

SCJBA, causa P. 131.373, 06/11/2019

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 6 de noviembre de 2019, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Kogan, Negri, Genoud, Soria**, se reúnen los señores Jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 131.373, "Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación-. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en la causa 82.463 y su acumulada 82.741 del Tribunal de Casación Penal, Sala III -seguida a C., M. J.-".

ANTECEDENTES

La Sala III del Tribunal de Casación Penal, mediante el pronunciamiento dictado el día 26 de octubre de 2017, hizo lugar al recurso interpuesto por la defensa particular de M. J. C. contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal n° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata que lo condenó a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas por resultar autor penalmente responsable del delito de torturas seguidas de lesiones gravísimas. En consecuencia, calificó la conducta del nombrado como vejaciones y ordenó la devolución de la causa al origen a fin de que determine el monto punitivo a imponer.

El señor Fiscal ante aquella instancia dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 94/103 vta.) el que fue declarado inadmisibile por no revestir la decisión impugnada el carácter de sentencia definitiva (v. fs. 108/111). En razón de ello, formuló reserva anticipada de recurrir ante esta Suprema Corte (v. fs. 113 y vta.).

Remitida la causa al Tribunal en lo Criminal n° 1, cumplió con lo ordenado por la Sala III del órgano casatorio y condenó a M. J. C. a la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación especial por el doble de tiempo, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de vejaciones (v. fs. 134/135).

Frente a lo resuelto, el representante del Ministerio Público Fiscal articuló la vía extraordinaria de inaplicabilidad de ley (v. fs. 122/132), la que fue concedida por el inferior en razón de encontrarse satisfechos los requisitos de admisibilidad previstos en los arts. 482, 483, 484 y 494 del Código Procesal Penal -según ley 13.812- en tanto había sido impetrado contra una sentencia definitiva en

la que se denunciaba la errónea aplicación de la ley sustantiva, en concreto, el art. 144 bis inc. 2 del Código Penal (v. fs. 136/138 vta.).

Oído el señor Procurador General (v. fs. 153/161 vta.), dictada la providencia de autos a fs. 162 y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

I. El señor Fiscal ante el Tribunal de Casación interpuso el presente recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que tachó de arbitraria -por apartamiento de la solución normativa prevista para el caso- a la sentencia de casación. También denunció la errónea aplicación del art. 144 bis (vejaciones) del Código Penal y la inobservancia del art. 144 ter (torturas) del citado código (v. fs. 127 vta.).

En su desarrollo sostuvo que la conducta de C. -funcionario público- consistente en disparar a escasa distancia tres postas de gomas en las piernas de la víctima C., a quien tenía bajo su disponibilidad, boca abajo y con sus manos en la espalda, no podía interpretarse como una "molestia, maltrato o padecimiento" (tal la propia definición de vejaciones otorgada por Casación), sino que debía catalogarse como "tortura".

Acudió a doctrina de autores y citó jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el objeto de demostrar que la intensidad de la agresión padecida por C. excedía el marco de la citada figura conforme la propia interpretación realizada por el *a quo*, lo que, a su entender, volvía arbitrario el pronunciamiento dictado (v. fs. 128 vta.).

Afirmó que el delito de torturas no posee, para su ejecución, la exigencia de "permanencia en el tiempo" (fs. 101) y que, en sentido contrario, el revisor, a través del razonamiento expuesto en su sentencia, así lo consideró al valorar "la fugacidad de la agresión" para descartar la tortura (v. fs. 102).

Finalmente aseveró que, al aplicarse a un hecho que contiene todos los elementos típicos de la tortura, una calificación diferente -más benigna- se incumplía con el compromiso internacional asumido por el Estado argentino al suscribir la Convención contra la Tortura que, de conformidad con lo establecido en el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, posee jerarquía constitucional. Ello en cuanto -a su entender- la sentencia cuestionada se inscribió en un contexto de prácticas institucionales reiteradas que favorecen la impunidad de un delito que involucra a un funcionario policial (v. fs. 103 vta.).

II. El señor Procurador General sostuvo el remedio impetrado, propiciando hacer lugar al mismo (v. fs. 153/161 vta.).

III. El Tribunal en lo Criminal n° 1 tuvo por acreditado que "...el 19 de marzo de 2015, siendo las 2:40 horas aproximadamente, en intersección de calle Ortiz de Zárate y diagonal Canosa de la ciudad de Mar del Plata, luego de una persecución que procuraba la identificación de dos personas que circulaban en una moto (art. 15 inc. 'c' de la ley 13.482), al caer M. E. C. del rodado en el que circulaba como acompañante en la parte trasera, en tanto el conductor continuó su recorrido, y al verse reducido por el efectivo policial Braian Salas, luego de manifestar a los gritos que había 'perdido' y mantenerse 'en posición fetal' tirado en el piso, el Sargento M. C., funcionario activo de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, legajo 175971, tras manifestarle '¿qué se piensan que son, que van a andar así en la calle?, ¿qué tenés?, ¿qué le diste a tu compañero cuando saltaste de la moto?', gritándole que se quedara quieto o lo mataba, y con el objetivo de causarle sufrimiento y dolor, le efectuó tres disparos con una escopeta calibre 12/70, marca Escort, número 171967, con postas de goma, todos a los miembros inferiores de C., quien en todo momento permaneció inmóvil en el piso, sin moverse, provocándole heridas múltiples en ambos miembros inferiores, circulares, con halo contuso excoriativo, determinando que debiera amputársele el miembro inferior derecho por encima de la rodilla" (fs. 23 y vta.).

Estos hechos fueron encuadrados en el delito de torturas seguido de lesiones gravísimas, con cita de la normativa internacional sobre la materia, nutrida jurisprudencia de ese ámbito y la regulación de derecho común de los arts. 144 ter inc. 2 y 91, ambos del Código Penal (v. fs. 34/35).

Asimismo apoyó su fundamentación en doctrina de autores, y tras enumerar los elementos típicos exigidos por la Convención contra la Tortura y realizar un puntilloso análisis de cada una de las circunstancias fácticas que, al modo de ver de los magistrados, se adecuaban a tales parámetros, el tribunal de la instancia concluyó que el apuntar con la escopeta a C., intimidándolo con la posibilidad de un disparo, en el contexto descripto, teniendo en cuenta la ausencia de elementos

que justificaban el uso de un arma de fuego respecto de quien ya se había rendido ante las fuerzas policiales, podía haber constituido una tortura y más aún la ejecución de tres disparos. A ello añadió que la vulnerabilidad particular de C. constituía uno de los factores que podía convertir el acto y el trato -que en otras circunstancias se hubiese podido calificar como cruel, inhumano o degradante- efectivamente en tortura.

IV. Abierta su competencia por el recurso interpuesto en favor del encausado, el Tribunal de Casación, en lo que atañe a la calificación legal, señaló que si tratándose de un policía que tiene bajo su poder -aunque sea momentáneamente- a un ciudadano depositado en el piso, con las manos en la cabeza, y que previamente dijo que se rendía, le efectúa tres disparos a sus piernas, poco interesa la finalidad perseguida (v. fs. 87 vta.).

Sostuvo que más allá de que en palabras de la víctima el imputado le recriminaba su conducta precedente -huir de la autoridad- e indagaba sobre algún objeto que le habría dado a su compañero, el delito de tortura impuesto en origen, se configuraba con la imposición dolosa de dolores, sufrimientos graves, psíquicos o mentales, independientemente de las motivaciones del agente, pudiendo darse, incluso, por placer o satisfacción.

Expuso que tal interpretación no era arbitraria puesto que, en definitiva, respondía a la literalidad de la norma nacional y a la de la propia Convención contra la Tortura -incorporada a la Constitución nacional-, que no agotaba los medios comisivos con el obtener una confesión de la víctima, sino que también contemplaba el castigo por el acto que hubiera cometido o se sospechara que hubiese cometido (v. fs. 88).

Sin embargo, en cuanto a la intensidad de la agresión explicó que, si bien no se trataba de "suavizar" la conducta de C., dada la técnica empleada por el legislador, debía entenderse que el delito de tortura -art. 144 tercero del Código Penal- quedaba delimitado a toda conducta del funcionario público que superara en gravedad a las vejaciones contra las personas, molde en el que consideró que quedaba atrapada la conducta que se imputaba a C. (art. 144 bis inc. 2, Cód. Penal).

Indicó que el "...delito de vejación se caracteriza por resultar la molestia, maltrato o padecimiento, ejecutado por el autor sobre la víctima. Se trata de todo trato humillante que mortifique a la persona, atacando su sentimiento de dignidad o al respeto que merece como tal y con el que espera ser tratada. Naturalmente el vejamen está encaminado a producir humillación o denigración del damnificado, importa un menoscabo a la dignidad de la persona contra la cual se dirige" (fs. 88 y vta.).

Haciendo propias las palabras de Creus, consideró que la vejación se producía en un acto de servicio, es decir un acto que se estaba cumpliendo, propio de la función administrativa del autor. Y afirmó que una vez que C. se había entregado a la autoridad, de acuerdo a la prueba rendida y valorada, quedó momentáneamente a resguardo de C., y en ese contexto, lanzándole todo tipo de insultos y recriminaciones le efectuó tres disparos dirigidos a sus piernas.

Así las cosas, estimó que tal conducta encuadraba en los términos del delito de vejaciones, quedando desplazada la figura de tortura, que como tal se refería a todo acto por el que se infligiera en la persona dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales (v. fs. 88 vta.).

En consecuencia, y partiendo de que era la intensidad de la agresión la que distinguía ambas figuras, entendió que ante la fugacidad del suceso y el estado de exaltación propio de la reciente persecución emprendida, el acusado -en una situación a todas luces controlada-, desarrolló una conducta tan grave y reprochable, como sensiblemente menor a lo que contempla el art. 144 inc. 3 del Código Penal, cuya gravedad emergía tanto del propio nombre del tipo penal como de la escala establecida en el mismo, similar a la del homicidio simple (v. fs. 89).

V. De lo reseñado hasta aquí debe destacarse que el Tribunal en lo Criminal n° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata tipificó la conducta de C. en el delito de "torturas seguido de lesiones gravísimas" (art. 144 ter inc. 2, Cód. Penal) y que el órgano revisor modificó el encuadre legal de los hechos recalificándolo en "vejaciones" (art. 144 bis inc. 2, Cód. Penal) tras decidir la interrupción del nexo causal entre la conducta del imputado y el resultado final (amputación de una extremidad inferior de la víctima). Este tramo del fallo en lo que hace a la interrupción -más allá de su acierto o error- no fue cuestionado por el señor Fiscal, con lo que deviene inmodificable en esta sede.

VI. Se aprecia entonces que el órgano revisor para calificar el delito como constitutivo de vejaciones, tuvo en consideración que -suprimida hipotéticamente la amputación de la pierna de la víctima- el carácter de la lesión sufrida por C. era "leve" (de conformidad con los parámetros del art. 90 del Cód. Penal), y ello, a mi entender, trae aparejada la arbitrariedad de la solución normativa otorgada.

Me explico. Los magistrados tomaron como premisa la distinción conceptual de la gravedad de las lesiones a remolque de los parámetros establecidos por el art. 90 del Código Penal, sin embargo, tal solución no tiene apoyo en doctrina ni en jurisprudencia.

En ese sentido Daniel Rafecas sostiene que "la ausencia de *lesiones graves* como consecuencia de la violencia infligida no necesariamente descarta la calificación de tortura, pues no hay un correlato rígido entre los artículos 89 y 90 CP, con los artículos 144 *bis* (incs. 2 y 3) y 144 tercero inciso 1, CP" (conf. Rafecas, Daniel Eduardo; *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2013, pág. 145).

Por el contrario, bajo esa tesitura aquellas conductas que a pesar de causar un intenso dolor no provoquen improntas físicas permanentes o rastreables no podrían definirse nunca como torturas. Ello desconoce los sufrimientos psíquicos de la víctima que pudieron haber acompañado a los físicos a los fines del encuadre legal (conf. *mutatis mutandi* en lo pertinente, causa P. 88.346, sent. de 5-IV-2006).

VII. Por lo demás, los restantes argumentos en que apuntó el tribunal revisor su decisión y que ponen el acento en cuestiones circunstanciales como "la fugacidad del suceso y el estado de exaltación propio de la reciente persecución emprendida", tampoco abastecen para subsumir la conducta de C. en la especie elegida.

Es que en este punto acierta el recurrente cuando asevera que la figura escogida por el Tribunal de Casación resulta inaplicable para el sustrato fáctico que arriba aquí indiscutido y que da cuenta de que C. -en su carácter de funcionario policial- le efectuó tres disparos con postas de goma a menos de un metro de distancia en las piernas de C., quien se encontraba inmóvil y ya reducido bajo su custodia.

Pues cabe aquí precisar que del dictamen elaborado por el perito del Ministerio Público Fiscal Martires Ramón Durán surge que "...un disparo con este tipo de armas a menos de diez metros puede generar lesiones graves, gravísimas y hasta la muerte, así lo indica el mismo fabricante" (fs. 19 vta.); y por -el otro- que del informe del médico de policía doctor Martín Daniel Ferreyro (incorporado por lectura al debate) se aprecia que "...C. 'presenta heridas múltiples en ambos miembros inferiores, en cara anterior, lateral y posterior, circulares, con halo contuso excoriativo, algunas de las cuales penetraron en profundidad, quedando alojadas en el miembro, lesiones producidas por objeto romo, duro y redondeado, como podrían ser postas de goma, se observa también equimosis en arco superciliar derecho, **correlación con el hecho investigado**'..." (fs. cit.; el destacado figura en el original).

Lo dictaminado en ambos informes da la pauta de que objetivamente la conducta de C. tuvo aptitud -aun suprimiendo hipotéticamente la amputación del miembro inferior, dada la interrupción del nexo causal decidida en la anterior instancia- para poner en riesgo la vida del nombrado.

Este comportamiento se distingue de modo crucial de la definición dada por la doctrina en general a la figura de vejaciones. Éstas implican una "molestia, maltrato o humillación" de parte del funcionario público.

La vejación, en efecto, es todo trato humillante que mortifica moralmente a la persona, atacando su sentimiento de dignidad o de respeto que merece como tal y con el que espera ser tratada (Creus, Carlos; *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 302.).

Vejar significa molestar, perseguir, maltratar o hacer padecer a una persona. Las vejaciones pueden consistir en todos los actos humillantes que pueden perjudicar psíquicamente a una persona (Baigún, David, Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomo 5, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, págs. 363/364).

En conclusión, lo que separa una vejación o un apremio ilegal de una tortura es la gravedad o intensidad de los sufrimientos padecidos.

Y si bien en este punto es donde radica la mayor dificultad, dado que la línea que los separa a veces puede resultar difícil de establecer *ex ante*, (conf. Rafecas, Daniel; ob. cit., pág. 147) es precisamente aquí donde la decisión del tribunal intermedio exhibe un déficit de fundamentación mínima que impide ser refrendada.

El intérprete debe distinguir el grado de sufrimiento típico, mediante criterios de evaluación de la gravedad del sufrimiento relativos a la incidencia de los actos en la persona de la víctima y criterios de evaluación en función del marco social en que los actos se producen (conf. Barbero, Natalia; *Análisis dogmático-jurídico de la tortura*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, pág. 42).

Esto fue abiertamente incumplido, lo que, sumado a lo ya dicho, invalidan el pronunciamiento como acto jurisdiccional (conf. doctr. CSJN Fallos: 310:2091; 321:416; 323:455; entre muchos otros).

VIII. Como consecuencia corresponde hacer lugar al recurso, casar parcialmente la sentencia recurrida solo en el nivel de la calificación legal dispuesta, y -dado que el aspecto referido a la interrupción del nexo causal ha quedado firme por falta de impugnación del acusador- sin abrir juicio sobre lo que pueda resolverse sobre el fondo del asunto, deberá reenviarse para que, teniendo en consideración las restantes circunstancias, se dé una nueva respuesta al agravio planteado por la defensa contra la significación jurídica.

Así lo voto.

Los señores Jueces doctores **Negri, Genoud y Soria**, por los mismos fundamentos de la señora Jueza doctora Kogan, votaron en el mismo sentido.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el señor Fiscal ante el Tribunal de Casación, se casa parcialmente la sentencia de fs. 77/91 solo en el nivel de la calificación legal dispuesta, y -dado que el aspecto referido a la interrupción del nexo causal ha quedado firme por falta de impugnación del acusador- sin abrir juicio sobre lo que pueda resolverse sobre el fondo del asunto, se remiten los autos al inferior para que, teniendo en consideración las restantes circunstancias, se dé una nueva respuesta al agravio planteado por la defensa contra la significación jurídica (doctr. art. 496 y concs., CPP).

Regístrese y notifíquese.

HECTOR NEGRI

DANIEL FERNANDO SORIA LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

R. DANIEL MARTINEZ ASTORINO

Secretario