cantidad de hechos de torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes sean penados en función de los tipos específicos y no de figuras residuales, como ser lesiones o incumplimiento de los deberes de funcionario público. Así, la Convención Americana amplió el abanico de opciones para que los Estados parte adecuen sus legislaciones a esos parámetros y puedan dar cumplimiento con los compromisos asumidos; lo que también podemos desprender de la Convención universal ya que en el apartado 2° del art. 1° de la CUCT dispuso que “el presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.

Tal ha sido el criterio que posteriormente receptaría nuestra Corte Suprema de Justicia en el fallo “Somohano”³⁷, cuando hizo suyos los argumentos expuestos por el Procurador General, que sostuvo que si bien es cierto que la CUCT exige en su art. 1° unas finalidades o móviles específicos en el autor para conformar el delito, el segundo apartado de la misma norma le reconoce a los Estados parte la potestad de dar una definición más amplia del término, lo que ocurre en el caso del art. 144 ter del código sustantivo³⁸.

Con todo, la afirmación realizada por el Fiscal en su alegato sobre la falta de intención de vejamen no puede ser aceptada como válida dado que responde a una interpretación que no se ajusta ni a la legislación interna ni a la internacional,

³⁷ CSJN “Somohano, Gastón Javier y otros”, rto. 4/8/2011 (S. 15 XLIV) en el que adhirieron al dictamen del Procurador General, Esteban Righi, de fecha 28/03/2011 (en las pp. 9 y 10).

³⁸ RAFECAS, ob. cit. pág. 196.

ni mucho menos a los hechos, pues en definitiva la intención de mortificar se encuentra plenamente demostrada.

Así las cosas, en el presente caso se encuentra configurado el aspecto subjetivo del delito ya que se ha probado acabadamente el dolo exigido por el tipo en los autores: no han quedado dudas respecto de que los policías conocían lo que sucedía y no evitaron el curso causal que derivó en la lesión a los bienes jurídicos contemplados por la norma, teniendo pleno dominio de la situación típica.

V. Imputación omisiva del delito de vejaciones

V. 1. Posturas doctrinarias

Conforme la dogmática el delito de vejaciones puede ser cometida en forma omisiva. Al respecto, se destaca a modo de ejemplo que un funcionario puede –siempre que la duración o intensidad del episodio no lo convierta en tortura- privar dolosamente de agua o alimentación a la persona privada de su libertad, de aire suficiente, luz, agua, atención médica o sanitaria, o bien salir de su lugar de encierro para asearse o hacer sus necesidades fisiológica, etc.³⁹.

Ahora bien, en el caso de autos ninguna duda cabe respecto a que fue la omisión dolosa del cumplimiento de los deberes que le caben a los policías a cargo de la detención de las dos víctimas, lo que posibilitó que el tercero aprovechara esta situación para poder golpearlos e insultarlos. Es decir que nos encontramos que: 1. Los funcionarios se encontraban en una circunstancia que los obligaba a detener al civil que efectuó las agresiones (situación típica generadora del deber de actuar); 2. El personal policial no evitó la agresión (se cumple con la no realización de una acción que cumpla con ese deber); 3. El personal policial contaba con el dominio pleno de la situación encontrándose a pocos metros de las personas recientemente detenidas que fueron agredidas (la posibilidad física real de quien omite haber realizado una acción mandada); 4. El personal policial, por ser funcionarios públicos en cumplimiento de sus deberes,

³⁹ IDEM, pág. 272.

se encontraban en una situación que los obligaba a garantizar el cuidado de los bienes jurídicos personales de los detenidos (posición de garante); 5. Los detenidos sufrieron lesiones físicas y fueron insultados por su supuesta pertenencia a una postura ideológica (se generó resultado lesivo); 6. En el caso la omisión de actuar de los preventores habría evitado el resultado lesivo (existe una relación de imputación entre la omisión y el resultado).

No puede soslayarse que el término vejación significa maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarlo o hacerle padecer⁴⁰.

En tales coordenadas, ante la ausencia de disposición legal expresa que habilite la punición de dicha conducta mediante una omisión, la criminalización de dicha conducta sólo puede convalidarse desde la postura que afirma que no es necesaria dicha cláusula en forma específica en consonancia con la posición adoptada en el fallo citado⁴¹.

Encontramos que, parte de la doctrina, sostiene que puede realizarse la interpretación del tipo especial tanto en forma comisiva como omisiva, toda vez que la legalidad se encuentra resguardada en atención a que muchas de las imputaciones exigen no causar determinado resultado, sin especificar –y por lo tanto no excluir– una forma de realización o exigir la comprobación de determinado tipo de causalidad.

En efecto, esta parte de la doctrina entiende que la discusión gira entorno a la imputación por no evitación del resultado por el garante. Sobre esto, se esgrime que la postura que exige la disposición legal específica, se encuentra equivocada toda vez que considera que la acción y la omisión siempre tendrían que dar lugar indefectiblemente a la formación de tipos diferentes, de modo que

⁴⁰ <http://dle.rae.es/?id=bSZAm6g>

⁴¹ Corresponde aclarar que, si bien el fallo no utiliza el tipo penal previsto en el art. 144bis inciso 2 del CP, calificó el hecho como constitutivo del delito de lesiones para lo cual también se vio obligado a aclarar los motivos por los cuales consideraba que la estructura prevista en los arts. 89 y 90 del CP permitía la imputación de una estructura omisiva.

ambas no podrían compartir jamás un mismo y único tipo de injusto, cuando esto en realidad no es así.⁴²

Sobre este tópico sostienen que debe diferenciarse aquellos delitos que exclusivamente pueden ser cometidos en forma activa (violación), aquellos que sólo pueden ser omitidos (omisión de auxilio) y, por último, los más controvertidos, aquellos que pueden ser realizados desde una acción como una omisión, postulando que existen verbos o estructuras típicas que sí habilitan la imputación omisiva como modalidad sin con ello transgredir el *nullum crimen sine lege*⁴³.

⁴² CILLERUELLO, Alejandro Rodolfo, “*Delito de Omisión*”, Ediciones Chatedra Jurídica, CABA, 2015, pág. 182.

⁴³ IDEM, págs. 183/191. Sobre estos últimos, sostienen la posibilidad de ser imputados sin necesidad de una cláusula específica respecto a su modalidad por distintas razones: a. Cuando el disvalor de la acción tiene idéntico fundamento toda vez que el resultado se puede alcanzar en ambas modalidades. El fundamento de esto es la dirección de voluntad para lograr la concreción del resultado: “...En otros términos, la utilización de la inactividad propia como medio, que posiciona al autor en un contexto de dominio de una situación de peligro...”. b. La problemática sobre el juicio de subsunción de conductas distintas bajo un mismo tipo lo resuelven haciendo hincapié en que, si bien la forma de comisión es distintas, cualitativamente es idéntica, sin perjuicio de que una impulse un curso causal y otra no. c. Por otro lado establecen que existe un problema en la subsunción de los tipos por cuanto existe una sobredimensión de la importancia de la causalidad dentro del tipo, para lo cual se resalta la opinión de SILVA SÁNCHEZ quien considera que los verbos típicos, como en general los predicados del lenguaje ordinario, tienen un sentido general mucho más *adscriptivo* que *descriptivo*, es decir, adquieren sobre todo un significado de atribución de la responsabilidad y no de descripción de la causalidad. d. Exponen que existe un infundado *plus* que se le exige a la omisión impropia que no se le exige al tipo culposo cuya estructura se destaca por ser imputable ante una infracción al deber de cuidado para lo cual sí o sí se deben recurrir a las normas, reglamentos u ordenanzas particulares que reglamentan cada actividad y no integran el tipo penal de la parte especial. Sobre este extremo, exponen que se demuestra que la positivización absoluta no es posible y la dogmática realiza un aporte de peso, lógica que debe aplicarse de igual forma ante la inactividad estudiada. e. En relación a la cuantía de pena se expresa que para el caso en que se considere que en los delitos de inactividad merece menos penas que aquellos que alcanzan el mismo resultado por una actividad, consideran que para ello están las escalas penales: para que cada juez puede decidir dentro de ese margen el grado de reproche. Para el caso de considerarse que el mínimo legal es desproporcionado corresponde entonces evaluar el mismo a la luz del principio de culpabilidad. f. Se pone de resalto que aquellos que esgrimen la necesidad de contar con la posición de garante para circunscribir el posible grupo de autores y así respetar el principio de legalidad, muchas veces quieren salvar la legalidad con una cláusula general de equivalencia en la parte general que duplica los tipos penales regulados en la parte especial en clara violación al carácter fragmentario de la legislación penal. g. Para quienes sostienen que deben legislarse cada uno de los tipos en su faceta omisiva y destacan la existencia de los arts. 106, 107 y 108 del CP, exponen que en realidad lo que protegen dichas normas es la “solidaridad humana” cuya imputación puede resultar a tipos culposo tal como los sostienen Donna y Soler, circunstancia que nada tiene que ver con la estructura de imputación exigible para el tipo omisivo culposo.

Desde la perspectiva contraria, se encuentran aquellos que, en estricto resguardo del principio de legalidad, exigen mayor precisión legislativa en torno a los tipos penales omisivos impropios.

En este contexto, existen dos posturas: aquellos que proponen legislar a través de una *cláusula de correspondencia* en la parte general del código de rito que contenga todos los elementos requeridos para posibilitar la imputación bajo dicha estructura y/o aquellos que derivan la cuestión a la parte especial del CP.

Como es sabido, el código penal alemán y el español –entre otros– contienen ambos este tipo de cláusulas en sus artículos 13 y 11 respectivamente. Independientemente de las distinciones sobre la técnica legislativa que se pueden realizar entre ambas disposiciones legales⁴⁴, lo cierto es que quienes exigen una disposición legal que habilite la criminalización por omisión de conducta debida, esgrimen principalmente que no existe equivalencia en realizar algo positivamente que dejar que la causalidad simplemente transcurra sin evitarla y que la descripción de muchos de los verbos contenidos en los tipos penales activos señalan una relación de causa efecto entre la acción y el resultado, lo cual descarta la aplicación del tipo por vía de omisión de conducta –que no basa la imputación en la causación por actividad positiva– sin con ello transgredir el principio de legalidad.

⁴⁴ CILLERUELLO, ob. cit., págs. 166/172. Al respecto, en la obra del Dr. CILLERUELLO se exponen las distintas posturas respecto a las “cláusulas de equivalencia” entre las cuales se puede citar a Jescheck y Weigend quienes expresan que su inclusión significa la protección al principio de legalidad, sin perjuicio de que la incorporada en el código penal alemán no cumple en toda su extensión el mandato de certeza, pues para ello estaría restando una descripción más precisa de la posición de garante de las que se deriva el deber de evitar el resulta y, por otro, la caracterización de las circunstancias a la que está referido el examen de equivalencia entre la omisión y la acción. Asimismo, se expone que Jakobs quien “...termina admitiendo la constitucionalidad de la cláusula general del art. 13 del Código Penal Alemán, frente al ar. 103.2 de la ley fundamental del país. Sobre el particular, entiende que el mismo permite hacer surgir los delitos de omisión impropia al complementar los delitos de comisión con una variante omisiva, lo cual posibilita no sólo concretar los delitos de omisión sino también verificar la sistematizabilidad de las estructuras de los delitos de comisión. Estima Jakobs que el art. 1 sólo puede complementar los delitos de comisión con una variante omisiva, en la medida en que el tipo del delito pertenece a un resultado...”. En la obra, se exponen varias opiniones tanto a favor y en contra sobre este tipo de regulaciones respecto de la cual no se realiza un mayor análisis en el presente por cuanto no es el objeto directo de estudio del mismo. Sin perjuicio de ello, comparto las opiniones de quienes sostienen que dichas normas resultan violatorias del carácter fragmentario de la legislación penal y carácter de *ultima ratio* de la misma.

En dicha inteligencia, se hace referencia a los requisitos necesarios para imputar dicho tipo de situaciones respecto de las cuales se destaca un mandato de actuar; posición de garante para el caso de los delitos impropios de omisión; situación típica generadora del deber de actuar; posibilidad de actuar; nexo de evitación entre la omisión de actuar y el resultado lesivo. Se destaca que el mandato de actuar únicamente puede provenir de la ley, como así también el deber de actuar que genera estar en determinada posición de garante y/o situación típica, todo lo cual no puede ser “deducido” mediante interpretación desde los tipos penales que contienen descripciones de conductas principalmente activas.

Dentro del marco de estricta legalidad se pueden citar dos autores que, si bien parten de axiomas distintos en cuanto a los fines del derecho penal como saber jurídico, tienen un punto de conexión entre este tema en tanto exigen estricto cumplimiento de la legalidad como principio estructural de la teoría del delito.

En efecto, Donna sostiene que la legalidad y la prohibición de la analogía no es negociable, motivo por el cual las cláusulas de equivalencia no son suficiente resguardo pero tampoco lo es derivar el problema a la parte especial del código. Por tal motivo, entiende que es necesario dictar una norma en la parte general que brinde los elementos de la omisión impropia y luego en algunos tipos penales fijar la posición de garante, los cuales “...deben ser pocos tipos penales, para evitar la llamada expansión del Derecho Penal...”⁴⁵.

Finalmente, la postura más radical la marcan Zaffaroni, Alagia y Slokar al exponer que a nadie le pasa por alto la lesión a la legalidad que importa y que no se salva con cláusulas generales: nunca la legislación penal autoritaria consagró la analogía libremente, sino conforme a pautas que señala el propio legislador. Se esgrime que si existen tipos omisivos impropios escritos, no hay razón por la

⁴⁵ Ob. cit. pág. 179.

cual deba existir una cláusula a título de fórmula general que en definitiva apunta a la etización del derecho penal⁴⁶.

V. Consideraciones sobre los arts. 144bis, 144ter y 144cuarto del CP

Independientemente de la postura que se adopte, resulta relevante destacar que las disposiciones legales que rigen respecto del delito de tortura (art. 144ter y cuarto del CP) logra evitar cualquier discusión sobre el tema, sin dejar lugar a dudas sobre la posibilidad de imputar conductas que en forma omisiva afecten los bienes jurídicos contemplados por la figura.⁴⁷

Al respecto, tal como ya se expuso en el presente, el delito de tortura se configura cuando, sin exigir un móvil en particular, se provoca en forma intencional un grave sufrimiento físico o psíquico a una persona detenida por un funcionario (art. 144 tercero del CP). En efecto, el inciso primero establece: “*Será reprimido con reclusión de ocho a veinticinco años e inhabilitación ... el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura... Igual pena se impondrá a particulares que ejecutan los hechos descriptos...*”. A su vez, el art. 144 cuarto, en su inciso primero, del CP establece “*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...*”.

Distinta es la situación para el caso de las vejaciones o apremios ilegales, toda vez que el art. 144bis del CP no hace este tipo de distinciones, sino que simplemente se limita a penalizar a quien “*cometa cualquier vejación*”.

Entendemos que correspondería que el legislador regule estos extremos a los fines de no dejar resquicios de duda alguna sobre la voluntad legislativa ya que la regla que siempre prima es que donde la ley no manda, no puede existir la prohibición. En efecto, toda vez que los argumentos que fundan la necesidad de contar con normas que penalicen este tipo de conductas son prácticamente

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, “*Tratado de Derecho Penal*”, Ediar, Buenos Aires, 2004, pág. 581.

⁴⁷ PACILO, Nicolás, PACILO, Sebastián, Ob. cit.

idénticos (tortura, vejaciones, apremios ilegales), resulta llamativa la diferencia en la técnica legislativa.

VI. Imputación al particular

Los delitos previstos en el título V del código penal se enmarcan dentro de los llamados *delicta propria* pues exigen como elemento del tipo una calidad especial en el autor: que sean funcionarios públicos.

Ahora bien, en la actualidad, no existen dudas de que el delito de torturas puede ser cometido también por particulares. De hecho, tanto el código penal, en su art. 144ter, como la legislación internacional (art. 2° CACT y art. 1° CUCT) establecen que les corresponde -a los particulares- la misma sanción que le cabría a los funcionarios públicos intervinientes en el hecho, siempre que hayan actuado instigados o con su consentimiento o aquiescencia⁴⁸. Esto es, aun tratándose de un delito especial, el código habilita la extensión del círculo de autores a personas distintas de los funcionarios que actúen en el marco de una detención funcional legal o ilegal y a quienes, tales funcionarios, les proporcionen las condiciones para que efectúen el acto de tortura sobre un detenido⁴⁹.

Sin embargo, nuestro código no se ha expedido de igual manera en relación a los delitos de vejaciones y apremios ilegales, aun cuando la diferencia con el delito de tortura radica en la gravedad de los sufrimientos ocasionados, como ya vimos, y a pesar de que el art. 16° de la Convención Universal, de rango constitucional, dispone que *“todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o*

⁴⁸ También la Cámara Federal de Casación Penal entendió que “el particular puede ser autor de torturas en el sentido del art. 144 ter cuando se trata del caso de una persona ya sometida a detención, sea esta conforme o contraria a la ley” (*in re* CFCP, “Fulquin, Leonardo Jorge s/ recurso de casación”, Sala I, reg. n° 1237, rto. 14/11/96).

⁴⁹ RAFECAS, ob. cit., pág. 119.

con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. 2. La presente Convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohíban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes o que se refieran a la extradición o expulsión”.

Tanto de la norma citada, como de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁵⁰, podemos desprender que los actos que constituyen tratos crueles, inhumanos o degradantes se encuentran equiparados en lo que respecta a la posibilidad de responsabilizar a un civil que actúe bajo consentimiento o aquiescencia, o instigado por un funcionario público. Dicha circunstancia, pone en evidencia que nuestra legislación no responde a tales lineamientos pues se ha dado al delito de vejaciones previsto en el art. 142bis un trato disímil al otorgado al delito de torturas previsto por el art. 144ter al no contemplar la posibilidad de que las vejaciones sean cometidas por particulares. Tal circunstancia, evita que en un caso como el aquí analizado pueda ser aplicado el tipo específico de vejaciones respecto del civil que causó directamente las lesiones con la aquiescencia de los funcionarios que se encontraban allí presentes, y obliga a los operadores judiciales a reconducir la imputación de otro tipo penal -lesiones- que no tiene por fin sancionar la afectación de los mismos bienes jurídicos.

En efecto, en el caso analizado se encuentra probado que los funcionarios que procedieron a la detención de quienes posteriormente resultarían ser las víctimas, no intervinieron de forma alguna para interrumpir el accionar de V, sino que se quedaron inmóviles y observando mientras las tres personas reducidas y esposadas sobre el piso, eran sometidas a patadas y golpes de puño

⁵⁰ Específicamente en los artículos 8 y 11 se hace mención a los posibles autores que pueden cometer actos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, con la siguiente fórmula “por un funcionario público o a instigación del mismo”.

por parte de un particular. Está claro que las víctimas se encontraban bajo la custodia de los funcionarios que los habían detenido por ello no cabe duda de que V actuó con su aquiescencia. No hubiera sido igual el caso si quien hubiera privado de la libertad a las víctimas hubiera sido V ya que en esas condiciones la conducta hubiera tenido que analizarse desde la óptica de los delitos comunes⁵¹.

En definitiva, en el contexto en que acaecieron los hechos, se advierte la afectación a los bienes jurídicos contemplados en esta materia: libertad individual, dignidad humana y administración pública, pues el acto del civil se realizó “*gracias al contexto funcional que lo rodeó y al amparo de la dimensión punitiva estatal para llevar adelante el delito*”⁵², lo que nos coloca frente a un crimen de estado-vejeciones- y no simplemente frente al delito de lesiones pero sin posibilidad de aplicar la pena prevista para ese delito al particular que provocó las lesiones por no estar contemplado en la norma.

Por esa razón, y dado que el Estado de Argentino tiene el deber de perseguir, investigar y sancionar estos delitos conforme a los compromisos asumidos ante la comunidad internacional, entendemos que resultaría más acorde al verdadero sentido que subyace tanto en la Convención universal como en la americana, que nuestros legisladores adecuen la legislación interna con el objetivo de extender la autoría del delito de vejaciones a los particulares que actúen instigados por los funcionarios intervinientes en el hecho, o bajo su consentimiento o aquiescencia.

VI. 1. ¿cómplice primario?

⁵¹ Sostiene Rafecas “cualquier otra situación en la cual un individuo imponga a otro un grave sufrimiento físico o psíquico en el marco de una privación simple de la libertad deberá necesariamente reconducirse, según el caso, a otros delitos, habida cuenta de la ausencia de un elemento fundamental de la tipicidad objetiva, es decir, esta exigencia de autoría prevista en el art. 144 tercero, relacionada lógicamente con la falta de afectación al bien jurídico complementario en todos estos tipos penales en estudio, que apunta a las expectativas cívicas de corrección en el desempeño de los agentes estatales en el ejercicio de sus funciones”. (en RAFCAS, ob. cit. pág. 123).

⁵² IDEM pág.122.

Ahora bien, sabido es que, como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada *participación (concurrencia o concurso) de personas en el delito*, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad⁵³. Ha sido la teoría final objetiva, sobre la base del dominio del hecho⁵⁴, la más fructífera en cuanto a soluciones razonables a estas cuestiones. Conforme a ella, autor es quien domina el hecho, quien puede decidir la configuración central del acontecimiento, quien retiene en sus manos el curso causal, quien decide sobre el “si” y el “como” y ese dominio del hecho no sólo puede presentarse como dominio de la acción sino también como dominio funcional del hecho y como dominio de la voluntad⁵⁵.

En ese contexto, cuando en la realización de un hecho converge una pluralidad de personas y cada uno de ellos realiza una fracción de la conducta que el tipo describe, o sea que ninguno de los intervinientes realiza la totalidad del pragma, sino que este se produce por la sumatoria de los actos parciales de todos los intervinientes, sin los cuales el completo emprendimiento cae, nos encontramos en presencia de una coautoría caracterizada por el dominio funcional del hecho⁵⁶. Sin embargo, cuando estamos ante un delito que califica a los autores, también llamados *delicta propria*, como es el caso de estudio, la situación necesariamente varía, pues si uno de los intervinientes en el hecho que realiza una contribución esencial no reúne la calidad exigida por el tipo, no puede ser considerado autor. ¿Ello indica que su acto queda impune por atípico? No. Nuestro código penal en su artículo 45 receptó la posibilidad de imputarlo bajo el carácter de cómplice primario. En efecto, la norma distingue claramente entre quienes toman parte en la ejecución del hecho y los que prestan a los autores una cooperación necesaria. Al respecto indican Zaffaroni, Alagia y Slokar que “la

⁵³ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, ob cit. pág. 767

⁵⁴ Explica Zaffaroni que “El concepto de dominio del hecho se asienta sobre la finalidad de la conducta, lo que lo aproxima al dolo del que debe distinguirse toda vez que con dolo también actúan los partícipes que no tienen el dominio del hecho” en ZAFFARONI, ob. cit. pág. 776.

⁵⁵ ZAFFARONI, ALAGIA Y SOLKAR, ob cit. pág. 774.

⁵⁶ IDEM, págs. 785/786.

ley en ningún momento dice que todo cooperador necesario sea cómplice, sino sólo que todo cooperador necesario es cómplice, siempre que no sea ejecutor (autor) ... por consiguiente, el art. 45 crea una regla de punición especial, reparando en aquellos casos de complicidad en que el sujeto, pese a hacer un aporte necesario, no puede ser considerado autor, en razón de restricciones al principio del dominio del hecho”⁵⁷.

En este orden de ideas, ¿podríamos imputar a V el delito de vejaciones previsto por el art. 142 bis en carácter de cómplice primario conforme lo establecido en el art. 45 del CP?

Teniendo en cuenta que en el hecho participó más de una persona, que el aporte realizado por el civil fue esencial a todas luces: sin los golpes de puño y las patadas por él propinadas no se hubiera podido imputar delito alguno a las personas intervinientes; que el Estado Argentino tiene la obligación de perseguir y sancionar los crímenes de estado que sean cometidos en su territorio; que nos encontramos ante un claro hecho de vejaciones, que sólo se diferencia del delito de tortura en función de la gravedad de los sufrimientos ocasionados; que el tipo penal específico no ha incluido cláusula alguna que permita imputar a los particulares estos crímenes; la marcada tendencia de las agencias judiciales de reconducir el juzgamiento de este tipo de delitos a figuras residuales; y las herramientas que el propio código penal brinda en materia de concurrencia de personas en los delitos, consideramos que la respuesta al interrogante planteado podría ser afirmativa, lo que habilitaría la posibilidad de condenar a un particular del delito previsto por el art. 142 bis inciso 2 del CP en carácter de cómplice primario -cfr. Art. 45-, toda vez que el particular no poseía el requisito especial propio para ser considerado autor (ser funcionario público) pero sí tuvo dominio del hecho.

Las características del caso nos permiten afirmar que el particular, en un estado de furia ante el hecho de que los detenidos hubieran ingresado a su propiedad, resuelve lesionarlos físicamente e insultarlos cuando se encontraban

⁵⁷ IDEM, pág. 789.

indefensos reducidos contra el suelo y, ante la omisión de actuar dolosa de los funcionarios, pudo despacharse en golpes de puño y patadas que generaron las lesiones de considerable magnitud.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que una respuesta como la propiciada apunta a hacer efectivo un régimen de máximo respeto por la dignidad de las personas y más acorde a las exigencias internacionales, cuanto menos, hasta tanto el legislador adecue las normas a las mismas.

VII. Conclusiones

A modo de reflexión final, coincidimos con la opinión vertida en el fallo traído a estudio en torno a la imposibilidad de aplicar en el caso la figura de tortura, dejando a salvo los distintos argumentos esbozados en el presente al respecto.

Sin perjuicio de ello, consideramos que correspondía aplicar en el caso la figura prevista en el art. 144bis, inciso 2do., del CP en relación al hecho imputado al personal policial que resultó ser vejatorio para con las personas aprehendidas.

Por otro lado, del análisis comparativo efectuado en la técnica legislativa utilizada en relación a la figura de tortura y vejaciones, y las posiciones doctrinarias adoptadas respecto de las fuentes de los tipos penales omisivos, consideramos recomendable que el legislador sea específico a los fines de resguardar el principio de legalidad.

En similar sentido, podría incluirse una cláusula en relación a la posible participación en el delito de vejaciones de un particular, toda vez que la experiencia ha demostrado que un grupo agresor puede estar constituido no sólo por funcionarios públicos.

Ello, a los fines de cumplir acabadamente con la disposición expresa de nuestra Constitución Nacional (art. 18) y las obligaciones asumidas por el Estado Argentino a nivel internacional.

María Agustina Rodríguez Pacilly

Mariana Calaon