



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En la ciudad de La Plata a los trece días del mes de octubre del año dos mil once, siendo las horas, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores, Carlos Ángel Natiello, Horacio Daniel Piombo y Benjamín Ramón Sal Llargués, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa **N° 33.747** de este Tribunal, caratulada: **"ANDRADA, Gustavo Marcelo s/ recurso de casación"**. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **NATIELLO - SAL LLARGUES - PIOMBO**, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

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

I.- Llega a esta Sede recurso de casación interpuesto por el Sr. Defensor Particular, Dr. Fernando Roque Barrionuevo, contra la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal N° 6 del Departamento Judicial San Isidro, por la cual se lo condenara a Gustavo Marcelo Andrada a la pena de tres años y seis meses de prisión e inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos y para tener o portar armas de todo tipo,

accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de omisión de evitar actos de tortura (arts. 12, 19, 29 inc. 3°, 45, 144 cuarto inc. 1° en función del art. 144 tercero inc. 1° del C.P. y 375, 530 y 531 del C.P.P.).

II.- Se agravia en primer lugar la Defensa al cuestionar la valoración de la prueba justificante de la materialidad ilícita y la participación de su pupilo en el hecho objeto de debate, y la arbitraria conclusión del sentenciante, ha incurrido en una inobservancia de los arts. 1, 209, 210, 371 inc. 1° y 2° y 375 del C.P.P., y por consiguiente en una errónea aplicación del derecho.

Se agravia además, por considerar inobservadas las mandas determinadas por los arts. 40 y 41 del C.P. y 373 y 210 del C.P.P., al aplicar el Tribunal la pena de 3 años y 6 meses de prisión y costas, sin el desarrollo expreso de las cuestiones y/o motivaciones que le permitieron acceder a tan severa condena en contra de su asistido.

Formula reserva para interponer, de ser necesario, el recurso extraordinario por ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Finalmente solicita se acepte el presente recurso a favor de Gustavo Marcelo Andrada y se dicte nueva sentencia haciendo lugar al recurso planteado disponiendo la libre absolución del imputado.

III.- Concedido el recurso, radicado en Sala a fs. 68, notificadas las partes, el Fiscal ante esta Sede, Dr. Carlos A. Altuve, considera que el mismo no debe prosperar, por no demostrar el recurso cabalmente el absurdo que permitiría entrar en la consideración del mismo y manifiesta que el quejoso no demuestra en su cuestionamiento la existencia de arbitrariedad en la fijación de la pena, ni déficit en la fundamentación; por lo que debe rechazarse la pieza recursiva; y encontrándose el presente en estado de dictar sentencia se decide plantear y resolver las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es admisible el recurso de casación interpuesto?

2da.) ¿Se han acreditado las violaciones legales denunciadas?

3ra.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

La recurrida es sentencia definitiva en los términos del artículo 450 del ceremonial, se han cumplido las mandas del artículo 451 del mismo cuerpo en punto a anunciar el recurso y traerlo en tiempo y se invocan motivos de los contemplados en el art. 448 todos del rito penal.

Voto por la afirmativa.

A la misma primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

A la misma primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:

Adhiero al voto de los colegas preopinantes, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

A la segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

I.- Cuestiona la Defensa ante esta Sede, que la conclusión, que sobre los hechos realiza el sentenciante, no conforma una lógica derivación de las circunstancias acreditadas en el debate, y como directa consecuencia de tal situación, se han inobservado y/o erróneamente aplicado las normas contenidas en los arts. 1 (en cuanto establece el principio favor rei), 371 inc. 1° y 2° y 375, 209 y 210 del C.P.P.; arts. 144 cuarto inc.1° en función del art. 144 tercero inc. 1° del C.P.; art. 171 de la constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Manifiesta que en cuanto al establecimiento del fundamento no normativo o de hecho, la decisión debe descalificarse pues prescinde de prueba decisiva. Es decir se agravia por cuanto el Tribunal interpreta los dichos de Andrade de una manera sacramental, sin realizar el más mínimo trabajo de confrontarlo con los demás elementos de prueba y que además surgen del propio desarrollo de la sentencia cuestionada.

La autoría del imputado, como la existencia del hecho queda probado en la causa con la declaración de la

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

víctima Hugo Oscar Andrade, afirmaciones que son complementadas y corroboradas con el informe de un integrante del Cuerpo Médico de Tigre, del que surge que se examinaron las regiones del cuerpo de la víctima, refiriendo que fueron asiento de lesiones, presentando excoriaciones y equimoma en región frontal, equimosis y hematoma periorbicular izquierdo, excoraciones en cuero cabelludo sobre región occipital, hematoma en labio inferior, excoriaciones y equimosis lineales en ambos brazos y antebrazos, hematoma en dorso de mano izquierda, excoriaciones lineales en región glútea, no apreciándose signos de penetración anal. Se adunan los certificados del Hospital de Tigre donde fuera atendido. Declaración de Sergio Daniel Romero, Oficial de Servicio del día del hecho y superior del imputado.

Quedando acreditado en autos que el día 10 de agosto de 2002, a partir de las 20hs, aproximadamente, mientras el cabo 1° Gustavo Marcelo Andrada cumplía funciones de imaginaria, estando a cargo de los calabozos existentes en la Comisaría Tigre 5°, de El Talar, en la que se encontraba alojado en calidad de detenido Hugo Oscar Andrade, el resto de la población que compartía el encierro, a la vez que le decían que tenía una causa por



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

violación, le provocaron al nombrado todo tipo de vejámenes, consistentes en propinarle golpes por todo el cuerpo, con palos y un secador, lo desnudaron, le cortaron el pelo, le afeitaron la cabeza, le quitaron la comida, le tatuaron un pene en un brazo y otros tatuajes en las nalgas, lo cortaron, lo quemaron con cigarrillo, le tiraron en el cuerpo agua fría y luego agua hirviendo, le pasaron corriente eléctrica por la espalda directamente con cables enchufados y pelados, amenazándolo con que la iba a pasar re mal. Mientras esto sucedía, la víctima gritó con intensidad no acudiendo ningún policía en su ayuda, a quienes no podía ver pero sí escuchar sus pasos, hasta que siendo aproximadamente las 23hs, aquélla simuló un desmayo, por lo que los propios agresores llamaron a la imaginaria, y es recién entonces cuando responde el imputado.

Las constancias probatorias reseñadas conducen lógicamente y razonadamente a formar en el ánimo de los sentenciantes la convicción sincera sobre la ocurrencia de los hechos en juzgamiento tal como han sido descriptos.

Es de resaltar que la autoría que se imputa a Gustavo Marcelo Andrada, por el hecho descrito ut supra,

surge principalmente de la imputación directa efectuada por la víctima Hugo Oscar Andrade, quien al prestar declaración manifestó que mientras sufría estos maltratos referenciados en los anteriores párrafos, gritaba muy fuerte, pero eso los enfurecía más, y hacía que le pegaran aún más, quienes en esos momentos no le taparon la boca, y sin embargo nadie fue en su ayuda, aunque estaba seguro que sus gritos de auxilio, durante el transcurso de más de 2 horas, fueron escuchados; ya que el volumen de la radio no era tan alto como para tapar su voz. Así también hace referencia que cuando los agresores llamaron al imaginaria, éste respondió, "vino al toque" (sic), aunque no recuerda haberlo visto mientras lo torturaban pero insistió en haber oído sus pasos.

Que atento a la prueba reunida en el presente legajo y como tengo dicho en causa n° 41.429, el principio de libertad probatoria que rige en nuestro sistema procesal autoriza a los juzgadores a formar convicción sobre la base de los dichos de un testigo aunque éste haya sido víctima del hecho (cf. arts. 209 y 233 del rito); configuran un cuadro probatorio, cuya crítica es improcedente a la vez que insuficiente para desmerecer en el marco de los artículos 209, 210 y 373 del C.P.P., la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

fuerza convictiva que irradia del análisis conjunto de los indicios meritados.

En fin, no advierto quiebres lógicos, jurídicos o apreciativos en el razonamiento del *a quo*, ni surge del análisis racional de los elementos meritados la situación de duda que se denuncia.

Por lo expuesto el resultado objetivo de la prueba rendida, no evidencia fisura lógica como para tenerlo por absurdo o arbitrario, lo que autoriza a concluir la razonabilidad de las consideraciones del "a quo" al respecto.

En definitiva, entiendo que ha existido por parte del juzgador adecuado tratamiento del tópico cuestionado, motivándose válidamente dicha existencia de las circunstancias alegadas, mediante nutrida prueba: testimonial y pericial, sin que la parte recurrente haya logrado evidenciar quebrantamiento lógico-crítico en el punto.

Por lo expuesto este agravio corresponde rechazarse.

II.- El segundo agravio al que hace referencia la Defensa, es el considerar inobservadas la mandas de los arts. 40 y 41 del C.P. y 373 y 210 del C.P.P., entendiendo que el método utilizado por el sentenciante,

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

al momento del desarrollo y análisis de la segunda de las cuestiones en el tratamiento del art. 375 del C.P.P., no satisface los requisitos de legalidad que para el caso se encuentran determinados por los arts. 373 y 210 del ritual.

Sin perjuicio de ello, debo traer a colación mi posición en lo que respecta a la individualización de la pena que es coincidente con la doctrina sentada por la Suprema Corte de Justicia, que ha descartado expresamente la obligación de partir siempre del mínimo legal de la escala penal. Ha sostenido, que la inexistencia de agravantes y la concurrencia de atenuantes no implica de por sí la necesidad legal de imponer el mínimo de pena contemplado para el delito respectivo, ni la trasgresión de los arts. 40 y 41 del Código Penal (cfr. P. 56.481, sent. del 27-II-1996 y P. 38.661, sent. del 6-II-1990), como asimismo que no existe punto de ingreso a la escala penal (cfr. P.79.708, sent. del 18-VI-03).

Por otra parte, debo decir que no hay método alguno que permita transformar los juicios valorativos en cantidades numéricas de modo que, salvo supuestos excepcionales de notoria desproporción o irracionalidad, resulta improcedente el recurso casatorio que se limita a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

tildar de excesivo el monto de la pena escogido por el "a quo".

Por todo lo desandado, voto por la negativa.

A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:

No he de acompañar al colega que me precede en el voto, adelantando que la resolución en crisis debe casarse pero por razones distintas a las propugnadas por el impugnante.

El Digesto formal bonaerense, desde su artículo 435, autoriza a los jueces revisores a ingresar en el tratamiento de distintos motivos de agravio a los postulados por el recurrente, cuando los mismos concurren a mejorar la situación del imputado. Ello así debido a la importancia social e institucional de los bienes jurídicos puestos en juego en el marco de un proceso penal.

Sentado lo expuesto, y en el marco de la norma citada, debo adentrarme en el análisis de la adecuación típica que ha merecido el hecho por el cual fuera juzgado Gustavo Marcelo Andrada.

Según surge de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 del Departamento Judicial San Isidro y que obra a fs. 14/41 de este incidente recursivo, el aquí imputado fue condenado por la omisión dolosa de no hacer cesar la tortura, teniendo competencia para ello, penada por el art. 144 cuarto, inc. 1°, del Código penal. El precepto, textualmente dispone que "se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello".

Ante la claridad expresada por la disposición transcripta, y en el *iter* de análisis propuesto, cabe hacer notar que 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.

El artículo 144 ter de la ley penal de fondo, reprime al "funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura...", ampliando en el segundo párrafo la punibilidad a los "particulares que ejecutaren los hechos descritos". De lo que se desprende que los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

"hechos descritos" ejecutados por los particulares son los tormentos graves físicos y psíquicos realizados por los funcionarios a los que se refiere el primer párrafo. En otras palabras, no es posible desligar a los *extraneus* de la actividad desplegada por el agente estatal.

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 recaía 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.

En nuestro país, la ley 23097 contiene en su esencia los terribles delitos de lesa humanidad cometidos por la dictadura cívico-militar instaurada a partir del 24 de marzo de 1976, en la que muchos ciudadanos participaron en actos de tortura, secuestros, desaparición y muerte de sus pares, conjuntamente con las autoridades militares y policiales que regían los destinos del país.

Lo expuesto se confirma con lo establecido por el artículo 1° de la Convención Internacional contra la

Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de jerarquía constitucional en virtud de las normas de los arts. 31 y 75 inc. 22 de la Ley Fundamental. De acuerdo con la Convención, para el ordenamiento jurídico argentino "se entenderá por el término 'tortura' todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia...".

De allí que, en sintonía con el principio de legalidad y de interpretación restrictiva, tanto la norma supralegal como el Código Penal exigen que el particular que lleve a cabo actos de tortura, lo haga bajo la dirección, consentimiento o aquiescencia del funcionario público a disposición de quien se encuentra la víctima



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

privada de su libertad. Esta es la inteligencia que debe otorgarse a la fórmula legal, a la luz de sus fuentes y génesis histórica, así como por imperio de la letra constitucional, que observa la doble lesividad a la libertad y dignidad de la persona, como a la administración pública en cuyo contexto funcional operan estos hechos aberrantes.

Ahora bien, e ingresando en el análisis de la plataforma fáctica por la cual fuera condenado Andrada, no resulta que los actos lesivos a los que fuera sometido Hugo Oscar Andrade fueran ejecutados por un funcionario público perteneciente a la dependencia policial donde se hallaba detenido. Muy por el contrario, se demostró que dichos actos fueron realizados por otros sujetos alojados en el mismo lugar sin que se haya tenido por probado que los autores materiales hayan actuado bajo la dirección, instigación o consentimiento de un funcionario público. Así, mal puede atribuirse a Andrada el no haber hecho cesar una tortura que no es tal -en el sentido que la propia ley impone-, sino otros delitos distintos, sumamente graves y que merecen la repulsa social, pero que no son actos de tortura.

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

De allí, que propongo al Acuerdo que se case la sentencia impugnada, absolviendo libremente a Gustavo Marcelo Andrada en orden al delito de omitir hacer cesar torturas cuando tuviere competencia para ello, prevista en el artículo 144 inciso 1° del Código Penal.

Voto por la afirmativa.

A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:

Adhiero al voto del doctor Sal Llargués, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

A la tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Visto el modo como han sido resueltas las cuestiones precedentes y dejando a salvo mi opinión, corresponde: 1) declarar formalmente admisible el recurso de casación planteado a favor de Gustavo Marcelo Andrada; 2) por mayoría, casar la resolución impugnada, absolviendo libremente a Gustavo Marcelo Andrada en orden al delito de omitir hacer cesar torturas cuando tuviere competencia



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

para ello, prevista en el artículo 144 inciso 1° del Código Penal, sin costas en esta sede (art. 18 de la C.N.; art. 15 de la Const. Pcial.; art. 144 inc. 1° del C.P.; arts. 106, 435, 448, 450, 451, 456, 460, 530 y 531 del C.P.P.); 3) tener presente la reserva del caso federal (art. 14 de la ley 48); 4) diferir la regulación de honorarios profesionales al letrado interviniente, doctor Fernando Roque Barrionuevo, por la labor desplegada en esta sede para una vez regulados en la instancia (arts. 1, 9, 16, 33 y 51 de la ley N° 8904).

Así lo voto.

A la misma tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la misma tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:

Adhiero al voto de los colegas preopinantes, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede la Sala Primera del Tribunal resuelve:

I.- Declarar formalmente admisible el recurso de casación planteado a favor de Gustavo Marcelo Andrada.

II.- Por mayoría, casar la resolución impugnada, absolviendo libremente a Gustavo Marcelo Andrada en orden al delito de omitir hacer cesar torturas cuando tuviere competencia para ello, prevista en el artículo 144 inciso 1° del Código Penal, sin costas en esta sede.

Art. 18 de la C.N.; art. 15 de la Const. Pcial.; art. 144 inc. 1° del C.P.; arts. 106, 435, 448, 450, 451, 456, 460, 530 y 531 del C.P.P.

III.- Tener presente la reserva del caso federal.

Art. 14 de la ley 48.

IV.- Diferir la regulación de honorarios profesionales al letrado interviniente, doctor Fernando



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Roque Barrionuevo, por la labor desplegada en esta sede para una vez regulados en la instancia.

Arts. 1, 9, 16, 33 y 51 de la ley N° 8904.

V.- Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de lo aquí resuelto al Tribunal en lo Criminal n°6 del Departamento Judicial San Isidro.

Oportunamente remítase.

CARLOS ANGEL NATIELLO

HORACIO DANIEL PIOMBO

BENJAMIN RAMON SAL LLARGUES

ANTE MÍ:

Vb/Eo

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA