



Torturas

Por Gabriel Bombini y Javier Di Iorio

Art. 144 ter: “1º. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura.

Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho.-

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descriptos.-

2º. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.-

3º. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.”.-

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.-

La tortura ha tenido distintas manifestaciones a lo largo de la historia de la humanidad¹. Ha sido vinculada como neto instrumento de adoctrinamiento social e imposición ideológica, como medio de sometimiento colectivo demostrativo de poderío colonial y de conquista², o ha funcionado a modo de eje central del procedimiento penal, sea como medio para obtener elementos de prueba o bien como modalidad punitiva en sí misma³.

¹ La proyección sobre el caso argentino, ver el trabajo de Ricardo Rodríguez Molas, ‘Historia de la Tortura y el orden represivo en la Argentina’, Buenos Aires, EUBA, 1985. Para el caso español ver la excelente obra de Francisco Tomás y Valiente, ‘La tortura en España’, Barcelona, Ariel, 1994.

² Válgame por caso mencionar respectivamente los horrores padecidos por millones de personas en los campos de concentración y exterminio del nacionalsocialismo en el siglo pasado, en los diversos centros clandestinos de detención que fueron instalados en la última dictadura cívico-militar en nuestro país, o la empresa colonizadora puesta en marcha sobre los nativos en el continente americano, por las potencias europeas a partir del siglo XV, con la instalación de su brutal sistema esclavista.-

³ Al respecto, en una interesante reconstrucción de sus objetivos a lo largo de la historia, señala Langbein que primero se utilizó para conseguir pruebas para obtener un veredicto de culpa conforme a los criterios “legales” de la época; luego solamente se la podía utilizar frente a la existencia previa de prueba circunstancial que generaba la posibilidad de obtener un mandato de tortura judicial, o también se la utilizaba sobre condenados por crímenes capitales o de alta traición para obtener datos para impedir ataques contra el Estado. (‘Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien



Particularmente nos interesa profundizar ésta última noción, podríamos decir *jurídica*, que resulta asociada al uso monopólico de las *violencias públicas* por parte del Estado⁴, cuya delimitación precisa ha resultado tradicionalmente compleja y ambigua⁵, pero que en todo caso se vincula a las prácticas *institucionales ilegales*⁶. Resulta franco aclarar primariamente que una pretensión reconstructiva histórica que intente ser completa y agotadora del tema ameritaría el proveimiento de un trabajo exclusivo sobre el tópico, por lo que sólo nos limitaremos en este segmento a enunciar ciertos sucesos o períodos que desde nuestra perspectiva merecen destacarse.-

Así, debe mencionarse que inicialmente esta técnica comenzó siendo estatalmente permitida, legalizada y reglamentada, para recabar *confesiones*. Nos referimos, a un *sentido procesal* de esta práctica, es decir, a la *llamada tortura judicial*⁷.-

Su origen se remonta a las prácticas de los pueblos antiguos, a los *sistemas jurídicos greco-romanos*⁸. En el *derecho griego* era admitida, junto con los juicios de dios, como medio de realización probatoria ordinaria, especialmente para los testigos y tendiente a la averiguación de la verdad, aplicándose primero a los esclavos -que no eran dignos de declarar-, aunque incluyó a los hombres libres luego⁹. Por su parte en la *Roma pre-cristiana*, comenzó como una práctica privada (*quaestio*) también sólo aplicable a aquel grupo carente de derechos, hasta ampliar sus receptores -a

Regime', University of Chicago Press, 1977).

⁴ Conf. Max Weber, 'Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva', México, Fce, 2003.

⁵ Conf. Eligio Resta, 'La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia'. Barcelona, Paidós, 1995.

⁶ Señala Carlos Mahiques, que la acepción comúnmente admitida en la historia del derecho incluye a la tortura no entre las penas, sino como un medio de investigación utilizado en los procedimientos penales (en 'La noción jurídica de tortura', Educa, 2003. Pág. 19). En esta inteligencia, también deriva la primera acepción dada a la palabra en la actualidad por la Real Academia Española, entendida como un "Grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o como medio de castigo." (RAE, vigésima segunda edición).-

⁷ En la actualidad el empleo de la tortura continúa siendo monopolizado por los poderes estatales, siendo ésta la nota relevante del concepto que se terminará de delinear. Pero ese control, salvo excepciones puntuales, ya no se ejerce desde una órbita legalizada a la luz de las reglas procedimentales sino por el contrario, se concreta de forma abusiva, ilegítima y clandestina; aunque las finalidades también siguen cercanas a las necesidades de la 'administración de justicia' y vinculadas a los sectores más desfavorecidos u oprimidos. En conclusión, en nuestros tiempos, sea por motivos probatorios, de averiguación de la verdad, o como medio para imponer y mantener el orden en los establecimientos destinados a la prisión, la tortura encuentra plena vigencia habiendo mutado su objeto de persecución a otras esferas de la sociedad.-

⁸ Remarca Mahiques, obra citada, pág. 31, que suele decirse que, a diferencia del derecho continental europeo, el sistema anglosajón no conoció la tortura, al menos en el ámbito procesal en que se manifestó en aquellos ordenamientos. Aunque esa conclusión, refiere el autor no estriba en razones de humanidad, sino en un tema exclusivamente relacionado al diverso procedimiento por el cual se daba formación a la convicción judicial necesaria para emitir sus fallos.-

⁹ Maier Julio, Derecho Procesal Penal Argentino, 1b, Hammurabi, 1989, pág. 32.-



partir de la época del Imperio- y alcanzar a todo ciudadano acusado de la comisión de delitos ubicables en el laxo concepto de *lesa majestad*¹⁰.-

Su etapa de máximo apogeo se sitúo en la baja edad media, puntualmente en los *siglos XII a XVIII*, con la instauración del modelo *Inquisitivo*. Con la implantación de este modo de enjuiciamiento, la tortura fue situada en la cúspide probatoria, poniéndose el acento en una visión de efectividad, y reemplazando el preconcebido fundamento de su empleo que giraba en torno a la calidad del sujeto pasivo o del delito. La confesión se transformó en el fin mismo del procedimiento (*“el precio de la victoria”*) y los tormentos en la herramienta por excelencia, previéndose la regulación específica de los *“instrumentos”*, incluso como garantía del imputado para evitar su aplicación indiscriminada y moderar sus efectos físicos¹¹.-

Puntualmente, señala Diego Zysman¹² diversos hitos en la literatura y la normativa epocal. Por un lado, destaca entre las primeras obras jurídicas que abordaron el tema exhaustivamente a aquélla conocida como *Tratactus de tormentis*¹³, aparecida en el siglo XIII. Por otro, argumenta que han sido no sólo la *Constitutio Criminalis Bambergensis*, la *Carolina* o las *Ordenanzas Francesas de 1539 y 1670*, las que receptaron la tortura sino antes en el derecho español, fueron contempladas por el Fuero Juzgo –que había conservado las normas sobre tortura de la monarquía visigoda- y las Siete Partidas -por medio de las cuales se efectuó la recepción del derecho romano Justiniano y de la doctrina de los glosadores- destinando éstas últimas el título XXX “De los tormentos” a su consagración.

¹⁰ Rafecas Daniel Eduardo, “La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos”, edit. Del Puerto, 2010. Ha explicado Maier, obra citada, pág. 45/46, que el método era tan conocido como discutido entre los romanos, pero no por una cuestión de humanidad, sino desde el punto de vista de su idoneidad. Asimismo, destaca positivamente el sistema de prueba sustentado por el derecho romano, en tanto desaparece el sentido subjetivo, mítico, como medio por el que la divinidad mostraba la razón de uno de los contendientes, y el combate judicial; para dar paso al conocimiento objetivo, histórico, al sentido de prueba como reconstrucción histórica de un acontecimiento por los rastros que había dejado en el mundo.-

¹¹ Maier, obra citada, págs. 57 y 63. Asimismo, ver la exposición en cuanto a los presupuestos históricos políticos que posibilitaron el nuevo régimen, que sin dudas resultan determinantes de la estructura del procedimiento y la ideología en que se asienta, y lo relativo a la valoración de la prueba (“sistema de pruebas legales”) que tornó en la mayoría de los casos, decisivamente necesaria una confesión del imputado para poder fundar una condena. Esto es, a decir de Mahiques *“La confesión, “la reina de las pruebas”, justificaba el recuso de la institucionalización de la tortura...”*, pues el reemplazo de las pruebas irrationales por el de las pruebas legales reveló rápidamente sus debilidades, la imposibilidad de sustentar una condena sobre presunciones, y la confesión arrancada por tortura quedaba como último recurso para fundarla (autor y obra citada, págs. 55/56). Sobre la evolución histórica de las ideas sobre la prueba y el papel del tormento hasta su progresiva supresión, ver el clásico Tratado de la prueba en materia criminal de Karl Mittermaier, publicado traducido al español en 1979 por editorial Hammurabi en Buenos Aires.

¹² Sociología del Castigo, Buenos Aires: Editorial Didot: pág. 79.

¹³ Zysman, cit.: págs.. 82 y 83, se refiere a diversos autores como por ejemplo Antonio Quevedo y Hoyos, Gandino, Bartolo, Baldo y Marsilis, Gambiglione, Clarus, Matteu I Sanz, Menoccio, Damhouder y Farinaccious..



Esta recepción tuvo su necesaria proyección en el ámbito de conquista colonial. Así, es que entonces, en Latinoamérica, las colonias europeas recibieron las influencias de la metrópoli también en lo atinente a las formas procedimentales de juzgamiento penal, procedentemente principalmente de los cuerpos normativos antes aludidos. Por tanto, la justicia eclesiástica se desplegó como una muestra más de la imposición cultural¹⁴.

Sin perjuicio de ello, ya en tiempo ulterior con el soprido de los aires independentistas y en particular en nuestro país, la prohibición de estos tratos logró ser receptada ya en el mismo texto original de la *Constitución Nacional de 1853*. Así, embebida en las ideas liberales contemporáneas de la época¹⁵, representadas por figuras de la talla de Cesare Beccaria¹⁶, Pietro Verri¹⁷ o Jeremy Bentham¹⁸, se incorpora expresamente en su artículo 18 la clausula de abolición “*de toda especie de tormento y los azotes*”. No obstante ya con anterioridad, fruto de las ideas independentistas, la *Asamblea del año 1813* había erradicado formalmente la esclavitud, prohibido la tortura en el proceso penal y mandado a inutilizar sus instrumentos.-

Mucho más adelante en el tiempo, y a pesar del sostenimiento en el tiempo de las prácticas de tortura, no puede dejar de mencionarse como lamentable hito histórico nacional, el período autoritario que sobrevino hacia finales de marzo del año 1976 en el país¹⁹. Sin dudas, el más cruel, irracional y feroz despliegue estatal de fuerza que tuvo lugar en nuestra historia moderna, acaeció con la última *dictadura cívico militar*. La doctrina de la lucha contra el enemigo que se pretendió

¹⁴ Rafecas señala que la intensidad del modelo punitivo desplegado preponderantemente por la Iglesia en Latinoamérica no logró alcanzar el grado que tuvo en España, ello atento que solo ejercía sus efectos sobre los bautizados (quienes eran un escaso porcentaje del total de la población), como así también, debido a las grandes distancias territoriales, a las fuertes tensiones políticas con el poder delegado, y a los escasos recursos (obra citada, pág. 28).-

¹⁵ Tradicionalmente se señala que la abolición de la tortura judicial, al menos desde el plano formal, fue producto de las *ideas iluministas* que se comenzaron a desplegar desde el siglo XVIII en Europa como replica a las políticas imperantes de la época. Frente a su visión censuradora comprensiva de todos los ámbitos de la sociedad, no podía el derecho penal ni sus procedimientos permanecer inmutables a los postulados de aquel movimiento que encontraba su principal basamento en la razón humana. Señala Maier: “...ya en el siglo XVIII habían surgido las primeras voces críticas en contra del sistema de persecución penal, indignadas por el procedimiento más odioso que ella utilizó para cumplir sus fines: la tortura.” (autor y obra citada, págs. 105/112). Para un pormenorizado desarrollo del ‘proceso abolicionista’, desde una postura crítica a la argumentación tradicional y remarcando las dificultades de singularizar los factores que habrían contribuido a su manifestación, ver Mahiques Carlos, en la obra citada, Primera Parte, Sección 2, título 2.-

¹⁶ Ver Tratado de los delitos y de las penas. México, Porrúa, 1992, traducción al español del original en Italiano *Dei Delitti e delle Pene*, Milán, 1764.

¹⁷ Se alude a Verri, como uno de los más vivaces opositores en sus conocidas “*Observaciones sobre la Tortura*”.

¹⁸ Ver Tratado de las pruebas judiciales, Buenos Aires, EJEA, 1971, traducido del francés por Manuel Ossorio Florit, de la Obra *Traité des preuve judiciales*, Paris, 1823.

¹⁹ Sobre el particular, y con referencias a períodos previos y posteriores, ver la completa investigación llevada adelante por Pablo Gabriel Salinas “La Aplicación de la Tortura en la República Argentina. Realidad Social y Regulación Jurídica” Buenos Aires: Editores del Puerto.



infiltrar como justificante, bajo el ropaje de la *seguridad nacional*, y los embates criminales sistemáticos al amparo de la clandestinidad, fueron las premisas básicas de los asaltantes de la democracia en pos de la eliminación de todo aquel rotulado con el mote de *subversivo*²⁰.-

La maquinaria represiva (policial y militar) del Estado puesta al servicio de aquellas ideas, en el contexto de lo que fue autodenominada la *guerra contra la subversión*, esgrimiendo la preservación de esa seguridad nacional como escudo, en el marco de su denominado “*Proceso de Reorganización Nacional*”, llevo a miles de personas a ser dispuestas en centros destinados a la detención y tortura, con un futuro incierto que se debatía a exclusivo decisionismo de sus captores, bajo condiciones de humillación en las cuales el *desaparecido* era despojado de todo rasgo inherente a la *calidad de persona*²¹.-

Con el retorno de la vida republicana, los reclamos populares de verdad, castigo y justicia por los crímenes cometidos se alzaron al unísono en la sociedad. De ese proceso de democratización comenzado en el año 1983, se destaca la creación de la CONADEP (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas) y la publicación de su informe “*Nunca Más*”, así como las reformas legislativas experimentadas y el principio de los juzgamientos a las Juntas Militares en 1985 que culminó con la condena de la mayoría de sus integrantes, siguiendo un infiusto derrotero decorado por leyes de impunidad finalmente invalidadas, lo que permitió la reapertura y actual encauzamiento del juzgamiento de infinitud de gravísimos hechos ocurridos en aquél contexto²².-

²⁰ Conf. Emilio García Méndez, Autoritarismo y Control Social. Buenos Aires: Hammurabi, 1983.

²¹ Como dijo la Cámara Federal al fallar en la sentencia que puso fin al Juicio a las Juntas Militares (causa nº 13/1985, del 9 de diciembre de 1985), la que confirmó extensamente el plan sistemático de exterminio: “...el tormento fue, en la enorme mayoría de los casos, la forma indiscriminadamente aplicada para interrogar a los secuestrados. No existe constancia en autos de algún centro de cautiverio donde no se aplicaran medios de tortura y, en casi todos, la uniformidad de sistemas aparece manifiesta. Sólo pueden señalarse pequeñas variantes de tácticas o de modos, pero al pasaje de corriente eléctrica, los golpes y la asfixia, se repiten en casi la totalidad de los casos investigados, cualquiera sea la fuerza de la que dependía el centro o su ubicación geográfica...”.-

²² Esta etapa de incipiente reorganización democrática fue parcial y momentáneamente suspendida por las llamadas leyes de Punto Final y Obediencia Debida, y más tarde por los indultos presidenciales que pretendieron la pacificación nacional. Las “leyes de impunidad” fueron derogadas por ley nº 25.779, aunque la Corte Suprema de Justicia ya se había expedido declarando su inconstitucionalidad, habilitando la reapertura de los juicios (Conf. CSJN, Fallos, 328:2056).-



En lo que atañe a los *antecedentes legislativos* de la tipificación penal en tratamiento en el derecho interno nacional, fue recién con la *ley n° 14.616*²³ que se reprime este delito por intermedio de la introducción del *art. 144 tercero* al catálogo de fondo.-

Pero fue mediante la *ley n° 23.097*²⁴, inspirada en aquel espíritu parlamentario sancionatorio de las atrocidades cometidas en un pasado reciente, que se introdujeron importantes modificaciones en el capítulo:

a) se agravó la penalidad prevista en el anterior *art. 144 ter*, reformulando a la par los términos de su redacción y previendo una definición de lo que se debía entenderse por “*tortura*” – *inc. 3º*, y

b) se incorporaron al Código Penal *dos nuevas figuras*: *i)* las omisiones funcionales punibles conexas aquella (*art. 144 quater, CP*) y *ii)* la permisión o facilitación negligente de la misma (*art. 144 quinque, CP*), que serán abordadas en lo venidero.-

Bien Jurídico.-

Sin dejar de lado lo expuesto en ocasión de abordar el tema en su vinculación con el *art. 144 bis incs. 2º y 3º del C.P.*, vale adicionar que es claro que en estos casos en donde la *dignidad de la persona* sufre su mayor arrebato, al punto de alcanzar el aniquilamiento de todo rasgo de humanidad que la cualifique²⁵.-

Debemos recordar que se trata de un delito de *naturaleza pluriofensiva*, involucrando también la libertad en su sentido más extenso y amplio, comprendiendo la integridad psíquica y moral de la persona, la vida, la dignidad humana, el honor²⁶, e incluso de manera secundaria la corrección en el

²³ Sancionada el 30/09/1958. Su texto reprimía con una pena inferior a la actual y refería a la aplicación de “tormentos”. Estipulaba: “*Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere, a los presos que guarde, cualquier especie de tormento*”. Asimismo, se elevaba el máximo hasta los quince años si la víctima fuese un perseguido político o si resultare la muerte de la persona torturada. Señala Rafecas que en la actualidad las nociones de tortura y tormentos, otrora sinónimos, se han ido separando conceptualmente de su antiguo alcance que se limitaba a la obtención de la confesión en el marco de un procedo judicial (obra citada, pág. 86).-

²⁴ Sancionada el 28/09/1984, y publicada en B.O. el 29/10/1984.-

²⁵ En este sentido el “Protocolo de Estambul” (‘Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes’, adoptado por la [Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos](#)), menciona que la tortura destruye deliberadamente no sólo el bienestar físico y emocional de la persona sino también, en ciertos casos, la dignidad y la voluntad de comunidades enteras, atacando la misma base de nuestra existencia y de nuestras esperanzas de un futuro mejor. Refiere Edgardo Donna que la tortura “... es el desconocimiento de la otra persona como tal...”, verificándose una situación extrema en donde el dilema es seguir o no siendo un ser humano (autor citado, “Derecho Penal Parte Especial”, T II-A, Rubinzel Culzoni, 2001, pág. 185).-

²⁶ Conf. Rivera Beiras, Iñaki, *La impunidad de la tortura y las obligaciones de los Estados en el marco internacional y estatal en Torturas y Abuso de Poder*, Anthropos, Barcelona, 2006 : pág. 47, siguiendo en el punto a De la Cuesta Arizmendi, Jose Luis, *El delito de Tortura. Concepto, Bien Jurídico y Estructura típica del art. 204 bis del Código*



desempeño de los funcionarios estatales. La *desproporción* de la posición ocupada por quien la aplica y aquél que la recibe es patente.-

Por ello, la prohibición *absoluta* de la tortura pertenece hoy en día al dominio del *jus cogens* internacional, es *inalienable* y constituye una norma imperativa del derecho internacional *consuetudinario*, postulándose que tal obligación *no debe suspenderse* siquiera en las circunstancias más difíciles que puede atravesar un estado²⁷.-

Sujeto Activo.-

El funcionario público como autor imprescindible.-

En primer lugar, el tipo penal se construye sobre la figura del *funcionario público* como *autor esencial* del delito, con el alcance genérico que le ha sido dado a esa calidad hasta aquí (art. 77, CP). Además de ello, siguiendo la línea desarrollada para las figuras anteriores, se necesitará que el agente revista facultades generales para la privación de la libertad²⁸, siendo que se construyen en este segmento similares discusiones doctrinarias que las señaladas en las figuras precedentes.-

Como veremos más adelante, el sujeto pasivo de la tortura debe encontrarse privado de su libertad, aunque no sea necesario para conseguir la autoría criminal que el mismo agente que la impone haya también procedido a su detención (sea esta legal o ilegal), ni tampoco que aquel se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario.-

De esta pauta es de donde deriva el *carácter imprescindible* de la intervención de la autoridad pública para la existencia de la figura misma.-

Penal. Barcelona: Bosch : págs. 25 y 26.

²⁷ Convención Interamericana contra la Tortura, art. 2, párr. 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7. Es reiterada la jurisprudencia de la CIDH en ese sentido, descartando justificaciones de cualquier tipo, tales como: guerras o amenazas de guerra, la llamada lucha contra el terrorismo, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflictos internos, situaciones de suspensión de garantías constitucionales e inestabilidad política interna o calamidades públicas). Entre otros, lo ha sostenido en los casos “Penal Miguel Castro Castro”, párr. 271; “Baldeón García”, sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 117; y “García Asto y Ramírez Rojas”, sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 222. El artículo 2.2 de la Convención Interamericana contra la Tortura no admite interpretación restrictiva ni límites situacionales, sólo una visión de ese tenor es compatible con una valoración global del sistema interamericano de derechos humanos. Mahiques indica que la interdicción de la tortura es de aquellos derechos inderogables, esto es cuya prohibición no es posible suspender, para lo cual señala la imposibilidad de alegar ningún motivo, como puede ser la calidad de la persona (en virtud de la calidad del delito cometido, o su condición de detenido o alienado), del lugar donde sea ejercida (bajo la pretensión del menor nivel de desarrollo) o de las circunstancias excepcionales del estado (autor y obra citada, págs. 207).-

²⁸ Rafecas, obra citada, pág. 109. Para Creus como la ley no distingue y tampoco funciona aquí la exigencia de que se trate de un funcionario que ‘guarde personas privadas de libertad’, cualquiera que detente aquella calidad, fuere cual fuere la repartición a que pertenezca (siempre que a ésta le esté asignada competencia para privar de libertad) puede ser autor (Creus Carlos, Derecho Penal Parte Especial, pág. 307). En contra Buompadre, Estrella-Godoy Lemos, quienes postulan un criterio amplio del concepto.-



El particular autor contingente: Condiciones de su responsabilidad.-

En segundo término, acorde con los antecedentes vividos durante el gobierno de facto saliente, el legislador del año 84' añadió al primer párrafo del artículo en cuestión, un agregado que pretendió la atribución de responsabilidad penal por hechos de tortura a los *particulares* que los impusieren²⁹. La expresión sumada en el segundo párrafo del nuevo primer inciso: “*Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descriptos*”, ha dado lugar a disímiles variantes interpretativas.-

Debe aclararse de antemano que tal mutación no implicó la transformación de la figura en un delito común, en tanto como fuera anticipado, el accionar privado deberá presentar una necesaria *conexión con la actividad funcional*³⁰.-

Es decir, que para la imputación de los graves actos violentos al particular será menester identificarse una ligazón con la autoridad: sea porque obró bajo su dirección, aquiescencia o consentimiento, o porque de cualquier otro modo le haya *posibilitado o facilitado* las condiciones para el despliegue de la tortura.-

²⁹ Tal decisión del estado argentino en materia de política criminal, resulta conciliadora con la postura sentada por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Tanto la carta sobre torturas adoptada en el marco de la ONU (art. 1º, alude a la instigación, consentimiento o aquiescencia del funcionario público) como en el ámbito de la OEA (art. 3º, también refiere a maniobras instigadoras), propician un concepto de autor que considera a los particulares, aunque siempre se requerirá la participación -en un sentido genérico del término- de funcionarios estatales.-

³⁰ Es que la intervención del Estado resulta la esencia del delito, su razón de ser. Menciona Rafecas que los hechos cometidos por particulares desvinculados de toda función estatal no constituyen tortura. El autor se apoya en una lectura considerativa de la semántica del término, de las razones históricas y en la ‘ratio legis’ del delito –fundada en abusos funcionales-, como así también, atendiendo a la anterior fórmula legal según el texto de la ley nº 14.616 (autor y obra citada, pág. 110). En la misma dirección, la Sala 1ª del Tribunal de Casación de la Pcia. de Buenos Aires, en Causa N° 33.747, “*Andrade Gustavo Marcelo s/ recurso de Casación*”, en fecha 13/10/2011, al establecer “...la tortura es un delito especial que sólo puede ser cometida por un funcionario público o por un particular que actúa bajo su amparo. De tal modo que los actos de los particulares desconectados de la actividad funcional, no constituyen tortura... En otras palabras, no es posible desligar a los extraneus de la actividad desplegada por el agente estatal.”; y continúa explicando, “*El Código Penal, es tributario en este tema de los textos convencionales y de su génesis histórica por la cual, la tortura no es compatible con un delito común. Su utilización en un contexto institucional recata sobre personas privadas de la libertad por funcionarios del Estado que, abusando de su calidad y de sus atribuciones, infligía los tormentos sobre las mismas, buscando generalmente alguna declaración autoincriminatoria, delatoria o como simple forma de castigo.*”. Buompadre si bien admite la posibilidad de intervención del particular cuando se verifica su vinculación con una relación funcional, lo califica como un supuesto de “*delicta comunita*” (obra citada, pág. 553). Concordante con fundamento en la Convención contra la Tortura, se pronuncia Jose Luis De la Cuesta, ob. cit: 33.-



En otros términos, la tortura del particular³¹ tiene que ser infligida a quien puede ser víctima del delito según lo especificado en el párrafo primero de la norma, en tanto se encuentre privada de su libertad por un funcionario público (sea de conformidad o apartándose de las previsiones legales)³².-

Sujeto Pasivo.-

Será una *persona privada, legítima o ilegítimamente, de su libertad*³³.-

Pero únicamente cuando la privación del individuo tenga como base una *relación funcional* podrá ser sujeto pasivo del delito, conexidad que podrá apuntalarse por haber procedido la autoridad a su restricción locomotiva dentro (vgr. cuando es aplicada a un interno de una penitenciaría) o fuera del marco permitido por la ley (caso de las detenciones ilegales, encuadrables en los términos de los arts. 144 bis inc. 1º o algún supuesto del art. 143 mencionados)³⁴.-

³¹ En contra, se ha pronunciado alguna jurisprudencia aislada (TOC nº 3 de Mar del Plata “V.O.V. s/ robo con armas, tortura y tenencia ilegal de arma de fuego”, del 22/4/2011), pretendiendo extender la interpretación legal hacia un caso en padecimientos propinados en el marco de un delito contra la propiedad, lo que ha sido objeto de severas y fundadas críticas (conf. Laino, Nicolas, ¿Los particulares como sujetos activos del tipo penal de tortura? en La Ley, año 15, nº5, junio de 2008; y Kierszenbaum, Mariano, “La autoría y la participación en un delito especial. A propósito de la autoría y la participación en el tipo penal de ‘torturas’ en Autoría, Infracción de deber y delitos de lesa humanidad, Buenos Aires: Ad hoc), por afectar el principio de legalidad.

³² La norma responsabiliza al particular cuando “ejecute los hechos descriptos”, es decir las torturas, y no cuando su comportamiento corresponda con otro despliegue conductual. En este sentido, explica Creus, tomando como base la estructura redactiva, que la integración del párrafo al mismo inciso y con expresa remisión al párr. 1º, “...ata la punibilidad del particular a todas las características que el delito asume en dicho párrafo...” (autor y obra citada, pág. 308).-

³³ Buonpadre, obra citada, pág. 551, precisa que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, este o no privada de su libertad, partiendo de la interpretación del texto de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas crueles, Inhumanos y Degradantes incorporado a la CN; pero aclara que se trata de una modificación sólo en apariencia pues la mecánica de la tortura impone necesariamente la privación de la libertad de la persona.-

³⁴ Creus, Donna, Rafecas. Así lo entendió la Sala II de Casación de la Provincia de Buenos Aires “...En efecto, en el delito de imposición de torturas previsto en el art. 144 tercero inc. 1º del Código Penal, según la ley 23.097, aún cuando la ejecución de la conducta quede a cargo de particulares, el sujeto pasivo debe ser una persona detenida legítima o ilegítimamente por la autoridad, cuya privación de la libertad tenga origen en una relación funcional sin que pueda entenderse que la disposición se refiera también a las personas secuestradas por los mismos particulares pues lo contrario importaría una indebida extensión de la punibilidad establecida en el tipo objetivo, en tanto la segunda parte de ese inciso remite a los hechos descriptos en el párrafo primero... Si el legislador hubiera querido independizar al particular de la conducta típica relacionada con la condición del sujeto pasivo, habría adoptado una metodología distinta mediante la conformación de un tipo independiente...De manera que, no resultando la privación ilegal de la libertad de un acto de la autoridad, sino que tuvo su origen en la comisión de un robo, estimo que por este motivo también debe considerarse erróneamente aplicado el art. 144 tercero inc. 1º del C.P.” (sent. del 10/02/2004, causa nº 10.323). En contra Núñez y Estrella-Godoy Lemos, quienes admiten que la privación libertaria también puede ser practicada por un particular, y respecto de estos puede reputarse la legalidad o ilegalidad de su actuar. En el primer caso sostienen, la legitimidad derivaría de las facultades excepcionales en que los códigos de procedimientos habilitan a la restricción locomotiva.-



Como está estructurado el artículo, y más allá de lo que se dirá, cuando la limitación libertaria fuera ejecutada por el mismo particular, el supuesto de hecho deberá encuadrar en las figuras comunes, básicas o agravadas según sus particularidades (*CP, arts. 141, 142, 142 bis*), adicionándoles el concurso con los resultados lesivos ocasionados a partir de los tipos penales respectivos.-

Tipo Objetivo.-

Definición y alcance del término “tortura”: núcleo del tipo.-

El *núcleo del tipo penal* lo constituye la imposición de cualquier clase de tortura. Entiéndase: aquellos actos que supongan un grave sufrimiento (psíquico o físico) a una persona privada de su libertad, sea legítima o ilegítimamente, ejecutados de manera intencional por agentes estatales o por particulares que obren bajo su amparo, sin que deba atenderse a la motivación que se persiga con ellos.-

De tal modo, esta concepción a nuestro parecer comprende *tres elementos basilares*: **a)** la *intensidad* del padecimiento infligido, **b)** la *intervención funcional* (directa o indirecta) en el hecho que le sirve de sostén, y **c)** la irrelevancia en la indagación de las *finalidades* específicas de los intervenientes.-

Asimismo, creemos que resulta receptivo de la real esencia de la noción, que deviene compatible con las consideraciones actuales en función de la adopción de un criterio amplio en el ámbito internacional de los Derechos Humanos, valorando como criterio diferenciador el grado del sufrimiento infligido a la víctima³⁵.-

³⁵ La definición acuñada resulta compatible a los propósitos de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, de su jurisprudencia, y de las propuestas doctrinarias sobre el tema. Iniciando un recorrido tripartito en la evolución del concepto de tortura y apremios ilegales, que incluye las opiniones doctrinarias en cada etapa, luego de la sanción de las leyes nº 14.616, 23.097 y de la reforma constitucional de año 1994, Buompadre sostiene que el art. 144 ter -inc. 3º- actualmente ha sido implícitamente derogado por la incorporación de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles Inhumanas y Degradantes, con rango constitucional a partir del art. 75.22, CN modificada en el año 1994, primando su concepto por sobre la ley nacional (en igual sentido, Donna, obra citada, pág. 194). El fundamento radica en la interpretación de sus arts. 1º y 2º, perspectiva desde la cual el apremio ilegal surge definido del art. 16-1 en tanto: “... *actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1º...*”; siendo la diferencia entre ambas modalidades, no solo la intensidad, sino también la finalidad perseguida por el autor –que no podrá ser de aquellas reservadas exclusivamente para la tortura- (Buompadre, Jorge E, ‘Derecho Penal Parte Especial’, Edit. Mave, T I, págs. 543 y ssgtes.).-



El legislador argentino ha pretendido ensayar una definición en la nueva redacción del *artículo 144 ter, C.P.*, no obstante son los *instrumentos internacionales de Derechos Humanos*³⁶ que se abocan al tema de manera especializada³⁷, los que brindan una orientación complementaria para la delimitación adecuada y definitiva del concepto. Así, vale mencionar en forma particular:

a) La *Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradiantes de la ONU*³⁸, que en su *art. 1º*, prevé: “*A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija 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.*”.-

b) La *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de la OEA*³⁹, que en su *artículo 2º*, estipula: “*Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se infljan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal,*

³⁶ No puede dejar de mencionarse las referencias del Estatuto de la Roma, en el artículo 7. 2.e. en cuanto estipula que: “...Por ‘tortura’ se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas...”, lo que ha permitido caracterizarlo como un crimen internacional (véase al respecto, Natalia Barbero, Análisis dogmático-jurídico de la tortura. Buenos Aires: Rubinzel-Culzoni, 2011).

³⁷ Similar interpretación hace Edgardo Donna (autor y obra citada, pág. 195).-

³⁸ El instrumento fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución nº 39/46, el 10 de diciembre de 1984, entrando en vigor el 26 de junio de 1987 -de conformidad con su artículo 27-. Fue incorporado por nuestro país mediante ley nº 23.338 (del 26/02/87), detentando jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994 (art. 75 inc. 22). Resulta su texto similar al de la [Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradiantes](#) (Resol. 3452 -XXX- de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 9 de diciembre de 1975). También pueden mencionarse como instrumentos del derecho internacional que hacen referencia a la prohibición de la tortura la “Convención para la Prevención y la sanción del delito de Genocidio” de 1948, las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos” aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 1977, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. En el ámbito del derecho internacional Humanitario, la protección de todas las víctimas de la guerra es recogida mediante los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, con más los Protocolos de 1977 adicionales a estos, que fijan normas para el desarrollo de los conflictos armados internacionales e internos declarados, en particular, sobre el trato a las personas que no toman parte o que han dejado de tomar parte en las hostilidades, incluidos los heridos, los capturados y los civiles.-

³⁹ Fue adoptada el 09/12/85 y entró en vigencia el 28/02/87 -conforme a las previsiones de su art. 22-, cuenta con jerarquía constitucional luego de la última reforma de la Carta Magna. Este concepto fue adoptado por la Corte Interamericana en el caso “Bueno Alves vs. Argentina” (sentencia de 11 de mayo de 2007, párrafo 78) para definir la Tortura en los términos del art. 5.2 de la Convención Americana.-



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.”.

Ambos Instrumentos poseen adicionalmente una definición por exclusión en el sentido de que no serán alcanzados aquellos sufrimientos que sean producto exclusivo de sanciones legítimas, siempre que no lleguen a constituir torturas.-

El primero reza: *“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.”.* El segundo prescribe: *“No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”*⁴⁰ -

Esta determinación resulta enormemente compleja, dada la ambigüedad de la violencia legítima que señalábamos previamente de la mano de Eligio Resta, pero en ningún caso puede entenderse como un salvoconducto para vaciar de contenido de la tipicidad de las figuras del capítulo; debiendo propiciarse en todo caso una interpretación restrictiva de las cláusulas aludidas.

Debe remarcarse como fuera adelantado, que la modificación llevada a cabo mediante la *ley n° 23.097*, exteriorizada con la incorporación del nuevo *inciso tercero del art. 144 ter, C.P.*, ha pretendido alcanzar una definición sobre el tópico al establecer: *“Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.”.*-

⁴⁰ Debe destacarse que si bien los conceptos internacionales transcritos presentan una enumeración de los móviles que pueden influir al autor de la tortura a ejecutarla, este listado no es taxativo. En este sentido, presentan al cierre de su derrotero las expresiones “...o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación...” y “...con cualquier otro fin...”, respectivamente para cada instrumento. A ello se adiciona lo dispuesto en el art. 2º de la Convención adoptada en el seno de la ONU, en tanto reza que “*El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.*”. Repárese además que el segundo texto, a diferencia del primero, no califica a los dolores por su intensidad o gravedad, lo que es compatible con el párrafo final del primer artículo al redactar “...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.”. Una pormenorizada descripción dogmática y jurisprudencial del alcance de los conceptos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes en el ámbito del art. 3º de la Convención Europea de Derechos Humanos, en ‘La Noción jurídica de la Tortura’ de Mahiques Carlos.-



Conviene coincidir en que la noción doméstica aparece meritoria en tanto, de conformidad a la tesis amplia sentada en el ámbito internacional, se abstiene de mencionar la exigencia de finalidades que guíen al autor.-

Ello no ensombrece las justificadas críticas, tanto por adolecer de una deficiente técnica redactiva, como por continuar manteniendo la expresión “*tormentos*”, vocablo que históricamente es asociado a una acepción, en la actualidad superada, comprensiva de aquellos comportamientos intencionales de imposición con fines de prueba.-

La gravedad del sufrimiento aplicado y su valoración judicial.

Debe ponerse de resalto que, ni las cartas internacionales ni nuestra ley penal interna otorgan *parámetros diferenciadores* de los otros malos tratos, esto es en lo que respecta a su afectación mínima al bien jurídico para poder ingresar al terreno de la tortura, lo que se patentiza en las dificultades a la hora de encajar un sustrato fáctico determinado en el tipo penal correspondiente⁴¹.-

Sin perjuicio de la defectuosa escritura que caracteriza la definición intentada en la parte final del primer párrafo de artículo en cuestión, lo cierto es que la figura demanda que los sufrimientos impuestos (sean físicos o psíquicos) revistan una *cierta intensidad*. Éste es el baremo delimitativo que lo diferenciará de las otras figuras penales estudiadas⁴².-

La aguda *gravedad* que debe revestir el sufrimiento aplicado ha sido introducida como un elemento constitutivo de la tipicidad en su aspecto objetivo, que deberá ser confirmado para la

⁴¹ En este sentido, señala Rafecas que ni la Comisión ni la Corte Interamericana han avanzado a definir el nuevo umbral mínimo de la tortura, remarcando que solo se han expedido en casos en los que ninguna duda queda que la constituyen por brutales y aberrantes (obra citada, pág. 90, nota nº 12).-

⁴² En igual sentido, lo sostiene gran parte de los autores nacionales, Rafecas, Creus, Soler, Estrella-Godoy Lemos, Núñez, Marín, Buompadre (con matices). Sobre el punto Rafecas, afirma que la frase debe ser entendida en el sentido que abarca tanto graves sufrimientos, físicos como psíquicos; y remarca sobre la dirección interpretativa de la frase legal: “*No se trata de un cartabón distinto entre el sufrimiento físico y el psíquico, sino una aclaración de que estos últimos también deben ser necesariamente graves para poder considerarse tortura...*” (obra citada, pág. 120). Tal el criterio seguido por la Sala II, Tribunal de Casación Provincia de Buenos Aires, causa nº 46.813, “D.S., V.R. y otro, s/ Recurso de casación”, 16/08/2012. También en el fallo 94.455 de la S.C.B.A. en autos “L, C.A s/ imposición de torturas” del 1º de octubre de 2008. Así el Tribunal provincial al expedirse en el caso en el cual se condenó a agentes del servicio penitenciario Bonaerense por aplicar golpes a detenidos en la UP XV de Batán, se refirió al criterio distintivo de la Tortura de otros tratos degradantes, utilizado por la Casación (considerando el parámetro que toma en cuenta la agudización o intensidad del sufrimiento), indicando que no se vislumbra violación a los principios constitucionales de legalidad y división de poderes por el sólo hecho de que esa decisión deba emanar del arbitrio judicial, adicionando que el citado artículo 144 ter pueda verse por ello como un tipo penal abierto en el que la materia de prohibición no esté expresada con suficiente precisión (ref. al contenido y alcance del concepto de tortura) (del voto del Dr. Negri). Asimismo, añadió que tampoco tales garantías resultan violadas en tanto la propia ley penal con frecuencia emplea términos de cierta vaguedad, así alude a “negligencia” en el art. 84, “abuso” en el art. 119 (del voto del Dr. Hitters).-



debida imputación penal de la conducta⁴³. Entiéndase que muchas veces hablaremos de una *acreditación* en términos probabilísticos, o de idoneidad de los medios empleados para el caso concreto (considerando vgr. condiciones de lugar y tiempo, sujetos pasivo y activo), en tanto se trata de un concepto de neto corte subjetivo, relativo, extremadamente difícil de calcular, y que no necesariamente está vinculado a la determinación e identificación del medio empleado⁴⁴.-

La medida del ultraje deberá ser graduada caso a caso por el juzgador, conclusión a la que se podrá arribar partiendo de una consideración igualitaria de las personas, complementada por una especial valoración de sus rasgos individuales⁴⁵. Si resulta difícil adoptar una definición del acto en sí, más compleja emerge la tarea de subsunción judicial en concreto de un suceso determinado, el que siempre deberá ser analizado prudencial y objetivamente -

⁴³ No resultan óbice las afirmaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 35/96, Caso 10.832 “Luis Lizardo Cabrera” (República Dominicana, 7 de abril de 1998), en tanto ha sostenido que la Convención “no funda como criterio para definir la tortura la intensidad o grado de sufrimiento físico o mental experimentado por la víctima”, y a la par establece distintos criterios para calificarla (vale decir: a) debe tratarse de un acto intencional o de un método; b) debe inflijir a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales; c) debe tener un propósito; d) debe ser perpetrado por un funcionario público o por una persona privada a instancias del primero), ello en tanto en última instancia reconoce que “La Comisión considera que tanto la Convención Americana como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, le confieren cierta latitud para evaluar si, en vista de su gravedad o intensidad, un hecho o práctica constituye tortura o pena o trato inhumano o degradante. La Comisión considera que la calificación debe hacerse caso a caso, tomando en cuenta las peculiaridades del mismo, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima específica y las circunstancias personales de la víctima...” (párrafos 82 y 83).-

⁴⁴ Donna menciona un fallo del ST de Entre Ríos en el cual sentó como doctrina que basta verificar que se han aplicado sobre la víctima actos crueles e inhumanos objetivamente idóneos para probarle sufrimientos graves (autor y obra citada, pág. 193). También vale adicionar lo resuelto por la Sala II del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires (en fecha 09/12/2008, autos caratulados “G., R.R. s/ Rec. de Casación”), al mencionar “...por mas que no se haya podido acreditar con certeza en la sentencia la existencia de un proceso asfíctico ni el pasaje de corriente eléctrica, de todos modos no quedan dudas de que la víctima, con independencia del método empleado por los agresores, padeció un sufrimiento de similar entidad, puesto en evidencia por la persistencia, el carácter y la gravedad de las lesiones, principalmente aquellas constatadas en los testículos...”.-

⁴⁵ Las sesiones de aplicación de corriente eléctrica, el llamado ‘submarino’ en sus distintas versiones (seco o húmedo), los golpes de puño, o con palos, cadenas, alambres o látigos, son de las formas normalmente admitidas en la jurisprudencia nacional. Explica Rafecas, que cuando el sufrimiento irrogado aparezca como un *hecho aberrante a los ojos de la comunidad internacional* no se lo podrá encuadrar sino en los lineamientos de la noción de tormentos, debiendo cotejarse a la luz de los principios constitucionales y de la interpretación efectuada por la comunidad internacional (autor y obra citada, pág. 151). La CIDH ha aludido a estas circunstancias específicas valorativas de cada caso como constitutivos de lo que llama “factores endógenos y exógenos”, que deberán demostrarse. Los primeros se referirían 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 (Casos “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), párr. 74, y “Loayza Tamayo”, sentencia de 17 de septiembre de 1997, entre otros). Según la Corte Europea, el nivel mínimo aflictivo “depende de todas las circunstancias del caso, tales como la duración del tratamiento, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima” (Cfr. TEDH, “Irlanda c. El Reino Unido”, cit., párrafo 162, citado por Bueno Gonzalo, en “El concepto de Tortura, y de otros tratos crueles, inhumanos y degradantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, publicado en Revista Virtual Pensamiento Penal, Edición nº 46).-



La permanente *actualización de los estándares* internacionales que demarcan el delito al ritmo de su mutación social resulta clave en esta empresa⁴⁶, y los instrumentos empleados en el acto como también su extensión cualitativa y cuantitativa, serán un dato revelador para la subsunción. En la labor no puede olvidarse de la escala intensiva ascendente que se pusiera de manifiesto al tratar las anteriores formas penales vinculadas a los malos tratos.-

A todo evento, la cuestión no deviene en un tema que pueda minimizarse atendiendo a la notoria diferencia en la penalidad con que en abstracto se cominan los tipos penales involucrados⁴⁷.-

Presupuesto del tipo: *estado de detención de la víctima*.-

Como fue anticipado, la exigencia de este estatus de cautiverio (legal o ilegal), con origen en una fuente funcional, se erige en recaudo para colmar la tipicidad objetiva, debiendo remitirse a otras figuras penales comunes en el caso de no ser completado este extremo⁴⁸.-

Es la *relación estado-individuo*⁴⁹ el elemento que caracteriza -y ha caracterizado en su acepción moderna- la tortura, lo que se desprende del reclamo expreso del legislador, tanto cuando el acto violento sea ejecutado por un funcionario, como si el despliegue es ejercitado por un particular.-

La propia letra de la ley se encarga de establecer el vínculo entre víctima y victimario (estatal). Bastará con que se detente un *poder de hecho* sobre el torturado, que se verifique una relación de disposición aunque más no sea sólo fáctica y por un período necesario para imponer los sufrimientos.-

Modalidades y tipología de la Tortura.-

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Cantoral Benavides c. Perú” (serie C, Nº 69, 2000, párr. 99); y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en caso “Selmouni vs. France” (dem. Nº 25803/94, 1999, párr. 101). En este sentido, el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez (ONU, Consejo de Derechos Humanos 22º período de sesiones), pone el énfasis en las prácticas abusivas en entornos de atención de la salud concluyendo que responden adecuadamente a la definición de tortura, y coincide con los principales elementos que integran dicha definición. Señala Mahiques en referencia al art. 3º CEDH, que el nivel de gravedad de cada calificación no es inmutable, y varía según las circunstancias y el contexto, por ello su escala de conflictividad es considera móvil. Remarca que aquella asignación jurídica pueda variar en el tiempo y aún en un mismo asunto, exemplificando con lo ocurrido en el ámbito europeo en los casos “Irlanda vs. Reino Unido” y “Herczegfalvy contra Austria” (autor y obra citada, págs. 226/227).-

⁴⁷ Repárese en que la figura del art. 144 ter, CP, conmina con la misma sanción punitiva que para el ilícito previsto en el art. 79 del CP. A decir de Soler “...la severidad de las nuevas escalas responde a una política criminal acorde con el espíritu que inspiró a las autoridades constitucionales electas en 1983...”.-

⁴⁸ Donna, Rafecas, Creus.-

⁴⁹ Buompadre, obra citada, pág. 554.-



Delineados los semblantes básicos de la definición modular de la figura, debe advertirse que las *modalidades* que logran adquirir los actos son múltiples y variadas, las que, claro está, pueden darse de manera combinada.-

Se indicó que pueden ser cometidos tanto mediante *acciones u omisiones* –*comisión por omisión*– e involucrar el empleo de distintos utensilios, instrumentos o sustancias (tóxicas o químicas)⁵⁰.-

Asimismo, como se dijo, puede manifestarse en términos de afectación *física*⁵¹ o *psíquica*⁵² de la persona, aunque cabe desde ya inquirirse si es posible ubicar algún caso concreto de tortura en el

⁵⁰ Tal el caso de las exposiciones químicas a la sal, pimienta picante, o gasolina en heridas o cavidades orgánicas, o la tortura farmacológica con dosis tóxicas de sedantes, neurolépticos, paralizantes.-

⁵¹ Las golpizas, quemaduras, abusos sexuales, colgamientos, aplastamientos, sujetaciones, cortes, descargas eléctricas, sumersiones, asfixias, son de forma genérica y amén de las variantes que pueden experimentar, las más comunes aflicciones. El Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos, en su informe final del 2012, identificó además los siguientes tipos de agresiones físicas, que nos interesan añadir por ser modalidades específicas y obtenidas del levantamiento de datos en establecimiento penitenciarios nacionales: *Ducha/manguera de agua fría*: es la práctica de meter a las personas sometidas bajo la ducha de agua fría o bien mojarlos con una manguera, se trata de un tipo de tortura que generalmente acompaña a los golpes y golpizas, y es utilizado para borrar las marcas de los golpes en los cuerpos de las víctimas; pero también es empleado como un modo de ocasionar sufrimiento por el frío o la presión del agua. *Plaf-plaf*: se trata de golpes simultáneos con las dos manos en ambos oídos. Pata-pata: son golpes en la planta del pie generalmente con palos. *Puente chino*: se obliga a pasar a la víctima entre dos filas de penitenciarios que propinan golpes simultáneamente. *Pila/pirámide*: se obliga a varias personas a apilarse unas arriba de otras, generalmente estando desnudas, hasta que quienes están abajo sufren ahogos por el aplastamiento. También puso de resalto que entre los tipos de tortura y/o malos tratos ocupan el primer lugar las agresiones físicas, destacando como los tres primeros contextos más frecuentes, los siguientes en este orden: a) durante riñas o motines b) denuncia o reclamo, y c) requisita de pabellón. Se señala que la causa principal es sumamente significativa en tanto constituye una circunstancia típica sobre la cual el discurso penitenciario intenta justificar el uso de la fuerza frente a la “alteración del orden”, indicando que la casuística demuestra que resultan acciones violentas de un carácter reactivo pero extemporáneo y desmedido. Resulta atractiva la conclusión sobre el punto, al decir: “En conjunto, la lectura de las tres categorías principales nos demuestra un cambio en la modalidad del despliegue de la violencia penitenciaria que implica cambios correlativos en los modos de gobierno penitenciario de las poblaciones presas. Así se va pasando de un modelo de presión violenta institucionalizada rutinaria a un modelo de violencia reactiva, un cambio que es correlativo de un sometimiento activo y violento a otro de “dejar hacer” (promoviendo la violencia entre las personas detenidas) y desplegar la violencia penitenciaria como represalia y escarmiento. Como indicaciones de esta transformación puede constatarse un aumento en las muertes violentas y las variaciones en las modalidades de aplicación de regímenes de aislamiento” (informe citado, pág. 43).-

⁵² Las falsas ejecuciones a las que se somete a la víctima, obligarlo a presenciar actos de tortura de otras personas, las traiciones forzadas, la agudización de la sensación de desvalimiento, la exposición a situaciones ambiguas o mensajes contradictorios, forzamiento a violación de tabúes o a la realización de prácticas contra la propia religión, la desorientación sensorial, o a dañar a otras personas mediante tortura o cualquier otro maltrato, son fieles exponentes de esta clase. La “tortura mental” es la que se deriva del permanente temor de padecer graves sufrimientos ante una inminente amenaza, ello de acuerdo a las circunstancias de la privación en las que se lo mantiene a la persona. Sobre el punto ha mencionado la CIDH: “...crear una situación amenazadora o amenazar a un individuo con torturarlo puede constituir, en algunas circunstancias, al menos, tratamiento inhumano.” (caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala”), y en idéntica dirección, “...Se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, y respecto a esta última, se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada “tortura psicológica”. (Caso “Maritza Urrutia vs. Guatemala”, sent. del 27 de noviembre de 2003, Serie C N° 103, párr. 92).-



que aún luciendo un perjuicio eminentemente corporal no conlleve obligadamente una connotación nociva en el psiquismo de la víctima⁵³.-

Piénsese, en el marco del derrotero propuesto sobre el variado universo afectivo multidimensional de la tortura, que sus efectos generadores podrán extenderse de forma directa sobre el destinatario, pero también mediante su aplicación a un tercero con un vínculo parental a éste o incluso meramente ocasional⁵⁴.-

Para que un acto pueda calificar en el concepto, no necesariamente debe extenderse en el tiempo ni requiere de una multiplicidad de conductas concatenadas en la sesión. Sino que, válidamente podrá consistir en un accionar fugaz que aisladamente lo configure –choques eléctricos (“picana eléctrica”) o la llamada “tortura dental”.-

No obstante, lógicamente podrá configurarse sobre la base de su *prolongación y/o reiteración sistemática*, aún cuando los actos individualmente considerados o en breves períodos no tengan entidad suficiente⁵⁵.-

⁵³ En este sentido, el “Protocolo de Estambul” (‘Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes’) alude a la existencia de una mera “diferenciación artificial” al pretender distinguir entre efectos que se provocan sobre uno u otro aspecto (Cap. IV, punto G).-

⁵⁴ En este caso, la tortura se despliega sobre un doble sujeto pasivo. Es la llamada “tortura oblicua”, definida por Rafecas, siguiendo a Maier, como aquella en la que el autor impone efectivamente graves sufrimiento físicos a una persona detenida, con el fin de producir en otra también necesariamente privada de su libertad, una mortificación psíquica insoportable, con el objeto de forzarla a hacer algo a lo que se resiste, o por cualquier otro móvil (autor y obra citada, pág. 123). Revelador en este sentido, resulta uno de los testimonios vertidos en la Causa nº 13/84 que juzgó a las juntas militares: “...Así, da cuenta Iris Etelvina Pereira de Avellaneda que oía los apremios a que estaba siendo sometido su hijo Floreal, de catorce años de edad, en otro ámbito de la misma dependencia policial en que se encontraban. Cuenta que oyó el ruego que el menor le hacia para que la madre pusiera fin al castigo contando lo que sabía de la fuga del padre, dato éste que, en definitiva, era lo único que interesaba a los aprehensores. Los tormentos oídos por la madre fueron luego comprobados con el hallazgo del cadáver de su hijo en las costas uruguayas del Río de la Plata... A algunas víctimas se las torturó junto a otras... ”.-

⁵⁵ Así las diversas formas de “torturas de posición”, consistentes todas ellas en atar o sujetar a la víctima en posiciones antinaturales (retorcidas o hiperextendidas, vgr. el llamado “chanchito”, sujeción de pies y manos a la espalda), las “torturas de suspensión”, en sus múltiples variantes, o el aislamiento. No puede dejar de mencionarse la denominada “tortura ubicua”, que es la que se deriva del efecto acumulativo de las condiciones inhumanas de cautiverio generalizadas y sistemáticas (como lo son el tabicamiento, supresión de la identidad, engrillamiento, supresión de toda forma de comunicación humana, aislamiento en espacios reducidos, padecimientos de connotación sexual, etc.) impuestas deliberadamente al detenido, y que conducen a la despersonalización del sujeto pasivo (Rafecas, obra citada, págs. 128 y ssqtes.). El caso testigo nacional por excelencia sin dudas lo constituirá la permanencia en Centros Clandestinos de Detención (CCD) en el contexto de la última dictadura cívico-militar, lo que de por sí, atento las condiciones de cautiverio que se predisponían, constituían tormentos en los términos de la ley vigente por entonces. Este criterio, que ha sido seguido por la mayoría de los tribunales de enjuiciamiento, permitió mejores posibilidades probatorias principalmente a nivel de la responsabilidad penal de los autores. En este sentido, se expidió el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de La Plata, en causa Nº 5.812.677 “Von Wernich”, del 2 de noviembre de 2007: “...Es así que las condiciones en que se produjo la estadía de las víctimas de autos en los centros clandestinos contienen claramente todos los elementos típicos objetivos y subjetivos del delito previsto en el artículo 144 tercero del Código Penal... ”. En el mismo sentido, la cámara federal que juzgó a las juntas militares (causa nº 13/84), al sentenciar: “...durante el secuestro, se imponía a los cautivos condiciones inhumanas de vida, que comprendían a muchos el déficit casi total de alimentación, el alojamiento en lugares insalubres, en los que no podían sustraerse de percibir los lamentos o ruidos



Sólo resta advertir que la inexistencia de *lesiones o marcas visibles* en la víctima no se elevará como condición indispensable para la ordenación a las características del delito, de hecho en las torturas que se materializan por secuelas de índole moral no será factible hallar rasgos en el cuerpo aparentes.-

Ámbito espacial y Momento de la tortura.-

No existen limitaciones en cuanto al *ámbito espacial* en que pueden tener lugar las torturas. La única precaución estará determinada en la circunstancia de que la persona se encuentre detenida, en el sentido que fuera tratado previamente, al momento de padecerlas.-

Siendo así, las conductas típicas se podrán cometer en el mismo lugar donde la persona sea mantenida privada de la libertad durante el período del sometimiento, legal o ilegal, contexto en el cual no puede omitirse el permanente riesgo de violencia física que caracteriza la rutinaria vida intramuros en nuestro país tanto con victimarios de la propia población carcelaria⁵⁶ como por parte de personal penitenciario o policial⁵⁷.-

Ello no implica necesariamente la perpetración en el interior de una construcción edilicia, sea pública o privada. Siquiera sería ilógico descartar la eventualidad que tenga realización a la

que se producían al torturarse a otros cautivos y el permanente anuncio, a través de hechos y de palabras de que se encontraban absolutamente desprotegidos y exclusivamente a merced de sus secuestradores...se desprende el total estado de indefensión en que se hallaban pues, principalmente de hecho aunque también de palabra, se le hacía conocer que se encontraban absolutamente desprotegidos y sometidos a la exclusiva voluntad de los secuestradores. Ya desde el momento mismo de la aprehensión quedaba claro que nadie iba a acudir en su ayuda. Pero a ello se agregaba el encapuchamiento inmediato; el traslado en el baúl o en el piso de un auto, o en un camión, maniatados; la llegada a un lugar desconocido donde casi siempre recibían de inmediato los golpes o la tortura; el alojamiento en "cuchas", boxes, "tubos", sobre un jergón o directamente en el suelo; el descubrimiento de que había otras personas en igual situación que llevaban largo tiempo así; la incógnita sobre cuál sería el desenlace y cuánto duraría; las amenazas de toda índole; la escasa y mala comida; la precariedad cuando no la ausencia de medios para satisfacer las necesidades fisiológicas; la falta de higiene y de atención médica; los quejidos; el desprecio y mal trato de los guardias; y todas las demás vivencias que fueron relatadas con detalle en el curso de la audiencia. También a ello se sumaba, a veces, la angustia de quien había sido secuestrado con algún familiar y que sufría ambos padecimientos simultáneamente. Todo ello debía seguramente crear en la víctima una sensación de pánico cuya magnitud no es fácil comprender ni imaginar, pero que, en sí, constituye también un horroroso tormento... " (capítulo XIII).-

⁵⁶ El Informe provisional del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, presentado de conformidad con la resolución 67/161 de la Asamblea (Sexagésimo octavo período de sesiones, tema 69 a), del programa provisional, A/68/150), párrafo 48, recuerda que la violencia entre reclusos puede equivaler a tortura u otros malos tratos si el Estado no actúa con la debida diligencia para prevenirla.-

⁵⁷ El informe anual 2012 del Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos ya mencionado refleja desde un completo análisis estadístico, valorando como parámetros de cotejo no solo una óptica cuantitativa de hechos acaecidos, sino considerativa de las lesiones causadas, y cantidad de personas intervenientes como agresores, tanto en el ámbito bonaerense como federal (ver en detalladamente en <http://gespydhiigg.sociales.uba.ar/rnct/informes-anuales/>).-



intemperie (como ser, en descampados o caminos alejados del ejido urbano)⁵⁸, o incluso a bordo de cualquier medio y tipo de transporte.-

En cuanto a la *oportunidad* en que se podrán suministrar, parece ocioso indicar que bien serán admitidas desde el mismo origen del impedimento libertario, también durante traslados iniciales o ulteriores de la persona.-

Tipo Subjetivo.-

La aplicación de los actos que funden la tortura deberá ser *intencional*. Habrá que analizar caso a caso, pero en principio resulta bastante con la verificación de, por lo menos, un *dolo eventual* en el agente; aunque algunos autores postulan sólo la admisión de *dolo directo*⁵⁹.-

En este carril, para descartar si en definitiva existió la posibilidad de que el autor no haya podido actuar sin representarse necesariamente el resultado lesivo causado y que no obstante haya decidido continuar adelante con la ejecución, el análisis de las circunstancias de comisión será primordial⁶⁰.-

Ya se indicó al abordar el concepto de torturas, que el mismo se encuentra alejado a otras *exigencias subjetivas distintas del dolo*, y que las finalidades o motivaciones que persiguió el agente resultan irrelevantes a los fines de la verificación de este aspecto del tipo.-

Consumación y Tentativa.-

⁵⁸ Así, la plataforma fáctica que le tocó juzgar al Tribunal en lo Criminal nº 1 del Departamento Judicial Bahía Blanca, Expediente nro. 885/10, del 13 de abril 2011, encontrando responsables del delito de Torturas a dos agentes policiales que en horas de la madrugada en un camino vecinal, cuando cazadores furtivos se encontraban realizando esa actividad (sin autorización, e ingresando clandestinamente a los campos aledaños para recoger sus presas), cuando patrullaban la zona rural, procedieron a su detención de manera violenta y degradante. Estimó el Tribunal "...los mecanismos empleados por los imputados como técnica de tortura resultaron los idóneos para conseguir el máximo sufrimiento de las víctimas, tal como lo refirieran M. R. y L. S. quienes resultaron contestes al sostener que en un momento pensaron "que los mataban", lo cual fue coincidente con lo vertido por J. V. R., quien al escuchar los disparos y ver los bultos en el suelo pensó que los habían matado..." (ver en www.iestudiospenales.com.ar).-

⁵⁹ Para Donna y Buompadre sólo es posible admitir el dolo directo en el agente, parten de considerar en este segmento las finalidades mencionadas por la Convención contra la Tortura de la ONU (art. 1º) y la expresión "intencionalmente" en su texto. El primer autor afirma la existencia de cuatro "formas de acción" dentro del tipo objetivo de la figura, las que coinciden con las finalidades esbozadas por el artículo citado, lo que explica la necesidad de exigir aquel dolo en el plano subjetivo.-

⁶⁰ En ciertos supuestos, por el tipo de mecanismo, instrumento, o modalidades seleccionadas para la aplicación de la sesión no cabrán dudas sobre la existencia de un dolo directo de parte del agente. En otros el agente no podrá negar que el resultado no fue admitido con su proceder –dolo eventual- (vgr. cuando por la reiteración o duración genere un grave sufrimiento al sujeto pasivo, recordando en este caso las graduaciones ascendentes de la intensidad de cada modalidad que fueran señaladas).-



El delito presenta las siguientes características: es de *resultado*, de *consumación instantánea*, y de *carácter permanente*. Ello determina que se consume en el mismo momento en que se provoquen los graves sufrimientos en la víctima, y que se extienda en ese estado hasta tanto se agoten esos efectos.-

Desde este punto de vista, es que el delito en cuestión admite su *tentativa*⁶¹, más allá de la obligación estatal derivada del artículo 4 de la Convención.

Barbero (ob. cit.: 267), invoca como ejemplos aquellos en que el autor monta un sistema de tortura y el hecho se ve frustrado por razones ajena a su voluntad, o aquel en el cual comienza a realizar actos de ejecución y pese al propósito de torturar que lo animaba no llegó a producir dolores físicos o psíquicos de la intensidad que requiere el tipo, por circunstancias ajena a su voluntad.-

Autoría y Participación.-

Conforme a lo que ha sido expuesto hasta aquí, el agente que priva de la libertad a la víctima de la tortura puede o no coincidir con aquel que la aplica. En el caso en que se junte en la misma persona el individuo ejecutor de ambos actos, el reproche deberá ajustarse mediante las normas del concurso real (*art. 55 CP*).-

También pueden ser impuestos, y generalmente así lo será, por una *pluralidad de personas* que se predispongan mediante un reparto previo de las funciones esenciales destinadas en la sumatoria a ese fin criminal. Su intervención en esa diagramación previa con aquel designio será coautoría aunque no se logre acreditar la actividad concreta que cada uno realizó⁶². A su vez ese grupo, podrá estar compuesto por funcionarios y particulares, que como vimos, con las condiciones expuestas, también pueden ser autores⁶³.-

En este marco, la responsabilidad penal no necesariamente deberá implicar la ejecución de propia mano de la conducta típica, ej. la aplicación de los golpes o el pasaje de corriente eléctrica, sino que podrá ser reprochable también la actitud consistente en realizar otras conductas imprescindibles (activas u omisivas) para el designio delictivo colectivo pre-ordenado, tanto cuando

⁶¹ Donna, Buopadre, Núñez.-

⁶² Tal lo resuelto por la Sala II del Tribunal de Casación, en fecha 09/12/2008, autos caratulados “G., R.R. s/ Rec. de Casación”, que, partiendo de la presencia de la víctima por espacio de más de dos horas junto a cuatro policías en una oficina de servicio de calle, momento hasta el cual no presentaba lesiones, sostuvo que resulta coautor de este delito cuando a pesar de que “...No se ha podido determinar con exactitud cuál fue la concretamente la actividad desempeñada por cada uno de los funcionarios en el interior de la oficina de servicio de calle, se sabe que todos actuaron movidos por un plan común de torturar a la víctima y que cada uno de ellos cumplió una función específica conforme ese plan...” (votos de los Dres. Celesia y Mahiques).-

⁶³ Se recomienda profundizar la cuestión con el análisis del trabajo de Kierszembau, ya citado.



la calidad del aporte sea propio del ámbito en el que tiene lugar la tortura, como cuando sea ajenos a esfera corporativa⁶⁴. Incluso la cooperación podría consistir en la mera omisión de su deber funcional⁶⁵.-

En esta senda de análisis, debe indicarse que la infracción penal podrá ser cometida mediante *comisión por omisión*, siendo encuadable aún el funcionario que exteriorice *pasividad* frente al conocimiento de un acto típico practicado por otro, cuando se encuentre en ejercicio de su cargo, siempre que por sus facultades inherentes al mismo asuma funciones de custodia y protección de la integridad física de detenidos o presos. Este supuesto estará supeditado a su grado jerárquico, en correlato con la posición -en mayor o menor medida- de garantía para con la intangibilidad del bien

⁶⁴ El caso del médico que está presente en la escena del crimen controlando los signos vitales del torturado y los efectos de los tormentos para evitar su muerte, o el que lo reanima para que estos continúen, o el del capellán que luego de su aplicación aparece para ‘aconsejarlo’ que brinde datos para evitarla nuevamente. Esta última referencia, conforme lo resuelto por el Tribunal Oral Federal nº 1, de La Plata, in re “Christian Federico Von Wernich” (causa N° 5.812.677, sent. del 2 de noviembre de 2007), al sostener “...No tiene en ese sentido ninguna importancia lo dicho por la defensa en cuanto a que Von Wernich llegaba “después” de la tortura. Era precisamente esa la tarea asignada en el grupo que integraba. En efecto, es tan torturador el que enchufa el cable en la pared como el que enciende la radio para que no se escuchen los gritos, el que pasa la picana por los genitales de la víctima, o el que llega después a “aconsejarle” que hable para no ser torturado nuevamente [...] cuando el que llega después a dar esos consejos, es además un sacerdote que se maneja con autoridad ante los carceleros entrando y saliendo a su antojo de las celdas, no es un torturador cualquiera, es uno calificado...”.-

⁶⁵ El aporte esencial ejecutivo pre-acordado del agente al cumplimiento del propósito puede consistir en la sola omisión del deber jurídico correspondiente (coautoría funcional por omisión de sus deberes), como sería el caso del guardia que evita dar cuenta a su superior de la tortura ejecutada por otro, practicada dentro del sector bajo su custodia, en pos del plan previsto de antemano. Esta hipótesis no debe ser confundida con el tipo penal del art. 144 quater inc. 1º (“omisión de evitar la tortura”), ni con la figura culposa del 144 quinque del CP. La interpretación además encuentra apoyo en el art. 3º *in fine de la Convención Interamericana contra la Tortura* al prever que los funcionarios no sólo serán responsables del delito de tortura cuando actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, y cuando lo cometan directamente, sino también cuando pudiendo impedirlo no lo hagan.-



jurídico⁶⁶ ⁶⁷. De ello, se deduce que no será aplicable tal criterio imputativo para el caso del particular, quien al carecer de tal rol sólo le serán atribuibles otras figuras comunes.-

En tanto que la norma penal en estudio, bajo las condiciones indicadas, admite que la tortura sea aplicada por *particulares*, obliga a indagar la casuística que comprende esa referencia. En primer lugar, resulta de toda lógica que se incluye la responsabilidad de los ciudadanos civiles desvinculados de la administración pública que intervengan en el suceso (vgr. allegados al círculo de los captores, e incluso otros detenidos actuando a instigación y al amparo de aquellos que detentan poder de hecho sobre estos) –*particulares en sentido estricto*-. En segundo lugar, se añade la posibilidad de abarcar hipótesis en las que participen ex funcionarios reintegrados de facto a la función y agentes estatales no nacionales⁶⁸.-

El abanico de intervenciones criminalmente responsables que pueden darse en una *estructura verticalista* conformada por agentes públicos en un estado democrático de derecho, cualquiera que sea el ámbito en el que actúen siempre que se verifiquen las condiciones típicas autorales señaladas, es de una colorida gama que involucra la instigación, la inducción y por supuesto la autoría mediata⁶⁹.-

⁶⁶ En este sentido, Rafecas establece para el delito de torturas una graduación acorde a la jerarquía del agente, concluyendo que para el caso del personal enclavado en un estrato superior o igual a la de aquel que aplica los actos *prima facie* ilícitos, no se presentan dudas acerca de su responsabilidad penal, ello pues siempre le será posible dar una contraorden, o bien para el segundo grupo, influir en la cesación del delito o reunir personal subalterno e interrumpirla por sus medios propios. Mientras que para el supuesto en que el agente revista un cargo inferior, la responsabilidad dependerá del contexto particular, pues se deberá evaluar y determinar la posibilidad de actuar en aquel sentido conclusivo (obra citada, pág. 158 y ssgtes.). Idéntica graduación, con citas al referenciado doctrinario, formuló la Sala II, del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, en causa nº 46.813, “D.S., V.R. y otro, s/ Recurso de casación”, del 16/08/2012, para descartar la queja defensista apuntalada en la pretensión de legitimar por vía del cumplimiento de un deber como subordinado respecto de agentes superiores, proceso en que se debatía la intervención atribuida a un funcionario policial –finalmente condenado- por la presunta comisión del delito de privación ilegitima de la libertad calificada, en concurso ideal con torturas seguida de muerte.-

⁶⁷ La Cámara Nacional en lo Crim. y Correcc. Federal de la Capital, resolvió in re "Etchecolatz, Miguel O." que "...es responsable del delito de tormentos, cometido en forma reiterada (arts. 55 y 144 ter., C.P.), quien detentando un cargo de responsabilidad en la Policía de la Prov. de Buenos Aires, intervino en acciones en la lucha antisubversiva, donde los detenidos permanecían privados de su libertad sin causa legal o control jurisdiccional y, además, eran sometidos a vejámenes o tormentos en locales policiales dependientes de una Dirección General cuya jefatura ejercían, siendo los autores materiales de los tormentos y custodios de los lugares de detención, personal bajo su mando. No lo exime en el caso al enjuiciado, la circunstancia de que él fue el transmisor de las órdenes que dice haber recibido, en todos los casos, del Jefe de Policía, puesto que las frecuentes visitas que admite haber efectuado a esos lugares, demuestran un cabal conocimiento acerca de lo que allí ocurría, tomando en cuenta la jerarquía que detentaba..." (Diario de J.A., núm. 5479 del 3/9/86, p. 18, citada por Soler, pág. 58).-

⁶⁸ Rafecas, obra citada, págs. 111/112, posando la atención en la actuación de civiles en el contexto de la última dictadura militar en nuestro país.-

⁶⁹ Recuérdese que el art. 3º de la Convención Interamericana contra la Tortura responsabiliza a los empleados o funcionarios públicos que, actuando en ese carácter, ordenen, instiguen, e induzcan a su comisión. Por otro lado, merece



Autoría mediata por el empleo de un aparato de poder organizado.-

En resumidas cuentas, tal fue la denominación de la tesis suscripta por *Claus Roxin*⁷⁰, fundamentada en el dominio del hecho de parte del “*autor de escritorio*”, quien se sirve de la garantía de acaecimiento del resultado delictivo a partir del aparato de poder que conforma, lo que le permite confiar en que el mismo será alcanzado aún cuando algún componente subordinado se negase a ejecutar las maniobras encomendadas.-

Esta teoría, que se presenta como una tercera vertiente de la modalidad autoral que le da su denominación, nace desde un escenario de aplicabilidad que se destaca por sus excepcionales circunstancias fácticas, en tanto asienta el castigo penal en que: *a) se trate de un integrante jerárquico de una estructura de poder, b) ésta organización se presente como instaurada en ajenidad a las pautas constitucionales, y c) fungibilidad de parte de quien ejecuta el suceso –subordinado-*. En estas condiciones, sólo respecto de aquel integrante se podrá postular la detención de la *decisión final* del suceso criminoso reprochado⁷¹.-

A pesar de valorar esencialmente el éxito que le asegura al agente (autor mediato) el aprovechamiento del enclave posicional que caracteriza a quienes se encuentran en la base piramidal (ejecutores de propia mano del delito), no se postula que éstos logren eximirse de responsabilidad penal por el acto desplegado.-

Imposibilidad de alegar ficciones jurídicas excluyentes de la responsabilidad.-

Culminando el punto debe indicarse que se descarta de plano la opción de que el agente acusado de imponer los sufrimientos pueda ampararse para eximirse del reproche penal respectivo en

mencionarse el caso resuelto por la CSJN, en “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto nº 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional” (del 30/12/1986, fallos 309:05), el cual se consideró a los jefes de los altos mandos de la dictadura militar iniciada en el 76’ como partícipes necesarios y no como autores mediatos de los delitos cometidos por inferiores.-

⁷⁰ Roxin Claus, en ‘Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal’, Séptima Edición, Marcial Pons, Madrid, 2000.-

⁷¹ Así, se ha entendido como requisitos necesarios para tal configuración: I) la existencia de un aparato organizado de poder, II) el cual sea desarrollado desde el Estado, en el marco de la no vigencia de un estado de derecho, III) fungibilidad de los ejecutores directos (Cám. Fed. Tucumán, 15/12/04, “Vargas Aignasse s/ Secuestro y Desaparición”, citado por Estrella-Godoy Lemos, pág. 106, punto 17). Nuestra Corte Federal, tuvo posibilidad de sentar su posición en cuanto a la aplicabilidad de esta teoría en el marco de la dictadura cívico militar instaurada en el país a principios del año 1976, el fallo será abordado en el acápite pertinente.-



institutos jurídicos, tales como la obediencia debida, el estado de necesidad, un deber jurídico, o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo.-

Se construye la *premisa* sobre el siguiente mojón: en el complejo de valores éticos que eleva nuestro ordenamiento jurídico al situarse enclavado en la actualidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde ninguna óptica puede ser admitida esta aberrante infracción⁷², ello independientemente de las circunstancias que fueren reinantes al momento y en el lugar en que ésta se revele⁷³.-

Siendo así, la posibilidad que por intermedio de la fórmula legal del *inc. 4º del art. 34 C.P.* se logre la impunidad del agente, debe ser descartada. En efecto, no existirá deber jurídico ni derecho, autoridad o cargo cuyo cumplimiento pueda acoger y consentir válidamente aquellos castigos propios de la tortura.-

El *orden jurídico* no puede permitir jamás este tipo de actos, a pesar de que autorice el ejercicio de coerción directa, pues tal injerencia logrará exceder los límites legales objetivos de

⁷² Los instrumentos internacionales del Derechos Humanos que fueron señalados al comienzo para la definición del concepto, prevén normas expresas sobre el punto: La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en su artículo 2.3.: “*No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura*”. Su similar nacido en el ámbito de la OEA refiere: “*Artículo 4º, El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente*.” Ni siquiera circunstancias excepcionales permiten la tortura. El artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es claro en este tema, pues si bien admite que “*En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social*.” (inc. 1º), tal facultad encuentra límite absoluto respecto de los artículos 6º –derecho a la vida- y 7º –torturas y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes-, entre otros que enumera el inc. 2º.-

⁷³ Puso de resalto el Tribunal encargado de enjuiciar a los altos mandos de las juntas militares que desplegaron el terror durante el período 1976-1983 en nuestro país (causa nº 13/84 ya citada), al descartar la posibilidad de que, más allá de las causales de exclusión de la antijuricidad expresamente estipuladas en el código penal, las acciones delictivas pudieran tener justificación material en otras hipótesis supra-legales. Estimó “*El tribunal concluye que las privaciones, ilegales de la libertad, tormentos, apremios ilegales, homicidios y robos que constituyen el objeto de este proceso, son también, materialmente antijurídicos. Esos hechos típicos dañaron bienes jurídicos de vital importancia y fueron antisociales, en la medida que, atacando los valores fundamentales de la persona, en los que reposa la vida comunitaria, y subvirtiendo los principales valores del derecho positivo del Estado contradijeron el orden jurídico que regula los fines de la vida social en común. No fueron un medio justo para un fin justo. Se estableció en el curso de esta fallo que los instrumentos empleados para repeler la agresión terrorista no respondieron ni al derecho vigente, ni a las tradiciones argentinas, ni a las costumbres de las naciones civilizadas y que el Estado contaba con otros muchos recursos alternativos que respondían a aquellas exigencias. Por lo expresado en el párrafo anterior, porque los medios empleados fueron atroces e inhumanos, porque la sociedad se conmovió y se sigue conmoviendo por ellos, no respondieron a las normas de cultura imperantes en la República, cuyo interés común, manifestado a, través de sus más diversas actividades, no está en la guerra sino en la paz, no está en la negación del Derecho, sino en su aplicación. Que no está, ni estuvo nunca, en la regresión a un primitivo estado de naturaleza. Si los ejemplos tienen algún valor, adviértase que la pena de muerte no se aplicó en las últimas décadas, no obstante estar prescripta en el Código de Justicia Militar y, por muchos lapsos en el Código Penal común.*” (capítulo sexto, b).-



racionalidad y proporcionalidad⁷⁴. Es decir, de ningún modo, podrán ser alegados esos incidentes sin que razonablemente deban ser calificados como *ilegítimos*, y menos aún resulta imaginable que se imponga un *mandato* de ese tenor en un estado democrático⁷⁵.-

Es que, si el fundamento del especial permiso otorgado para realizar una acción típica reside en la preservación de un bien jurídico determinado que se encuentra en peligro, lógica que es seguida por todas las causas de justificación, no es entendible cómo mediante la aplicación de tormentos pudiera lograrse la finalidad.-

Visto de esta perspectiva, la familiaridad del foco utilitarista del tema con la esencia que guía el instituto genérico del *estado de necesidad, justificante o exculpante*, es patente⁷⁶. Es más, partiendo de este razonamiento, no pueden sorprender teleologías que pretendan justificar la aplicación de tormentos en pos de la salvaguarda de intereses que al menos, en teoría y abstractamente, sean alegados como equiparables en importancia⁷⁷.-

Ahora bien aún en casos extremos, el sacrificio de los principios básicos atinentes a la dignidad humana no puede ceder. No sólo porque resulta contrario al complejo de instrumentos de derechos humanos imperantes y a la par fundantes de compromisos internacionales asumidos, sino además, porque así lo impone el ‘principio de superioridad ética del estado’ pilar de todo estado de derecho. Pero también se esgrimen razones que están vinculadas a la idea de evitar el riesgoso, y siempre difícil de precisar, poder que brindaría conceder una autorización en tal sentido a pesar que se pretendan establecer límites formales prefijados. Muy probablemente no tardarían en derivar de manera inevitable, en el atropello de otros derechos tal vez de la misma o mayor jerarquía, lo que a la postre terminaría deformando la apariencia del ‘*mal menor*’ alegada por aquellos defensores de la

⁷⁴ La resolución nº 1998/38 de la Comisión de Derechos Humanos recuerda a los gobiernos que el castigo corporal puede ser equivalente a un trato cruel, inhumano o degradante, o hasta a la tortura, pero no pueden ser considerados lícitos sólo porque hayan sido autorizados en un procedimiento legítimo en su forma.-

⁷⁵ Sin agotar el abordaje del efecto de cada construcción a nivel de la teoría del delito en que opere, algunos autores entienden al cumplimiento de un deber jurídico como excluyente de la tipicidad penal objetiva (aspecto conglobante), por descartarse la existencia de un pragma conflictivo (Zaffaroni, Alagia y Slokar).-

⁷⁶ Explican Zaffaroni, Alagia y Slokar que en el estado de necesidad el límite justificante o legitimante está dado por la ponderación entre los males evitado y causado, por ello, el inc. 3º del art. 34 lo limita al caso en que se provoca un *mal menor* para evitar un *mal mayor*. Cuando el sujeto se encuentra necesitado de actuar de modo lesivo, pero el mal que provoque no sea menor que el que evita, como en el caso de la *tabula unius capax*, podrá haber un estado de necesidad exculpante, en cuyo caso la conducta será antijurídica, pero sin que quepa formular el reproche de culpabilidad, pues al agente no será posible exigirle razonablemente otra conducta (autores citados, ‘Derecho Penal, Parte General’, Ediar, 2002, págs. 631).-

⁷⁷ Piénsese, en los lineamientos construidos por las potencias mundiales desde el inicio de la ‘guerra contra el terrorismo’ luego del 11/09/2001, o sin ir más lejos, en los fervientes pedidos sociales frente a hechos delictivos igualmente repudiables ello a fin de obtener datos esenciales para el decurso de la investigación con repercusión en el resguardo de vidas en peligro (vgr. casos de secuestros).-



tesitura. La historia de la humanidad ha ejemplificado perfectamente sobre los potenciales desbordes.-

En cuanto a lo que la doctrina denomina *obediencia debida* (C.P., inc. 5º del art. 34), para referirse al acatamiento que incumbe al inferior respecto de la orden ilegítima emanada del superior, la inteligencia expuesta que valora la calidad execrable del delito sella la suerte hacia la inadmisibilidad de esta causal⁷⁸, tal como lo exige el art. 2.2. último párrafo de la Convención.-

De tal modo, la antijuricidad del contenido de una orden que determine la aplicación de torturas a un detenido siempre será *manifiesta*, y por ello, éste mandato inválido sin necesidad de indagar sus formalidades, imposibilitando eludir el reproche penal del integrante de menor categoría.-

Pero por los argumentos que mencionamos al comienzo del punto y las cualidades propias de su oficio, la inexibilidad de una conducta diversa ni siquiera podrá alegarse por parte del ejecutor bajo la capa de alguna clase o grado de *error de prohibición*, sea directo o indirecto.-

⁷⁸ Así, la Sala III del Tribunal de Casación Penal, el 29/10/2009 en la causa N° 5.926 (Registro de Presidencia N° 22.108) caratulada “G., J. F. s/ Recurso de Casación”, sosteniendo que la eximente no incluye órdenes ilegítimas y la actuación policial (diez funcionarios policiales ingresaron en el sector calabozos de la Comisaría de Munro y, a instancias del Oficial de Servicio, golpearon a los detenidos entre los que se encontraba H. D. N. que sufrió fractura de tres dedos de su mano izquierda) no constituye legítimo ejercicio de la autoridad o cargo. En el mismo sentido, se indicó que: “*La obediencia debida que funciona como causa excluyente de la antijuricidad es la obediencia debida, y la orden manifiestamente delictuosa hay que desobedecerla porque en caso de discordancia entre el imperativo de la norma y la orden del superior hay que obedecer a la ley y no al funcionario superior abusivo.*” (TS Córdoba, 28/03/69, “Carino Armando”, citado por Estrella-Godoy, pág. 102, punto 5). Finalmente, el Informe provisional del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, presentado de conformidad con la resolución 67/161 de la Asamblea (Sexagésimo octavo período de sesiones, tema 69 a), del programa provisional, A/68/150), examina algunas cuestiones que suscitan especial preocupación, conteniendo recomendaciones específicas para actualizar las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, expresando que es crucial que se reconozca expresamente la prohibición absoluta de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en cualquier circunstancia, lo que se debe incluirse en el preámbulo de las Reglas (punto 33), indica que “...a fin de asegurar que se aplique la prohibición absoluta de la tortura y otros malos tratos como medio eficaz de prevención, el preámbulo propuesto y las consiguientes reglas procesales deben declarar sin ambigüedades que la obligación del Estado de prevenir la tortura también se aplica a todas las personas que actúen, de jure o de facto, en nombre del Estado parte, en colaboración con este o a instancias de él (observación general núm. 2 del Comité contra la Tortura, párr. 7). El Comité contra la Tortura ha señalado lo siguiente: ‘...no puede invocarse en ningún caso la orden de un superior o de una autoridad pública para justificar la tortura...Al mismo tiempo, los superiores jerárquicos...no pueden eludir la culpabilidad ni sustraerse a la responsabilidad penal por los actos de tortura cometidos o los malos tratos infligidos por sus subordinados si sabían o debían haber sabido que esas conductas inaceptables estaban ocurriendo, o era probable que ocurrieran, y no adoptaron las medidas razonables y necesarias para impedirlo (observación general núm. 2, párr. 26).’” (Punto 34).-



La jurisprudencia nacional resulta conteste en este punto⁷⁹. Asimismo, los órganos legislativos, luego de una etapa signada por su adormecimiento, han dado muestras de su intención formal de regular expresamente la normativa doméstica en adecuación a los estándares internacionales⁸⁰.-

Particularidades de la Figura.-

Agravamientos de la penalidad en razón del resultado: Inciso 2º del art. 144 ter.-

⁷⁹ Vale por caso mencionar lo ha resuelto en sentencia de fecha 06/12/2011, la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en causa N° 46.662, caratulada “B., R. A. y otros s/ recurso de casación”, indicando que los imputados condenados en relación al delito del art. 144 bis inc. 3º del CP, no se hallan comprendidos en la causal de justificación regulada en el *artículo 34 inciso cuarto del C.P.* “...toda vez que el cumplimiento de un deber legal nunca puede constituir como ilícito ningún acto, cualquiera sea el conflicto de deberes jurídicos que se impone a su titular, sea en forma concurrente, contradictoria o excluyente, pues siendo consecuencia necesaria que el hecho de que el cumplimiento de uno determine la lesión del otro, cualquiera sea el deber que se trate, la antijuridicidad de la conducta desaparece siempre y cuando el deber que el autor ejecute lo lleva a cabo en cumplimiento de la ley y conforme a derecho, siendo sólo en dicho supuesto cuando la acción carece de ilicitud. De lo contrario, y como ha sucedido en la presente, el accionar de los inculpados no puede ser entendido como cumplimiento de un deber, desde que imponer vejaciones, por el propio contenido que las caracteriza, en modo alguno puede ser catalogado como legítimo, desde que se trata de un accionar antirreglamentario y contrario a las garantías constitucionales y los derechos de los justiciables. Y cuando existe esta clase de contradicción entre diversos deberes, el autor está obligado a optar por aquél en el que predomine un interés superior sobre el de menor valía, de modo que el deber genérico pueda ceder ante el específico.” -

⁸⁰ La ley n° 25.779, finalmente declaró la nulidad de la ley de ‘Obediencia Debida’ (nº 23.521, que junto a su par n° 23.492, más conocida como ‘ley de punto final’, conformaron la llamada ‘legislación de la impunidad’) clarificando una situación que en la realidad ya había sido corregida por la intervención de la CSJN en el fallo “Simón” (328:2056). En este caso, el máximo Tribunal recogió el precedente de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en el caso “Barrios Altos” (fecha 14 de marzo de 2001), el que declaró que son “inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Cabe destacar por otro lado, el art. 13 de la ley n° 13.482 prescribe que el personal de las Policias de la Provincia de Buenos Aires, en el desempeño de sus funciones deberá adecuar su conducta a los siguientes principios básicos de actuación policial: “c)... No infiligr, instigar o tolerar ningún acto de torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o cualquier tipo de circunstancia especial o situación de emergencia pública para justificar la comisión de delitos contra la vida, la libertad o la integridad personal. Toda intervención en los derechos de los requeridos por su accionar debe ser moderada, gradual y necesaria para evitar un mal mayor a bienes o derechos propios o de terceros, o para re establecer la situación de seguridad pública.”. Por su parte el art. 9º de la ley n° 24.660 alude: “La ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Quien ordene, realice o tolere tales excesos se hará pasible de las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de otras que le pudieren corresponder.”. Además, la legislación en materia penal nacional, estipula (art. 205), que los programas de formación, actualización y perfeccionamiento del personal penitenciario contendrá el estudio de las Reglas Mininas para el Tratamiento de Reclusos y el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Particularmente este último reglamento, adoptado por Asamblea General (resol. 34/169, del 17/12/1979), prevé que ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infiligr, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 5º).-



La respuesta punitiva frente a la comisión del tipo básico parte de una elevada escala que principia en los ocho años (8) de reclusión o prisión y se alza hasta los veinticinco (25) años de la misma pena, con más la inhabilitación absoluta y perpetua para el funcionario público⁸¹. Pero se estipula el agravamiento de la penalidad del injusto base en razón de los *resultados* que deriven de la aplicación de las torturas, tanto cuando el autor sea funcionario público como particular.-

Se trata de dos hipótesis para las cuales la pena difiere, y la ley exige que se produzcan “... *con motivo u ocasión de la tortura...*”:

a) la muerte de la víctima, donde la pena será de reclusión o prisión perpetua; y

b) lesiones gravísimas, siendo la sanción de la misma especie, aunque en una escala que oscila de los diez (10) a los (25) veinticinco años.-

El agravante abarca tanto los *resultados culposos como los dolosos*⁸²: es decir, tanto aquellos queridos por el autor como los que son el reflejo de su obrar imprudente (*preterintencionales*).- Esta última posibilidad, cuando se trata de un desenlace fatal, no debe ser confundida con el supuesto del *art. 81 inc. “b”*, en tanto en la generalidad de las hipótesis no puede resultar extraño que el medio empleado pueda resultar idóneo para originarlo, por lo que será aplicable el *inciso segundo del artículo 144 ter* en tratamiento⁸³.-

A pesar de lo expuesto, deberá existir una *relación de causalidad* entre el resultado –lesión gravísima o muerte- y la tortura para poder ser aplicado el agravamiento⁸⁴.-

⁸¹ Como resulta sencillo de advertir, con el nuevo texto se equipara la punición de la Tortura a la prevista para el delito de Homicidio, lo que independientemente de la eficacia que pudiere traer aparejada la medida en términos de política criminal, resulta entendible en el contexto político reinante en el país ante el restablecimiento del orden republicano y que inspiró la reforma.-

⁸² Creus, obra citada, pág. 308; Rafecas, obra citada, pág. 195. En sentido contrario, Edgardo Donna (en ‘Derecho Penal, Parte Especial’, 2-A, Rubinzel Culzoni Editores, Sante Fe, 2001, pág. 198). Así también lo entendió la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, con citas a ese último autor, en fecha 16/08/12, en el marco de la causa N° 46.813 caratulada “D. S., V. R. s/ recurso de casación” y su conexa 46.815 “G., J. A. s/ recurso de casación”, en tanto a diferencia de lo decidido por el órgano de juicio inferior, estimó que las conductas imputadas no fueron el resultado de actos negligentes, imprudentes, imperitos, o inobservantes de los reglamentos o deberes, sino que las acciones verificadas revistieron en sí mismas, entidad y aptitud causal para provocar la muerte –como efectivamente ocurrió- sin que nada tenga de culposo la colocación deliberada y conciente de objetos que provocan una asfixia mecánica casi inmediata y que son utilizados hasta el límite de la resistencia física y psíquica de un sujeto privado de su libertad y en estado de absoluta indefensión (en el caso se había aplicado a la víctima el llamado “submarino seco”), concluyendo “...En síntesis, tanto el resultado muerte, como el de lesiones, deben poder ser imputados objetiva como subjetivamente a la imposición de torturas, por lo cual se requiere, desde el punto de vista subjetivo y atento a la penalidad, que el homicidio resultante sea a título de dolo, aunque sea eventual...”. Para Buompadre se trata de un resultado preterintencional que no queda abarcado por el dolo del agente.-

⁸³ Tal lo resuelto por la Sala II del Tribunal de Casación, en fecha 09/12/2008, autos caratulados “G., R.R. s/ Rec. de Casación”, votos de los Dres. Celesia y Mahiques.-

⁸⁴ Por lo tanto, concurrirá realmente la figura básica con el homicidio simple o agravado, cuando además de la tortura, la víctima sea ejecutada mediante un acto independiente de aquella (Rafecas, obra citada, pág. 197).-



A diferencia de la previsión anterior, redactada por *ley nº 14.616*, el texto actual de la norma ha eliminado como circunstancia agravante la calidad de que la víctima sea un *perseguido político*.-

Dificultades probatorias e investigativas de los delitos de tortura.-

Son numerosos los instrumentos internacionales de derechos humanos que ponen en cabeza de los estados signatarios la obligación de *prevenir, investigar y castigar* estas aberrantes infracciones⁸⁵. No se trata de una actividad discrecional⁸⁶. Empero, desde un plano objetivo, a pesar del riesgo de acarrear responsabilidad internacional, dejando de lado en este trabajo las razones sociológicas que los motivan⁸⁷, en función del contexto situacional en que generalmente tienen lugar, como también por los individuos que los protagonizan, el delito de tortura se caracteriza por presentarse como un gran escollo a la hora de la acreditación de la materialidad criminal e identificación de los involucrados, en el camino hacia la búsqueda de la verdad real de lo acontecido.-

⁸⁵ Entre otros, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, arts. 1º, 6 y 8, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, los "Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" (Adoptado por la Asamblea de la ONU en su Resolución 55/89 anexo, del 4 de diciembre de 2000), y el "Protocolo de Estambul". También la obligación estatal deriva de la jurisprudencia emanante de los organismos internacionales previstos en éstos como entes de aplicación y control. Para el caso argentino, ha sido señalado en distintas ocasiones la imposibilidad de desecharse o condonarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole las investigaciones sobre estos hechos (caso "Bueno Alves vs. Argentina", párrafo 90), remarcándose también que de otro modo "...se negaría el efecto útil de las disposiciones de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes, y se estaría privando al procedimiento internacional de su propósito básico, por cuanto, en vez de propiciar la justicia, traería consigo la impunidad de los responsables de la violación..." (Caso "Bulacio vs. Argentina", sentencia de 18 de septiembre de 2003, párrafo 116), e incluso poniéndose el énfasis en el notorio retardo en la investigación sin que exista explicación razonada ("Caso Bayarri vs. Argentina", sent. del 30 de octubre del 2008, párr. 117). Asimismo ver en el apartado pertinente el fallo E. 224. XXXIX. "Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal" (del 23 de diciembre de 2004).-

⁸⁶ El Informe provisional del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, presentado de conformidad con la resolución 67/161 de la Asamblea (Sexagésimo octavo período de sesiones, tema 69 a), del programa provisional, A/68/150), párrafo 63 refiere que la decisión de realizar o no una investigación no es discrecional, sino que constituye una obligación con independencia de que se presente o no una denuncia. La decisión del Comité contra la Tortura en el conocido caso "Blanco Abad c. España", en el que se consideró que una demora relativamente breve constituía una violación del artículo 12 de la Convención contra la Tortura, confirma la interpretación según la cual una pronta investigación, para que sea eficaz, debe iniciarse en un plazo de horas o, como mucho, de días.-

⁸⁷ Ver al respecto, la nociones de banalización de la tortura y de burocratización de los derechos humanos aludidas, por Iñaki Rivera Beiras, con expresa remisión al trabajo de Hanna Arendt, Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal. Barcelona: Ed. Lumen, año 2003.



De entre los distintos medios de prueba tradicionales, además de los *indicios médicos*⁸⁸, la acreditación de los extremos de la imputación por vía de la recolección de *testimonios* cumplirá un papel esencial en aquella tarea. Ello, pues según el caso, se podrá contar con el propio relato del damnificado o bien de terceros que hayan tomado conocimiento del hecho por medio de sus sentidos⁸⁹.

Pero este dispositivo acreditativo fundamental para el esclarecimiento, muchas veces puede verse entrometido por el temor de los perceptores a represalias futuras, particularmente cuanto se trate de declarantes (víctimas o no) detenidos en el mismo establecimiento en que evento tuvo lugar⁹⁰. En estos supuestos, sin perjuicio del necesario apartamiento de sus funciones de los involucrados, deberán adoptarse las medidas precautorias adecuadas garantizando a los comparecientes al proceso las *seguridades indispensables* para su integridad personal⁹¹.

Por esta razón, no pueden soslayarse, como se aprecia en la práctica en forma frecuente, los indicios de oportunidad derivados de las circunstancias de tiempo, modo, lugar y de las personas,

⁸⁸ Los exámenes médicos y psicológicos, revisten vital importancia con el norte de verificar el daño causado por el trato impuesto (“intensidad”), la experticia deberá ser exhaustiva, completada mediante fotografías, radiografías u otros estudios médicos, practicada con la mayor antelación posible, y en lo posible por personal ajeno al lugar de alojamiento en que estas tuvieron lugar en su caso. En esta última dirección, la precaución fue sostenida por la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (sentencia del 22/09/2005, causa N° 19.377).

⁸⁹ En este sentido, se menciona en el informe del año 2012 del Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos (RNCT) “...reafirmamos que aunque no sean denunciados habitualmente (producto de su naturalización o de los obstáculos en el acceso a la justicia), los testimonios recogidos en el contacto regular y directo con los presos y las presas dan cuenta de las profundas afecciones que esta multiplicidad de prácticas provocan. Esto exige romper con la lógica de la “verdad judicial” en su modelo clásico de “denuncia-investigación judicial-constatación directa, entonces, veracidad de los hechos” como única fuente de diagnóstico sobre el fenómeno. Ello implica superar las concepciones restrictivas de la tortura asociada a la “constatación” de lesiones físicas y colocar en el centro del proceso de verificación de los hechos la palabra de las víctimas...”

⁹⁰ En estos casos, el ya referido “Protocolo de Estambul”, estipula que cuando los declarantes se encuentren detenidos, ante la posibilidad que el interrogatorio pueda generar riesgo de sufrir represalias futuras, los entrevistadores deberán tener gran cuidado de no exponerlos en peligro, recomendando que se preferirá una “entrevista en grupo” o bien, se buscará un lugar en el que pueda mantener una entrevista privada y donde el testigo se sienta seguro para hablar con toda libertad (punto C ‘Procedimientos para la investigación de casos de tortura’, 2, c). Asimismo, sugiere pautas a fin de optimizar la entrevista frente a un potencial torturado, debiendo estimularse que se utilicen “todos sus sentidos para describir lo sucedido”, precisa que debe preguntarse “qué es lo que vio, olió, oyó y sintió” (punto C, 1, f).

⁹¹ Así, además de las posibilidades que prevean los códigos procesales respectivos (vgr. art. 233 bis del CPPBA, incorporado por ley n° 14253), deberán arbitrarse los medios para que esa deposición sea practicada ante autoridades judiciales, y buscándose un adecuado equilibrio entre la reubicación de la persona a esos fines y la evitación de conculcar otros derechos. La ley nacional n° 26.827, que crea el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (sancionada el 28/11/ 2012 y promulgada de hecho el 7/01/2013), y en su art. 54, prevé la articulación de un programa destinado a otorgar protección a aquellas personas privadas de la libertad que se encuentren expuestas a intimidaciones y/o represalias como consecuencia de las denuncias o informaciones que hubiesen proporcionado a los integrantes de ese sistema. Asimismo, es de mencionar el Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados de la Ley n° 25.764.



considerando especialmente que se trata de un núcleo reducido de autores, circunscripto aún más por la especificidad de la división de función pública.

La *inspección judicial* a los establecimientos de detención, se presenta en la actualidad como la forma más eficaz no sólo para prevenirla⁹², sino para tomar inicialmente conocimiento de estos actos, e impulsar su investigación desde la *notitia criminis* enterada⁹³.-

Pero la eficacia del monitoreo se ve aunada a ciertas condiciones que, de no considerarse, arrojará efectos contraproducentes⁹⁴. Se deberá llevar a cabo bajo protocolos de actuación que contemplen evitar poner en riesgo de venganzas futuras a los potenciales denunciantes, brindándoseles garantías de seguridad, y cuidando de no dejar pasar detalles que puedan hacer pensar estar frente a un caso de tortura⁹⁵.-

La dificultad demostrativa estará directamente vinculada al cuadro fáctico en el que tenga lugar el acto, siendo una herramienta útil una *reconstrucción histórica -retrospectiva y prospectiva de lo acontecido*: es decir, la recolección por distintos medios de datos que constaten los instantes

⁹² La aludida ley nº 26.827, que consagra el Mecanismo Nacional para la prevención de la Tortura, expresamente reconoce las inspecciones como principio esencial (art. 5º), creando el comité nacional contra la tortura y autorizando a concretar monitoreos y entrevistas con personas privadas de su libertad.-

⁹³ No debemos olvidar las omisiones punibles conexas a la tortura, incorporadas mediante la ley nº 23097, que entre otras tipifica la omisión de denunciar estos hechos (art. 144 quater, inc. 2º, CP). Novedosa e interesante aparece la posibilidad que desde la propia órbita estatal se autorice a funcionarios integrantes de la defensa a representar a las víctimas de estos delitos como querellantes. Así el caso de la Ley Orgánica de la Defensa Pública del Chubut (texto conf. Ley V - N° 139 promulgada por Decreto N° 854/12 del 8/06/2012), cuando en su artículo 20, al regular las funciones de los Defensores Públicos, menciona que, a más de ejercer la defensa de las personas en general en toda causa de naturaleza sancionatoria, acuerda "...En ningún caso ejerce la representación de quien pretende intervenir como querellante o actor civil en el proceso penal, a excepción del patrocinio y/o representación en causa penal de cualquier persona víctima de tortura, tratos crueles, inhumanos y/o degradantes y, en general, de violaciones a los derechos civiles y políticos, cometidos por funcionarios Públicos u otras personas en el ejercicio de funciones públicas, a instigación de aquéllos o con su consentimiento o aquiescencia, que manifieste su voluntad de denunciar el hecho y/o constituirse como querellante y/o actor civil.". Los resultados estadísticos obtenidos resultan reveladores de la productividad de la experiencia chubutense (ver más datos y estadísticas en www.defensachubut.gov.ar). Como complemento debe recordarse las "Reglas de Brasilia", al considerar a las personas privadas de su libertad como especialmente vulnerables, promoviendo su efectivo acceso a la justicia (capítulo 2).-

⁹⁴ Un buen parámetro lo da la Guía Práctica de "Monitoreo de Lugares de Detención" de la Asociación para la Prevención de la tortura, que partiendo de los beneficiosos resultados que surgen de las visitas a los lugares de detención como forma de prevenir la tortura, estructura las condiciones en las que éstas se deben ser practicadas, abarcando los momentos previos y los preparativos, la visita y entrevista en sí, como así también la realización de los informes y seguimiento.-

⁹⁵ De tal modo, el 'Protocolo de Estambul' afirma como primer parámetro: las visitas a los reclusos no deben tomarse a la ligera. Continúa explicando que las desinteligencias que pueden acontecer son susceptibles de generar graves consecuencias, indicando que una visita única sin un seguimiento que garantice la seguridad ulterior de los entrevistados, puede ser peligrosa; y en ciertos casos, una visita no seguida de otra puede ser incluso peor que ninguna visita. Particularmente, menciona "...Ciertos investigadores de buena voluntad pueden caer en la trampa de visitar una cárcel o comisaría sin saber exactamente qué es lo que están haciendo. Pueden obtener una visión incompleta o falsa de la realidad. Inadvertidamente pueden poner en peligro a unos presos que quizás nunca vuelvan a ver. Ello puede además dar una coartada a los torturadores, que utilizarán el hecho de que personas del exterior hayan visitado su prisión y no se hayan percatado de nada..." (Cap. IV).-



previos y posteriores a que la víctima haya tomado contacto con los eventuales autores de la tortura⁹⁶; resultando asimismo imperiosa la readecuación de las estructuras y recursos estatales de investigación tanto judicial como pericial para garantizar la posibilidad de satisfacer el mandato de seriedad en la determinación judicial de los hechos de estas características⁹⁷.-

Un enfoque especial se ha postulado para aquellos casos en que las graves violaciones a Derechos Humanos provengan de una maniobra sistemática y generalizada impulsada y sostenida por el Estado. En tanto que, probadas éstas prácticas en esas condiciones, la existencia del lugar en el que se ejecutaban (vgr. CCD, en el caso nacional), y la circunstancia de que la víctima haya estado presente en el mismo durante ese período, no se requerirá la verificación del acto concreto o puntual ni de los elementos de tortura, ni del nexo entre éstos y el presunto autor⁹⁸.-

La tortura como delito de lesa humanidad.-

La existencia de actos de tortura perpetrados por funcionarios del estado no significa que deban ser calificados *per se* como *delitos de 'lesa humanidad'*. Para ello deberán verificarse sus notas características, siendo de relevancia el análisis del *art. 7 del Estatuto del Tribunal Penal*

⁹⁶ Válido resulta señalar la presunción sostenida por la CIDH para estos delitos, invirtiendo la carga probatoria, poniéndola en cabeza del Estado para merituar su responsabilidad, en los siguientes términos: "...La Corte estima que los malos tratos y torturas fueron practicados por las mismas personas que secuestraron y dieron muerte a los jóvenes. La Corte al haber establecido que los responsables de estas últimas conductas eran miembros de la Policía Nacional (...) es del caso concluir que los autores de los malos tratos y torturas que se produjeron en el lapso que medió entre la captura y la muerte, fueron agentes del Estado, ya se trate de los investigados y acusados en los procesos internos, o de otros. Debe tenerse en cuenta, al respecto, la presunción establecida por la Corte Europea al considerar responsable al Estado por los malos tratos que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales, si las autoridades son incapaces de demostrar que estos agentes no incurrieron en tales conductas." (Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, considerandos nº 169 y 170. En el mismo sentido sobre la recepción de tal presunción, el TEDH en el caso "Ribitsch c. Austria", sentencia del 4 de diciembre de 1995). Desde ya que, en modo alguno podrá ser considerada una regla aplicable al proceso penal en el que el juzgamiento sea puesto en cabeza de personas físicas.-

⁹⁷ Conforme se desprende de las exigencias del sistema interamericano de derechos humanos. Por todos, ver el citado caso "Bulacio vs. Argentina" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.-

⁹⁸ En virtud de las especiales características de los delitos, la responsabilidad penal podrá derivar de la acreditación de la relación entre el presunto autor –vgr. responsable del establecimiento-, el lugar de detención y la permanencia de la víctima en el sitio. Ello ha sido una constante presente en los juicios practicados a los principales responsables de los crímenes encuadrados en el plan sistemático instaurado por la última dictadura cívico-militar padecida por nuestro país. La postura encuentra respaldo en la CIDH, organismo que ha sostenido que: "...una política de desapariciones, auspiciada o tolerada por el Gobierno, tiene como verdadero propósito el encubrimiento y la destrucción de la prueba relativa a las desapariciones de los individuos objeto de la misma. Cuando la existencia de tal práctica o política haya sido probada, es posible, ya sea mediante prueba circunstancial o indirecta, o ambas, o por inferencias lógicas pertinentes, demostrar la desaparición de un individuo concreto, que de otro modo sería imposible, por la vinculación que ésta última tenga con la práctica general." (Corte IDH, Caso "Godínez Cruz", Sentencia de 20 de enero de 1989).-



Internacional anexo al Tratado de Roma, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante *ley n° 25.390* –B.O. 23/01/01- (conf. Barbero, ob. cit.).-

Según dicha normativa, por crimen de lesa humanidad deberá entenderse “...cualquiera de los actos siguientes cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque...”, entre los cuales se menciona la *tortura* (apartado “f”), entre otros.-

Es decir que, el alcance estará dado por los términos que califican al ataque, esto es que sea: “*generalizado*” –como sinónimo de ‘masivo’, desde el punto de vista de los destinatarios de las agresiones-, y “*sistemático*” –que tiene en mente la existencia de un objetivo político, la perpetración de un acto criminal a gran escala, la repetida y continua comisión de actos inhumanos conectados entre sí, la preparación y uso de significativos recursos públicos o privados (militares o no), y que en la formulación y adopción del plan metódico se encuentren involucradas autoridades militares o políticas de alto nivel⁹⁹.-

La repercusión práctica más importante de esa categorización se notará especialmente a la hora de alegar frente a ellos la *prescripción* de la acción penal, con consecuencia directa en la absolución del acusado de haberlos cometido. La normativa y jurisprudencia nacional es reiterada en consagrar la inoperatividad de este instituto receptando el criterio sostenido en el ámbito internacional de los derechos humanos en relación a la imprescriptibilidad de estos delitos¹⁰⁰.-

Jurisprudencia de la C.S.J.N.-

CSJN, “Arancibia Clavel” (Fallos 327:3312, sent. del 24/08/2004)¹⁰¹.

⁹⁹ Así fue definido la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en fecha 15/10/2009, en la causa n° 26782. Ver asimismo, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “Derecho, René Jesús” (11/07/2007; Fallos, 330:3074). En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha indicado que los crímenes contra la humanidad incluyen “...la comisión de actos inhumanos [...] cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil...” (Casos “Almonacid Arellano”, párr. 96, y “Bueno Alves”, párr. 87).-

¹⁰⁰ La “Convención sobre desaparición forzada de personas” -ley n° 24.556, art. VII- y la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” -ley n° 24.584- son los instrumentos que regulan la materia. Asimismo, ver lo dicho por el más alto Tribunal de la Nación en la causa “Arancibia Clavel” (Fallos, 327:3312), y por la CIDH en el caso “Barrios Altos vs. Perú”. En el caso “Esposito” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (23/12/04), la inviabilidad del instituto en cuestión fue declarada para una hipótesis en la cual no se verificaban los requisitos de típicos de los delitos de lesa humanidad, pero la recepción de ese criterio tuvo en miras los argumentos dados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Bulacio vs. Argentina”, y la necesidad de su acatamiento a fin de evitar responsabilidad al Estado Nacional, aunque limitado para ese proceso en concreto sin que quepa a priori establecer reglas generales de extensión a otros similares.-

¹⁰¹ Presupuestos de hecho: El TOCF N° 6 condenó a Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el art. 210 bis, incs. a, b, d, f y h del Código Penal (asociación ilícita agravada, ley 23.077) en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado



La Corte valora la aplicabilidad del *instituto de la prescripción* en función de los llamados *delitos de lesa humanidad*¹⁰², reconociendo que la garantía que importa que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia por el transcurso del tiempo, encuentra excepción ante actos que constituyan aquellos crímenes.-

Así, en los considerandos 20 y 21 del voto mayoritario, sostuvo: “*Que el fundamento común del instituto de la prescripción, independientemente del objeto al que aluda -de la acción o de la pena-, es la inutilidad de la pena en el caso concreto, en los que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juicio, o entre la condena y su ejecución, hace que la persona imputada no sea la misma, como así también que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia vivencial conflictiva, para pasar a ser un mero hecho histórico anecdótico. En definitiva escapa a la vivencia de sus protagonistas y afectados. Que la excepción a esta regla, está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se tratan de supuestos que no han dejado de ser vivencia dos por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma.*”.-

Pero yendo más allá en su análisis, determina el alcance y el modo de articulación de esta regla ante hechos cometidos con anterioridad a la normativa que le dio recepción expresa en el ordenamiento jurídico internacional.-

De tal modo, optó por su *aplicación retroactiva* en función del derecho internacional público de origen consuetudinario, razón por la que no se estaría forzando el presupuesto de la prohibición de la retroactividad de la ley penal: “*Que esta convención [sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra] sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De*

de dos o más personas de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni. La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo, a raíz del recurso interpuesto por la defensa, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple. La Corte Suprema, por mayoría, dejó sin efecto la sentencia apelada por la querella en representación del gobierno chileno. El criterio sentado es reiterado en la causa “Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ recurso extraordinario”, sentencia del 17 de febrero de 2009.-

¹⁰² “*Que los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos -entre los que debemos contar el formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución-, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional. Que en consecuencia el formar parte de un grupo dedicado a perpetrar estos hechos, independientemente del rol funcional que se ocupe, también es un crimen contra la humanidad.*” (considerandos 16 y 17 de la mayoría).-



esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos.” (Considerando 28).-

CSJN, "Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa" (E. 224. XXXIX, sent. del 23/12/2004).-

Partiendo del precedente “*Bulacio*”, el máximo tribunal nacional entendió que la declarada responsabilidad internacional del Estado Argentino por la deficiente tramitación de aquel expediente, resultaba de cumplimiento obligatoria (art. 68.1, CADH). En consecuencia, proyectó que la confirmación de la decisión del inferior por la cual se declaraba extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado.-

Concluyó: “...el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado, por lo que corresponde declarar inaplicables al sub lite las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en un caso que, en principio, no podría considerarse alcanzado por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad (“Convención sobre desaparición forzada de personas” -ley nº 24.556, art. VII- y “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” -ley 24.584-)...”, disponiendo por unanimidad la reapertura de la causa por la muerte del joven Walter Bulacio, revocando la decisión del inferior de declarar extinguida la acción penal por prescripción y sobreseer definitivamente en la causa a Miguel Ángel Espósito, por el delito que había sido oportunamente acusado¹⁰³.-

CSJN, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto nº 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional” (30/12/1986, fallos 309:05).-

En el contexto del entendimiento de los recursos extraordinarios interpuestos contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y correccional Federal, mediante la cual se condenó a los imputados *Jorge R. Videla, Emilio E. Massera, Roberto E. Viola*, y

¹⁰³ Recién a fines del mes de septiembre del año 2013, luego de 22 años de la muerte de Walter Bulacio, se iniciaron en el Tribunal Oral en lo Criminal N° 29 de Capital Federal las audiencias de juzgamiento al ex comisario Miguel Ángel Espósito por el delito de privación ilegal de la libertad.-



Armando Lambruschini¹⁰⁴, y en particular al tratar el planteo defensista que recaía en cuestionar la aplicación del art. 514 del Cód. de Justicia Militar¹⁰⁵, la Corte tuvo ocasión de practicar importantes observaciones en lo concerniente a la intervención criminalmente responsable de los altos mandos militares por hechos ilícitos cometidos en aquella época, expidiéndose sobre la aplicabilidad de la teoría de Roxin fundada en la utilización del autor de un *aparato de poder organizado*.-

En virtud de ello, el Tribunal afirma que la inteligencia realizada por el inferior -aplicando forzada y analógicamente el art. 514 y declarando a los acusados autores mediatos de esos delitos- ha configurado una *interpretación extensiva* efectuada en perjuicio de los encartados, y les ha atribuido un grado de participación más pleno agravando su situación, lo que está vedado por el principio constitucional de legalidad del régimen penal nacional¹⁰⁶. Indicó que “...en las circunstancias

¹⁰⁴ La sentencia del inferior atacada tuvo por demostrado que en fecha cercana al 24 de marzo de 1976, algunos de los procesados, en su calidad de comandantes en jefe de sus respectivas fuerzas, ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista, que básicamente consistía en: a) capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; c) interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; e) realizar todas esas acciones en la más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado el secuestro y el lugar de alojamiento; y f) dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente. Esos hechos debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir las reglas que se opusieran a lo expuesto. Asimismo, se garantizaba la impunidad de los ejecutores mediante la no interferencia en sus procedimientos, el ocultamiento de la realidad ante los pedidos de informes, y la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias realizadas eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno. Para permitir su cumplimiento, los Comandantes dispusieron que los ejecutores directos fueran provistos de los medios necesarios, ropa, vehículos, combustibles, armas, municiones, lugares de alojamiento de los cautivos, víveres y todo otro elemento que se requiriera. Que en virtud de las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, tormentos y homicidios, fuera de otros cometidos por los subordinados -como los robos producidos, consecuencia del sistema adoptado-.-

¹⁰⁵ Estas defensas argüían que el sentenciante incurrió en un indebido análisis del art. 45 del Cód. Penal, pues sostienen que el art. 514 del Cód. de Justicia Militar no contemplaba un supuesto de autoría, sino que establece una ficción de responsabilidad referente sólo a los subordinados, por lo cual al emplearlo para calificar la conducta de sus asistidos, se ha realizado una interpretación extensiva que afecta la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional.-

¹⁰⁶ El sentenciante inferior analizó el encuadramiento de la conducta de los procesados de acuerdo con las reglas de los arts. 513 y 514 del Cód. de Justicia Militar. Sostuvo así que el primero de dichos artículos establece que en los delitos de jurisdicción militar, la participación será considerada y reprimida según las pautas del Código Penal, salvo los casos expresamente previstos para determinadas situaciones; y que el art. 514 es la excepción a esta regla, pues determina que en los delitos cometidos por la ejecución de una orden del servicio, el único responsable es el superior que la dio; a quien asignó carácter de autor mediato por aplicación del principio del dominio del hecho -que consideró esencial para la determinación de aquél- estimando que coexiste con el autor inmediato voluntario y consciente de la ejecución. Por el contrario, la Corte estableció que la interpretación del art. 514 del Cód. de Justicia Militar que se ha efectuado no resulta adecuada a derecho.-Cuestiona, luego de un breve examen efectuado de la doctrina y la jurisprudencia en el derecho comparado, que el sentenciante admite -fundado en la tesis de Roxin- la coexistencia de la autoría mediata, con la figura del ejecutor responsable -autor inmediato-, situación que aún se daría en el supuesto en que se dominara la voluntad de éste a través de un aparato organizado de poder, en el que el ejecutor sería sustituible y no actuaría como una persona individual, sino como un engranaje de aquella maquinaria. En estas condiciones, sostienen que si lo determinante de la



fácticas que se han dado por probadas, el dominio mental del hecho y la realización de acciones extra típicas encaminadas con abuso de poder hacia la ejecución colectiva por otros, no puede representar otra cosa que la cooperación intelectual y material para que los subordinados realizaran las características de los tipos de homicidios, privaciones ilegítimas de la libertad, tormentos y demás delitos investigados; es decir que tal como sucedió en el caso, los que impartieron las órdenes y brindaron los medios materiales para realizar los hechos ilícitos analizados son **partícipes como cooperadores necesarios**, y no autores en los términos del art. 45 del Cód. Penal... ”¹⁰⁷. Es que en definitiva “...al emitir los procesados las órdenes verbales secretas e ilegales para combatir el fenómeno terrorista, como así también al proporcionar a sus ejecutores directos los medios necesarios para cumplirlas, asegurándoles que luego de cometidos los delitos no serían perseguidos ni deberían responder por ellos, garantizando su impunidad, han realizado una cooperación necesaria consistente en la contribución acordada con otros partícipes para la comisión del hecho; es decir, que en el "iter criminis", su actividad coadyuvó a la realización del delito, bien entendido que la circunstancia de que la responsabilidad penal de estos partícipes primarios sea igual a la del autor, no significa que la estructura de su conducta sea la misma, porque en todo caso ésta es ajena a la realización de la acción típica como ejecución... ”.-

Por lo que, de este modo se confirma la sentencia apelada, aunque modificando la calificación en cuanto a la *calidad de la intervención criminal*: de autores mediatos de los procesados deriva a la de **partícipes como cooperadores necesarios**; manteniendo las penas impuestas oportunamente atención a la equiparación punitiva dispuesta por el art. 45 del Código Penal¹⁰⁸.-

autoría delictiva no es la realización de los tipos penales sino el dominio del hecho por fuera de los límites formales de aquéllos, la legalidad de los delitos y de las penas, la "ley previa", queda sin fundamento, y así se lesiona el principio que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional.-

¹⁰⁷ Valora en este punto que el hecho ha sido fijado por la sentencia como que "los cuadros inferiores tenían amplia libertad para determinar la suerte del aprehendido que podía ser liberado, sometido a proceso civil o militar o eliminado físicamente", con lo cual no se admite el grado de sometimiento a que estarían sujetos los ejecutores y que supone el criterio del "aparato de poder" de Roxin.-

¹⁰⁸ El fallo fue dictado con la *disidencia* de los Sres. Ministros Dres. Enrique Santiago Petracchi Jorge Antonio Bacquè, quienes partiendo de la premisa de que, aún en el caso en que el ejecutor de un plan general, los superiores conservan el dominio de los acontecimientos a través de la utilización de una estructura organizada de poder, circunstancia que los constituye en autores mediatos de los delitos así cometidos. Refieren “*Esta concepción de la autoría mediata es plenamente aplicable a la causa, ya que la estructura jerárquica de la institución militar posibilita, a quien se encuentra en su vértice, la utilización de todo o parte de las fuerzas bajo su mando, en la comisión de hechos ilícitos. Ese es el motivo por el cual, a juicio de esta Corte, el art. 514 del Cód. de justicia Militar conserva la responsabilidad de los superiores, aun en aquellos casos en los cuales ejecutores sean plenamente responsables.*”.-