En la ciudad de San Isidro, a los 9 días del mes de mayo del año 2017, reunidos en Acuerdo ordinario los Jueces de la Sala Tercera de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental, Gustavo Adrián Herbel, Celia Margarita Vazquez y Carlos Fabián Blanco, para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia en la presente causa seguida a Sabrina Lorena Vega, Diego Arturo García, Gastón Maximiliano Alveira Garcilazo y Juan Carlos Cardozo; practicado en su oportunidad el sorteo que impone la ley, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: Jueces Carlos Fabián Blanco, Celia Margarita Vazquez y, para el caso de disidencia, Gustavo Adrián Herbel (conf. art. 440 del C.P.P. y acuerdo extraordinario nº 1543).-

A N T E C E D E N T E S

I.- A fs. 626/654 del expediente principal, la Jueza a cargo del Juzgado en lo Correccional nº 5 departamental, Dra. Andrea C. Pagliani, condenó a Sabrina Lorena Vega, Diego Arturo García, Gastón Maximiliano Alveira Garcilazo y Juan Carlos Cardozo a un año de prisión en suspenso y dos años de inhabilitación especial, con costas, por encontrarlos coautores penalmente responsables del delito de severidades, bajo las siguientes reglas de conducta: 1) Fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Liberados, delegación de San Isidro, sito en la calle Hilarión de la Quintana nº 2013, de la localidad de Olivos; y 2) Abstenerse de utilizar estupefacientes y de abusar de bebidas alcohólicas (arts. 5, 26, 27, 29, inc. 3º, 40, 41, 45 y 144 bis, inc. 3º, del C.P.; 375, 530 y 531 del C.P.P.).-

Contra ese fallo, el Defensor Oficial, Dr. Hernán Rocha, dedujo recurso de apelación a fs. 1/9vta. del presente incidente; y en los términos de los arts. 439, 441, 442 y ccdtes. del C.P.P., realizado un análisis de admisibilidad formal, la Sra. Jueza interviniente concedió a fs. 50/vta. la impugnación interpuesta.

Luego, practicado a fs. 52 el sorteo pertinente, se recibieron estos actuados, y se procedió a fs. 53vta. a notificar a las partes de su radicación por ante este Tribunal.-

II.- La Sra. Jueza "a quo" tuvo por probado el siguiente hecho: "…*el día 17 de noviembre de 2012, siendo aproximadamente las 02:00 hs. de la madrugada, cuanto menos cinco funcionarios policiales de la Comisaría de San Fernando I*^{a}*, que se encontraban desempeñando un acto de servicio bajo el plan Director de Seguridad de esa dependencia en prevención de ilícitos y faltas, en las inmediaciones de la intersección de las calles Sarratea y General Pintos, de San Fernando, por razones que no han sido determinadas, interceptaron a Yony Roger Tarifa Tarifa, y excediendo sus facultades, lo golpearon con sus manos, pies y "tonfas", todo ello tras ser impactado por disparos de "postas de goma" efectuados por los policías aludidos, quienes lo arrastraron por el piso, para luego subirlo al patrullero, circunstancia en la cual también lo golpearon, para luego trasladarlo así aprehendido a la seccional policial; siendo que a raíz de dicho obrar de parte del personal policial, el mentado Yony Roger Tarifa Tarifa sufrió diferentes edemas y tumefacción en su rostro, lesiones contuso escoriadas circulares compatibles con lesión de proyectil de munición múltiples, "postas antitumulto" en hemiabdomen derecho, otra en dorso de mano derecha y unas cinco en cara posterior de antebrazo derecho, equimosis en hombro, lesiones contusas en caderas y zona inguinal; las cuales fueron caracterizadas como leves*…" (fs. 29).

Para así decidir, estimó -*en prieta síntesis*- que, en punto a la acreditación de la materialidad ilícita y la coautoría penalmente responsable, la víctima Yony Roger Tarifa Tarifa relató que el día del hecho, cuando estaba abriendo el portón de su casa, la acusada Vega disparó contra su mano un arma de fuego "*grande, larga y no de puño, como escopeta*" (fs. 30vta.), el imputado Cardozo efectuó con un arma similar una segunda detonación contra su cuerpo, y comenzó a ser agredido físicamente por alrededor de cinco individuos que no se identificaron como policías, quienes le preguntaron "*si esa vez se iba a escapar*" (fs. 29vta.), golpeándolo en la cabeza mientras le decían "*peruano*

ladrón de mierda" (fs. 29vta.). Indicó que lo arrojaron al piso, donde lo esposaron y lo patearon y golpearon en la cabeza; refirió que comenzó a gritar llamando a su esposa, quien al egresar de la vivienda de referencia explicó al personal policial que el agredido allí vivía y no era ladrón. Asimismo, relató que le solicitó a su pareja que extrajera fotos con su celular, y visualizó que la apuntaron con un arma a la altura de su pecho. Finalmente, señaló que le siguieron pegando dentro del móvil policial al ser trasladado a la Comisaría interviniente. Por su parte, Janneth Calizaya Humeres, esposa del damnificado, declaró que escuchó gritos de su esposo y tras ello, lo observó en el piso sujetado mientras los acusados García, Cardozo y Alveira Garcilazo lo golpeaban; indicó que uno de ellos le pisaba la cabeza, que lo apuntaban con un arma, y especificó que la imputada Vega le pegaba patadas en su boca. Tras ello, egresó del domicilio y les indicó que su marido no era un ladrón, que "*eran bolivianos que trabajaban y vivían allí*" (fs. 32vta.), pero los individuos le dijeron "*que era una peruana de mierda*" (fs. 32vta.) y "*que se metiera en la casa porque la harían boleta*" (fs. 32vta.). Señaló que su pareja le pidió que filmara y extrajera fotografías, tarea que procuró llevar a cabo con su celular; pero que una mujer policía la tomó del cabello y le quitó dicho adminículo, mientras otro policía la apuntó con un arma indicándole "*que ingresara a la casa o la harían mierda*" (fs. 32vta.). En tanto, Hernán Reyes Palavecino, vecino de la víctima, escuchó dos disparos, se asomó por la ventana desde donde "*se veía bien lo que pasaba afuera*" (fs. 34) y visualizó a su vecino tirado en el piso, frente a la puerta de su domicilio, mientras cuatro policías (entre los que ubicó a una mujer) lo golpeaban, y que algunos de ellos lo hacían "*con un palo*" (fs. 34). Además, escuchó que la víctima llamaba a su mujer a los gritos, indicó que otro vecino le preguntó a tales individuos por qué golpeaban a la víctima, que éstos le dijeron "*que se callara porque para él también había*" (fs. 34vta.); y observó que llevaron al damnificado a un patrullero y que allí dentro continuaron golpeándolo. Asimismo, Ana María Palavecino, hermana del citado Hernán Reyes Palavecino, relató que se despertó por unos disparos de arma de fuego, se asomó a la calle y visualizó

que “*dos o tres*” (fs. 35) personas, entre las que destacó a una mujer, munidos con armas largas y “tonfas”, tenían a la víctima en el piso, en la puerta de su domicilio, mientras lo golpeaban, y especificó que la aludida femenina lo pateaba. Comenzó a gritar pidiendo que alguien llamara a la policía, pero otra vecina le indicó que integrantes de dicha fuerza eran los agresores, y en función de dicho comentario advirtió que estos últimos se encontraban uniformados. Refirió que la víctima gritaba por su esposa, que esta última egresó de dicha vivienda y que el damnificado le pidió que sacara fotos con su celular, tarea que no pudo llevar a cabo pues la mujer policía le quitó tal adminículo; e indicó que lo introdujeron en un patrullero donde continuaron golpeándolo. A su vez, Claudia Alejandra Brandán, quien por entonces era pareja del citado Hernán Reyes Palavecino, narró que escuchó dos detonaciones, y que al salir a la calle visualizó a un grupo de policías -entre los que destacó a la acusada Vega y a un sujeto “*algo calvo*” (fs. 35vta.)- forcejeando con la víctima en la puerta de su domicilio, que lo trataron “*de una forma muy violenta*” (fs. 36), especificando que la aludida femenina lo golpeaba, por lo cual “*pedía a los gritos por favor que no le pegaran*” (fs. 36). Además, Silvia Beatriz Castro, vecina del sitio de referencia, escuchó “*unos tiros en la calle*” (fs. 36) y al salir de su vivienda visualizó que “*unos seis o siete*” (fs. 36vta.) policías sujetaban a la víctima contra el piso y le pegaban “*con el palo que usa la policía*” (fs. 36vta.). Por su parte, Américo Francisco Sánchez, vecino del lugar, escuchó gritos provenientes de la calle y al egresar de su domicilio observó a la víctima sujetada en el suelo por “*cinco o seis*” (fs. 37) policías “*que le estaban pegando mucho*” (fs. 37), que le pisaron el cuello, y que el damnificado le pedía a su esposa que filmara o extrajera fotografías con su celular; tarea que no pudo llevar a cabo en tanto “*una mujer policía la empujó*” (fs. 37vta.); tras lo cual lo llevaron a la rastra hasta un patrullero.

Además, ponderó que el informe médico de fs. 53 del expediente principal, incorporado al debate por su lectura, consignó que la víctima presentó: i) un edema y tumefacción leve en hemicara derecha; ii) equimosis de mucosa yugal en el labio superior del lado izquierdo; iii) cuatro lesiones contuso

escoriativas circulares en hemiabdomen derecho compatibles con lesiones por proyectil de munición múltiples postas antitumulto; iv) una lesión contuso escoriativa circular en el dorso de la mano derecha compatibles con lesión por proyectil de munición múltiples postas antitumulto; v) cinco lesiones contuso escoriativas circulares en la cara posterior del antebrazo derecho compatibles con lesiones por proyectil de munición múltiples postas antitumulto; vi) equimosis lineal en el hombro izquierdo; vii) lesión contusa equimótica lineal de 12 cm. en región lumbar izquierda; viii) lesiones contusas equimóticas lineales de 10 cm. en región dorsal derecha; ix) una lesión por posta de goma en región inguinal derecha; x) dos lesiones por posta de goma en cresta ilíaca derecha; xi) y una lesión por posta de goma en cadera derecha. Asimismo, tuvo en cuenta la transcripción de la llamada telefónica efectuada al servicio de emergencias "911" de fs. 157, en cuanto allí se indicó que "…*hay 7 policías que están golpeando a un muchacho, dice que ya lo tienen reducido en el piso, sin embargo lo siguen golpeando*…" (fs. 41).

Al respecto, consideró no demostradas las motivaciones de los acusados al actuar, en tanto durante el juicio se escucharon dos versiones de lo sucedido antes del hecho: por un lado, la víctima sostuvo que regresaba a su domicilio tras comer un asado en la casa de un vecino, y que sorpresivamente comenzó a ser agredido cuando se disponía a abrir la puerta de ingreso a su vivienda; mientras que, por el otro, el acta de procedimiento de fs. 1/2vta. de la I.P.P. nº 14-05-006359-12 -*luego archivada, pronunciamiento que ha adquirido firmeza*- incorporada al debate por su lectura, consignó que en el sitio de referencia, fueron observadas quince personas "…*cortando la calle, consumiendo bebidas alcohólicas, gritando y causando disturbios*…" (fs. 31), y que al ver el móvil policial insultaron a los policías, los agredieron con golpes de puño, y arrojaron piedras a dicho rodado, siendo que una de ellas estalló en el parabrisas. Además, dicha acta indicó que la víctima de autos, junto a una mujer "*igualmente agresiva*" (fs. 31vta.), le propinó trompadas al aquí acusado García, mientras decía "*los voy a matar a todos*" (fs. 31vta.) y simulaba contar con un arma o elemento contundente en la cintura; tras lo

cual fue aprehendido. Finalmente, señaló que el personal policial realizó disparos al aire con balas de goma para dispersar a los restantes agresores y poder retirarse del lugar.

Ponderó que la versión volcada en el acta de referencia resulta concordante con la brindada por los acusados Vega, García, Alveira Garcilazo y Cardozo en sus declaraciones a tenor del art. 308 del C.P.P. e incorporadas al debate por su lectura (conf. fs. 207/208vta., 209/210vta., 211/212 y 215/216 del expediente principal respectivamente); y por Juan Carlos Martínez en sus declaraciones testimoniales de fs. 22 y 45/46 de la citada I.P.P. nº 14-05-006359-12 e incorporadas al debate por su lectura. En punto al testimonio de Martínez, ponderó que no individualizó a la víctima de autos, que resulta sugestivo que ningún vecino haya dado cuenta del desmán aludido por este testigo, y que tal extremo ha sido negado durante el debate por los citados vecinos Hernán Reyes Palavecino, Ana María Palavecino, Claudia Alejandra Brandán y Américo Francisco Sánchez.-

Concluyó que los acusados incurrieron en un exceso de la fuerza y una desproporción injustificada de los medios utilizados para aprehender a la víctima Yony Roger Tarifa Tarifa, y que el comportamiento en cuestión encuadra en los arts. 45 y 144 bis, inc. 3º, del C.P.-

Finalmente, entendió que no concurren eximentes, descartó el agravante propuesto por la Fiscalía atinente a la pluralidad de intervinientes, y ponderó como atenuante la ausencia de antecedentes policiales y judiciales.-

III. Al interponer recurso de apelación, el Sr. Defensor Oficial entendió que el reproche fiscal resulta incompleto en tanto no fueron descriptas en forma detallada las conductas atribuidas a cada imputado y la distribución de roles; y que tal omisión no fue subsanada por el particular damnificado. Asimismo, alegó que la Fiscalía no atribuyó a ninguno de los acusados haberle disparado en forma directa a la víctima, y que no descartó que haya ocurrido un tumulto a partir del cual se haya producido la aprehensión del damnificado.

Por su parte, consideró que la Sra. Jueza “a quo” incurrió en absurda valoración de la prueba, pues a su entender, para la verificación del hecho los

elementos de cargo no lograron superar el estado de duda, y no existió prueba para la acreditación de la coautoría. Al respecto, ponderó que el personal policial se encontraba justificado para aprehender a la víctima, y que los denunciantes resultaron mendaces en función de su afectividad negativa con los preventores. Refirió que ninguno de los vecinos efectuaron aporte alguno respecto de lo acontecido en forma previa a la aprehensión de la víctima, y que no se encontraban en la vía pública antes de la llegada de los patrulleros al lugar de referencia. Señaló que el damnificado se negaba a ser esposado y se resistía con vehemencia, que los acusados hicieron uso de la fuerza necesaria para lograr su detención, y que conforme las reglas de la experiencia la víctima debió quedar "*al borde de la muerte*" (fs. 4vta.) a tenor de la golpiza descripta por los testigos.

Indicó que resulta llamativo que no se hayan incorporado fotografías de las lesiones constatadas por el informe médico, y que conforme las reglas de la lógica y del sentido común las fotografías de fs. 23/25 no ilustran "*la feroz golpiza pretendida*" (fs. 5vta.). Al respecto, indicó que tales muestras fotográficas no evidencian un maltrato más allá de las improntas de las postas de goma, las cuales -siempre a su entender- no fueron tenidas como injustificadas ni excesivas. Juzgó que la equimosis de mucosa yugal en el labio superior del lado izquierdo, la equimosis lineal en el hombro izquierdo, la lesión contusa equimótica lineal en región lumbar izquierda y las lesiones contusas equimóticas lineales en región dorsal derecha, no resultan reales o no han revestido tal magnitud.

Entendió significativo que ninguno de los vecinos haya aludido a las lesiones y que no se hayan acercado a la seccional policial o al domicilio del agredido para anoticiarse respecto de su estado de salud. Refirió que una de las vecinas declaró que la testigo Calizaya Humeres fue agredida con su beba en sus brazos, cuando -siempre a su criterio- esta último negó tal afirmación. A su vez, señaló que algunos testigos sostuvieron que la citada Calizaya Humeres fue agredida por el personal policial cuando procuró filmar los sucesos y que le colocaron una escopeta en su pecho a los fines de que no

interviniera, cuando -siempre a su entender- dicha mujer aseveró que decidió permanecer quieta en el lugar.

Destacó que los dichos de sus defendidos encuentran sustento en el testimonio de Juan Carlos Martínez, cuya declaración juzgó no contaminada por no haber vivido en el barrio de emergencia de referencia; y refirió que la Sra. Jueza “a quo” descartó tal deposición sin dar razones de ello. Entendió que la pertenencia al barrio explica la omisión de los vecinos respecto de los desmanes, y que la absolución del acusado Motet debió traer aparejada la de su defendido Cardozo, pues se incurrió en error al individualizar a este último. En tal sentido, juzgó que Motet resultó absuelto por no haber estado presente durante los eventos, y que a tenor del acta de procedimiento y las declaraciones de la I.P.P. nº 14-05-6359-12, Cardozo arribó al lugar del hecho en último término junto a Motet.

Refirió que “…*los denunciantes en ningún momento han sido claros al señalar a los imputados, sino que Calizaya durante su alocución se puso de pie e intentó señalar a los policías que estaban en la sala de audiencias, y muy genéricamente dijo, apuntando con su dedo, quiénes habían estado pegándole a su marido, sin hacer ningún tipo de aporte que resulte suficiente a la hora de tener por cierto qué tipo de conducta se atribuía a cada uno de ellos*…” (fs. 8); y al respecto, consideró que un señalamiento genérico no puede constituirse en prueba idónea.

Por último, criticó el encuadre jurídico llevado a cabo por la Sra. Jueza “a quo”, y en tal carácter alegó que el caso resulta ajeno al bien jurídico tutelado por la figura de las severidades, el cual entendió concierne a la dignidad del detenido en situación de encierro. Refirió que los eventos tampoco pueden ser subsumidos en el tipo penal de apremios ilegales, desde que la legitimidad del procedimiento no ha sido puesta en duda.-

IV. El Tribunal planteó entonces las siguientes

C U E S T I O N E S

PRIMERA: ¿Resulta admisible el recurso de apelación interpuesto?

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento debe dictarse?

A la primera cuestión planteada, el Juez Carlos Fabián Blanco dijo:

La impugnación deducida a fs. 1/9vta. por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Hernán Rocha, debe ser declarada admisible, pues ha sido presentada en término, el impugnante cuenta con legitimación personal para recurrir, y se han respetado las formas dispuestas; siendo que el caso resulta ser uno de aquellos para los cuales se otorga esta vía recursiva (arts. 21, inc. 4º, 421, 433, 439, párr. 2º, 441, párr. 2º -estos dos últimos según leyes 13.812 y 13.818, respectivamente-, 442, 443, sstes. y ccdtes. del C.P.P.; y 3 de la ley 13.812).-

Es mi voto (arts. 168 y 171 de la Const. Prov.; y 106 del C.P.P.).-

A la primera cuestión planteada, la Jueza Vazquez dijo:

Adhiero al voto del colega por los mismos motivos y fundamentos.

Así lo voto.-

A la segunda cuestión planteada, el Juez Carlos Fabián Blanco dijo:

Con el objeto de brindar claridad expositiva a mi voto, habré de relevar, en primer término, los extremos fácticos acreditados en la presente causa:

A.- Durante la celebración del juicio, Yony Roger Tarifa Tarifa, víctima de autos, relató que la acusada Vega disparó un arma de fuego "*grande, larga y no de puño, como escopeta*" (fs. 30vta.) contra su mano, que el imputado Cardozo efectuó con un arma similar una segunda detonación contra su cuerpo, y que comenzó a ser agredido físicamente por alrededor de cinco individuos. Puntualizó que lo arrojaron al piso, donde lo esposaron y le patearon la cabeza, y que le siguieron pegando dentro del móvil policial al ser trasladado a la Comisaría interviniente.

Asimismo, Janneth Calizaya Humeres, esposa del damnificado, declaró que escuchó gritos de su esposo y lo visualizó en el piso sujetado mientras los acusados García, Cardozo y Alveira Garcilazo lo golpeaban. Indicó que uno de ellos le pisaba la cabeza y lo apuntaban con un arma, y que la imputada Vega le pegaba patadas en su boca.

Al respecto, resulta desvirtuado el agravio del recurrente atinente a que ambos testigos han resultado mendaces por afectividad negativa con los acusados, desde que no se alega ni se advierta que haya mediado entre tales testigos y

los imputados una relación de enemistad o conocimiento previo por la cual pudiera predicarse la existencia de animadversión. Por el contrario, conf. fs. 615/vta. del expediente principal, los testigos han prestado juramento de decir verdad, los hechos sobre los que declaran han recaído directamente bajo la acción de sus sentidos, han dado razón satisfactoria de sus dichos, expresando por qué y de qué manera saben lo que han declarado, sin que se encuentren afectados por inhabilidad alguna.

Por su parte, Hernán Reyes Palavecino, vecino de la víctima, escuchó dos disparos, se asomó por la ventana desde donde "*se veía bien lo que pasaba afuera*" (fs. 34) y visualizó al damnificado tirado en el piso, frente a la puerta de su domicilio, mientras cuatro policías (entre los que ubicó a una mujer) lo golpeaban, y que algunos de ellos lo hacían "*con un palo*" (fs. 34). Además, observó que lo llevaron a un patrullero y allí dentro continuaron golpeándolo.

A ello adúnese, que Ana María Palavecino, hermana del citado Hernán Reyes Palavecino, relató que se despertó por unos disparos de arma de fuego, se asomó a la calle y visualizó que "*dos o tres*" (fs. 35) uniformados, entre los que destacó a una mujer, munidos con armas largas y "tonfas", tenían a la víctima en el piso, en la puerta de su domicilio, mientras lo golpeaban; y especificó que la aludida femenina lo pateaba.

A su vez, Claudia Alejandra Brandán, quien por entonces era pareja del citado Hernán Reyes Palavecino, narró que escuchó dos detonaciones, y que al salir a la calle visualizó a un grupo de policías -entre los que destacó a la imputada Vega y a un sujeto "*algo calvo*" (fs. 35vta.)- forcejeando con la víctima en la puerta de su domicilio; y que lo trataron "*de una forma muy violenta*" (fs. 36), especificando que la aludida femenina lo golpeaba, por lo cual "*pedía a los gritos por favor que no le pegaran*" (fs. 36).

Además, Silvia Beatriz Castro, vecina del sitio de referencia, escuchó "*unos tiros en la calle*" (fs. 36) y al salir de su vivienda visualizó que "*unos seis o siete*" (fs. 36vta.) policías sujetaban a la víctima contra el piso y le pegaban "*con el palo que usa la policía*" (fs. 36vta.).

Por su parte, Américo Francisco Sánchez, vecino del lugar, escuchó gritos

provenientes de la calle y al egresar de su domicilio observó a la víctima sujetada en el suelo por "*cinco o seis*" (fs. 37) policías "*que le estaban pegando mucho*" (fs. 37), que le pisaron el cuello, y que lo llevaron a la rastra hasta un patrullero.

En consecuencia, tengo hasta aquí que: a) un testigo indicó que la acusada Vega le efectuó a la víctima un disparo contra su mano, siendo que el informe médico consignó que el damnificado presentó una lesión contuso escoriativa circular en el dorso de la mano derecha compatible con lesión por proyectil de munición múltiples postas antitumulto, circunstancia que desarticula el alegato del recurrente atinente a que ninguno de los acusados disparó en forma directa contra el damnificado; b) un testigo señaló que el imputado Cardozo efectuó un segundo disparo contra su cuerpo, y otros cuatro testigos escucharon al menos dos disparos, siendo que el informe médico dio cuenta que la víctima presentó cuatro lesiones contuso escoriativas circulares en hemiabdomen derecho compatibles con lesiones por proyectil de munición múltiples postas antitumulto, cinco lesiones contuso escoriativas circulares en la cara posterior del antebrazo derecho compatibles con lesiones por proyectil de munición múltiples postas antitumulto, una lesión por posta de goma en región inguinal derecha, dos lesiones por posta de goma en cresta ilíaca derecha, y una lesión por posta de goma en cadera derecha; c) una testigo refirió que uno de los agresores le pisaba la cabeza, y un testigo declaró que le patearon la cabeza al damnificado; siendo que el informe médico dio cuenta de un edema y tumefacción leve en la hemicara derecha del agredido; d) una testigo manifestó que la acusada Vega le pegaba patadas en la boca del damnificado, siendo que el informe médico acreditó una equimosis de mucosa yugal en su labio superior del lado izquierdo; e) cuatro testigos indicaron que al menos entre tres o cuatro policías golpeaban al damnificado, y una testigo individualizó en tal tarea a los acusados García, Cardozo y Alveira Garcilazo, siendo que el informe médico dio cuenta de una equimosis lineal en el hombro izquierdo, una lesión contusa equimótica lineal de 12 cm. en región lumbar izquierda, y lesiones contusas equimóticas lineales de 10 cm. en región dorsal

derecha; resultados lesivos que mal pueden resultar justificados en atención a que el damnificado "*se negaba a que lo esposaran*" (fs. 5), tal la pretensión del recurrente.

Tales extremos desvirtúan el agravio del recurrente atinente a que se carece de prueba para la acreditación del hecho y la coautoría que en él le cupo a los acusados; sin que a su respecto pueda prosperar el alegato de la parte atinente a que los imputados hicieron uso "*de la fuerza mínima e indispensable*" (fs. 5) y a que la víctima "*se resistía con mucha fuerza y estaba dando batalla*" (fs. 5).

Por lo demás, la Defensa se agravia en punto a la incriminación efectuada por la testigo Calizaya Humeres, pues a su entender la testigo "*se puso de pie e intentó señalar a los policías que estaban en la sala de audiencias, y muy genéricamente dijo, apuntando con su dedo, quiénes habían estado pegándole a su marido*" (fs. 8). Lo cierto es que, conforme el acta de debate de fs. 613/624 del expediente principal y la sentencia de fs. 626/654, no existe constancia de tales circunstancias, sino que, antes bien, la Sra. Jueza "a quo" ha ponderado que la testigo en cuestión "…*fue terminante al señalar a los cuatro imputados como quienes violentamente agredieran a su esposo. Señaló a Vega como la oficial femenina que golpeara a su marido con patadas en la boca, siendo también aquélla quien la agrediera y que incluso en la Comisaría le dijera que tenía poco cerebro. Indicó también que Cardozo y Alveira Garcilazo estaban entre quienes golpeaban a su marido cuando estaba tirado en el piso, señalando en igual sentido al imputado García, amén de indicar a éste como el policía que disparase contra la mascota de la familia*…" (fs. 41vta./42 del presente incidente).

Finalmente, resta destacar que el recurrente ha cuestionado la veracidad de algunas de las lesiones acreditadas en el informe médico de referencia, pues a su criterio ellas no se visualizan en las fotografías de fs. 23/35 del expediente principal. Lo cierto es que, en primer término, Marcelo Pavón, médico de la Policía, ha elaborado un diagnóstico de las lesiones constatadas en el cuerpo de la víctima, bajo juramento de ley, conforme las reglas que rigen su

experticia, dando razón satisfactoria de sus conclusiones, expresando por qué y de qué manera sabe lo que ha dictaminado, y sin encontrarse afectado por inhabilidad alguna. Pero además, las aludidas fotografías de fs. 23/25 resultan compatibles con lo dictaminado por el aludido perito, en tanto: i) en la fotografía del cuadrante inferior de fs. 23 se advierte una inflamación en el hemisferio derecho del rostro de la víctima, concordante con el "*edema y tumefacción leve en hemicara derecha*" diagnosticada por el médico interviniente; ii) en dicha fotografía se percibe una inflamación en el labio superior izquierdo coincidente con la "*equimosis de mucosa yugal*" detectada en dicha zona por el galeno de referencia; iii) en la fotografía del cuadrante superior de fs. 23 se visualizan las "*cuatro lesiones contuso escoriativas circulares en hemiabdomen derecho compatibles con lesiones por proyectil de munición múltiples postas antitumulto*" diagnosticadas por el aludido médico; iv) en dicha fotografía y en la del cuadrante inferior de fs. 23vta. se percibe la "*lesión contuso escoriativa circular en el dorso de la mano derecha*" y las "*cinco lesiones contuso escoriativas circulares en la cara posterior del antebrazo derecho*", todas "*compatibles con lesiones por proyectil de munición múltiples postas antitumulto*" identificadas por el citado perito, siendo que, como se dijo, el disparo adjudicado a la acusada Vega tuvo por destino una mano del damnificado; v) y en la fotografía de fs. 24 se visualiza la "*lesión por posta de goma en región inguinal derecha*" y las "*dos lesiones por posta de goma en cresta ilíaca derecha*".-

Ahora bien, corresponde recapitular los hechos que precedieron al ataque policial. Sobre el punto, la Sra. Jueza "a quo" consideró que las razones de tales agresiones no han sido determinadas, y que los policías se excedieron en sus facultades; ello pues, entendió que "…*no ha quedado claramente demostrado qué fue lo que motivó el accionar a todas luces desmedido del personal policial*…" (fs. 29).

Así las cosas, la Magistrada de grado indicó que durante el juicio existieron dos versiones: por un lado, la de la víctima; y, por el otro, la de los policías, plasmada en la I.P.P. nº 14-05-006359-12 -*luego archivada, pronunciamiento*

que ha adquirido firmeza-. En lo medular, destacó que el damnificado explicó que: a) salió de comer un asado en la casa de un vecino; b) que al abrir la puerta de su casa, sorpresivamente fue abordado por los acusados, quienes le preguntaban "*si esa vez se iba a escapar*" (fs. 29vta.) a la vez que le decían "*peruano ladrón de mierda*" (fs. 29vta.); y c) que no había disturbios en la vía pública.

Por el contrario, tuvo en cuenta que el acta de procedimiento de la aludida I.P.P. nº 14-05-006359-12 consignó que había 15 personas causando disturbios en la vía pública ("*consumiendo bebidas alcohólicas, gritando*" -conf. fs. 31-), quienes al ver los móviles policiales de referencia, insultaron a los agentes y arrojaron piedras contra tales rodados. Además, uno de tales agresores le dio trompadas a uno de los policías, mientras decía "*los voy a matar a todos*" (fs. 31vta.), y simulaba tener "*un arma o elemento contundente en la cintura*" (fs. 31vta.). Finalmente, los policías lo neutralizaron "*utilizándose la fuerza proporcional a la utilizada por el sujeto*" (fs. 31vta.), y este individuo resultó identificado como la víctima de autos.-

Corresponde entonces dilucidar cuál de tales versiones antagónicas encuentra sustento en los restantes elementos de prueba.

En ese sentido, he de advertir, en primer lugar, que la versión brindada por el damnificado resulta compatible con la información aportada por otros 6 testigos que declararon en el juicio.

En efecto, he de resaltar que la aludida Calizaya Humeres indicó que su marido había ido a comer un asado a la casa de un vecino, que momentos antes de la agresión observó que se encontraba en dicha cena, y que tras quedarse dormida escuchó disparos y que el damnificado la llamaba a los gritos. Al acercarse a la puerta de su domicilio, observó cómo los acusados agredían a su esposo, la testigo les dijo que la víctima no era un ladrón, pese a lo cual los agresores le dijeron "*peruana de mierda*" (fs. 32vta.) y "*que se metiera en la casa porque la harían boleta*" (fs. 32vta.); siendo que en la vía pública sólo observó "*a unos dos o tres muchachos*" (fs. 34).

Asimismo, el citado Reyes Palavecino señaló que escuchó que la víctima

llamaba “*a los gritos*” (fs. 34vta.) a su mujer, y que otro vecino le preguntó a los agresores por qué le pegaban al damnificado, frente a lo cual le dijeron “*que se callara porque para él también había*” (fs. 34vta.).

Además, la aludida Ana Palavecino refirió que tras escuchar disparos se asomó a la calle, observó que al damnificado “*lo tenían agarrado en la puerta de su propia casa y que estando allí es que comenzó a gritar llamando a su esposa*” (fs. 35), y al ver cómo lo agredían, la testigo “*comenzó a pedir que llamaran a la policía, siendo que otra vecina la alerta diciéndole que era la policía la que le estaba pegando*” (fs. 35); tras lo cual advirtió que estaban uniformados. Frente a preguntas que le fueron formuladas, la testigo atestó que “*no vio ni escuchó que hubiera problemas con vecinos en el barrio, y donde estaban otros policías no había más gente que ellos*” (fs. 35).

A su vez, la aludida Brandán manifestó domiciliarse en la casa lindante a la de la víctima, haber escuchado detonaciones, y tras salir a la calle observó que el damnificado era agredido en la puerta de la casa de este último; mientras que la citada Castro refirió que su ex marido había estado comiendo un asado con la víctima, y que mientras lavaba los platos escuchó disparos provenientes de la calle, por lo que hacia allí egresó, pudiendo observar que los agresores “*tenían a su vecino contra el portón de ingreso a la vivienda de éste*” (fs. 36/vta.), tras lo cual comenzaron a golpearlo.

Por último, el referido Sánchez atestó que, tras escuchar gritos provenientes de la calle, egresó de su residencia y observó a la víctima “*contra la reja, en el suelo*” (fs. 37) mientras se producía la agresión.

En consecuencia, las circunstancias fácticas que precedieron a la agresión policial, atinentes a que, tras comer un asado en la casa de un vecino y procurar abrir la puerta para retornar a su domicilio, sorpresivamente la víctima resultó abordada por los acusados, quienes le preguntaban “*si esa vez se iba a escapar*” mientras le decían “*peruano ladrón de mierda*” (fs. 29vta.) -sin la existencia de disturbio alguno en la vía pública-, encuentran sustento en las declaraciones de 7 testigos que depusieron en el debate; a la vez que desarticulan la versión de los acusados plasmada en la aludida I.P.P. nº 14-

05-006359-12 por ellos iniciada.

Más aún, adviértase que dicha I.P.P. nº 14-05-006359-12 resultó correctamente archivada por el Sr. Agente Fiscal allí interviniente por insuficiencia de prueba *-pronunciamiento que ha adquirido firmeza, conf. fs. 52 de tal legajo-*; máxime cuando el testigo de dicho procedimiento, Juan Carlos Martínez, al comparecer a juicio "*no pudo relatar lo sucedido en aquella oportunidad dado que, como se ha demostrado, diversos motivos de salud le han hecho perder la memoria*" (fs. 38 del presente incidente).

B.- Habiendo sido relevada la totalidad de los extremos fácticos acreditados en la presente causa, corresponde entonces llevar a cabo el juicio de subsunción legal de los eventos materia de juzgamiento:

En primer término, corresponde señalar que la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, firmada el 4/2/1985 por el Gobierno de la República Argentina, aprobada por Ley Nº 23.338 *-sancionada el 30/7/1986, y publicada en el Boletín Oficial el 26/2/1987-*, e incorporada al Bloque Constitucional Federal mediante la Reforma de la Constitución Nacional de 1994 (art. 75, inc. 22, de la Carta Magna), prescribe, en su artículo 1°, que "…*se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflijan intencionadamente 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*…".-

A su vez, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura *-suscripta por la República Argentina con fecha 10/2/1986, y ratificada por nuestro país con fecha 18/11/1988-* prescribe, en su artículo 2º, 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 personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo."; mientras que su artículo 3º estipula que "…[s]*erán responsables del delito de tortura: a) los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan; b) las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a), ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.*".

En cuanto a nuestra legislación nacional, he de advertir que la Ley Nº 23.097 -*sancionada el 28/9/1984, y publicada en el Boletín Oficial el 29/10/1984*- modificó el artículo 144 tercero del Código Penal, el cual quedó redactado, en lo que aquí interesa, de la siguiente forma: "[s]*erá reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho*…".-

Asimismo, la Ley Nº 25.188 de Ética de la Función Pública -*sancionada el 29/9/1999, y publicada en el Boletín Oficial el 1/11/1999*- establece, a partir de su artículo 1°, "…*un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los*

magistrados, funcionarios y empleados del Estado…". En tal sentido, el art. 2º de dicha norma estipula que tales individuos deben "…[c]*umplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno* […] *Velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular*…".-

En punto a la interpretación jurisprudencial internacional brindada al término "tortura", he de señalar, en primer término, que "…[u]*no de los aspectos más interesantes de la jurisprudencia interamericana es su evolución en cuanto a los elementos que constituyen un acto que pueda ser calificado como tortura. Para conformar el concepto actual de tortura y sus elementos, la Corte IDH se ha referido a la Convención Americana, su propia jurisprudencia y a los desarrollos de otros órganos de protección de derechos humanos, así como los enunciados normativos de los instrumentos internacionales que la prohíben*…" (Cuaderno de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 10 "Integridad Personal", elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración de Claudio Nash y Konrad Adenauer Stiftung, San José, Costa Rica, 2015, pág. 18; disponible en http://www.corteidh.or.cr).-

En efecto, ha señalado la Corte IDH que "…[d]*e acuerdo con el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la tortura implica que se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales deliberadamente dirigidos a intimidar, castigar, investigar o prevenir crímenes, penar su comisión o con cualquier otro fin. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura define ésta en su artículo 2, como 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 personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular*

la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Y agrega: No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo…" (Caso "Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 25 de noviembre de 2000", considerandos nº 156 y 157).

Específicamente, la Corte IDH ha establecido en forma reciente que "…*se está frente a un acto constitutivo de tortura cuando el maltrato: i) es intencional; ii) cause severos sufrimientos físicos o mentales, y iii) se cometa con cualquier fin o propósito*…" (Caso "Espinosa Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2014", considerando nº 143). Y en tal sentido, ha estipulado que "…*al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal* […] *si bien los actos de tortura perpetrados* […] *han quedado alcanzados por la protección* […] *de la Convención* [Americana]*, ello no significa que deban ser calificados per se como delitos de lesa humanidad* […] *debido a que tales actos no formaron parte de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil*…" ("Caso Bueno Alves vs. Argentina. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Fondo, Reparaciones y Costas", considerandos nº 83 y 87).-

Dichas pautas internacionales de interpretación han sido receptadas en la jurisprudencia de nuestro país, tal el reciente caso del Tribunal de Casación Penal de nuestra provincia en autos "De Nardis, Natalio; Ponti, Mauro; Acuña,

Luis; Steingruber, Rubén; y Brandán, Leonardo s/ recurso de Casación interpuesto por el particular damnificado", causa nº 59.617, de la Sala Sexta -*rta. el 14/7/2016*-, en el cual se ha indicado que cualquier apelación a la fuerza física en perjuicio de personas privadas de libertad, que no resulte estrictamente necesaria, constituye un menoscabo a la dignidad humana y una vulneración al derecho constitucional que prohíbe la aplicación de torturas. Allí se destacó que "…[l]*a amplitud y especificidad del derecho a la integridad personal denotan la importancia de dicho bien jurídico frente a la protección de la dignidad humana como objeto principal de preservación en el corpus juris internacional*…" (del voto del Dr. Ricardo R. Maidana, al que adhirió en todos sus términos el Dr. Mario Eduardo Kohan).-

Además, en dicho precedente se precisó que la tortura implica actos intencionales que provoquen sufrimiento físico, para lo cual deben tomarse en cuenta elementos objetivos tales como el método utilizado para producir dolor, la arbitrariedad o no de la privación de la libertad, así como también los elementos subjetivos atinentes a la vulnerabilidad particular de la víctima, entre otros. En tal carácter, se puntualizó que al analizar el caso concreto y determinar la existencia de torturas, deben considerarse todas las circunstancias objetivas y subjetivas, así como la obligación de una protección progresiva de los derechos humanos; a lo que deberá sumarse la experiencia subjetiva que la víctima tuvo del trato dirigido hacia ella, opinión que deberá ser tenida en cuenta al evaluarse la gravedad y calificarse el delito. Y en relación a las torturas ejercidas sobre quien se encuentra sujeto a alguna circunstancia privativa de libertad, se especificó que las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a custodia, de modo que el trato que se dispensa a un detenido debe estar sujeto al escrutinio más estricto, tomando en cuenta su especial vulnerabilidad, respetando su dignidad.

Al respecto, no he de soslayar que tal caso resultó materia de conocimiento por parte del suscripto en la oportunidad de encontrarme a cargo del Juzgado de Garantías nº 4 del Departamento Judicial de La Matanza, en la causa

registrada bajo el nº 1.237 correspondiente a la I.P.P. nº 371.492; la cual -*en lo que aquí interesa*- con fecha 23/6/2008 remití a juicio en orden al delito de torturas seguidas de muerte (arts. 144, tercero inc. 2º, del C.P., en función del inc. 1° de dicha norma, y del 1º de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

Para así decidir, había considerado, en lo medular, que se encontraba acreditado, con el grado de convicción exigido para el estadio procesal de referencia, que en horas de la noche, la víctima Gastón Damián Duffau fue privada de su libertad por seis integrantes de la Policía de la provincia de Bs. As. -*Luis Alberto Acuña, Leonardo Ezequiel Brandán, David Maximiliano Mansilla, Mauro Adrián Ponti, Natalio Hernán De Nardis y Rubén Darío Steingruber*-, y encontrándose el damnificado boca abajo e inmovilizado, sujetas sus piernas a la altura de los tobillos con un cinturón y sus muñecas con dos juegos de esposas, le prodigaron múltiples golpes en su cuerpo que le provocaron diversas fracturas y "*politraumatismos graves asociados a una asfixia mecánica por un mecanismo combinado de compresión extrínseca del cuello y de la región toracoabdominal*", todo lo cual culminó en su muerte. A su respecto, subsumí tales eventos bajo el delito de torturas seguidas de muerte, en tanto, a tenor del art. 1º de la de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, resultaban actos por los cuales intencionalmente se habían infligido a una persona dolores físicos y sufrimientos graves, por parte de funcionarios públicos. En efecto, ponderé que se encontraban presentes los elementos típicos que reclama la figura, desde que la víctima se encontraba privada de su libertad por orden de un funcionario público, sobre ella se habían aplicado procedimientos causantes de intenso dolor físico, y el sujeto activo contó con poder de hecho sobre el damnificado.

Tal pronunciamiento fue confirmado por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de La Matanza -*causa nº 18.231, rta. con fecha 24/7/2008*-, oportunidad en la que la Dra. Margarita del Carmen Tropiano y los Dres. Gerardo Lucio Frega y Marcelo Claudio Dau consideraron

-*en lo que aquí atañe*- que tales eventos resultaron constitutivos del delito de tortura seguido de muerte previsto por el art. 1º de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en función del art. 75, inc. 22, de la C.N., y por el art. 144 tercero, inc. 1º, en función del inc. 2º, del C.P.-

En sentido análogo, recientemente se ha expedido la Sala II del Tribunal de Casación Penal de nuestra provincia en la causa nº 69.861 "Sosa, Ángel Manuel s/ recurso de Casación" -*23/6/2016*-, en cuanto señaló que "…[s]*entadas las bases legislativas, que son orientadoras a la hora de clasificar a un accionar como "tortura" o bien como un "trato cruel" (que pueden constituir, sin embargo, vejaciones, severidades o apremios ilegales), puede afirmarse que la tortura en sentido penal -o sea, incluida en las previsiones del artículo 144 tercero inciso 3° del Código Penal- incluye tormentos físicos y sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente. Esta "gravedad" será la que distinga la entidad de ambas conductas, habiendo entre ellas una relación de jerarquía. Así, Tozzini ha postulado que: "las previsiones legales sobre severidades, vejaciones y apremios ilegales que efectúa el artículo 144 bis quedan reservadas para los casos en que tales acciones no excedan el marco de opresión o coerción innecesarias, ilegales, pero no seriamente vulnerantes de la integridad psicofísica, ni se practiquen con el dolo de atormentar o hacer sufrir" (Tozzini, Carlos A., "Sanciones personales por torturas a personas detenidas", en "Doctrina Penal, Teoría y práctica de las ciencias penales", Año 7, Nº 25 a 28, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, pág. 768). Por su parte, el concepto de "tortura" remite a una conducta más intensa que los vejámenes, los cuales implican en todo caso un menosprecio y humillación, hirientes de la dignidad*…" (del voto del Dr. Martín Manuel Ordoqui, al que adhirió en todos sus términos, el Dr. Jorge Hugo Celesia).-

En forma concordante, se ha pronunciado la Sala I del Tribunal de Casación Penal de nuestra provincia en la causa nº 64.989 "Aragonés, Ignacio Nicolás s/ recurso de Casación" -*2/2/2015*- y sus acumuladas n° 64.991 "Aragonés,

Ignacio Nicolás; Monjes, Diego Gastón y Singh, Marcelo Gabriel Enrique s/ recurso de Casación interpuesto por el Agente Fiscal" y n° 64.996 "Singh, Marcelo Gabriel Enrique s/ recurso de Casación", en cuanto ha indicado que "…[c]*iertamente estoy de acuerdo en que el tipo penal que recepta el delito de tortura exige "la gravedad de los sufrimientos o dolores", y tal elemento distingue la figura en trato de las hipótesis de severidades, vejaciones y apremios ilegales* […] *Ya he señalado que entre la tortura y los apremios legales existe una diferencia cuantitativa o de valor, de mayor o menor gravedad, no cualitativa o de esencia. Sentado ello, claramente es el criterio acerca de la entidad gravosa del sufrimiento infligido lo que separa a la tortura de los demás tratos crueles, inhumanos o degradantes. Interesa destacar que la CIDH se pronunció en el caso "Lizardo Cabrera vs. República Dominicana", de 1998, allí sostuvo que "...la definición de tortura, conforme lo que se desprende del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la tortura le confieren al concepto cierta latitud para evaluar si, en vista de su gravedad o intensidad, de un hecho o práctica constituye una tortura o pena o trato inhumano o degradante (...) la calificación debe hacerse caso a caso tomando en cuenta las peculiaridades del mismo, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima específica y las circunstancias personales de la víctima..." (CIDH, informe 35/96, rto. El 7/4/1198, párrafos 82 y 83). En suma, a contrario de lo que sostuvo sobre el punto el "a quo" el tipo penal en examen no exige que el acto de tortura tenga cierta prolongación o persistencia en el tiempo, por lo que tal aspecto no condiciona el encuadre típico. Con este norte, repárese que conforme expone -con buen tino- el autor Daniel Eduardo Rafecas "...el delito de tortura puede darse mediante la imposición de un único acto que, por su inusitada crueldad, pueda ser capaz de generar en una persona el grave sufrimiento físico o psíquico reclamado- golpizas y palizas brutales sea con puños, patadas, instrumentos metálicos -cadenas-, de goma -cachiporras-, madera -palos- o medios similares..." ("La Tortura y otras Prácticas Ilegales a Detenidos", Ed. Del Puerto, pág. 142). El artículo 144*

tercero, en su inciso tercero se refiere a los sufrimientos físicos como tormentos y reclama, para la tortura psicológica, que los sufrimientos impuestos "tengan gravedad suficiente". En rigor nuestro Código Penal, está en sintonía con la exigencia de dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales de la definición de tortura de la Convención de la Naciones Unidas. Tal descripción del accionar disvalioso es lo que diferencia al delito de tortura de los injustos de severidades, apremios ilegales y vejaciones…" (del voto del Dr. Daniel Carral).-

De modo coincidente, se ha expresado la citada Sala IV del Tribunal de Casación Penal en las recientes causas n° 61.830 "T., C. A. s/recurso de Casación" y sus acumuladas nº 61.836 "D. Z., L. H. s/recurso de Casación", nº 61.835 "F., M. E. s/ recurso de Casación", nº 61.840 "E., D. G. s/recurso de Casación" y nº 61.833 "F., M. E. s/recurso de casación interpuesto por el particular damnificado" *-rtas. el 18/6/2014-*, al precisar las siguientes consideraciones: "…*quiero que quede en claro el concepto de tortura y para ello me hago eco de la definición dada por el diccionario de la Real Academia Española: "Grave dolor físico o psicológico infligido a alguien… (2) dolor o aflicción grande." En cuanto al tema que me adentro a analizar, debo aquí resaltar que con el rango constitucional que le confiere el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional se encuentra la Convención específica contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, rubricada por el Gobierno Argentino el 4 de febrero de 1985 y ratificada en nuestro país mediante el dictado de la ley 23.338 (Boletín Oficial, 26-2-1987). En su art. 1, la Convención definió a la "tortura" como "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". Este concepto amplio comprende pues, tanto a la tortura física como la psíquica siendo su autor un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas. En cuanto a la finalidad que persigue la aplicación de la tortura, ésta puede dirigirse a obtener: 1) una confesión, 2) un castigo, 3) una coacción y 4) cualquier otra razón. Asimismo, el art. 16 de la Convención trazó una suerte de divisoria con los demás actos de naturaleza similar al entender que son "tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes" los que no lleguen a ser tortura en los términos del art. 1 transcripto "cuando los actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona". Sentadas las bases legislativas, que son orientadoras a la hora de clasificar a un accionar como "tortura" o bien como un "trato cruel" (que pueden constituir, sin embargo, vejaciones, severidades o apremios ilegales), puede afirmarse que la tortura en sentido penal -o sea, incluida en las previsiones del artículo 144 tercero inciso 3° del Código Penal- incluye tormentos físicos y sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente. Esta "gravedad" será la que distinga la entidad de ambas conductas, habiendo entre ellas una relación de jerarquía […] *Por su parte, el concepto de "tortura" remite a una conducta más intensa que los vejámenes, los cuales implican en todo caso un menosprecio y humillación, hirientes de la dignidad. Las conductas que aquí nos importan se refieren al dolor o sufrimiento físico, infligido por un funcionario público, o por orden o instigación de él, para obtener así, contra la voluntad del atormentado, la confesión del delito que se persigue o de otros que hayan perpetrado, o la delación de quienes delinquieron con él, o bien para purgar una infamia inherente al delito* […] *A la vista de lo dicho, aplicando los conceptos desarrollados al "sub lite" podemos concluir que tanto las lesiones infligidas a la víctima de autos como el resultado muerte, pueden ser imputados objetiva como subjetivamente a la imposición de torturas* […] *En definitiva, normativamente el inciso 3º del*

artículo 144 tercero del Código Penal, caracteriza al concepto como la imposición de graves sufrimientos físicos o la imposición de sufrimientos psíquicos lo suficientemente graves. Vale la aclaración desde que -como ya se dijo- el elemento orientador para afirmar que hay tortura está dado por la intensidad de las mortificaciones y la causación del dolor físico…" (del voto del Dr. Carlos Ángel Natiello, al que adhirió en todos sus términos el Dr. Mario Eduardo Kohan).-

Por el contrario, ha señalado el mismo Tribunal que "...*las severidades consisten en tratos rigurosos que pueden traducirse en atentados contra la incolumidad personal, en particulares modos de mantenimiento o detención del inculpado, en la privación de actividades que tiene derecho a realizar, o bien, en restricciones indebidas*..." (Sala II, causa nº 46.662 caratulada "B., R. A. y otros s/ recurso de casación" -6/12/2011-, del voto del Dr. Jorge Hugo Celesia).

En idéntico sentido, se ha expedido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en cuanto ha sostenido que "…[l]*o punible no es un maltrato o lesión, por grave que sea, resultante de un hecho improviso. El maltrato material o moral constituye un tormento cuando es infligido intencionalmente para torturar a la víctima, sea, según se usaba y se usa como medio de prueba respecto de sospechados y testigos; sea para ejercer venganzas o represalias; sea con otra finalidad malvada, pues la ley reprime cualquier especie de tormento, caracterizado por su modo, gravedad o fin* […] *En consecuencia, la intensidad del sufrimiento de la víctima es una de las características de la tortura, que la distingue objetivamente de las que pueden ser simples severidades o vejaciones y los apremios ilegales, pues en ese sentido resulta indiferente la finalidad perseguida con la tortura, o su motivación. La intensidad de los padecimientos, en su aspecto fáctico, no sólo puede ser dada por las circunstancias temporales que rodearon a la aplicación de torturas, sino por el tipo de lesiones infligidas*…" (Sala VII, causa nº 22.362 "Storni, Gustavo A.", rta. el 25/8/2005).-

Por su parte, autorizada doctrina resulta conteste con lo hasta aquí descripto,

al indicar que "…[l]*a acción del delito es imponer a la víctima "cualquier clase de tortura"; es decir, aplicarle procedimientos causantes de intenso dolor físico o moral. La intensidad del sufrimiento de la víctima es una de las características de la tortura, que la distingue objetivamente de las que pueden ser simples severidades o vejaciones*…" (Creus, Carlos; y Buompadre, Jorge Eduardo; "Derecho penal. Parte especial. Tomo 1", Bs. As., Depalma, 2007, 7º ed. actualizada y ampliada, pág. 337).

En cuanto a los bienes jurídicos afectados por la comisión de torturas, la doctrina ha señalado -*y lo comparto*- que "…*refleja hechos altamente agresivos de la libertad, ya que destruyen la dignidad de la persona que queda sujeta a la voluntad del torturador*…" (Terragni, Marco Antonio, "Tratado de derecho penal", Bs. As., La Ley, 2013, 1º ed., 1º reimp., pág. 496). Más aún, se ha hecho hincapié -*y lo comparto*- en la pluralidad de bienes jurídicos vulnerados por los tormentos, pues "…[p]*ara los delitos que hacen al "si" de la detención (detenciones ilegales), lo constituye la libertad de desplazamientos. Para los delitos que hacen al "cómo" de la detención (torturas, etc.), lo constituye la libertad remanente que posee todo detenido, y que coincide con su dignidad personal. En ambos casos, en forma complementaria, se exige la afectación de la administración pública, esto es, las expectativas ciudadanas en el desempeño conforme el rol de todo funcionario público*…" (Rafecas, Daniel Eduardo, "La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos", elDial DC1269, Publicado el 30/11/2009).

En el caso que aquí nos convoca, resulta imperioso dejar sentado que no caben dudas de la gravedad de la conducta investigada, en cuanto al ataque y menoscabo a la dignidad de la víctima que conlleva una agresión como la descripta en el acápite precedente, de la que habrían sido responsables -en principio- integrantes de una fuerza de seguridad del Estado provincial. Es que los actos acreditados en la presente causa fueron infligidos deliberadamente por los acusados, pues las pruebas que constan en el expediente verifican que el accionar fue voluntariamente infligido en contra de la víctima y no producto de una conducta imprudente, accidente o caso fortuito. Nótese que,

según los testimonios recabados en el juicio, el damnificado fue sometido a actos graves de violencia física en la vía pública, y en el traslado a la sede policial, puesto entonces en un prolongado contexto de sufrimiento físico intenso de modo intencional, lo que no puede calificarse sino como tortura.-

Se han verificado en autos actos de violencia perpetrados de manera intencional por agentes del Estado contra el Sr. Tarifa Tarifa, y dentro de la noción de tortura establecida por la citada Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, se encuentra el infligir a una persona sufrimientos físicos con cualquier fin; en el presente caso, con el específico propósito de interceptarlo, aprehenderlo y trasladarlo a la sede policial por considerarlo "*peruano ladrón de mierda*" (fs. 29vta.). Tal ilegal privación de libertad, seguida de aplicación de tormentos, no sólo ha atentado contra la libertad y la dignidad personal del ciudadano Tarifa Tarifa, sino que se ha visto seriamente afectada la Administración Pública al verse defraudadas las expectativas de la comunidad conforme el rol de un funcionario público, normativizado en la citada Ley Nacional Nº 25.188 de Ética de la Función Pública.-

Se aprecia en los presentes actuados, la severidad del sufrimiento padecido, al tomar en cuenta las circunstancias específicas del caso traído a estudio: en cuanto a los factores exógenos, he de advertir que se trata de un joven extranjero, de 33 años de edad al momento de los eventos *-y que tras ellos retornó junto a su familia a su país de origen, Bolivia, conf. el testimonio de la víctima de fs. 11 en la causa nº 30.667/III que tengo ante mi vista-*; y en punto a los factores endógenos, relativos a las características del trato, se advierte que al menos 4 agentes policiales le dijeron a la víctima "*peruano ladrón de mierda*" (fs. 29vta.) y le dispararon en una de sus manos, en un antebrazo, en el abdomen, la ingle, la cadera y la cresta ilíaca con proyectiles de munición múltiples postas antitumulto, le pisaron y patearon la cabeza y la boca, lo golpearon en un hombro, y en las regiones lumbar y dorsal, y lo llevaron a la rastra hasta un patrullero, donde continuaron golpeándolo.

A su vez, el sufrimiento que el Señor Tarifa Tarifa padeció queda evidenciado

en los efectos físicos que el trato produjo, los cuales han consistido en al menos 20 lesiones diseminadas en su cuerpo: una lesión contuso escoriativa circular en una de sus manos, cuatro lesiones contuso escoriativas circulares en su abdomen, cinco lesiones contuso escoriativas circulares en uno de sus antebrazos, una lesión en región inguinal, dos lesiones en la cresta ilíaca, una lesión en la cadera, un edema y tumefacción en el rostro, una equimosis en su labio, una equimosis en uno de sus hombros, una lesión en región lumbar, y lesiones en la región dorsal. Y tales padecimientos fueron infligidos en la vía pública, en la puerta de su domicilio y en presencia de su esposa, quien durante el debate "*pensó que los uniformados iban a matar a su marido*" (fs. 33); todo lo cual agravó el marco de violencia física ejercido contra el damnificado.

Basta apreciar entonces el sometimiento de la víctima, su situación de indefensión en horario nocturno y el aislamiento provocado respecto de su esposa y los vecinos allí presentes, la superioridad numérica de los agresores, la inmovilización mediante una degradante sujeción ("*había uno que le pisaba la cabeza*" *-conf. testimonio de fs. 33vta.-*), su arbitraria interceptación en la vía pública y posterior ilegal privación de libertad (por ser considerado un "*peruano ladrón de mierda*" *-conf. testimonio de fs. 29vta.-*), la modalidad del traslado (continuar golpeándolo en el patrullero), la cantidad y diversidad de las lesiones producidas, y el contexto en que fueron infligidas, en la medida en que la víctima se hallaba bajo el estricto control de los agresores, sin posibilidad alguna de escapatoria, en un estado de total indefensión y grave sometimiento; todo lo cual demuestra, además, un trato indigno, de barbarie y humillante para la dignidad humana, incompatible con el mínimo estándar legal de regularidad con que debe ejecutarse un traslado de una persona privada de libertad en un Estado de Derecho (arts. 1, 18, 33, y 75, inc. 22, de la C.N.). En el fondo, no reconocieron al Sr. Tarifa Tarifa su condición de "persona"; de allí lo aberrante del hecho objeto de este proceso.

En definitiva, existen en el presente caso evidencias numerosas y concurrentes de que la integridad personal del ciudadano Tarifa Tarifa fue

vulnerada, y de que fue víctima de torturas físicas por parte de agentes del Estado y, más concretamente, por miembros de la Policía bonaerense. Ello se colige de los testimonios recabados en el juicio e, inclusive, del archivo de la I.P.P. formada por los acusados con el propósito de revestir de legalidad la privación de la libertad de la víctima. Las acciones han sido practicadas con el dolo de atormentar o hacer sufrir, de modo que las torturas de autos resultan entonces atribuibles a los imputados como un hecho propio, con dominio del curso lesivo productor del resultado, quienes actuando en carácter de funcionarios públicos, detuvieron ilegalmente al ciudadano Tarifa Tarifa para luego someterlo a tormentos físicos. Ello pues, contaron con el pleno dominio de la configuración del hecho, al haber realizado de propia mano el tipo objetivo, en calidad de coautores (arts. 45 y 144 tercero, inc. 1º, del C.P.).-

C.- Habiéndose establecido que los eventos ventilados en autos deben ser encuadrados como constitutivos del delito de torturas, he de analizar las garantías constitucionales en pugna: por un lado, la prohibición de “reformatio in peius” tratándose de un recurso de la Defensa contra la sentencia condenatoria; y por el otro, la obligación del Estado argentino de investigar la comisión de actos de torturas, y el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva.

En efecto, de una parte encuentro que el presente caso arriba a estos Estrados con motivo del recurso de apelación del Defensor Oficial de Sabrina Lorena Vega, Diego Arturo García, Gastón Maximiliano Alveira Garcilazo y Juan Carlos Cardozo, Dr. Hernán Rocha, contra la sentencia por la cual resultaron condenados a las penas de un año de prisión en suspenso y de dos años de inhabilitación especial en orden al delito de severidades (art. 144 bis, inc. 3º, del C.P.). Por el contrario, el juicio de subsunción legal de los eventos materia de juzgamiento correspondiente, a tenor del delito de torturas (artículo 144 tercero, inciso 1º, del Código Penal), conlleva una pena en abstracto que parte de un mínimo de ocho años de prisión y alcanza un máximo de veinticinco años de la misma especie de pena, y una pena de inhabilitación absoluta y perpetua.

No he de soslayar que tal mutación implicaría una “reformatio in peius” vedada expresamente por el art. 435, párr. 2º, del Código Procesal Penal de nuestra provincia. Al respecto, autorizada doctrina ha señalado que “…[e]*n el caso que únicamente recurra el imputado,* [el tribunal] *no podrá agravar su situación procesal en virtud de la prohibición de reforma peyorativa (reformatio in peius, art. 435)*…” (Falcone, Roberto A., “El proceso penal en la provincia de Buenos Aires”, Bs. As., Ad-Hoc, 2013, 3° ed., pág. 716).-

En punto a tal garantía procesal, he de señalar que se encuentra expresamente consagrada por el artículo 36º de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal -*“Reglas de Mallorca”*-, y que a su respecto se ha sostenido -*y lo comparto*- que la ausencia de impugnación de la parte acusadora imposibilita al Órgano revisor a efectuar una mutación de la decisión recurrida en perjuicio del justiciable, y que en definitiva el principio que veda la “reformatio in pejus” cuenta con raigambre constitucional por hallarse vinculado con la garantía de la defensa en juicio (arts. 18 y 75, inc. 22, de la C.N.; 8, inc. 1, de la C.A.D.H.; 14, inc. 1, del P.I.D.C.yP.).

En tal sentido, recientemente ha indicado el Tribunal de Casación Penal de nuestra provincia que “…[c]*orresponde recordar en qué consiste la garantía de la “reformatio in peius”. Por la misma, se prohíbe a los tribunales de alzada (que decidirán en el recurso interpuesto), modificar la resolución impugnada en perjuicio del recurrente* […] *esta prohibición se consagra en el derecho procesal de acuerdo al brocárdico “tantum devolutum quantum appellatum” que significa “se te dará, acaso, pero en la medida en que lo peticiones”, agregando que esta fórmula “se afilia, en suma, a la personalidad de los recursos; que interdice revisar de oficio la sentencia impugnada en punto en el cual no hubo agravio del apelante (o, a fortuori, si no se ha recurrido)”* […] *“el ad quem no está en condiciones de ver sino lo que las partes colocan dentro del campo visual contemplado desde esta estrecha abertura”*…” (Sala IV, causa nº 67.347 “Oddone Parian, Guillermo Gustavo s/ recurso de queja (art. 433 C.P.P.)” -*19/2/2015*-, del voto del Dr. Carlos Ángel Natiello).-

Lo cierto es que, en el caso, entiendo que sobre la referida prohibición de "reformatio in peius" han de prevalecer dos garantías constitucionales a las que antes aludí: la obligación internacional asumida por el Estado argentino de investigar la comisión de actos de torturas, y el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva.

En efecto, habiéndose configurado en autos un caso donde la víctima resultó torturada por al menos cuatro funcionarios policiales del Estado provincial bonaerense, se encuentran en juego Derechos Humanos básicos como ser la prohibición de la tortura (arts. 18 y 75, inc. 22, de la C.N.; 1º y ccdtes. de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; 5º de la D.U.D.H.; 5º, inc. 2º, de la C.A.D.H.; y 7º del P.I.D.C.y P.); siendo que el Estado Argentino se ha comprometido a extremar los esfuerzos tendientes a esclarecer hechos con tales características (conf. art. 12 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

Al respecto, se ha sostenido -*y lo comparto*- que en función del art. 1º de la C.A.D.H. nuestro Estado se encuentra obligado a prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por dicha Convención, la que en su art. 5º, inc. 2º, consagra el derecho a la integridad personal y prohíbe el sometimiento a torturas; y que todo menoscabo a los derechos humanos allí reconocidos, que pueda ser atribuido a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado argentino.

A ello agréguese, que conforme el art. 6º "in fine" de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Estado argentino expresamente se ha comprometido a adoptar "…*medidas efectivas para prevenir y <u>sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción</u>*…" (el resaltado me pertenece). Además, mediante su art. 8º se ha comprometido a garantizar "…*a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente. Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha*

cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal. Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado." (el destacado es obra del suscripto).-

En tal sentido, he de recordar que en el "Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. (Fondo, Reparaciones y Costas)", que involucró al Estado argentino en un caso de torturas seguido de muerte, la Corte IDH ha sostenido que "…*la obligación de investigar debe cumplirse "con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa". La investigación que el Estado lleve a cabo en cumplimiento de esta obligación "[d]ebe tener un sentido y ser asumida por el [mismo] como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad*…" (consid. nº 112).

Lo propio ha señalado la Corte IDH en el citado "Caso Bueno Alves vs. Argentina. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Fondo, Reparaciones y Costas", en cuanto a que "…[r]*especto de la obligación de garantizar el derecho reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana, la Corte ha señalado que ésta implica el deber del Estado de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. La obligación de investigar se ve reforzada por lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST, de acuerdo con los cuales el Estado se encuentra obligado a "tomar* […] *medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción", así como a "prevenir y sancionar* […] *otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de esta Convención, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes*

garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal. En igual sentido, el Tribunal ha señalado anteriormente que: a la luz de la obligación general de garantizar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos humanos consagrados en la Convención, establecida en el artículo 1.1 de la misma, en conjunto con el derecho a la integridad personal conforme al artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de dicho tratado, existe la obligación estatal de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura. En definitiva, el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. Como ya ha señalado este Tribunal, en caso de vulneración grave a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La obligación de investigar constituye un medio para alcanzar esos fines, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado…" (considerandos nº 88, 89 y 90; el subrayado me pertenece).

Del mismo modo, ha indicado la Corte IDH en el "Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia del 23 de noviembre de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", que dicho Organismo "…*ya ha establecido que la obligación de investigar los hechos, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de un delito que constituye una violación de derechos humanos es un compromiso que emana de la Convención Americana, y que la responsabilidad penal debe ser determinada por las autoridades judiciales competentes siguiendo estrictamente las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención*

Americana […] *Adicionalmente, la Corte ha considerado que, en el marco de los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana, los familiares de las víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que los hechos sean efectivamente investigados por las autoridades estatales y, en ese sentido, a conocer la verdad de lo sucedido* […] *Así, la Corte recuerda que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención* […] *cada acto estatal que conforma el proceso investigativo, así como la investigación en su totalidad, debe estar orientado hacia una finalidad específica, la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y, en su caso, la sanción de los responsables de los hechos*…" (considerandos nº 178, 180 y 192).-

Además, en el citado precedente "De Nardis, Natalio; Ponti, Mauro; Acuña, Luis; Steingruber, Rubén; y Brandán, Leonardo s/ recurso de Casación interpuesto por el particular damnificado" -*causa nº 59.617, rta. el 14/7/2016*-, la Sala VI del Tribunal de Casación de nuestra provincia ha señalado que el Estado argentino puede resultar responsable ante los Organismos Internacionales de Derechos Humanos por los malos tratos perpetrados contra una persona, si ésta se encontraba bajo custodia de agentes estatales y las autoridades devienen incapaces de demostrar que tales funcionarios no cometieron tales hechos. Es así que existe entonces "…*la* ***obligación irrenunciable del Estado de investigar*** *cuando tiene conocimiento de un* ***posible hecho de tortura*** […] *el Estado tiene el deber de proteger de la tortura y otros malos tratos prohibidos a todos quienes se encuentran bajo su jurisdicción* […] ***Frente a la falla de dicha obligación, y en consecuencia frente a la sospecha o denuncia de tortura o trato cruel, surge la obligación estatal de investigar, y la posterior sanción de los responsables, así como la reparación a las víctimas o a sus familiares. La obligación de investigar así como el acto de justicia, constituyen una***

obligación sustantiva del Estado, instaurada en toda la normativa de derechos humanos […] ***una investigación seria, imparcial y efectiva****. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de los responsables de los hechos*…" (del voto del Dr. Ricardo Maidana; el destacado me pertenece).-

A ello agréguese, que la Sala I de dicho Tribunal ha indicado que frente a graves conductas de integrantes de una Fuerza de Seguridad del Estado Provincial que ataquen y menoscaben la dignidad de la víctima, subsumibles en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, resulta aplicable el citado "Caso Bueno Alves vs. Argentina. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Fondo, Reparaciones y Costas" de la Corte IDH, en cuanto a la obligación estatal de investigar sucesos de aquellas características, para lo cual resulta imperioso justipreciar el trámite de la causa a los fines de dilucidar si han existido falencias en la investigación para el esclarecimiento de lo sucedido, y si en definitiva se han extremado las diligencias judiciales tendientes a sancionar a los responsables en asuntos de extrema gravedad que constituyen violaciones a los derechos humanos, atento la comisión de actos de tortura (conf. causa nº 64.104 caratulada "Ozuna, Héctor G.; Castillo Josen D.; Pérez, Nelson A.; Verón, Rubén E.; López, Guillermo; Sosa, Rául E.; Méndez, José E.; Parnisari, Walter A.; y Quintana, Ignacio s/ recurso de queja (art. 433 del C.P.P.)" -rta. el 13/8/2014-, del voto del Dr. Daniel Carral).

En forma concordante, recientemente la Cámara Federal de Casación Penal ha sostenido que "...*estas acciones u omisiones de funcionarios públicos que vulneran estos derechos básicos consagrados en instrumentos internacionales, importan el tratamiento en términos de violación de derechos humanos* […] *episodios como el sub examen, en situaciones de vulnerabilidad generada por el desequilibrio de poderes creado por la detención en sí misma y por la actuación de funcionarios del estado* […] *son de principal preocupación por parte de la comunidad jurídica internacional* […] *no es*

admisible que se toleren estos tratos bajo ningún concepto, en tanto no puede haber excepciones a la prohibición de la tortura bajo ningún supuesto. Es por razón de estos motivos que se han establecido distintas obligaciones para garantizar la protección frente a los abusos […] *asegurar que las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial siempre que haya motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura* […] *asegurar que el o los presuntos culpables sean sometidos al procedimiento penal si una investigación demuestra que se habría cometido un acto de tortura; si se considera que las alegaciones de trato o pena cruel, inhumano o degradante están bien fundadas, el o los presuntos autores serán sometidos a los correspondientes procedimientos penales, además de los disciplinarios o de otro tipo que correspondan* […] *constituye obligación del estado argentino el cumplimiento de las convenciones y pactos internacionales ratificados, muchos de los cuales tienen rango constitucional en tanto comprometen derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN) y fijan prioridad en el sistema jerarquizado de fuentes de la superlegalidad constitucional e internacional* […] *Nuestro país, como estado parte de la Convención y el Protocolo Facultativo, ha asumido la responsabilidad internacional en la prevención, persecución y erradicación de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes* […] *es necesario recordar una vez más que el principio de racionalidad republicana se vincula con el de humanidad o de proscripción de la crueldad, reforzado en el art. 18 de la CN con la prohibición de la pena de azotes y de toda forma de tormento y consagrado expresamente a través del inc. 22 del art. 75 con la prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, empero -pese a esta consagración expresa de las leyes de máxima jerarquía- se trata de uno de los más ignorados*..." (Sala II, causa nº CCC34234/2010/TO1/CFC1 caratulada "Aguilar, Héctor s/ recurso de casación" -27/12/2016-, del voto del Dr. Alejandro Slokar, considerandos 2º, 3º, 4º y 6º).-

Resulta entonces inalienable la responsabilidad del Estado argentino de investigar los hechos de tortura. En tal sentido, la reciente Resolución nº

70/146 de las Naciones Unidas, “La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2015 (disponible en http://www.un.org), ha recordado la importancia de prevenir y combatir la tortura, así como también proteger y promover los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, destacando la importancia de asegurar una investigación imparcial, pronta, independiente y exhaustiva.

Adviértase en tal sentido, que en el citado precedente “De Nardis, Natalio; Ponti, Mauro; Acuña, Luis; Steingruber, Rubén; y Brandán, Leonardo s/ recurso de Casación interpuesto por el particular damnificado”, causa nº 59.617, de la Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de nuestra provincia *-rta. el 14/7/2016-*, se ha sostenido *-y lo comparto-* que “…[t]*al es la importancia que se le ha atribuido al derecho a no ser torturado, que tanto la doctrina como la jurisprudencia le han otorgado el carácter de absoluto, prohibiendo así cualquier excepción o suspensión de su vigencia, que permita violentar la integridad personal en cualquiera de sus aspectos. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos prohíbe, en todo tiempo y circunstancia, la aplicación de la tortura y reconoce el derecho absoluto e inderogable de no ser sometido a ésta, incluso en tiempos de guerra (Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario). Como fue expuesto, los tratados del sistema universal y de los sistemas regionales consagran tal prohibición y encumbran a un lugar superior el derecho inderogable a no ser torturado. Del mismo modo lo hacen numerosos instrumentos internacionales -que, prima facie, no tienen carácter vinculante- repitiendo tal prohibición. Pues existe actualmente un régimen jurídico internacional homogéneo de prohibición absoluta de la tortura. Ello responde a la consideración de que la tortura constituye una de las peores ofensas a la condición humana, no sólo a la del individuo víctima sino a la de la humanidad toda, pues somete la dignidad humana al menor nivel posible*…” (del voto del Dr. Ricardo R. Maidana, al que adhirió en todos sus términos, el Dr. Mario Eduardo Kohan).

Es por ello que el Comité contra la Tortura -*Órgano de expertos de las Naciones Unidas que supervisa el cumplimiento de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes por sus Estados Parte*- ha dispuesto mediante la Observación General Nº 2 "Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes" -*2007*- que la prohibición de la tortura resulta una norma absoluta e imperativa de derecho internacional consuetudinario.

A tal punto resulta una cuestión de Estado la investigación de los actos de tortura, que el suscripto ha tomado conocimiento de un Proyecto de Ley que propicia la federalización de tales delitos mediante la reforma del art. 3º, inc. 3º, de la Ley Nacional Nº 48. En efecto, en sus Fundamentos se indica que frente al contexto nacional y al cumplimiento de la obligación internacional de nuestro Estado ante graves violaciones a los derechos humanos, y a tenor de las disposiciones del art. 4º de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el delito de tortura, tipificado por los arts. 144 ter, 144 quater y 144 quinto del Código Penal, "…*debe ser de índole federal aún cuando fuera cometido en el territorio y por funcionarios de las provincias. Puesto que tratándose de conductas violatorias de derechos humanos, en un preocupante marco tal como lo ilustraremos, le corresponde la obligación de juzgarlos al Estado Nacional -a través de sus jueces de sección-, como garante de los derechos humanos de todos sus habitantes, sin excepción* […] *En el caso del delito de tortura, la circunstancia particular que nos convoca tiene que ver con las "graves violaciones de derechos humanos" que configuran hoy las torturas y tratos crueles y degradantes que se dan principalmente en los centros de detención de todas las provincias, en todo el país, en manos de las diferentes fuerzas del orden no sólo nacionales sino provinciales*…".

En forma concordante con la obligación del Estado argentino de investigar la comisión de los actos de torturas que aquí nos convocan, se encuentra el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva (arts. 18 y 75, inc. 22, de la C.N.; y 25 de la C.A.D.H.).

Al respecto, en el citado “Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. (Fondo, Reparaciones y Costas)”, la Corte IDH ha sostenido que “…[e]*l Estado parte de la Convención Americana tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y sancionar a las autores y a quienes encubran dichas violaciones. Y* ***toda persona que se considere víctima de éstas o bien sus familiares tienen derecho de acceder a la justicia para conseguir que se cumpla, en su beneficio y en el del conjunto de la sociedad, ese deber del Estado*** […] ***El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos***…” (consids. nº 110 y 115; el destacado me pertenece).

Es que a tal punto ha de prevalecer la investigación y sanción de las torturas por sobre el principio de "reformatio in pejus", que en dicho precedente -*“Bulacio vs. Argentina”*- la Corte IDH indicó que “…*son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana* […] *De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos*

principios es el de pacta sunt servanda, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes…" (consids. nº 116 y 117).

Es por ello que en el citado "Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia del 23 de noviembre de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", la Corte IDH ha precisado que "…[e]*l derecho de acceso a la justicia requiere que se haga efectiva la determinación de los hechos que se investigan y, en su caso, de las correspondientes responsabilidades penales*…" (considerando nº 191).

Del mismo modo, la Corte IDH ha sostenido en el "Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina. Sentencia del 25 de noviembre de 2013. Fondo, Reparaciones y Costas", que "…*el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los jueces que dirijan el proceso de modo a evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos, y que los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encauzar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad, pues de lo contrario se conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones*…" (considerando nº 99).-

En cuanto a la jurisprudencia de nuestro país, he de destacar que tal obligación internacional del Estado argentino ha sido reconocida por la Suprema Corte de Justicia de nuestra provincia en la causa P. 109.447 "G., M. -particular damnificada s/ recurso extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de ley en causa nº 26.782 y acumuladas nº 27.062 y 33.681 del Tribunal de Casación Penal, Sala II-" -*rta. el 8/5/2013*-, al destacarse "…*el irreductible compromiso que cabe atribuir al Estado en la investigación, esclarecimiento y eventual condena a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, con particular interés en los casos de torturas* […] *a tenor de la*

doctrina emergente de los citados fallos "Bulacio" y "Bueno Alves" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos…" (del voto del Dr. Daniel Fernando Soria, al que adhirieron los Dres. Héctor Negri, Hilda Kogan y Eduardo Julio Pettigiani).-

También ha establecido la Suprema Corte de nuestra provincia, que "…*tanto la Comisión I.D.H. como la Corte I.D.H. han fijado -como apunté varias veces- una verdadera doctrina jurisprudencial férrea y firme respecto de la obligación de investigar que surge del derecho convencional internacional de los derechos humanos, como del ius cogens, criterio que se aplica no sólo al caso concreto sino a todo el esquema regional*…" (S.C.J.B.A., causa nº P. 114.826 "Córdoba, César Osvaldo; Saladino, Carlos; Mantel, Norberto; Lorenzón, Osvaldo; Gómez, Eduardo; Dudek, Pablo; González, Marciano; Gatto, Julio; Reyes, Hugo; Rodríguez, Marcos s/ homicidio", rta. el 27/11/2013, del voto del Dr. Juan Carlos Hitters).-

En tal sentido, en el citado precedente "De Nardis, Natalio; Ponti, Mauro; Acuña, Luis; Steingruber, Rubén; y Brandán, Leonardo s/ recurso de Casación interpuesto por el particular damnificado", causa nº 59.617, de la Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de nuestra provincia -rta. el 14/7/2016-, se ha indicado que "…[f]*rente a la falta de protección como elemento constitutivo y necesario de la prevención, quizás la obligación más importante que tenga el Estado, es la de reparar y compensar a las víctimas, cuando ello es posible, o a sus familiares* […] *Las distintas acepciones de la palabra "reparar" nos dan a entender también su función en el derecho. Reparar significa arreglar algo que está roto o estropeado; enmendar, corregir o remediar; desagraviar, satisfacer al ofendido; remediar o precaver un daño o perjuicio (Diccionario de la RAE). Así es que conforme a tales significados, la obligación de reparar, implicaría enmendar, arreglar o corregir las torturas y la muerte por ejemplo, o desagraviar y satisfacer a quien ya no está presente por las torturas que justamente causaron dicha muerte. Por lo que en el sentido jurídico la reparación funciona, lamentablemente, de una manera literalmente menos reparadora del daño pero que igual produce efectos necesarios y positivos*

frente a las graves violaciones de derechos humanos. En un sentido, la reparación funciona como un reconocimiento al derecho como productor de verdad. La condena al Estado por una violación de derechos humanos y la obligación inmanente de reparar que ésta conlleva, conducen a la creación de una verdad que constituye el inicio del proceso de justicia y sanación para la víctima y sus familiares, pero también para la sociedad, que ante una afrenta de tal gravedad tiene también el derecho a saber la verdad de lo acontecido, pues, repito, la tortura constituye uno de los mayores desprecios a la condición humana. En el otro sentido, la reparación refleja que el derecho interviene "para afirmar su propio primado sobre la fuerza bruta, para intentar ordenar las relaciones humanas según los dictados de la recta ratio (el derecho natural), para mitigar el sufrimiento humano […] *Funciona entonces el derecho, a través de la reparación, como rector de la conducta humana para reconciliar a los victimados sobrevivientes con su destino y para prevenir la venganza* […] *En consecuencia, la reparatio no debe definirse desde un enfoque reduccionista, entendiendo por ello a las indemnizaciones individuales -en el sentido estrictamente pecuniario de la palabra indemnización-, sino que debe concebirse en un sentido holístico y trascendental de realización de justicia, garantía de no-repetición, satisfacción a las víctimas o sus familiares, protección de derechos y compensación no-pecuniaria. Así la reparatio se demuestra de innegable importancia, pues tiene como propósito principal poner fin al agravamiento de las consecuencias generadas por la impunidad, el olvido y la indiferencia del medio social*…" (del voto del Dr. Ricardo R. Maidana, al que adhirió en todos sus términos el Dr. Mario Eduardo Kohan).

En forma concordante, autorizada doctrina en la materia ha señalado que el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva "…[s]*e trata de una expectativa de la víctima y sus familiares que el propio Estado debe satisfacer* […] *La jurisprudencia supranacional ha explicitado este concepto señalando que la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un "recurso" sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes, que*

debe sustanciarse de acuerdo a las normas del debido proceso (art. 8.1, CADH), y que no se agota en el libre acceso a ese recurso ni a su desarrollo, sino que requiere que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, en la que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que le da origen, y también que se garantice "el cumplimiento, por las autoridades competentes", "de toda decisión en que se lo haya estimado procedente". El recurso debe ser efectivo, por lo que no alcanza su mera existencia formal, pues la efectividad exige que sea adecuado (que la función del recurso en el sistema de derecho interno sea idónea para proteger la situación jurídica infringida) y eficaz (capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido). Éste es el llamado derecho a la tutela judicial efectiva (v. gr., arts. 1.1., 8.1 y 25, CADH) que "comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute" […] *Antes de la vigencia de esta normativa mucho se discutió entre nosotros sobre si la víctima de un delito tiene o no el derecho, derivado simplemente de su condición de tal, de reclamar al Estado el enjuiciamiento del autor y de lograr la aplicación de las sanciones correspondientes previstas por la ley penal. El nuevo sistema constitucional, pero sobre todo las interpretaciones de los organismos supranacionales sobre la normativa de derechos humanos incorporada, aportan mucho a esta discusión, aproximándonos paralelamente a nociones de "protección penal" de la víctima, por obra de un "derecho penal protector"* […] *la jurisprudencia supranacional de la región avanza luego extraordinariamente sobre estos conceptos al afirmar categóricamente que, "cuando la violación de los derechos humanos sea el resultado de un hecho tipificado penalmente, la víctima tiene derecho de obtener del Estado una investigación judicial que se realice "seriamente con los medios a su alcance (…) a fin de identificar a los responsables, [y] de imponerles las sanciones*

pertinentes…". A este derecho se lo deriva del "derecho a la tutela judicial efectiva" previsto en el art. 25 de la CADH […] *en devolverles a las personas el respeto requerido para ser sujetos morales plenos, a través de un "remedio institucional redignificante" como es la condena penal lograda mediante la participación del ofendido en el proceso*…" (Cafferata Nores, José Ignacio, "Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino", Bs. As., Del Puerto, 2011, 2º ed., 1º reimp., págs. 51/52, 53/54, 55 y 62/64).-

En el caso que aquí nos convoca, atento la obligación del Estado de investigar los actos de tortura, y advirtiendo el trámite que ha tenido la causa hasta el momento, he de concluir en la existencia de una inactividad judicial que lejos está de poder cumplir con aquella manda de investigar, esclarecer y sancionar a los responsables de tales eventos. Es que el ilícito de torturas ventilado en autos, y la grave vulneración de derechos humanos básicos que ello acarrea, impone extremar la diligencia judicial en procura de la sanción de sus responsables; lo que en el caso no ha ocurrido.

Por el contrario, lejos de haberse llevado a cabo la investigación seria tendiente a buscar efectivamente la verdad que reclama la Corte IDH, en autos se ha intimado a los acusados a tenor del art. 308 del C.P.P. en orden al delito de apremios ilegales (conf. fs. 207/208vta., 209/210vta., 211/212vta., 215/216 y 236/237vta. del expediente principal), se requirió la remisión a juicio de la causa en orden a tal ilícito (conf. fs. 247/255vta.), en tal carácter resultó elevada (conf. fs. 276), y finalmente fue dictada una sentencia condenatoria en orden al delito de severidades (conf. fs. 626/653vta.). Ello constituye, en su conjunto, una inadmisible minimización estatal de las torturas perpetradas en perjuicio de la víctima Tarifa Tarifa, agravada por la formación de una I.P.P. por parte de los acusados para ocultar tales tormentos.

Más aún, nótese que, de la lectura del expediente principal, de las copias de fs. 73/83 del presente incidente, y de las copias del expediente administrativo acollarado a este último, se desprende que uno de los acusados *-Armando*

Antonio Figueroa- no compareció al juicio pese a estar debidamente notificado (conf. fs. 588 del expediente principal), y que tras ser notificado de una nueva fecha de debate tampoco se presentó en sede judicial, lo que motivó se ordenase su inmediata detención (conf. fs. 74/75 del presente incidente). Así las cosas, el acusado resultó finalmente aprehendido en el asiento del Comando de Patrullas de Vicente López "…*en el horario de ingreso del servicio del efectivo de mención, ya que cumple el horario de 19:00 a 07:00 horas*…" (fs. 76), encontrándose "…*uniformado, con chaleco y armamento provisto*…" (fs. 77), con grado de Teniente Primero; y recién tras dichas inconductas con fecha 23/9/2016 resultó desafectado del servicio (conf. copias del expediente administrativo acollarado al presente incidente). Y como colofón, en el juicio finalmente llevado en su contra, la víctima ha testimoniado que junto a su familia se fueron del domicilio en cuestión porque tras las torturas de autos eran "...*acosados por los patrulleros que tocaban la sirena* [...] *los patrulleros comenzaron a molestar luego del hecho, en su casa, en el colegio de sus hijos también*..." (conf. causa nº 30.667/III que tengo ante mi vista, obrante a fs. 11).

A ello agréguese, que a tenor del informe de fs. 71 del presente incidente, los restantes acusados -*Juan Carlos Cardozo, Sabrina Lorena Vega, Gastón Maximiliano Alveira Garcilazo, Lucio Miguel Motet y Diego Arturo García*- continuaron prestando servicios en la Policía de nuestra provincia desde la fecha en que se perpetraron los tormentos -*17/11/2012*-. En efecto, los citados Cardozo y Alveira Garcilazo se han desempeñado -*al menos hasta el día 5 de octubre de 2016*- en el Comando Patrulla de San Fernando con el cargo de Capitán y Sargento respectivamente, la aludida Vega en la Comisaría 4° de San Isidro con el cargo de SubTeniente, el nombrado Motet en la Comisaría 1° de San Fernando con el cargo de Teniente, y el referido García en el Grupo de Apoyo Departamental Conurbano Norte con el cargo de Capitán (conf. fs. 71).

En consecuencia, tras las torturas perpetradas en autos, los agentes involucrados han continuado prestando servicios para la Policía de nuestra

provincia. Más aún, exceptuando el caso del citado Figueroa *-quien recién resultó desafectado con fecha 23/9/2016 tras ser aprehendido por encontrarse prófugo-*, ninguna medida administrativa ha sido adoptada respecto de los acusados Cardozo, Vega, Alveira Garcilazo y García. Nótese al respecto, que desde la comisión de las torturas aquí ventiladas *-acaecidas con fecha 17/11/2012-*, el expediente administrativo se ha limitado al dictado de un "*auto de imputación*" *-casi 3 años después, con fecha 22/9/2015-*, y a las declaraciones indagatorias administrativas *-de fechas 16/10/2015 en los casos de Cardozo, Alveira Garcilazo y Vega, y 21/10/2015 en el caso de García-*.

Tales inconductas administrativas han sido toleradas y permitidas por los órganos judiciales intervinientes, y ello denota en el accionar judicial una inaceptable omisión estatal de investigar y sancionar actos policiales violatorios de los más elementales derechos humanos de las personas privadas de su libertad, todo lo cual importa gravedad institucional en los términos de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Causa G. 1162 XLIV "Guevara, Aníbal Alberto s/ causa 8222" *-rta. el 8/2/2011-*; y Fallos: 317:1690, entre otros) y de la Suprema Corte de Justicia de nuestra provincia (conf. recientes causas A. 69.168 "Motschakow, Arkadio contra Prov. Bs. As. y otros. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley" *-rta. el 7/9/2016-*; P. 109.495 "Altuve" *-rta. el 30/9/2014-*; C. 117.402 "Municipalidad de General Madariaga" *-rta. el 17/4/2013-*; y C. 108.363 "Valdez" *-rta. el 16/3/2011-*; entre otras).

Es que lejos de tutelarse efectivamente los derechos de la víctima, el Ministerio Público Fiscal y los Magistrados intervinientes en la presente causa, han dirigido el proceso de modo de evitar que los acusados respondan por los hechos de torturas ventilados en autos, conduciendo entonces a su impunidad, y frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos, mediante la minimización investigativa que importa calificar los sucesos como apremios ilegales o severidades. Al fin de cuentas, la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito de torturas es la

necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas, por cuanto la investigación penal importa la consecuencia necesaria del derecho de todo habitante de nuestra Nación a que un tribunal establezca la existencia o no de tamaña afectación a su integridad psico-física, se identifique a sus agresores y se les imponga la sanción pertinente (en el caso, de ocho a veinticinco años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua, conf. art. 144 ter, inc. 1º, del C.P.).-

Se concluye entonces que el Estado no ha investigado de forma efectiva, violando el deber de respetar derechos reconocidos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y de garantizar a la víctima su libre y pleno ejercicio. Más aún, tal accionar judicial, tendiente a minimizar y trocar verdaderas torturas por las sensiblemente inferiores penas que conllevan delitos como las severidades, vejaciones o apremios ilegales, dista de ser aislado: el reciente "Informe anual 2016. El sistema de la crueldad X. Sobre el sistema de encierro y las políticas de seguridad en la provincia de Buenos Aires", emitido por la Comisión Provincial por la Memoria, consignó que "…[e]*n el año 2015 según informa la Procuración General se iniciaron 3582 causas en las que se investiga a agentes de una fuerza de seguridad. Se reitera la tendencia creciente de todos los años, la cantidad total de Investigaciones penales iniciadas a funcionarios públicos aumenta año tras año debido a los tratos violentos de éstos hacia la población, el promedio diario de estas se aproxima a 10 causas. Cabe destacar que los hechos "denunciados" son una minúscula porción de los actos violentos o ilegales cometidos por las fuerzas de seguridad. Esto se debe, entre otras causas, a las dificultades que encuentran las víctimas al momento de denunciar, ya sea por la desconfianza que sienten respecto al sistema judicial como así también por el temor a las represalias que pueden sufrir por realizar denuncias*…" (págs. 209/210); y en función de los delitos investigados en las citadas 3582 causas, se arribó a la siguiente conclusión: "…[e]*s inevitable notar la gran brecha entre causas por "severidades, vejaciones y/o apremios ilegales", y el resto de delitos, sobre todo con "torturas" que sólo se ve en 11 casos*…" (pág. 211).

Al fin de cuentas, se ha sostenido -*y lo comparto*- que "...*a través del tiempo y del espacio lo que ha dado significación a la tortura es, entre otras cosas, la realización de un acto violento por parte de un funcionario estatal que lo ejecuta con un fin, sobre personas determinadas y generalmente vulnerables, y, en segundo lugar, que por este motivo estos actos violentos jamás se practicaron ni se practican "sin sentido", ni se toleraron ni toleran ingenuamente* […] *Existen suficientes normas para prevenir y castigar la tortura. Pero el problema radica en la utilización de dichas herramientas normativas. En este punto aparecen los procedimientos negatorios* […] *que responden a la existencia de una subcultura judicial que en general tolera la tortura*..." (Ganón, Gabriel E. H., "La lucha contra la tortura, o la lucha contra la naturalización del horror. Comentarios sobre los tradicionales recursos dialécticos oficiales y nuestra aparente neutralidad como espectadores", Bs. As., AbeledoPerrot, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Febrero de 2009, págs. 251 y 258).

No se olvide a su respecto, que la Corte IDH "…*entiende como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares*…" (conf. el citado "Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. (Fondo, Reparaciones y Costas)"; consid. nº 120).

Específicamente durante el juicio, el Juzgado Correccional "a quo" no sólo ha omitido ajustar su análisis a las reglas que impone la sana crítica (arts. 210 y 373 del C.P.P.), sino también al estándar internacional que rige en relación a la ponderación de las pruebas de los tormentos. Al respecto, tanto la Corte IDH como el Tribunal de Casación Penal de nuestra provincia tienen dicho que, en orden a establecer si han sido cometidas torturas y cuáles son sus alcances, deben tenerse presentes todas las circunstancias del caso, como

por ejemplo, la naturaleza y el contexto de las agresiones de que se trata, la manera y método de ejecutarlas, sus efectos físicos y el estado de salud de las víctimas (conf. los aludidos precedentes “Bueno Alves vs. Argentina. Sentencia del 11 de mayo de 2007”, de la Corte IDH; y “De Nardis, Natalio; Ponti, Mauro; Acuña, Luis; Steingruber, Rubén; y Brandán, Leonardo s/ recurso de Casación interpuesto por el particular damnificado” -*causa nº 59.617, rta. el 14/7/2016*- de la Sala VI del Tribunal de Casación Penal provincial).

He de concluir entonces, en la absoluta ausencia de actividad investigativa seria en autos, que incumple el estándar exigible a esta clase de asuntos de la extrema gravedad de la que ahora examinamos, que dan cuenta de una privación ilegal de la libertad y torturas ejecutadas por personal policial bonaerense. Por cierto, la obligación asumida por el Estado argentino no se cumpliría a cabalidad de asumirse posturas hermenéuticas que conlleven a una condena por el delito de severidades, como se ha resuelto en el caso.

Ergo, es necesario que el Estado prosiga y concluya la investigación de los hechos de tortura y sancione a los responsables de los mismos, donde la víctima y sus familiares deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dicha investigación; ello además, para que en el eventual juicio oral y público la sociedad en su conjunto pueda conocer la verdad sobre lo sucedido (cfr. en sentido análogo el citado “Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. (Fondo, Reparaciones y Costas)”; consid. nº 121).

Los actos estatales que conforman la presente causa, así como la investigación en su totalidad, han estado orientados hacia una finalidad específica: el ocultamiento de la verdad, la ausencia de una investigación clara, la continuidad de los acusados en la fuerza policial, y la leve sanción de los responsables. Lo cierto es que los hechos que motivan esta causa resultan de extrema gravedad, y fueron causados por empleados policiales de la provincia de Buenos Aires, que pueden engendrar una indudable responsabilidad internacional del Estado (arts. 1º, inc.1º, y 2º de la C.A.D.H.),

y la inexcusable necesidad de investigar hasta sus últimas consecuencias los acontecimientos de referencia. Estando en presencia de graves delitos contra los derechos humanos como los aquí ventilados, se requiere sin más un tratamiento especial para evitar la impunidad. Asumir una posición contraria importaría convalidar la ausencia de investigación estatal de las torturas cometidas, y se paralizaría todo tipo de pesquisa penal tendiente a descubrir y sancionar a los responsables, quedando en consecuencia impunes los hechos aquí juzgados.

Lo cierto es que, al valorar la prueba relativa a los sucesos perpetrados contra el ciudadano Tarifa Tarifa, el Juzgado de grado ha derivado conclusiones que racionalmente no se infieren de su contenido, de modo tal que el fallo cuestionado adolece de vicios que afectan las exigencias relativas a la debida fundamentación de la sentencia y a la correcta y racional valoración del material probatorio existente en la causa, lo cual determina su descalificación como acto jurisdiccional válido (arts. 171 Const. de la prov. Bs. As. y 106 del C.P.P., ambos a contrario). Al carecer de la debida y adecuada motivación, se encuentra viciada de arbitrariedad, situación ésta que configura una clara e inaceptable violación a las reglas del debido proceso, cuyo control y corrección es consustancial a la función de esta Alzada.

Y es precisamente por dichas razones que corresponde declarar la nulidad absoluta del fallo impugnado, pues conforme doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 250:152; 314:649, entre otros, para resguardar la garantía del debido proceso es exigible que las sentencias estén debidamente fundadas, tanto fáctica como jurídicamente, y de tal modo constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las concretas circunstancias de la causa, lo que en el caso no ha acontecido. Por el contrario, la sentencia recurrida ha sido basada en afirmaciones que no se condicen con las constancias de la causa y el resultado del juicio, todo lo cual constituye un caso de arbitrariedad manifiestamente violatoria de la garantía del debido proceso (arts. 18 y 75, inc. 22, de la C.N.; 8, inc. 1º, y 25, inc. 1º, de la C.A.D.H.).

Por lo demás, en punto al veredicto absolutorio del acusado Lucio Miguel Motet, advierto que dicha decisión ha sido adoptada por entender que dicho individuo no ha sido identificado por los testigos del juicio como uno de los agresores. Sin embargo, la Magistrada de grado ha señalado que "*a partir del contenido de la citada I.P.P. Nro. 14-05-006359-12, duda ninguna cabe de su intervención en el procedimiento en cuestión*" (fs. 56 del presente incidente). En efecto, de la lectura de dicho legajo se desprende que Motet arribó al lugar de los hechos junto a uno de los agresores -*Juan Carlos Cardozo*-, y ambos "*brindaron colaboración para poder salir del sitio referido*" (fs. 1vta. de la aludida I.P.P. nº 14-05-006359).

En consecuencia, si bien Motet -*con posición jerárquica de Teniente, conf. fs. 1vta.*- no habría perpetrado de propia mano los tormentos aplicados al ciudadano Tarifa Tarifa, lo cierto es que, como se dijo, arribó al lugar de los hechos junto a uno de los atacantes -*el por entonces Teniente Primero Juan Carlos Cardozo, conf. fs. 1vta.*-, y de allí se retiró en compañía de los restantes agresores; circunstancias por las cuales, presenció las torturas llevadas a cabo por sus compañeros de la fuerza policial bonaerense, sin que "prima facie" haya desarrollado conducta alguna tendiente a evitar la comisión de tales actos, o al menos haber denunciado o dado cuenta a la autoridad pertinente de la realización de tamaños hechos que se estaban llevando a cabo en su inmediata presencia (art. 144 cuarto, incs. 1º y 2º, del C.P.). Por el contrario, el sujeto en cuestión ha participado de un específico comportamiento tendiente a obstaculizar la investigación de la justicia, pues ha rubricado con pleno conocimiento y voluntad el acta de procedimiento de fs. 1/2vta. de la aludida I.P.P. formada por los acusados con el objeto de procurarse impunidad respecto de los tormentos de referencia, y ha prestado declaración testimonial a fs. 9/vta. de dicho legajo ratificando la apócrifa versión de los hechos delineada por los agresores.

Al respecto, actualizada doctrina ha señalado -*y lo comparto*- que "...*para que una conducta omisiva sea imputable a quien no actúa, deben presentarse determinadas condiciones: tiene que existir una situación que genere un deber*

de actuar, la acción mandada en el caso concreto no debe realizarse y el sujeto tiene que haber contado con capacidad de acción. Los tipos penales que exigen -solamente- estos requisitos objetivos son denominados delitos propios de omisión. Estos se caracterizan por agotarse en la omisión de una acción mandada. Por otra parte, existen los denominados delitos "impropios" de omisión o de "comisión por omisión", en los que concurre asimismo un deber de evitar un resultado lesivo. Aquí deben agregarse otros tres requisitos para que se complete la tipicidad, además de los mencionados para la omisión propia. Así, será necesaria la existencia de una posición de garante respecto de la evitación del resultado, debe producirse el resultado, y éste debe estar conectado causalmente y según las reglas de la imputación objetiva con la no realización de la acción. Más allá de esta clasificación, existe también al posibilidad de encontrar una participación omisiva en un hecho principal -ya sea comisivo u omisivo-..." (Coiazzet, Aldana L.; Salvatori, Carla; y Guerrero, Ignacio N.; *La posición de garante del funcionario policial. Comentarios al caso "Mariano Ferreyra"*, publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Bs. As., AbeledoPerrot, nº 2/2016, Febrero de 2016, pág. 242).-

Específicamente, doctrina especializada en la materia ha indicado *-a lo que adhiero-* que "…*se verifican cuatro grados de responsabilidad: imposición activa de tortura (8 a 25 años de prisión, con sus agravantes del inc. 2°); omisión impropia (3 a 10 años de prisión); omisión propia (1 a 5 años); y un tipo imprudente (6 meses a 2 años)* […] *En efecto, es claro, según nuestro parecer, que el art. 144 cuarto inc. 1°, C.P., es un delito de omisión impropia que castiga al funcionario competente cuando no evita que otros torturen a un detenido: se trata de una clara posición de garante por la cual el autor responde jurídicamente de que el resultado no se produzca. En tal caso, dada la posición de garante que ostenta, su no actuar estando obligado a hacerlo equivale al hacer que lleva al resultado, y por ende, éste le debe ser atribuido en calidad de autor* […] *Cumple así el legislador con la exigencia del art. 4°, inc. 2° de la Convención contra la Tortura, que ordena tipificar los distintos grados de intervención en los actos de tortura y castigarlos con penas*

adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad […] *si el funcionario no es el competente para evitar la comisión del delito de tortura, ya sea porque carece de las atribuciones requeridas o porque no está en una relación de cercanía espacial con el objeto de ataque, entonces sólo queda, como deber residual, el denunciar el hecho dentro de las veinticuatro horas ante la autoridad que sí resulta competente para hacerlo cesar, o en última instancia, si el delito ya se agotó, para investigarlo* […] *Se encuadró en este inciso el comportamiento de funcionarios policiales que tomaron conocimiento de la muerte de la víctima de torturas ocurrida en la propia Central de Policía (habiendo intervenido también en el operativo que condujo a la detención de aquélla), y no sólo no lo denunciaron dentro de las veinticuatro horas, sino que efectuaron específicos actos de encubrimiento para obstaculizar la investigación de la justicia*…" (Rafecas, Daniel E., "Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos", publicado en Niño, Luis F., y Martínez, Stella Maris (coord.), "Delitos contra la libertad", Bs. As., Ad-Hoc, 2010, 2° ed., págs. 202, 215/216 y 218/219).-

Del mismo modo, comparto el postulado doctrinario atinente a que "...*el portador primario del cometido de impedir delitos es el Estado, concebido como institución. Con el objeto de procurar que los agentes del Estado portadores de ese deber hagan valer efectivamente esos derechos es que se deriva en cabeza de ellos una posición de garante en la evitación de delitos, de modo tal que en caso de no evitar un delito pudiendo hacerlo, se le imputará al personal policial su responsabilidad en el hecho por la omisión de su deber de actuar. El que un funcionario ocupe una posición de garante implica que le atañe una posición que lo vincula a un especial deber jurídico de evitar un resultado determinado en la medida en que el ordenamiento jurídico pone a su cargo la supervivencia del objeto del bien jurídico, hasta el punto de hacerlo responsable de la lesión que pudo evitar, exactamente igual que si la hubiera causado, eso en razón del específico deber de las fuerzas del orden de impedir delitos, establecido expresamente por la ley reguladora de sus funciones* [...] *de modo tal que el agente que actúe de forma pasiva*

ante las torturas propinadas por sus compañeros contra un detenido será tan responsable como ellos dada su posición de garante en la prevención de hechos delictivos, el auxilio a la justicia y la protección de la integridad física del detenido..." (Garin, Ariel S., "*Sobre la posición de garante del funcionario de seguridad respecto de la integridad física del detenido*", publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Bs. As., AbeledoPerrot, Vol. 10, 2016, pág. 1874).-

En forma concordante, la jurisprudencia tiene dicho que "…[e]*l delito previsto en el art. 144 cuarto, inc. 2°, del Código sustantivo importa una omisión propia, en el que al funcionario se le reprocha un no hacer posterior a la consumación, desde que no puede ser considerado garante de la evitación del resultado. Este segundo inciso es complementario del anterior: si el funcionario no es competente para evitar la comisión del delito de tortura, ya sea porque carece de las atribuciones requeridas o porque no está en una relación de cercanía especial con el objeto de ataque, entonces sólo queda, como deber residual, el denunciar el hecho, ya sea que éste todavía esté teniendo lugar, o que haya culminado*…" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, causa nº 22.362 "Storni, Gustavo A.", rta. el 25/8/2005).

Ahora bien, no he de soslayar que las partes no han recurrido el aludido veredicto absolutorio del acusado Motet, situación que tornaría firme el pronunciamiento, correspondiendo su pase en autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, en atención a la gravedad institucional suscitada en autos a partir de la referida vulneración de Derechos Humanos básicos como ser la prohibición de torturas y el incumplimiento de la obligación estatal de investigar tamaños actos, la mentada absolución debe ser declarada inválida conforme la doctrina de la "cosa juzgada írrita" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. la causa A. 1085. XLII "Álvarez, Francisco J. s/ recurso de Casación" -*rta. el 4/12/2007*-, y Fallos 254:320, 275:389, 279:54 y 283:66, entre otros).

Al respecto, especializada doctrina en la materia ha sostenido -*y lo comparto*- que "…*"írrito" alude a lo inválido, nulo, sin fuerza ni obligación* […] *el adjetivo*

“írrito” permite revisar las sentencias cuando el mandato constituye una flagrante violación al Derecho y a elementales normas de justicia […] *no puede otorgarse validez a decisiones notoriamente injustas o erróneas cuyo mantenimiento ocasionaría un serio e irreparable perjuicio y un agravio a la conciencia colectiva: “Los jueces no deben asumir que se encuentran impotentes frente a un pronunciamiento jurisdiccional que consagra una decisión aberrante que repugna el más elemental sentido común y, sin embargo, por tributo al formalismo deban admitir su condición de cosa juzgada”*…” (Morgenstern, Federico, “Cosa juzgada fraudulenta. Un ensayo sobre la cosa juzgada írrita. Prólogos de Alejandro Carrió y Carlos Rosenkrantz, Edición actualizada.”, Bs. As., Bdef, 2015, pág. 14; con cita de Arazi, Roland, “El vicio de error como causal de revisión de la cosa juzgada írrita”, JA, 2003-III-767).

En forma concordante, se ha expedido recientemente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en la causa nº CCC 44658/2009/2/CA3 “G., M. Á. y otra s/ nulidad” -*rta. el 26/2/2015*-, al sostener que “…*inexorablemente debe primar el derecho al acceso a la jurisdicción sobre las formas sacramentales de los actos* […] *En el caso en estudio, la Sra. Jueza partió de la base incontrovertible de la inmutabilidad de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada* […] *Siguiendo la doctrina del Alto Tribunal entiendo que no puede invocarse tal principio cuando no ha existido un proceso que resguarde los intereses y garantías constitucionales de todas las partes*…”.

Es que se ha señalado -*y lo comparto*- que la institución de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada descansa sobre el incontestable cimiento de su imperturbabilidad, pero que necesariamente ha de resultar compatible con los derechos y garantías constitucionales, lo que no acontece en el caso. Mal puede invocarse tal institución cuando no ha existido una auténtica investigación ni un verdadero proceso judicial, ni mucho menos puede predicarse que la cosa juzgada sirva de pretexto para consentir el avasallamiento de derechos constitucionales mediante un remedo de juicio.

En definitiva, en autos no ha existido un acto jurisdiccional válido al dictarse una sentencia que ha sido guiada en procura de la impunidad de uno de los agentes policiales presente durante la comisión de tormentos. El presente proceso penal ha sido deliberadamente saboteado, de modo que los graves hechos acaecidos tornan necesario un nuevo fallo que se pronuncie sobre la responsabilidad que le cupo a Motet en las torturas perpetradas en su presencia por sus compañeros de la fuerza policial. En suma, se trata de graves vicios sustanciales que afectan el valor de la cosa juzgada, pues la sentencia deriva de la violación del debido proceso y de causales de nulidad que se corresponden con un proceso en el que se han vulnerado las garantías constitucionales atinentes a la obligación estatal de investigar y sancionar la comisión de torturas y el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva.

Así las cosas, corresponde entonces declarar la nulidad absoluta del veredicto absolutorio dictado a su respecto, en tanto resulta parte integrante de una sentencia nula por violación de garantías constitucionales atinentes a la tutela judicial efectiva de la víctima de tormentos y a la obligación internacional del Estado argentino de investigar y sancionar la comisión de torturas, y en definitiva resultado de una causa que, como antes se dijo, corresponde sin más sea “in totum” declarada inválida desde las declaraciones de los acusados celebradas a tenor del art. 308 del Rito, correspondiendo a su respecto la renovación de tales actos procesales a tenor del delito de torturas y todo lo actuado en consecuencia (arts. 201, 203, 207 y ccdtes. del C.P.P.).-

Sin perjuicio de todo lo expuesto, conforme lo reseñado en punto a la formación de la mentada I.P.P. nº 14-05-006359-12 por parte de los acusados, corresponde hacer saber tales circunstancias a la Fiscalía General a los fines de que se investigue la posible comisión de delitos de acción penal pública (arts. 287, inc. 1º, del C.P.P.; 42, 172, 250, 275, párr. 2º, 292, 293, 296 y ccdtes. del C.P.).-

Por otra parte, en cumplimiento del Ac. 3825 de nuestra Suprema Corte de Justicia Bonaerense, corresponde comunicar la presente decisión al Registro de Condenas por casos de Torturas y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o

Degradantes, de la Subsecretaría de Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad de dicho máximo Tribunal. Asimismo propongo comunicarla a la Comisión Provincial por la Memoria, al Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, y a Asuntos Internos de la Policía Bonaerense (art. 35 inc. b) de la ley 26.827).-

Es mi voto (arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial; y 106 del C.P.P.).-

A la segunda cuestión planteada, la Jueza Vazquez dijo:

I.- Adhiero al voto del colega que me precede, por sus mismos motivos y fundamentos, en cuanto al análisis que efectúa en el acápite A, de los agravios expuestos por el distinguido Defensor oficial, y sus consideraciones respecto de la prueba testimonial recibida durante el debate y la incorporada por lectura, que desvirtúan cada uno de los puntos de la queja, dirigidos a ellas.

II.- Ahora bien, en torno a la subsunción legal del hecho motivo de condena la defensa se agravia de la efectuada en la sentencia, como severidades, pues –dice- la figura protege a todo encausado de malos tratos en una situación de encierro, ajena al caso. Asimismo sostiene que tampoco es factible encuadrarlo en la de apremios ilegales (tal sostuvo el Agente fiscal en la requisitoria de elevación a juicio y en los alegatos la defensa del particular damnificado), en tanto la legitimidad del procedimiento no ha sido puesta en duda desde la acusación. Por su parte, el juez preopinante entiende que debe calificarse como tortura, reprimida en el art. 144 tercero, inc. 1 del C.P.

La doctrina es conteste en cuanto a que la diferencia entre todos estos ilícitos es cuantitativa, las vejaciones, severidades y apremios se distinguen del último mencionado en el párrafo anterior por la gravedad de éste (Conf. Daniel E Rafecas. “Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos”, en Delitos contra la libertad, coordinado por Luis F., Niño y Stella Maris Martínez, Ad-Hoc, 2ª. Edic actualizada y ampliada, Bs. As. 2010, págs. 201/210; Carlos Fontán Balestra, Tratado de derecho Penal, Pte. Especial, T.II, actualizado y ampliado por Guillermo Ledesma, La Ley, 2014, 1ª. edic, 1ª. reimpresión, págs. 343/350; Edgardo A. Donna, Derecho Penal, Pte. Especial, T. II-A, Rubinzal Culzoni, 2001, págs. 191/197; Andrés. J. D’Alessio, Mauro Divito,

Código Penal, Comentado y Anotado, 2a edic. Actualizada y Ampliada, T. II, La Ley, págs. 426/438).

En tal sentido, la existencia de dolores y/o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, a estar a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (integrante de nuestro derecho constitucional, según el art. 75 inc. 22 de la Ley fundamental), que proporciona el concepto de la primera (tal se destaca, pormenorizadamente en el punto B del voto anterior, al que remito en honor a la brevedad), adquiere una importancia fundamental, habida cuenta la excesiva diferencia entre la penalidad correspondiente a las vejaciones, severidades y apremios ilegales (de uno a 5 años de prisión), con la de la tortura (8 a 25 años de igual pena), que la equipara al homicidio, en nuestro Código Penal, e impone una interpretación restrictiva.

Bien señala Rafecas que el punto más difícil de dilucidar es "…*¿cuándo la imposición intencional de sufrimiento físico o mental revestirá la gravedad suficiente como para ser considerado un acto de tortura en los términos del art. 144 tercero, C.P.*?", para luego "aclarar" que ningún organismo ni instrumento de derecho internacional especifica qué debe entenderse por "grave". (Conf. Daniel Rafecas, Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos, en Delitos contra la libertad, 2ª. Edic. actualizada y ampliada. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010

Entonces, si la línea que separa un apremio ilegal o una vejación, de un acto de tortura es muy delgada, como dice el mencionado autor, y sólo la gravedad del hecho distingue a éste de las vejaciones y apremios, cual refiere asimismo Fontán Balestra, insistiendo en que hay una diferencia cualitativa dada por la "intensidad" del dolor físico o moral, por lo que, descartando los casos claros "*cuando se haga uso de los llamados genéricamente instrumentos de tortura …**los jueces deben proceder con prudencial arbitrio al calificar estas conductas"*** (Carlos Fontán Balestra, Tratado de Derecho Penal, Pte. Especial, T.II, edición actualizada y ampliada por Guillermo Ledesma, 1ª. edic., 1ª reimpresión, La ley, 2014, pág. 345, el resaltado me pertenece),

corresponde tener en consideración las enseñanzas de la doctrina en el análisis de la situación planteada.

Así, el mismo tratadista, termina por considerar que, del juego armónico del art. 144, ter, inc. 3 del CP y la Convención de la Tortura y otros Tratos (art. 1°, ap 2), resulta "... *que el concepto de tortura para el derecho argentino es todo suplicio o padecimiento que se manifieste a través de dolores o sufrimientos graves ya sean físicos o mentales…*" (obra cit., pág. 346).

Su anotador, agrega la jurisprudencia sobre el tópico en cuanto resalta que la "…*intensidad del dolor físico o moral es según la doctrina predominante la característica de ese tormento, y en ello reside su diferencia con las otras formas de maltrato y mortificación (C. Crim Cap, sala 5a.,20/10/1992,…Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, cit. N°11, noviembre de 2008, p.1975)*". Asimismo la del Trib. Nac. Oral Crim n° 7, del 30/11/2007, (igual Revista, pág. 1976) que también pone el acento en la intensidad del dolor físico y moral, pues considera que la "gravedad suficiente" es lo más ajustado al principio de certeza y permite superar las dificultades para distinguir la tortura de las severidades y vejaciones. (Conf. Tratado…págs. 345/346).

Laje Anaya y Gavier, dicen que el delito de tortura es lo mismo que el tormento, desterrado por el art. 18 de la Constitución Nacional y consiste "*en el mal trato capaz de provocar intensos sufrimientos físicos o morales, a través de procedimientos adecuados e idóneos para ese fin, intencionalmente utilizados".* Indican como claros ejemplos de tortura física: *"el ahogamiento, el colgamiento, la gota de agua, la quemadura, la rueda, el aislamiento absoluto prolongado más allá de lo razonable, las golpizas de gran intensidad, el emparedamiento, etc…".* Ponen el acento para diferenciarla de los delitos del art. 144 bis, también, en la mayor intensidad del sufrimiento. (Notas al Código Penal Argentino, t. II, Pte. Especial, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1995, págs. 234/235).

Igualmente para Creus, la intensidad del sufrimiento es una de las características de la tortura, que la distingue objetivamente de las severidades

o vejaciones. (Derecho Penal, Pte. Especial, T. I, 5ª edic. actualizada, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 330).

Edgardo A. Donna, tras referirse a la definición de tortura contenida en el inc. 3 del art. 144 ter de nuestro Código material, como sinónimo de sufrimientos graves, lo que -a su juicio- hizo coincidir a la doctrina en que podía confundirse el término con el de apremios o vejaciones, sosteniendo que la diferencia radica en el grado o intensidad, atribuyó la cuestión a la decisión del legislador de no utilizar para tipificar el delito la descripción de conductas sino palabras luego necesarias de explicar, con el consiguiente riesgo de hacer analogía o tipos penales abiertos. Por su parte considera que, para interpretar que el tipo penal de tortura hay que recurrir al inc. 3 del citado dispositivo y como la definición se intenta con la misma palabra definida, la fuente legal de interpretación hay que buscarla en la Convención contra la tortura, incorporada a la Constitución Nacional. Así –estima- que se respeta el principio de legalidad y se dejan de lado interpretaciones judiciales que pueden ser extensivas del tipo legal. (Confr. Derecho Penal, Pte. Especial, T. II-A. Rubinzal – Culzoni, Editores, 2001, págs. 191/195).

Pero ello no soluciona, a mi modesto juicio, el interrogante acerca de cuál ha de *considerarse la "intensidad" o "gravedad" del dolor físico o moral, justificante de* la distinción. De allí que Rafecas sostiene: *"Sólo podemos decir, en homenaje al principio de lex certa (que rige más allá de lo aberrante que sea el hecho punible) que* ***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****…pero no hay mucho más para decir, salvo que* ***su dilucidación, en cada caso en particular, estará en manos del juez, de su criterio y sensibilidad****…apelando a elementos extrajurídicos de naturaleza sustancial, a través de juicios discrecionales no sustentados en criterios legales, sino íntegramente confiados al poder dispositivo del juez, lo*

cual no se ajusta ni al principio de taxatividad de los tipos penales ni al de igualdad ante la ley." (el destacado no pertenece al original).

Finalmente indica como constitutivos de "*actos de tortura (sufrimientos físicos) los realizados con implementos tales como el pasaje de corriente eléctrica de alto voltaje, el llevar a una persona detenida con herida de bala en el baúl del automóvil, el golpear a un detenido hasta provocarle la pérdida del conocimiento, etc., o bien (sufrimientos psíquicos) el fusilamiento simulado; el imponer sufrimientos a personas cercanas en el afecto, en presencia de la víctima; etcétera*" (Delitos contra la libertad cometidos…pág. 209/210), extraídos de casos judiciales.

También en el orden internacional se propone que "*…al definir la tortura se ha de intentar* ***restringir al máximo su concepto, con la consiguiente ampliación de lo que haya de entenderse por tratos o penas crueles inhumanos o degradantes****. Sólo así, reservando el término para supuestos muy concretos, el concepto internacional seguiría manteniendo la función para la que originariamente fue concebido: sancionar los actos más graves contra la integridad de la persona cuando éstos provengan de un representante del Estado y sean infligidos con una finalidad íntimamente relacionada con el ejercicio del poder*". (María José Rodríguez Mesa, "La protección internacional frente a la tortura. Especial referencia a su concepto", en Revista de Derecho Penal, "Derecho Penal Internacional". Número extraordinario, Edit. Rubinzal-Culzoni, 2012, pág. 152, el destacado no es del texto).

Y, respecto del elemento material de la tortura "…*configurado por la necesidad de que los dolores o sufrimientos infligidos, físicos o mentales sean en todo caso graves*….", se destaca la no exigencia de que exista un menoscabo de la integridad física o psíquica de la persona, siendo suficiente que la conducta por su gravedad provoque un grave sufrimiento, pero en tales supuestos (inexistencia de lesión material) se reconoce la dificultad de graduar su intensidad, distintiva de la tortura respecto de los otros tratos, para los cuales también se requiere una entidad suficiente. Ello, en función de que para los órganos internacionales -lo que deriva de los pronunciamientos de TEDH- la

gravedad del sufrimiento se valora en dos oportunidades, una para determinar si al menos es constitutiva de malos tratos y, luego, a fin de establecer la diferencia entre la tortura y otros tratos.

En este aspecto, la profesora de Cádiz señala que el principal problema que se plantea (en el orden internacional) es encontrar parámetros lo suficientemente válidos a efectos de realizar una medición lo más objetiva posible de la gravedad del sufrimiento que permita al tribunal decidir si la conducta constituye un caso de tortura u otros tratos, "…*lo cual ha llevado al TEDH a la utilización de un conjunto de criterios de apreciación relativa: en función de las circunstancias específicas de cada caso…La evaluación de la conducta se lleva a cabo a través de dos tipos de parámetros: parámetros internos al asunto, y en consecuencia variables, y parámetros externos al hecho, revestidos de una cierta permanencia.*"

De las pautas internas indica que están constituidas por la naturaleza de los malos tratos, los medios y métodos, la repetición y duración de los actos violentos, la edad, sexo, y estado de salud de la víctima, la posibilidad de que estas sevicias produzcan en la víctima daños físicos, mentales o psicológicos, si los daños dejaron secuelas durante un periodo largo o corto. Factores que habrán de tenerse en cuenta para determinar la intensidad y duración del sufrimiento (cit., págs. 161/163).

En igual sentido se expide Miguel Ángel Almeyra, director del "Tratado jurisprudencial y doctrinario de Derecho Penal", respecto de que **no ha sido sencillo para nuestra doctrina y es escaso el material jurisprudencial, la distinción entre vejámenes y tortura**. Y, **aunque pareciera haberse solucionado tras la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanas y degradantes, que la define, *"deja indiscutiblemente un margen de discrecionalidad entre una y otra modalidad de menoscabo a la dignidad y a la incolumidad del individuo."*** (Tratado jurisprudencial y doctrinario de Derecho Penal, Pte. Especial, Tomo I, Las Ley. 2011, pág. 261, el resaltado no está en el texto).

La reseña formulada explicita la dificultad existente en caracterizar la “intensidad” o “gravedad” del sufrimiento para diferenciar -salvo aquellos supuestos señalados por los autores, cometidos mediante el uso de algún instrumento- la tortura de las vejaciones, severidades y apremios, por lo cual –más allá de mi opinión personal- resulta factible el encuadramiento legal del hecho enjuiciado en alguno de los supuestos del art. 144 bis incs. 2) y 3), tal se sostuvo y discutió en el debate e interpretó la sentenciante en el decisorio, sin perjuicio del que en definitiva resulte al dar trato al preciso agravio de la defensa a su respecto.

No debe olvidarse que estamos en presencia de un recurso de los condenados contra el fallo, traído exclusivamente por su asistencia letrada, dado que la juez hizo lugar a la acusación y la abogada particular del damnificado sólo discutió en el juicio la calificación jurídica, que a su entender era “apremios ilegales” (ilícito punido por el mismo dispositivo legal con igual pena que las severidades, en que se subsumiera el hecho), mas no recurrió la sentencia.

Por ende, no resulta posible revisar las circunstancias fácticas –devenidas firmes- ni aquello que pueda importar una modificación de la situación obtenida por los imputados, en su perjuicio. Esto, en función de la prohibición de reformatio in pejus, que hace al derecho de defensa y debido proceso (art. 18 de la Const. Nac), por la cual no pueden quedar en peor posición procesal de la que se encontraban, por haber impugnado la sentencia.

Dicha regla integra nuestro derecho procesal provincial en el art. 435 del C.P.P., que impone: “*Las resoluciones recurridas sólo por el imputado o en su favor, no podrán revocarse, modificarse o anularse en su perjuicio*". Ella deriva del principio de inviolabilidad de la defensa y contribuye a la garantía otorgada al imputado de recurrir el fallo ante un tribunal superior (arts. 8.2, CADH; 14.5, PIDCP; 18, 75 inc. 22, CN). A su vez se completa con la posibilidad de reformatio in melius, contenida en el último párrafo del art. 434 del mismo rito.

Al respecto dice Maier que: “[e]*l axioma afirmado por la Corte Suprema se refiere a la sentencia y a los recursos interpuestos contra ella… El vínculo*

entre la prohibición y la inviolabilidad de la defensa ha sido concebido por la Corte Suprema a partir de la sorpresa que provoca un fallo más adverso que el recurrido, cuando el acusador no recurrió, y la jurisdicción del tribunal del recurso sólo fue excitada por el imputado o por otra persona en su favor, pues, de esa manera, ***el fallo perjudicial 'habría sido dictado sin jurisdicción y, además afectaría de manera ilegítima la situación obtenida…merced a la sentencia –consentida por el ministerio público- de la instancia anterior y lesionaría, de ese modo, la garantía del art. 18 de la Constitución nacional'***, con cita de: Fallos CSN. t. 234, ps. 270 y 372; t. 231, ps 190,198 y 497; t. 241, ps 154; t. 244, ps 198; t. 246, p 121; t. 248, p 612; t 254, p 353; t. 255, p 79; t. 258, ps. 73 y 220; t. 268, p. 45; t. 274, p. 283; t. 295, p. 778.

Más adelante puntualiza "…*si alguien no dice que la sentencia es injusta y por qué es injusta (recurre expresando sus motivos) al imputado y su defensa les resulta imposible contradecir (defenderse del recurso oponiéndose al resultado pretendido), razón por la cual el fallo será sorpresivo extra o ultra petita, y el tribunal ad quem conocería de oficio, sin excitación extraña a él. De allí que la Corte Suprema pueda decir…, que la prohibición de reformatio in peius tiene sustento constitucional, como derivado de la inviolabilidad de la defensa (CN, 18).*" (Julio B.J. Maier, Derecho Procesal Penal, T.I, Fundamentos, Edit. Del Puerto s.r.l., Buenos Aires. 1996. 2ª. edic, págs..590/593)

Cabe agregar que el Alto Tribunal se expidió en relación a supuestos en los cuales la Alzada sustituyó agravatoriamente la calificación legal, considerando: *"Esta modificación en perjuicio de los imputados resulta inaceptable, pues no es razonable concederle al inculpado la facultad de impugnación y, al mismo tiempo, exponerlo al riesgo de que por el ejercicio de esta potestad –en ausencia de recurso de la parte acusadora- su situación procesal se vea empeorada…"* (CSJN, "Caprisco"; G.529.XLIII, 24-5-11; "Miere", M.855.XLIII, 19-6-12). Doctrina no susceptible de ser ignorada en el caso de autos.

En este sentido, si bien comparto plenamente las citas legales y doctrinarias contenidas en el voto precedente, también que existe el deber estatal de investigar la comisión de actos de tortura y otros tratos inhumanos y degradantes, como el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva (arts. 1, 5.2, 8.1, 25, CADH; 2, 5, 30, DUDH; 2, 7, 14.1, PIDCP; 18, 33, 75 INC. 22 CN; 11, 12 inc.3, 15, CPBA), a mi humilde entender, en este legajo se han cumplido aquellas mandas de investigar, esclarecer y sancionar a los responsables de tales eventos, como asimismo el damnificado ha tenido pleno acceso a la justicia.

Obsérvese que tanto éste como su cónyuge, presentaron (el 20 de noviembre de 2012) sendas denuncias patrocinados por la abogada particular Claudia Inés Corti (fs. 1/12 y 15/25), instaron la acción penal –por (entre otros) el delito de apremios ilegales- y ofrecieron prueba. Allí dijeron -en resumen- que Yony Roger Tarifa Tarifa el 17 de noviembre de 2012, compartió un asado con su vecino de Gral Pintos 2567, de San Fernando, y cuando cruzaba la calle hacia su casa -número 2580- lo llaman unos vecinos de la esquina de Sarratea, charla con ellos y al volver hacia su domicilio, abrir el portón de entrada, un personal policial femenino le dispara dos balazos de goma y también lo hace un masculino, sin identificarse, lo insultan y dicen "*peruano de mierda pensaste que ibas a escapar…ladrón …chorro…", les* responde que es "boliviano", tras lo cual le vuelven a disparar balas de goma e insultan con improperios y epítetos descalificadores y discriminatorios, pegándole un culatazo de escopeta en la nuca, golpes de puño y patadas. Llama a su señora, que también es maltratada y le ponen una escopeta en el pecho. Cuando sale su perro ladrando le disparan (6 proyectiles). Asimismo le pegaron a Tarifa Tarifa con el bastón y llevaron a la rastra hasta un patrullero para trasladarlo a la Seccional 1 de San Fernando, donde el personal que lo agredió volvió a atacar e insultar a su mujer cuando se presentó. Lo llevaron al médico legista que constató 14 impactos de balas de goma, y lo mantuvieron esposado en una celda. Le quisieron obligar a firmar papeles sin

leer por lo que se negó, nunca le informaron el delito que se le imputaba y lo liberaron al llegar la letrada.

Recibidas las denuncias por la Sra. Fiscal, tras acumularlas, dispuso las medidas investigativas correspondientes (ver fs. 26/vta), que llevó a cabo a fs. 27/190, donde también agregó copia del sumario realizado con motivo de la intervención del personal policial de San Fernando. Con todo ello y las fotografías aportadas por los denunciantes tuvo por acreditado el delito de apremios ilegales previsto y reprimido por el art. 144 bis inc. 2 del CP y designó audiencias, a fs. 194, respecto de los encartados, a los fines dispuestos por el art. 308 del CPP. Luego de cumplidas, el Sr. Agente fiscal de investigaciones complejas fundó con los elementos probatorios recabados el requerimiento de elevación a juicio por el hecho allí imputado y la misma subsunción legal (fs. 247/ 255). Así relató que "…*el día 17 de noviembre de 2012, siendo aproximadamente las dos de la madrugada, los aquí imputados Armando Figueroa, Sabrina Vega, Diego García, Gastón Garcilazo, Motet Lucio y Juan Cardozo, funcionarios policiales de la Comisaría de San Fernando I*ª*, que se encontraban desempeñando un acto de servicio bajo el plan Director de Seguridad de esa dependencia en prevención de ilícitos y faltas, en las inmediaciones de la intersección de las calles Sarratea y General Pintos, de San Fernando -luego de intervenir a raíz del disturbio ocasionado por varias personas que se encontraban en el lugar- interceptaron a Yony Roger Tarifa Tarifa –el cual fue impactado por el disparo efectuado por uno de los funcionarios mencionados- y excediendo sus facultades lo golpearon con sus manos, pies y tonfas, lo arrastraron por el piso, para luego subirlo al patrullero -circunstancia en la cual también lo golpearon- y trasladarlo a la seccional. Que a raíz de los apremios ilegales efectuados por el personal policial…sufrió diferentes edemas y tumefacción en su rostro, lesiones contuso escoriadas circulares compatibles con lesión de proyectil de munición múltiples, postas antitumulto en hemiabdomen derecho, otra en dorso de mano derecha y unas cinco en cara posterior de antebrazo derecho,*

equimosis en hombro, lesiones contusas en caderas y zona inguinal; las cuales fueron caracterizadas como leves…"

El Juez de Garantías interviniente ordenó la remisión del caso al órgano correccional competente (fs. 276), quien, ofrecidas las pruebas (fiscal -298/vta-; defensor -303 y vta-; particulares damnificados -337/338-), las proveyó y fijó fecha para el inicio del debate (fs 377/37) que finalmente se celebró los días: 22-3-16, 1-4,16 y 8-4-16 con los requeridos a excepción de Figueroa, que no compareció a juicio, ordenándose su detención. Por lo demás, en punto a las menciones del colega respecto del juicio llevado a cabo en contra del aludido Figueroa -conf. causa nº 30.667/III "Figueroa, Armando A. s/ sent. correcc"-, he de señalar que los aquí acusados no han contado con la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, por lo que no he considerar lo allí producido.

Al alegar el Fiscal desistió de la acusación respecto del imputado Mottet, por no haber sido ninguno de los que disparó o golpeó a Tarifa Tarifa, y, la mantuvo en relación a los restantes que comparecieron al debate, encuadrando la actividad atribuida, como Severidades, en el art. 144 bis, tercer párrafo del CP. La Dra. Corti, letrada apoderada del particular damnificado, coincidió con el Ministerio público, incluso en relación a Motet, pero discrepó de la calificación sustentada, pues, a su entender fueron "apremios ilegales". Luego de oída la defensa se citó a las partes para la lectura del veredicto y eventual sentencia, con el resultado expuesto al inicio del voto del colega preopinante.

En la primera cuestión del veredicto, la Sra. Juez, tuvo por probada la siguiente materialidad infraccionaría: "…*el día 17 de noviembre de 2012, siendo aproximadamente las 02:00 hs. de la madrugada, cuanto menos cinco funcionarios policiales de la Comisaría de San Fernando Iª, que se encontraban desempeñando un acto de servicio bajo el plan Director de Seguridad de esa dependencia en prevención de ilícitos y faltas, en las inmediaciones de la intersección de las calles Sarratea y General Pintos, de San Fernando, por razones que no han sido determinadas, interceptaron a*

Yony Roger Tarifa Tarifa, y excediendo sus facultades, lo golpearon con sus manos, pies y "tonfas", todo ello tras ser impactado por disparos de "postas de goma" efectuados por los policías aludidos, quienes lo arrastraron por el piso, para luego subirlo al patrullero, circunstancia en la cual también lo golpearon, para luego trasladarlo así aprehendido a la seccional policial; siendo que a raíz de dicho obrar de parte del personal policial, el mentado Yony Roger Tarifa Tarifa sufrió diferentes edemas y tumefacción en su rostro, lesiones contuso escoriadas circulares compatibles con lesión de proyectil de munición múltiples, "postas antitumulto" en hemiabdomen derecho, otra en dorso de mano derecha y unas cinco en cara posterior de antebrazo derecho, equimosis en hombro, lesiones contusas en caderas y zona inguinal; las cuales fueron caracterizadas como leves…". Y, por ella condenó a: Sabrina Lorena Vega, Diego a García, Gastón M. Alveira Garcilazo y Juan Carlos Cardozo (ver fs. 626/650).

Conforme la reseña antes efectuada, no advierto impunidad alguna, ni violación al deber de investigar hechos de torturas y otros tratos crueles inhumanos o degradantes. Por el contrario, medió investigación, se ordenó y reunió prueba, además de recibirse declaración a los testigos ofrecidos por la víctima, constituida en particular damnificado, todo lo cual permitió fundar el pase a juicio y con los testimonios en él producidos y demás probanzas incorporadas la sentencia.

Lejos se está, pues, del proceder que emana de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Bulacio, menos aún con el de Bueno Alves; el particular damnificado no debió reclamar en momento alguno por inactividad procesal, intervino en todas las etapas del proceso, ofreció prueba e incluso -como antes dije- coincidió con la descripción fáctica y únicamente discutió acerca de que era constitutiva de apremios ilegales, como afirmara en las denuncias, sancionados con la misma penalidad que las severidades y no recurrió del fallo. Entonces, también se justifica ampliamente en el caso la efectividad del derecho de la víctima a acceder a la justicia (arts. 18, 75 inc. 22, CN; 25 CADH; 15 CPBA).

De tal modo no existe conflicto irresoluble de garantías constitucionales, al contrario coincidencia entre acusador y damnificado acerca de la materialidad ilícita y su subsunción en la normativa del art. 144 bis del CP, e impugnación de los condenados. Ergo, la **prohibición de reformatio in peius,** excluye de jurisdicción al Tribunal para modificar la calificación decidida por el *a quo,* consentida por la fiscalía y el damnificado, que empeorara su situación, con grave afectación del debido proceso y la defensa en juicio (art. 18, CN. Confr: Manuel N. Ayán Recursos en materia Penal, Principios generales, Segunda edición, actualizada por Gustavo Arocena y Fabián Balcarce. T. I, Marcos Lerner-Editora Córdoba, 2001. Págs. 266/278 y citas antes efectuadas), por lo que únicamente corresponde atender al agravio de la parte que cuestiona el encuadramiento del suceso en la figura legal escogida en el fallo como en la de apremios ilegales.

Previo a ello en razón del cuestionamiento nulificatorio del pronunciamiento, debo decir que no comparto que en él se omitió ajustar su análisis a las reglas de la sana crítica, como al estándar internacional en relación a la ponderación de la prueba de los tormentos y sus alcances, teniendo en consideración "*las circunstancias del caso*", "*por ejemplo, la naturaleza y contexto de las agresiones, manera y método de ejecutarlas, sus efectos físicos y estado de salud de las víctimas*", según los precedentes de Bueno Alves de la Corte IDH y de la causa 59.617 de la Sala VI del Tribunal de Casación Penal de esta provincia, de los que da cuenta el voto del Magistrado preopinante, al que remito en honor a la brevedad, extremos coincidentes con los que cité arriba, como parámetros internos considerados por el TEDH, acorde el artículo de María José Rodríguez Mesa (Revista de Derecho Penal, "Derecho Penal Internacional", Edit. Rubinzal-Culzoni, pág. 163) que reenvía al voto del juez Zekia en el caso "Irlanda contra Reino Unido" del 18-1-78. Tampoco acuerdo que el fallo adolezca de vicios que afectan la debida fundamentación y racional valoración del material probatorio, descalificándolo como acto jurisdiccional válido, violatorio del debido proceso, que justifique la declaración de nulidad absoluta.

En efecto, la obligación de fundar las decisiones judiciales deriva en principio de la forma republicana de gobierno adoptada por nuestra Constitución Nacional (art. 1) que la impone respecto de todos los actos de los órganos que lo integran, en especial a los del poder judicial, a quien reserva la función de juzgar.

En nuestro derecho interno se expresa en el art. 171 de la Constitución Provincial cuando dispone: "... *las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados,* ***serán fundadas*** *en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho,* ***teniendo en consideración las circunstancias del caso***..." (el texto no lleva destacado). Y, por su parte, el art. 168 de esa Carta impone a los tribunales de justicia "*resolver todas las cuestiones que le fueren sometidas por las partes en la forma y plazos establecidos*... *por las leyes procesales*".

La ley referida en nuestro caso es el Código Procesal Penal, cuyo art. 106 ordena: *"... Las sentencias y los autos* ***deberán ser motivados bajo sanción de nulidad****..."*

Dice Manuel Ayán, respecto de igual disposición del Código de Córdoba que "[*l*]*a motivación de las resoluciones consiste en el conjunto de razonamientos, de hecho y de derecho, en los cuales el juez apoya su decisión*" (obra y pág. citadas).

En este sentido, ella constituye una garantía para el justiciable (conforma el debido proceso legal, art. 18 CN), permite el control de las decisiones tanto en derecho, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en hecho, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas (Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal", Ed. Trotta, año 2000, pág. 623)**.** Sólo mediante el conocimiento de los fundamentos de la decisión es factible cuestionarla, es decir: señalar los errores que presenta e indicar, además, el criterio adecuado para decidir el caso. A su vez, permite al órgano revisor conocer del recurso y controlar si la ley fue correctamente aplicada a los

hechos y si a estos se arribó a través de la convicción razonada de las circunstancias de la causa. Finalmente facilita a la sociedad el control de la administración de justicia (Confr.: De la Rúa, “La Casación penal”, Depalma, 1994, págs. 105 y ss.; Maier, “Derecho Procesal Penal”, T. I, Editores del Puerto, 1999, 2ª edic., 478 y ss.; Manuel Ayán, “Recursos en materia penal”, T. I, segunda edición actualizada, Marcos Lerner, editora Córdoba, 2001, pág. 140; CSJN, *Fallos*, 229:860, 228:161).

A partir de la ley 13.260, se ha explicitado, respecto de las sentencias, en el 2ª párrafo de art. 371 del CPP: “*La resolución contendrá una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentan dichas conclusiones, así como la enunciación de las razones por las cuales no fueran atendibles las pruebas decisivas contrarias a las mismas.*”

A este último efecto, el art. 373 del mismo rito (aplicable junto al anterior al juicio correccional por disposición del art. 376) remite al art. 210 del CPP, que establece como única exigencia para la valoración de la prueba la expresión de “la convicción sincera” sobre la verdad de los hechos juzgados, con desarrollo escrito de las razones que llevan a ella. Es decir, adopta como sistema de apreciación probatoria el principio de “la convicción sincera”, o libre convicción razonada, que hace a la sana crítica, conformada por los principios de la lógica y las reglas de la experiencia. Ella se caracteriza por la asignación al órgano jurisdiccional de la obligación de explicar las razones determinantes de su juicio, esto es la expresión del desarrollo del criterio para formar su convencimiento sobre las constancias probatorias reunidas (art. 371, precit.), sin norma legal que establezca el valor que debe acordar a los elementos de prueba, o parámetro de valoración (Cfr al respecto: Vélez Mariconde, Derecho procesal penal, T. I, 2ª edic. corregida y aumentada, Lerner, Buenos Aires, 1969, pág. 354; Clariá Olmedo, Derecho procesal penal, T. I., actualizado por Jorge Vázquez Rossi, edit. Rubinzal-Culzoni, reimpresión, 2004, pág. 239; Maier Julio B. J. Derecho Procesal Penal tomo I Fundamentos Ed. Del Puerto, 2 edición, 3º reimpresión, pág. 871); SCJBA, P 65.340, 10/9/03; TCPBA, sala

I, LP 69 RSD-109-99, S 24/5/99).

Estando a ello, Jauchen señala como características definitorias del sistema de libre convicción "*…la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento. Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano…*" (Jauchen, Eduardo; *Tratado de la prueba en materia penal*; Rubinzal Culzoni; Santa Fe; 2002; p. 48-49).

A tenor de lo expuesto, para adecuarse al art. 171 de la Const. B.A., toda decisión jurisdiccional debe ser una derivación razonada del derecho aplicable al caso, con especial referencia a las circunstancias de la causa, extremo que, cumplimenta holgadamente la sentencia, como emerge de la relación efectuada en el punto II de los antecedentes y de la lectura de la primera cuestión del veredicto.

Es que, luego de hacer constar allí, el hecho por el que se requiriera la elevación a juicio, las alegaciones y réplicas de las partes efectuadas en la discusión final del debate, la Sra juez relató el suceso que quedara acreditado con la "certeza" necesaria que el estadio procesal reclama, advirtiendo la ausencia de demostración (se entiende, con ese alcance) del motivo del desmedido accionar policial, derivada de las dos versiones contrapuestas entre la del damnificado y la plasmada en el acta de procedimientos de la IPP formada en tal oportunidad, traída al debate como instrucción suplementaria. A partir de ello detalló cada uno de los testimonios allí vertidos por los vecinos (que salieran a la calle a raíz de haber escuchado los disparos) y el modo en

que concurrían a acreditar la conducta del personal policial, que -más allá de su génesis- “no” tenía “dudas” de que recurrió a las vías de hecho, en un exceso de fuerza y los medios utilizados. De lo cual resultó por demás manifiesta la desproporción clara e injustificada de la fuerza y los medios de los que se valieran los agentes, al punto de haberlo agredido físicamente sin motivo alguno y hacerlo aun cuando se encontraba aprehendido y esposado, siendo que tampoco era necesaria la utilización de esa fuerza para tenerlo bajo control. Así, entendió al obrar de los agentes como constitutivo de una actitud abusiva de su parte, por fuera del principio de razonabilidad, como el de gradualidad a los que alude el art. 9 de la ley 13.482, habiendo hecho caso omiso a los principios básicos de actuación policial de los incs. “f”, “g”, e “i” del art. 13 de esa normativa.

A tales declaraciones adunó las constancias de atención médica, destacando el informe (que reproduce) de fs. 53 -del Cuerpo Médico policial de Martínez-, que especifica las lesiones. Asimismo el de fs. 157 que trascribe la llamada al servicio de emergencias 911 dando cuenta de los golpes producidos -en el sitio- por 7 policías a un muchacho reducido en el piso, que siguen golpeando, y, además dispararon y le pegaron un tiro a un perro; como las copias del libro de guardia de la comisaría de San Fernando 1ra.

Con las imputaciones de Tarifa Tarifa y Calizaya Humeres, las declaraciones de Hernán Reyes Palavecino y Ana María Palavecino, el acta de procedimiento de fs. 1/ 2, y la admisión de los inculpados de haber intervenido en el lugar, tuvo por justificada la participación de Juan Carlos Cardozo, Sabrina Lorena Vega, Diego Arturo García y Gastón Maximiliano Alveira Garcilazo, como coautores materiales del ilícito. Así como ante el desistimiento de la acusación por parte del Fiscal y de la letrada apoderada del ofendido respecto de Motet, conforme al art. 18 de la CN y el art. 368 última parte del CPP decretó su absolución.

Consecuentemente se han cumplido los dispositivos legales antedichos (art. 171, CPBA; 106, 210, 371, 373, CPP); el veredicto cuenta con el análisis razonado de todos los testimonios recibidos en el debate y las pruebas

incorporadas por lectura. En el desarrollo de las circunstancias del caso se tuvieron en consideración el contexto en que se produjeron los golpes y agresiones, el modo y los medios de ejecución, como los efectos constatados pericialmente en la persona de Tarifa Tarifa. A su vez, en este decisorio y la sentencia se dio respuesta a las alegaciones de las partes. Entonces no advierto inobservancia o quebrantamiento legal que haga a la nulidad propiciada de dichas resoluciones, por lo que corresponde atenernos a lo previsto por el art. 435, segundo párrafo del C. de procederes.

Esto más aún cuando –siempre en mi modesta opinión- la discrepancia oficiosa en el caso se funda en una diversa y más gravosa calificación legal del mismo acontecer fáctico -denunciado por el ofendido (que se presentó como particular damnificado) e imputado por el fiscal, que en el fallo se dio por probado con la prueba reunida- no susceptible de ser sostenida por ausencia de recurso acusatorio, sea del Fiscal o del particular damnificado, ninguno de los cuales –además- la propuso en algún momento del proceso.

Ahora bien, al respecto, asiste razón a la defensa en cuanto critica el encuadramiento contenido en la sentencia, como “severidades”, en el inc. 3) del art. 144 bis del CP que protege a todo encausado en una situación de encierro, diferente a la juzgada.

Es que, a los efectos de su trato cabe tener en consideración que el artículo 144 bis prescribe penas de prisión de 1 a 5 años e inhabilitación especial por doble tiempo, en lo aquí atinente, para: “…*2°) el funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilega*les; 3°) el funcionario público que *impusiere* ***a los presos que guarde,*** *severidades, vejaciones o apremios ilegales*” (el destacado no pertenece al texto).

En ambos incisos la norma “…*toma en cuenta ciertos procedimientos que, por la mortificación que imponen al sujeto pasivo, atacan su libertad, la cual se manifiesta en el derecho que todo individuo tiene a no sufrir tales procedimientos de parte de los funcionarios públicos que tienen en sus manos el poder que les otorga la función, o a no ver agravada con ellos la privación*

de libertad que ya sufren…" (Creus, Carlos, Buompadre, Jorge Eduardo, "Derecho penal. Parte especial. Tomo 1", Bs. As., Depalma, 2007, 7º ed., pág. 332).

La doctrina es conteste en que el sujeto pasivo del supuesto previsto en el inc. 3° sólo pueden serlo "los presos" guardados por el funcionario público, sean en carácter de prisión preventiva, detenidos, arrestados, condenados; mientras el sujeto activo son los funcionarios públicos que "guarden" "presos", es decir los que tienen a su cargo, "*aun accidentalmente, la guarda o custodia de personas detenidas legalmente*", como dice Donna. Tanto es así que, en la nota explica: "*se pone el ejemplo de celadores, custodios de manera directa, y alcaides o directores de institutos penitenciarios, de manera indirecta*", refiriendo a Creus, (Donna, cit., pág. 181), extremos inadvertidos por la A quo. Son aclaratorios Laje Anaya y Gavier cuando sostienen que se trata de "*la tutela jurídica de las personas arrestadas, detenidas, procesadas o condenadas, frente a los excesos que pueden ser cometidos por los funcionarios encargados de su vigilancia y de su cuidado mientras dure la privación de libertad*". Autores que al anotar el inciso 2° indican que la figura también comprende -en lo que hace al abuso de sus funciones en el trato con las personas- los actos de servicio cumplidos "*al momento de practicar la detención*". (Notas al Código Penal, referido págs.230/233). En ello concuerda Donna al delimitar el tipo objetivo de este apartado *"que abarca tanto al que está detenido o a la persona que está siendo detenida o en el acto de la detención*" (pág. 179). Igualmente Rafecas comprende en este inc. 2° el acto de la detención y mientras ella persista –sea legal o ilegal-. Tipo legal que entiende se ve limitado en su alcance por el inc. 3, que se refiere a presos, sin alcanzar a los detenidos en comisaría.

Así expone en relación a éste que el "…*sujeto pasivo será solamente el preso, es decir, todo aquel que esté privado de la libertad en una cárcel o establecimiento similar, más allá de su denominación (penitenciaría, correccional, centro de admisión, etc.), pero destinado, inequívoca y excluyentemente, a alojar detenidos o, como dice el tipo penal, a guardar*

presos […] *Extender analógicamente el concepto de preso a aquellas personas en custodia en otros recintos que no sean los destinados a alojar y custodiar presos, ni que estén bajo la guarda del personal entrenado y formado especialmente para tal fin, sería contrario al principio de estricta legalidad. De todos modos, tales casos, en tanto actos de servicio, habrá de reconducirlos al inciso anterior*…" (Rafecas, Daniel, "Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos", citado antes, págs. 192/193, ver asimismo pags. 176/190).

En el caso, la víctima de autos no es encontraba presa, sino que, como se dijo, fue interceptada en la vía pública por los cinco policías, cuatro de ellos aquí imputados, quienes encontrándose en funciones perpetraron en su perjuicio las agresiones físicas materia de reproche.

Pero, a su vez, tales agresiones, a estar a la descripción de la realidad fáctica (que resulta probada al adherir al punto A del voto precedente), revisten tal gravedad e intensidad, tanto por los medios con que se realizaron (pies, manos y tonfas) como por el sufrimiento producido, que exceden el trato riguroso aludido en el concepto de severidades trascripto en el mismo pronunciamiento, y a mi juicio son constitutivas de vejaciones, punidas en el inc. 2 del artículo144 bis del CP, y así deben ser encuadradas.

Esta modificación del delito de severidades por el de vejaciones, por ende, no conlleva mutación alguna del objeto del proceso, desde que la conducta reprochada es la misma. Tanto es así que, conforme se asienta en la sentencia y obra en el acta del debate, no obstante decir el Señor Agente Fiscal que constituía severidades, al diferenciarlas de los apremios dijo que "*esa violencia ejercida sobre quien luego resultó aprehendido no se puede describir con alguna intención específica superadora de la simple vejación o simple violencia"* (fs.16 y 24 del incidente de apelación).

En tal sentido, dice Rafecas que "*la doctrina como la jurisprudencia han sido pacíficas en asignar a la voz vejación su significado etimológico corriente, es decir que denota todo trato denigratorio y humillante hecho con el propósito de mortificar o aumentar el sufrimiento del destinatario… puede ser física*

(trato violento innecesario, un cachetazo, un golpe en el cuerpo…) o verbal (insultos denigrantes, comentarios humillantes). Destaca entre otros casos resueltos como vejación en los términos del art. 144 bis inc. 2 del CP la aplicación de golpes y agresiones impuestas a un infractor mientras se lo trasladaba a la seccional, o bien en la dependencia policial. (Delitos contra la libertad…, referido, págs. 183/185). También Andrés D'Alessio los menciona en el mismo carácter; como asimismo el aplicar un codazo en el estómago y una patada en el vientre de la damnificada, madre de un joven al que se había detenido y golpear a éste empujando su cara contra una persiana, luego de una discusión suscitada en torno a la detención, entre otros (ver Código Penal de la Nación, comentado y anotado, 2ª.edic. actualizada y ampliada. T. II. Pte Especial, Edit. La Ley, 2009, pág 429/430).

Al respecto, la jurisprudencia tiene dicho que "…[d]*ebe ser considerado autor penalmente responsable del delito de imposición de vejaciones sobre las personas, en concurso ideal con lesiones leves, previstos y reprimidos en los arts. 89 y 144 bis, inc. 2, CPen., el imputado que en ocasión en la que desempeñaba un acto de servicio, consistente en identificar en la vía pública al denunciante A., cometió actos vejatorios sobre su persona, entendiéndose por tal a aquellos actos que signifiquen a las personas maltratos, molestias, humillaciones, perseguimientos o padecimientos, al haberlo golpeado, produciéndole las lesiones acreditadas en autos*…" (Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, causa "Estrada, Daniel A. y otro", rta. el 4/3/2005).

Y en forma concordante, ha sostenido el Tribunal de Casación de nuestra provincia que el delito de vejaciones "…*se configura cuando un funcionario público, que tiene en sus manos el poder que le otorga la función, molesta, hace padecer o maltrata a una persona, tanto física como moralmente, de modo ilegítimo*…" (Sala Segunda, causa nº 46.662 "B., R. A. y otros s/ recurso de casación", rta. el 6/12/2011, del voto del Dr. Jorge Hugo Celesia).-

III.- Ello dicho, habida cuenta que el Colega primero opinante propicia declarar la invalidez de la absolución de Motet, en función de la doctrina de la

“cosa juzgada írrita” de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, he de separarme de ello, por las consideraciones que paso a exponer.

En primer lugar cabe precisar que, como bien señala el distinguido Colega, Motet “no habría perpetrado de propia mano” la conducta que califica de tormentos. A su entender debió juzgarse por la responsabilidad que podría caberle por haber presenciado los actos realizados por sus compañeros de la fuerza policial, sin haber evitado su comisión, o denunciado los hechos. Consecuentemente no le es imputable el hecho atribuido en la requisitoria fiscal (supra trascripto) que le fuera informado en la apertura del debate, dado el resultado de la prueba en él recibida. Habida cuenta de ello el fiscal y la representante del particular damnificado desistieron de la acusación, solicitando su absolución, en la oportunidad prevista por el art. 368 del CPP –como antes expuse-, cuyo último párrafo obliga al magistrado sentenciante a absolver en tal supuesto, no encontrándose habilitada a proceder acorde la previsión del art. 374, párrafo 3° del ritual.

Ergo, atento a la garantía del ne bis in ídem que ampara al exculpado, de raigambre constitucional (arts. 75 inc. 22, CN; 8.4, CADH; 14.5, PIDCP), tal nos recuerda imperativamente el art. 1, primer párrafo, del CPP, sólo cabría investigar si medió inconducta o responsabilidad fiscal por la no consideración de aquel hecho diverso que habría surgido del debate, situación que a esta altura aparece incompatible con los supuestos de dolo o fraude reclamado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para excepcionar la inmutabilidad de la cosa juzgada (“Tibold” Fallos 254:320; “SRL Atlántida vs. José Antonio Naveira”, Fallos 283:66).Y, en última instancia, únicamente de resultar de aquella determinación, supuestos de delitos graves, falseamientos o fraudes procesales, recién se podría analizar la cuestión aquí traída, mediante acción independiente con intervención de los interesados.

Ya detallé los pasos seguidos en este proceso a partir de las denuncias, la realización de diligencias investigativas para determinar los funcionarios policiales que habrían concurrido al lugar y fecha indicados por el damnificado, la recepción de testimonios acerca de la conducta o actividad allí cumplida por

los agentes del orden, que junto a otras medidas, permitió finalmente oírlos a tenor del art. 308; y la elevación a la etapa del juicio –formulada por otro Agente Fiscal, que coincidió con la calificación propugnada en la denuncia y sostenida por las colegas del ministerio fiscal- todo ello con la intervención del damnificado y su asistencia técnica, que ofreció prueba al igual que las otras partes, y la celebración del debate, con la consiguiente sentencia, que, absolvió a Motet por resultar de aquel no haber cumplido la conducta atribuida, a pedido del fiscal y abogada del ofendido, entre los que nunca cabría presumir connivencia. Por ende, tampoco es aplicable el precedente de la Corte Suprema Nacional “Campbell Davidson c/ Provincia de Buenos Aires”, del año 1971, que desconoce fuerza de resolución inmutable a la sentencia judicial que no ha sido precedida de un proceso contradictorio, “en que el vencido haya tenido adecuada y substancial oportunidad de audiencia y prueba” (Fallos 279:54). Extremo que, en cambio, se daría con la sorpresiva nulidad propuesta (art. 18 de la C.N.).

Apréciese, asimismo, que de lo detallado no es factible advertir falseamientos ni fraudes procesales, siquiera presumir en qué habrían consistido, ni cuáles diligencias debían ordenarse y no se cumplieron, pues, en su caso correspondería denunciar esas inconductas (art. 287 del C.P.P.) para hacer procedente la doctrina del Superior Tribunal Nacional respecto de que la inmutabilidad de la cosa juzgada puede condicionarse a la inexistencia de dolo en la causa en que se ha dictado la sentencia (“Tibold” Fallos 254:320, Considerando 18°; “SRL Atlántida vs. José Antonio Naveira”, del año 1972, Fallos 283:66, arriba citados). O de mediar inequívocamente un error esencial la sostenida en “Felcaro, Jose Luis c/ Facultad de Arquitectura”, del 23/04/1987, Fallos 310:858.

Por consiguiente, no existe –en esta instancia- causal alguna de nulidad de la absolución de Motet, que llegó firme a esta sede. Y en lo tocante al resto del fallo, sin perjuicio del recurso de la defensa, no advierto más que disconformidad oficiosa con la calificación (en mi opinión susceptible de ser

sostenida, como dije arriba) y pena impuesta no recurridas por las partes acusadoras, lo cual impide excepcionar la cosa juzgada, considerándola írrita. Téngase en consideración asimismo lo expuesto por la Corte Nacional, en su actual composición, en Fontevecchia, el 14-2-17, en relación al principio de que la sentencia firme constituye una garantía sustancial de nuestro sistema constitucional.

Tanto la prohibición de *reformatio in peius como* la *cosa juzgada*, principios sustanciales que garantizan el debido proceso, y este mismo, no pueden ser desoídos en autos (arts. 18 y 75, inc. 22, de la C.N.; 8, inc. 1, de la C.A.D.H.; y 14, inc. 1, del P.I.D.C.yP.).

Por lo demás, en tanto la ausencia de eximentes y agravantes, la valoración de un atenuante, los montos de pena y las reglas de conducta impuestas en las presentes, no han constituido materia de agravio en la impugnación, estimo que tales circunstancias se encuentran firmes.-

En razón de todo lo expuesto, propicio al acuerdo: rechazar los agravios interpuestos a excepción del referido a la calificación legal, y, confirmar la sentencia de fs. 626/654 del expediente principal, en cuanto condenó a Sabrina Lorena Vega, Diego Arturo García, Gastón Maximiliano Alveira Garcilazo y Juan Carlos Cardozo a un año de prisión en suspenso y dos años de inhabilitación especial, con costas, bajo las siguientes reglas de conducta: 1) Fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Liberados, delegación de San Isidro, sito en la calle Hilarión de la Quintana nº 2013, de la localidad de Olivos; y 2) Abstenerse de utilizar estupefacientes y de abusar de bebidas alcohólicas. Y modificarla respecto de la subsunción legal asignada al hecho, en el delito de severidades a tenor del art. 144 bis, inc. 3º, del C.P., por el delito de vejaciones conforme el art. 144 bis, inc. 2º, del C.P. (arts. 5, 26, 27, 29, inc. 3º, 40, 41, 45 y 144 bis, inc. 2º, del C.P.; 375, 530 y 531 del C.P.P.).-

Por lo demás, no he de oponerme a que se haga saber a la Fiscalía General las circunstancias relevadas en el voto del Juez Blanco en punto a la I.P.P. nº

14-05-006359-12 ante la posible comisión de delitos de acción pública (arts. 287, inc. 1º, del C.P.P.).-

Por otra parte, en cumplimiento del Ac. 3825 de nuestra Suprema Corte de Justicia Bonaerense, corresponde comunicar la presente decisión al Registro de Condenas por casos de Torturas y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, de la Subsecretaría de Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad de dicho máximo Tribunal, y a Asuntos Internos de la Policía Bonaerense.-

Es mi voto (arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial; y 106 del C.P.P.).-

A la segunda cuestión planteada, el Juez Herbel dijo:

Adhiero a los votos precedentes en cuanto consideraron que corresponde rechazar los agravios del recurrente contra la acreditación del hecho ventilado en autos a partir de la prueba testimonial recibida durante el debate y la incorporada por lectura.

Ahora bien, advierto que mi colega preopinante, Juez Blanco, ha desarrollado en su voto fundamentos que dan cuenta que, a su parecer, la calificación legal asignada a los hechos es errónea, debiendo ser considerados constitutivos del delito de Torturas (arts. 144 ter, inc. 1°, del C.P.); propone anular la sentencia impugnada y dispone se reediten diversos actos procesales pero en función de esta calificación más gravosa.

Dicha modificación, realizada en perjuicio de los imputados, cuando solamente el recurso de su Defensa acercó el caso a conocimiento de esta Alzada, se encuentra vedada por el art. 435 del Código Procesal Penal. Dicho dispositivo estipula que las resoluciones "...*recurridas sólo por el imputado o en su favor, no podrán revocarse, modificarse o anularse en su perjuicio*".

Esta norma prevé la denominada prohibición de la *reformatio in peius*, la cual según la doctrina de la Corte Federal, tiene calidad de garantía constitucional. En reiteradas ocasiones el mencionado tribunal ha indicado que la prohibición de la *reformatio in peius* cuando no media recurso acusatorio tiene jerarquía constitucional, por lo cual toda sentencia que ignore este principio resulta inválida en tanto importa que ha sido dictada sin jurisdicción, afectando de

manera ilegítima la situación obtenida por el imputado merced al pronunciamiento consentido por el ministerio fiscal en la instancia inferior, lo que lesiona la garantía contemplada en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos 255:79; 298:432; 311:2478; 312:1156, entre otros).

Más recientemente el Alto tribunal federal, ante un cambio de calificación que agrava la situación del acusado, ha dicho: "*Esta modificación en perjuicio de los imputados resulta inaceptable, pues no es razonable concederle al inculpado la facultad de impugnación y, al mismo tiempo, exponerlo al riesgo de que por el ejercicio de esta potestad -en ausencia de recurso de la parte acusadora- su situación procesal se vea empeorada*…" (CSJN, "Caprisco"; G.529.XLIII, 24 de mayo de 2011; postura esta refrendada en "Miere", M.855.XLIII, 19 de junio de 2012).

Una decisión de alzada que empeore la situación del imputado, dictada atendiendo un recurso promovido sólo por él, constituye un decisorio sin jurisdicción, que afecta en modo ilegítimo el derecho adquirido por el acusado con la decisión anterior, consentida por su contraparte: el Ministerio Público fiscal y el particular damnificado; violando la defensa en juicio y la imparcialidad que corresponde al magistrado competente por vía impugnativa.

La inadmisibilidad de modificar contra el imputado una decisión que sólo éste recurre, proviene de la plena vigencia del principio acusatorio, y por ende, del derecho de defensa, pues, como bien lo expresa Maier en su conocida obra (aut. cit.; "Derecho Procesal Penal – Fundamentos", Editores del Puerto, 1999, pág. 593).

La propuesta del juez Blanco es la de anular el fallo en perjuicio de los imputados, por cuanto se ordena la renovación de actos procesales en función de calificaciones legales sustancialmente más gravosas que las que venían asignadas al hecho. Nótese que el delito de torturas prevé una escala penal de entre 8 a 25 años de prisión (art. 144 ter inc. 1° del C.P.).

Por mi parte, aún cuando pudiera coincidir con el extenso análisis doctrinal que el juez Blanco transcribe ilustrando sobre la diferenciación entre los conceptos de apremios ilegales, vejaciones y severidades por un lado, y

tortura por el otro, considero que carezco de habilitación legal para producir tal análisis en el marco de este incidente, en ausencia de recurso acusatorio; pues ni el acusador público ni la víctima legítimamente constituida en sujeto procesal, han impugnado la decisión adoptada por la instancia anterior.

El voto del colega valora las características del hecho para concluir que, en su opinión, su calificación legal no debiera quedar establecida en severidades sino en el delito de tortura. Para ello el juez Blanco entiende que en el conflicto entre el principio que veda la "*reformatio in peius*", por un lado, y el deber estatal de investigar la comisión de actos de tortura y el derecho de la víctima a la tutela judicial, por el otro, deben primar estos últimos por encontrarse comprometido el estado nacional a su investigación, realizando a continuación citas de conocidos fallos de la Corte IDH. Se afirma en el voto que existe "...*la absoluta ausencia de actividad investigativa seria en autos, que incumple el estándar exigible a esta clase de asuntos de la extrema gravedad de la que ahora examinamos, que dan cuenta de una privación ilegal de la libertad y torturas ejecutadas por personal policial bonaerense. Por cierto, la obligación asumida por el Estado argentino no se cumpliría a cabalidad de asumirse posturas hermenéuticas que conlleven a una condena por el delito de severidades, como se ha resuelto en el caso*…".

También resalta que no debe operar el principio de "cosa juzgada" respecto de Motet, puesto que la gravedad institucional del caso amerita volver a juzgarlo -de oficio- por el hecho por el que resultó absuelto, entendiendo que se trataría de una decisión firme "írrita" y por tanto de ningún valor.

No comparto tales apreciaciones, más allá de concordar con algunos aspectos de la doctrina y jurisprudencia citadas en el voto que da inicio a la presente deliberación, sobre las características que debe reunir un hecho para configurar el delito de tortura y de la obligación de investigar y perseguir tales conductas; en el caso, no advierto conflicto irresoluble de garantías constitucionales, sino una discrepancia entre la calificación decidida por el "a quo" y consentida por la fiscalía y el particular damnificado, y el encuadramiento instado -a mi juicio sin jurisdicción- por el juez.

Por un lado, el hecho que denuncia la víctima fue efectivamente investigado por el Ministerio Público Fiscal, quien produjo diversos elementos probatorios que fundaron el requerimiento de apertura del juicio de la presente causa; pedido que, a su vez, fue consentido por el Juez de Garantías interviniente, quien ordenó la remisión del caso al Juzgado en lo Correccional, donde finalmente resultaron juzgados cinco acusados de los cuales cuatro fueron condenados a las penas de un año de prisión en suspenso y dos años de inhabilitación especial, con costas, y el restante absuelto por desistimiento de la acusación.

Hasta el momento, entonces, no puede hablarse de impunidad, ni de violación al deber de investigar hechos de torturas y otros tratos crueles, sino lo contrario, pues la decisión que viene cuestionada -sólo por la defensa- importó cuatro veredictos condenatorios tras sustanciarse el juicio oral. Es una decisión judicial de punición y no de desvinculación la que viene discutida, y por ende no puede justificarse la violación de garantías constitucionales (derecho de defensa al violar la prohibición de *reformatio in peius*) so pretexto de cumplir con la obligación internacional de perseguir estos hechos.

Por lo demás, en punto a las menciones del juez Blanco en torno al juicio llevado a cabo contra un tercero, en otro juzgado (conf. causa nº 30.667/III "Figueroa, Armando A. s/ sent. correcc"), cuando ya se había agotado el plenario respecto del caso ventilado en autos; he de señalar que representan datos emergentes de un juicio ajeno al de los aquí acusados, respecto de los cuales no han tenido posibilidad de ejercer defensa alguna. Por lo que tales aportes brindados en debates posteriores ajenos -y otros que eventualmente se desarrollen- mal pueden ser valorados en el presente recurso, y menos contra los imputados, en un proceso que abrió la jurisdicción de este tribunal, por recurso de la defensa.

Asimismo, respecto de la absolución de Lucio Motet, no parece viable entenderla como cosa juzgada írrita. Los datos a partir de los cuales le fue posible a mi colega discordar con la calificación adoptada, surgen de la propia causa; es decir, que a partir de la prueba producida en el plenario fue posible

reunir los elementos para encuadrar -interpretación del juez Blanco mediante- el caso en el tipo penal omisivo de evitación o denuncia de tortura (art. 144 quater incs. 1 y 2 del C.P.). Es decir, no se advierte la existencia de un proceso fraudulento, se produjo prueba, y se decidió en base a ella en sentido contrario a lo propuesto por el voto que abre el sufragio. Más aún, han sido el fiscal y el particular damnificado quienes han desistido de la acusación al momento del alegato de cierre.

Adviértase además, que para entender que la cosa juzgada es "*írrita*" no es suficiente cualquier tipo de fraude, como por ejemplo que el imputado presente un elemento de prueba falso en el contexto de un juicio correctamente realizado; sino que es preciso que el imputado tenga "*competencia por el control de claves esenciales del juicio*" (Morgenstern – Orse; "Cosa Juzgada Fraudulenta", Ed. Abeledo Perrot, 2008, pág. 309). Esto es, por ejemplo, que "*los funcionarios de más alto nivel deberían haber hecho comprobadamente un uso real de su poder para controlar el juicio para que un fallo favorable fuera revisable*" (ibídem, pág. 324 y ss.); por lo que el estándar procesal requerido para entender írrito un fallo, es la "*noción de control total del proceso por fraude*" (ibídem, pág. 327). Situación que ni se indica ni se advierte en el caso bajo análisis.

Debemos tener en cuenta que recientemente, la Corte Suprema Nacional ha prescripto que el principio de "*sentencia firme*" importa una garantía sustancial de nuestro sistema constitucional, al punto de que al adquirir firmeza sus fallos, ellos no pueden ser revocados ni siquiera por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto ella cuenta con una competencia internacional pero que carece de carácter de revisión jurisdiccional; aún cuando sus decisiones sean vinculantes para el Estado (cf. CSJN, "Fontevecchia", CSJ 368/1998 (34-m)/CS1, 14 de febrero de 2017).

Por otro lado, tampoco advierto que se haya violentado el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva. En el caso, el denunciante pudo acceder a la justicia a fin de que se investigara y eventualmente se sancionara a los culpables del hecho cometido en su contra, al punto que la causa ha sido

elevada a juicio en función del delito de apremios ilegales, y en el marco del plenario se ha arribado a una condena por el delito de severidades, sin queja del Ministerio Publico Fiscal ni del particular damnificado.

Ni la prohibición de *reformatio in peius* ni la *cosa juzgada*, principios sustanciales que garantizan el debido proceso, deben ser soslayados en autos.

En conclusión, aun cuando por hipótesis se coincidiera con la calificación legal propuesta por el juez Blanco (cuestión puesta en duda mediante el exhaustivo voto desarrollado por la Jueza Vazquez sobre el punto), lo cierto es que tal variante se encuentra vedada a esta jurisdicción, pues se trata de una modificación de oficio que agrava la situación de los imputados -*reformatio in peius*- y que desarticula una decisión consentida -cosa juzgada-, cuando –por lo demás- la víctima no se disconformó con la sentencia.

En otras palabras, el delito que el Estado se encuentra convencionalmente obligado a perseguir ha sido juzgado, y la sanción aplicable ha respondido a la calificación de severidad, cuyos parámetros punitivos son iguales a los del delito que en definitiva encuadra el hecho imputado en autos, sin necesidad de quebrantar sustanciales principios del debido proceso.

Por lo demás, adhiero por los mismos motivos y fundamentos al voto de la colega, Jueza Vazquez, en cuanto hace lugar parcialmente al recurso y modifica la calificación legal asignada a los eventos del delito de severidades a tenor del art. 144 bis, inc. 3º, del C.P., por el delito de vejaciones conforme el art. 144 bis, inc. 2º, del Código Penal. Finalmente, en tanto la ausencia de eximentes y agravantes, la valoración de un atenuante, los montos de pena y las reglas de conducta impuestas en las presentes, no han constituido materia de agravio en la impugnación, estimo que tales circunstancias se encuentran firmes, puesto que no se advierte arbitrariedad alguna en su valoración por parte de la Sra. Jueza “a quo”.-

Por todo lo expuesto, considero correcta la decisión de la jueza Vazquez, a la que adhiero, por sus motivos y fundamentos, y propicio al Acuerdo modificar la calificación legal asignada a los eventos del delito de severidades a tenor

del art. 144 bis, inc. 3º, del Código Penal, por el delito de vejaciones conforme el art. 144 bis, inc. 2º, del Código Penal, y confirmar la sentencia de fs. 626/654 del expediente principal, en cuanto la Sra. Jueza a cargo del Juzgado en lo Correccional nº 5 departamental, Dra. Andrea Carolina Pagliani, condenó a Sabrina Lorena Vega, Diego Arturo García, Gastón Maximiliano Alveira Garcilazo y Juan Carlos Cardozo -*cuyas demás circunstancias personales obran en autos*- a un año de prisión en suspenso y dos años de inhabilitación especial, con costas, en orden al delito de vejaciones, bajo las siguientes reglas de conducta: 1) Fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Liberados, delegación de San Isidro, sito en la calle Hilarión de la Quintana nº 2013, de la localidad de Olivos; y 2) Abstenerse de utilizar estupefacientes y de abusar de bebidas alcohólicas (arts. 18 de la Constitución de la Nación Argentina; 5, 26, 27, 29, inc. 3º, 40, 41, 45 y 144 bis, inc. 2º, del C.P.; 375, 435, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires).-

Por lo demás, no he de oponerme a que se haga saber a la Fiscalía General las circunstancias relevadas en el voto del Juez Blanco en punto a la I.P.P. nº 14-05-006359-12 ante la posible comisión de delitos de acción pública (arts. 287, inciso 1º, del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires).-

Es mi voto (artículos 168 y 171 de la Constitución Provincial; y 106 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires).-

Por lo que no siendo para más, se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente

S E N T E N C I A

I.- Por unanimidad, **DECLARAR ADMISIBLE** la impugnación deducida a fs. 1/9vta. por el Sr. Defensor Oficial de los imputados de autos Sabrina Lorena Vega, Diego Arturo García, Gastón Maximiliano Alveira Garcilazo y Juan Carlos Cardozo, Dr. Hernán Rocha, de conformidad con los motivos expuestos en los considerandos (artículos 21, incisos 4º, 421, 433, 439, párr. 2º, 441, párrafo 2º -estos dos últimos según leyes 13.812 y 13.818, respectivamente-, 442, 443, siguientes y concordantes del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires; y 3 de la ley 13.812).-

II.- Por mayoría, **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso y MODIFICAR la calificación legal asignada a los eventos del delito de severidades a tenor del art. 144 bis, inciso 3º, del Código Penal de la Nación Argentina, por el delito de vejaciones conforme el art. 144 bis, inciso 2º, del Código Penal de la Nación Argentina; RECHAZAR PARCIALMENTE el recurso y **CONFIRMAR** la sentencia en cuanto la Sra. Jueza a cargo del Juzgado en lo Correccional nº 5 departamental, Dra. Andrea Carolina Pagliani, absolvió a Lucio Miguel Motet -*cuyas demás circunstancias personales obran en autos*- y condenó a los acusados de autos Sabrina Lorena Vega, Diego Arturo García, Gastón Maximiliano Alveira Garcilazo y Juan Carlos Cardozo -*cuyas demás circunstancias personales obran en autos*- a un año de prisión en suspenso y dos años de inhabilitación especial, con costas, en orden al delito de vejaciones, bajo las siguientes reglas de conducta: 1) Fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Liberados, delegación de San Isidro, sito en Hilarión de la Quintana nº 2013, Olivos; y 2) Abstenerse de utilizar estupefacientes y de abusar de bebidas alcohólicas; de conformidad con los considerandos (artículos 18 de la Constitución Nacional; 5, 26, 27, 29, inciso 3º, 40, 41, 45 y 144 bis, inciso 2º, del Código Penal de la Nación Argentina; 375, 435, 530 y 531 Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires).-

III.- Por mayoría, CORRESPONDE COMUNICAR la presente decisión al Registro de Condenas por casos de Torturas y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, de la Subsecretaría de Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, y a Asuntos Internos de la Policía Bonaerense (conf. Acordada Nº 3825 de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires).-

IV.- Por unanimidad, HÁGASE SABER a la Fiscalía General Departamental las circunstancias relevadas en el voto del Juez Dr. Carlos Fabián Blanco en punto a la Investigación Penal Preparatoria nº 14-05-006359-12; de conformidad con los motivos expuestos en los considerandos (art. 287 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires).-

IV. Regístrese, devuélvanse la I.P.P. nº 14-05-006359-12 y el expediente principal, notifíquese al Fiscal General, al Particular Damnificado y a la Defensa de intervención. Cumplido, devuélvase, encomendando al Secretario del Juzgado Correccional nº 5 departamental la notificación de los justiciables, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

FDO.: CARLOS FABIÁN BLANCO – CELIA MARGARITA VAZQUEZ – GUSTAVO ADRIÁN HERBEL
Ante mi: Gabriela Gamulin