En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los doce días del mes de agosto del año dos mil nueve, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros A. Javier Panizzi, D. A. Rebagliati Russell y Jorge Pfleger, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"R., C. A. – T., E. D. – I., N. s/ Privación Ilegítima de la libertad – Esquel"** (Expediente N° 21.122 – F° 37 – Letra "R" – Año 2007).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 476/477: Panizzi, Rebagliati Russell y Pfleger.

El Juez A. Javier Panizzi dijo:

I) Ha llegado esta causa a conocimiento de la Sala Penal, en virtud del recurso de casación (fs. 419/445 vta.) deducido por la defensa de don C. A. R., a cargo del doctor J. J. R. M., contra la sentencia dictada por la Cámara en lo Criminal de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Esquel, el día 12 de septiembre de 2007. Mediante ella, se condenó al acusado a la pena de tres años de prisión efectiva e inhabilitación especial por el doble de tiempo, con más las costas del juicio, al hallarlo autor penalmente responsable del delito de privación abusiva de la libertad, calificada por su calidad de funcionario público, por el hecho ocurrido el día 10 de septiembre de 2004 en perjuicio de S. D. V. (artículo 144 bis, inciso 1° del Código Penal).

La pena impuesta fue comprensiva de la recaída en la causa N° 8-158-2004 CCCE y su acumulada, la N° 142-137-2002 CCCE, cuya condicionalidad se revocó mediante el pronunciamiento atacado (artículos 20, 27, 29, inciso 3°, 40, 41 y 58 del Código Penal; 485, 486 y 488 del Código Procesal Penal, Ley 3155).

II) El hecho endilgado por el titular de la acción penal, al requerir la elevación a juicio, fue el siguiente: "El día 10 de septiembre de 2004, aproximadamente a las 21,00 hs., en circunstancias en que los nombrados (C. A. R., E. D. T. y N. I.) circulaban a bordo del vehículo marca (Fiat) Siena, color blanco, dominio DUB-447, integrando una comisión policial de civil, a cargo del primero de los nombrados, en su calidad de Oficial Inspector, procedieron a interceptar abusivamente en la vía pública, a S. D. V., cuando éste se retiraba del local comercial donde trabajaba, denominado "V.A." y a unos cincuenta metros de dicho local y luego abusando de sus funciones (artículo 10, inciso "b" de la Ley provincial 815) y sin las formalidades prescripta por la ley para proceder a la detención de personas (artículos 18 de la Constitución Nacional, 49 de la Constitución Provincial, artículo

249 y 253 del Código de Procedimiento Penal), a conducirlo a la dependencia policial, supuestamente a los efectos de su correcta identificación. Una vez en el interior de la Comisaría Distrito 1era. Esquel y sin brindarle explicaciones de los motivos por lo que había sido demorado, fue conducido por estos tres funcionarios a una oficina donde lo interrogaron por sus datos personales, le hicieron extraer del interior de la mochila y la bolsa que llevaba, con la presencia de su patrón, el Sr. A. C. P., incautándole un set de regalo marca Algabo Kids y le tomaron varias fotografías de frente y perfil, reteniéndolo en el lugar por aproximadamente dos horas y media".

III) En el remedio deducido a fs. 419/445 vta., el letrado de confianza de don C. A. R., doctor J. J. R. M., atacó la sentencia de condena por tres motivos diversos:

1°) Parcial valoración de la prueba aportada y llevada a juicio, y arbitraria distinción de las conductas de los participes en el hecho;

2°) Errónea tipificación legal del hecho;

3°) Desmedida aplicación del artículo 27 del Código Penal y de la pena impuesta.

El casacionista destacó, de todo el plexo probatorio, la declaración del Subcomisario G. quien –en su opinión, contrariamente a lo dicho por la Jueza Jones– no se habría contradicho.

A criterio del recurrente, este testigo probó que la comisión policial actuó estrictamente bajo sus ordenes, que eran individualizar a los empleados del comercio "V.A." y al interceptar a V., por carecer éste de identificación, lo llevaron a la comisaría a efectos de cumplir con las formas establecidas para tales casos.

El testigo calificó el procedimiento realizado por la comisión policial como normal y habitual, razón por la cual no lo asentaron en el libro diario de la seccional y, añadió la defensa, V. concurrió a la comisaría por su propia voluntad, no hubo violencia, intimidación o coerción para que allí se dirigiera.

Entendió que la apreciación realizada por el a-quo sobre el plexo probatorio de la causa fue errada, puesto que no existió una detención ilegal sino un procedimiento habitual del personal policial.

El segundo de los agravios estuvo dirigido a la calificación legal del hecho, que la Cámara en lo Criminal adecuó dentro del artículo 144 bis, inciso 1° del Código Penal, es decir, privación abusiva de la libertad agravada por su calidad de funcionario público (aunque con error, la defensa lo coloco en el inciso 1° del artículo 141 bis, que no existe).

Sobre el punto, el recurrente manifestó que en la causa no existió ni se probó el accionar doloso de su defendido quien. Además, no se extralimitó en virtud de sus funciones ni utilizó arbitrariamente la facultad de detener personas.

Agregó que R., al igual que T. e I. y, más allá de haber sido absueltos estos últimos, actuaron por orden de sus superiores tal como lo declaró el Subcomisario G..

Apuntó que todos los involucrados cumplían ordenes precisas de su jefe sin ánimo de violar la ley y, en términos de jerarquía policial, el Oficial R. no era quién para contradecir la ordenes de G. o del Comisario T..

En último término, expresó su desacuerdo en cuanto a la aplicación del artículo 27 del Código Penal para denegar el cumplimiento de la condena en forma condicional.

Halló la pena impuesta "extremadamente excesiva" dadas las condiciones y circunstancias del caso y apuntó que su defendido no merece una pena privativa de la libertad por la acumulación de un hecho ocurrido en el año 1999.

Hizo reserva de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el caso de obtener un pronunciamiento contrario a sus pretensiones.

IV) He analizado el pronunciamiento atacado y, contrariamente a lo denunciado por el recurrente, no advierto arbitrariedad en la valoración de los elementos de cargo y descargo colectados en la causa.

Los jueces sentenciadores han efectuado con rigor y eficacia la tarea de entrelazar y ponderar cada una de las pruebas que sirvieron de base a la condena, lo que quedó de manifiesto en la fundamentación dada en el fallo de fs. 399/413.

Sobre la base de las declaraciones brindadas durante la audiencia por la víctima, el Subcomisario U. F. G., el dueño del comercio "V.A." A. C. P., la empleada del local M. F. M. y el Comisario T., reconstruyeron el evento endilgado y los sucesos antecedentes que motivaron su acaecimiento.

Adunaron a esos testimonios el acta labrada por el personal policial interviniente, luego imputado en la causa, glosada a fs. 26 de autos.

De esta manera, establecieron que la interceptación de V. se debió a un procedimiento informal ordenado por el Subcomisario G., a instancia del Comisario T., diligencia en la que por no cargar el damnificado con su documento nacional de identidad, fue trasladado a la dependencia policial con la subrepticia intención de revisar sus pertenencias a fin de comprobar la posible sustracción de mercaderías, propiedad del comercio en el que se desempeñaba.

Demorado alrededor de dos horas y media en la Comisaría, para los

sentenciantes quedó probado que el objetivo no fue averiguar sus antecedentes y medios de vida, sino la eventual comisión de un hurto en la modalidad “hormiga” tal como lo habría hecho saber el Sr. P. al comisario T..

Al haberse iniciado el procedimiento sin las formalidades de ley, motivado en causas que los magistrados calificaron de ilegítimas juzgaron que el Oficial Inspector R., superior al mando del operativo, aun cuando estaba facultado para detener a las personas en los casos autorizados por ley, en los hechos abusó de sus funciones y sin los rigores de ley –ni aviso inmediato al Juez de turno– procedió a la ilegítima detención de V. como así también a requisar sus pertenencias pidiendo explicaciones sobre la procedencia de los productos que transportaba.

En respuesta a las observaciones que hizo la defensa sobre la valoración de la declaración de G. por parte del a quo, habré de coincidir con lo sentenciantes en que su relato resultó contradictorio y, aun cuando él haya dado la orden para vigilar la salida del personal que laboraba en el local “V.A.”, la detención y traslado de V. fue dispuesta por orden de R. quien, como superior al mando de la diligencia, tenía a su cargo el control y dirección del procedimiento.

El testimonio de este Subcomisario sirvió para entender los motivos de la diligencia, pero no logró justificar el procedimiento de detención que llevaron a cabo los oficiales acusados, como tampoco para explicar el incumplimiento a las formas que gobiernan el ingreso de los detenidos a la Seccional o en el registro de las actividades desplegadas en la fecha. De manera que no hubo un procedimiento habitual del personal policial, como alegó la defensa, sino una detención ilegal.

En punto a la disímil valoración y determinación hecha por los magistrados de las conductas desplegadas por cada uno de los imputados, aun cuando no queda clara en la presentación realizada por el recurrente el interés que persiguió con este ataque, juzgo que los magistrados justificaron en las diferentes funciones de la jerarquía policial, la responsabilidad en el evento.

Determinación que carece de arbitrariedad y, por el contrario, ha sido debidamente fundamentada por cada uno de los magistrados votantes, motivos que califico como razonables y a los que por motivos de economía procesal me remito.

Por todo lo expuesto, habré de rechazar este primer motivo de agravio.

V) La calificación legal del hecho, que el recurrente consideró errónea, fue otro de sus motivos para impugnar el fallo.

Ha quedado probada en autos la ilegalidad formal del acto privativo de la libertad, al no cumplir con las formalidades de ley por quienes, en abuso de

potestades privativas a su función pública, establecieron indebidos límites a sus posibilidades de locomoción trasladándolo a la Seccional Primera de Policía bajo una presunta averiguación de antecedentes y medios de vida, que luego se convirtió en una requisa de sus pertenencias e interrogatorio, sin aviso a la autoridad judicial ni su autorización.

Cierto es lo que señala el recurrente: V. no estuvo demorado en la comisaría más de dos horas y media y concurrió allí sin que el personal policial utilizara fuerza física para trasladarlo.

Pero ninguna de esas circunstancias impide que el suceso pueda calificarse en el marco del artículo 144, inciso 1° del código de fondo, porque para este tipo penal no hace falta que la privación a la libertad ambulatoria sea absoluta, basta su restricción o condicionamiento para que el delito quede configurado.

Lo que la defensa pierde de vista, en el análisis de la figura legal seleccionada por el a quo, es que la facultad que permite privar a un sujeto legalmente de su libertad aun por un corto lapso, ha sido delegada por la Constitución Nacional en la justicia y en sus auxiliares y debe emplearse con discreción y razonabilidad. Tanto así, que debe hacerse con estricto cumplimiento de las formalidades prescriptas por la ley, es decir, el aviso al juez y el asiento por escrito del ingreso del detenido, para que conste.

De manera que hallo correcta la calificación legal seleccionada por el tribunal sentenciante, en tanto la conducta probada en la causa se ajusta holgadamente a los parámetros legales del artículo 144, inciso 1° del ordenamiento sustantivo.

VI) La defensa del acusado desarrolló sucintamente el último de sus agravios, se limitó a realizar algunas referencias genéricas y una extensa cita jurisprudencial sobre la aplicación al caso del artículo 27 del Código Penal.

No obstante la cortedad con que se ha atacado la decisión de la Cámara de imponer al acusado una pena de cumplimiento efectivo, por imperio del artículo 27 del Código Penal, tal resolución deberá modificarse, porque resolvió la causa empeorando para el reo los términos en que fue requerida la condena, por parte del acusador estatal.

El titular de la acción penal solicitó para R. la pena de un año de prisión en la modalidad condicional, pretensión que fue rechazada por la magistradas Jones y García.

Para denegar esa petición juzgaron que el acusado había sido favorecido con una condena condicional en el expediente N° 8 – 158 – 2004 CCCE, por la comisión

un delito idéntico al ventilado en autos. Y, como no había transcurrido el plazo legal establecido en el artículo 27 del Código Penal (cuatro años) para que pudiera beneficiarse con una nueva condena en suspenso, le impusieron la pena única de tres años de prisión de efectivo cumplimiento e inhabilitación especial por el doble de tiempo.

Calificaron la medida de la sanción requerida por el acusador público como adecuada, pero señalaron que la norma aludida se constituía en un obstáculo insalvable para la autorización de una segunda condena en suspenso.

En reiterados precedentes de esta Sala Penal expuse mi criterio sobre el tema, y señalé claramente que la pretensión punitiva estatal es el extremo de la medida de la pena que el tribunal está autorizado a imponer. Sanción que pueden aplicar por menos de lo requerido por el fiscal, pero nunca pueden cargar al acusado con una condena más alta o más grave a la exigida por quien detenta el poder de acusar.

La pretensión del acusador público determina la medida máxima del interés estatal en punir a quienes se prueba que han llevado a cabo cualquiera de las conductas que componen el catálogo de comportamientos prohibidos con arreglo al derecho penal. Esta circunstancia se convierte en una garantía para el imputado, que los magistrados no pueden exceder sin violentar principios rectores del procedimiento penal, como la imparcialidad.

Como ya dijimos: "... El tribunal no está autorizado para imponer una pena más grave que la solicitada por el fiscal sin violentar principios esenciales del proceso penal. Y, aun cuando el magistrado se haya pronunciado expresando los motivos, tales circunstancias no fueron introducidas durante el debate y, por lo tanto, el imputado no ha podido defenderse correctamente." (conf. esta Sala: "S., M. S. y otros s/ robo agravado por haber sido cometido en lugar en poblado y en banda", expediente N° 20.442-S-2006, Sentencia N° 41/06 del 28 de septiembre de 2006).

Es que el tribunal no puede condenar a una pena ni un minuto más larga que la solicitada por el titular de la acusación. Dicho de otro modo: la condena que imponga el tribunal debe ser igual o menor que la solicitada por el fiscal.

Ello es así porque "... El tope de la escala penal ha de ser la pretensión punitiva estatal." (conf. esta Sala: "B.,C. – R., C. y B., R. s/ robo calificado"; expediente Nº 21.226-F 56 T° II-B-2008, Sentencia N° 68/08 del 26 de noviembre de 2008).

Por esa razón entiendo que se opone al derecho la decisión de la Cámara y juzgo que el último motivo de agravio que esgrimió el recurrente, logró conmover los

fundamentos dados por el tribunal sentenciante para condenar a C. A. R. a la pena única de tres años de prisión de efectivo cumplimiento e inhabilitación especial por el doble de tiempo.

De modo que propicio al Acuerdo anular parcialmente la sentencia en punto a la sanción que el Tribunal aplicó a C. A. R. y reenviar la causa al Tribunal que corresponda, para el reajuste de la condena a la pretensión punitiva estatal.

VII) Por razón de lo expuesto, propongo rechazar parcialmente el recurso de casación impetrado por la defensa del acusado, con costas, y confirmar la sentencia dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Esquel, el día 12 de septiembre de 2007, protocolizada bajo el N° 37 - F° 742/756 - T° I - Año 2007 (artículo 24, inciso 2°, 415, 485 y cc del Código Procesal Penal – Ley 3155), anulando el pronunciamiento dictado en punto a la condena aplicada, por lo que se deberá reenviar la causa a un nuevo tribunal para la readecuación de la pena a la pretensión punitiva fiscal.

VIII) Regulo los honorarios del letrado de confianza de don C. A. R., doctor J. R. M., por su actuación en esta instancia en la suma de PESOS TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO ($ 375), no incluye el importe correspondiente al IVA (artículos 10, 14, 45 y concordantes del Dto. Ley 2200).

Así voto.

El **Juez D. A. Rebagliati Russell** dijo:

I. Comenzaré mi voto omitiendo enunciar los antecedentes que motivan el recurso en atención a la prolija enunciación realizada en el primer voto, a cuyos términos me remitiré.

II. En cuanto a la solución del caso, no habré de coincidir con el juez Panizzi, correspondiendo, a mi juicio, declarar procedente el recurso.

III) Funda el recurrente los agravios en tres cuestiones que luego desarrolla in extenso: El primero consiste en lo que entiende una arbitraria manera de valorar la prueba aportada por parte del tribunal de juicio, como así también en una arbitraria distinción de las conductas de los participantes del hecho, el segundo es el relativo a la errónea aplicación de la figura penal, es decir, la aplicación del Art. 141 bis del CP y tercero, la desmedida aplicación del Art. 27 del C.P., y consecuentemente la desmedida pena impuesta a su representado.

Con relación al primer punto, refiere el impugnante que el procedimiento policial llevado a cabo por el Oficial R., fue normal y habitual, pues su cometido fue ordenado por el Comisario T., por denuncia del comerciante P..

Que la víctima accedió voluntariamente a concurrir a la dependencia policial ante la falta de documentación personal, y que de ello se labró la correspondiente acta, estimando que no existió detención alguna y menos aún ilegítima.

La juez que guía el acuerdo en la sentencia de grado, se encargó de establecer al comienzo de su voto, aquella cuestión que no había sido objeto de controversia entre las partes, es decir, las circunstancias fácticas atinentes a la interceptación de S. D. V. en la vía pública por parte del personal policial –uno de ellos el aquí condenado- y su conducción a una dependencia policial de esa ciudad. También se consignó como debidamente establecido, la estancia del nombrado V. por el termino de unas dos horas y medias, y del procedimiento que en la oportunidad se llevó a cabo en el interior de la citada dependencia policial.

Respecto del punto relativo a la legitimidad del traslado y la permanencia en el establecimiento policial, dijo que sólo se contaba con los dichos de quien fuera conducido hasta allí, es decir, de S. D. V., a los que la sentenciante reproduce en su contenido, estableciendo luego, la concordancia entre aquellas manifestaciones y el acta labrada por el actuante -Oficial R.- que obra glosada a fs. 26., y cuyo contenido también se reproduce en el decisorio.

Califica la juez del primer voto al procedimiento así llevado a cabo por el oficial R., como realizado en el marco de una “investigación informal” a raíz de una inquietud transmitida al Comisario T. por parte del propietario del comercio “V.A.”, Sr. A. C. P.. Descalifica que el procedimiento encuentre amparo en las disposiciones de la Ley 815, Art. 10 inc. b), por cuanto en su concepto la finalidad no fue identificar sino una excusa para producir el traslado a la dependencia y establecer lo que llevaba en la mochila o en la bolsa que portaba.

Para ello deja a salvo que si bien V. reconoce que no llevaba su documento identificatorio, no surge del acta de fs. 26 que se hayan llevado a cabo gestiones para verificar su identidad, dando ejemplos de cuales debieron haber sido esas gestiones.

Sin embargo, antes de ir directamente a la finalidad que pudo haber perseguido el condenado, en mi concepto, debió establecerse en la sentencia la razón por la cual la conducción de una persona indocumentada a la seccional de policía no encuentra amparo en las facultades de la Ley 815 Art. 10 inc b), toda vez que el propio V. dice que esperó en una antesala y luego fue fotografiado a indicaciones del personal policial que lo condujo hasta allí, y en el acta se consignan datos personales que necesariamente debieron ser recabados. Con lo cual parece haberse llevado a cabo diligencias que tenían que ver con la identificación perseguida.

No obstante lo anteriormente expresado y siguiendo el razonamiento de la sentencia que apunta hacia un procedimiento penal que tenía por objeto la conducción y posterior apertura del bolso que portaba, se torna necesario esclarecer debidamente el punto y sobre el que la sentencia ingresa –en mi concepto- sólo parcialmente .

En efecto, ambos magistrados sufragantes descreen del comerciante P., y concluyen que éste necesariamente puso en conocimiento de la autoridad policial que estaba siendo damnificado, mediante la modalidad del hurto *hormiga*, por parte de uno de sus dependientes. Esta comunicación habría sido dada al Comisario T. y éste a su vez hace lo propio con el Comisario G., jefe de la Brigada de Investigaciones de Esquel.

A pesar de la conducta ambivalente que adoptó el funcionario citado en último término en la audiencia, no cabe duda que terminó admitiendo que fue él quien impartió la orden a R. para que lleve a cabo el procedimiento. Es precisamente ésta orden la que en mi concepto no ha sido ubicada en su verdadera dimensión en la sentencia recurrida. Dado que al tiempo que se reconoce que la detención de personas ha estado ínsita en la orden dada por el Subcomisario G., quien con su proceder posterior también habría convalidado el accionar del Oficial R., se concluye en que éste último debe ser incriminado pues la jerarquía y capacitación impide que se le reconozca la posibilidad de cumplir con una orden ilegítima bajo pretexto de haber actuado en cumplimiento de un deber.

Es esta última afirmación la que no comparto, pues entiendo que tal extremo no ha sido acreditado en autos. Si el oficial superior –en este caso G.- impartió la orden, debe acreditarse que R. conocía que aquella era ilegítima, y ello no puede ser afirmado en forma categórica, menos aún cuando era G. quien estaba obligado a comunicar el procedimiento que había ordenado a la autoridad judicial. Adviértase que en el curso de su declaración, incluso refiere que "no recuerda a quien se le avisó en ese momento, si al Juez o Fiscal". El cumplimiento o no de este aviso no puede ser reprochado a R., quien bien podía haber actuado en la creencia (error) de que tal formalidad se había realizado, y de este modo estar en la convicción que el procedimiento en la investigación de un presunto hurto era regular y legítimo. No cabe duda, como bien se afirma en el pronunciamiento atacado que, el funcionario de mayor jerarquía convalidó tácitamente lo allí actuado con su presencia, incluso convocando al propietario P. al sitio para que observara los elementos, con lo cual está asumiendo en plenitud la función de investigador en un delito de acción pública, cuya denuncia del presunto damnificado resultaba irrelevante, dado que el

anoticiamiento de la comisión de un ilícito ya le había sido dado a él y no a R., por parte del Sr. Jefe T..

En consecuencia, no encontrándose acreditado en autos de manera inequívoca que la conducta del Oficial R. haya sido dolosa, es decir, que obró maliciosamente y con conocimiento que la orden de su superior jerárquico –Sub Comisario G.- era ilegal, pues este último era quien estaba obligado a dar noticia a la autoridad judicial del procedimiento que había ordenado, entiendo que el obrar del condenado pudo haber estado enmarcado en una creencia errónea y por ende impune del delito que se le imputa. Es por tal motivo que propicio acoger la impugnación deducida en esta instancia por la Defensa y dictar en favor del imputado –C. A. R.- su libre absolución respecto del ilícito por el que resultara condenado. Así lo voto.

En cuanto a los honorarios de la defensa, estimo adecuado fijarlos en la suma de dos mil cien pesos ($ 2100).-

El Juez Jorge Pfleger dijo:

I. Tócame sufragar en tercer término para dirimir la disidencia planteada entre los votos de los Ministros Panizzi y Rebagliati quienes, acerca de la sentencia venida en casación, han opinado el uno, el del primer sufragio, por la confirmación de la condena impuesta, y el restante por su revocación.

II. Se trata el caso del pronunciamiento emitido por la Cámara Primera del Crimen de la ciudad de Esquel que impuso a C. A. R. la pena única de tres años de prisión efectiva e inhabilitación especial por doble tiempo y el pago de las costas, por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de privación abusiva de libertad calificada por su calidad de funcionario público (art. 144 bis inc. 1° del C.P.) en relación con el hecho sucedido en la ciudad de Esquel el 10 de Septiembre de 2004 en perjuicio de S. D. V..

La Cámara unificó la sanción al comprender la impuesta en la causa N° 8-158-2004 y su acumulada 142-137-2002.

III. Buena cuenta han dado los señores Ministros pre-opinantes de las constancias del proceso y de las razones que, en la decisión, expusieron los Magistrados del debate, como así también de la motivación del defensor particular a la hora de la casación.

Esta completísima tarea torna fútil otra reseña, de manera entonces que pasaré a emitir mi voto.

IV. La causa no presenta demasiadas aristas polémicas.

El señor Ministro Rebagliati ha señalado con acierto las cuestiones a elucidar y de

ellas una refiere a la imposición de la pena.

Así digo pues hay aspectos que son indiscutibles desde el punto de vista de lo fáctico y que han sido admitidas por el atribuido restando, sólo, una cuestión que, para mí, resulta crucial, tal se ha de ver seguidamente.

En ese sentido está claro que S. V. fue conducido a una dependencia policial en la que permaneció dos horas y media y allí fue identificado, fotografiado y sus pertenencias revisadas y que -sin dudas- ese procedimiento fue consecuencia de que resultaba sospechable de estar vinculado con un "hurto hormiga" ocurrido en el negocio del testigo P., para quién trabajaba.

Tampoco puede polemizarse en lo que atañe a que los actuantes labraron un acta de ese acontecer, cuya copia fue agregada al expediente a fs. 26.

Lo que resulta clave es conocer bajo que circunstancias el entonces Oficial R. actuó del modo visto y que derivación jurídico penal tiene esa conducta.

Allí es el punto en que estriba la médula del caso pues, con todo respeto por los colegas de la "a quo", pondero que han realizado una incorrecta decodificación de los dichos del oficial que dio la orden que generó la intervención: el testigo Oficial G..

Según puede leerse del texto de la sentencia, especialmente en la trascripción del testimonio en la hoja 407 a la vuelta, el Oficial de marras refirió que "...atento la noticia que se tuvo alrededor de las 20 horas del día del hecho, de que uno de los empleados , podría estar robando en la modalidad hormiga, él como Jefe o encargado de la Brigada de Investigaciones dispuso que personal circule por ahí ante la posible comisión de un ilícito y se lo identificara al posible autor, que a él lo dejaron en M. y A. para que tomara el colectivo a T. y los tres imputados salieron a ver si veían a una persona que no fuera conocida que estuviera llevándose cosas del negocio. A la hora más o menos lo llamaron y le dijeron que habían demorado a una persona con una mochila que era empleada de V.A., por lo que volvió a eso de las 22 horas y este joven estaba en la guardia, siendo identificado y había exhibido lo que llevaba en la mochila...".

Esta orden- y allí mi pensamiento diverge con los sentenciantes- llevaba en sí el modo de proceder que el atribuido ejecutó; un modo errado y desapegado del canon y, al menos desde mi perspectiva, muy arraigado en los comportamientos policiales, muchas veces consentidos- y mal- por la Magistratura.

Pero una cosa es el reproche que merece un proceder, que es antijurídico, y otra muy diferente es la creencia de estar en el buen sendero.

Me explico.

Sin dudas que una actuación equivocada carece de mentores, que desaparecen nomás advertido el traspié.

A mi juicio el testigo P. no se ha pronunciado con verdad pues es difícil aceptar que la Policía conociera del “robo hormiga” (¿?) sin su aporte.

Dudo de la virtud del Comisario T. que negó cualquier conversación al respecto.

Pero de lo que no dudo, reitero, es de que R. recibió la orden de investigar y de identificar al sospechoso, que en su mecanismo de intelección se interpretaba como proceder conforme la Ley 815, conduciendo al sujeto a la Comisaría si cuadraba.

Se me ocurre que la sentencia camina por el sendero de los supuestos que “deben ser” y, obvio es, que coincido con ello. Pero la conducta humana “es” y por consecuencia ha menester apreciarla en ese contexto.

Si invocando un estado de sospecha razonable R. hubiera aprehendido a V. argumentando flagrancia, la conducta pre- procesal hubiera sido la correcta. Pero no lo hizo, actuó de modo contrario al derecho.

Cuando preguntamos porqué y tomamos en consideración lo que decíamos antes hallamos la respuesta: porque obedecía lo que él contabilizaba como una orden razonable. ¿Puede un subordinado analizar la legalidad intrínseca de la orden, cuando esta no es palmaria?. La contestación es negativa, pues esa ilegalidad ha de ser ostensible, ominosa.

En instituciones en donde la verticalidad debe imponerse para el cumplimiento de los fines poco margen queda para la protesta, frente a la ambigüedad. Aún dentro del cuerpo de oficiales, con una especial preparación técnica, la jerarquía en la institución policial es clave y guste o no condiciona la apreciación de los hechos.

Nótese, por fin, que el Oficial R. asentó la ocurrencia en un acta que no es falsa pues concuerda, en líneas generales, con el relato de la propia víctima de la irregularidad. Ello habla a las claras de su manera de ver las cosas que, aún equivocado, excluye, para mí la responsabilidad penal en los términos del derecho aplicable.

Ricardo Nuñez enseña que la llamada “obediencia debida” es, en realidad, de un caso particular de ejercicio legítimo del propio cargo, con la diferencia de que ese ejercicio no se opera con arreglo a las propias facultades de examen y decisión del

funcionario actuante, sino en virtud de la orden recibida de otro funcionario público jerárquicamente superior. Y si bien postula que nadie debe cometer delitos por el sólo hecho de que, abusando de su poder, se lo ordene un superior, concluye en que la impunidad sólo puede venirle al subordinado por la vía del error sobre la naturaleza del acto que se le ordena, con la particularidad de que, como consecuencia de la propia subordinación, las posibilidades de que ese error se produzcan aumentan en buena medida. (ver el autor en su Derecho Penal Argentino T V página 414 a 416).

Creo, sinceramente, que es la que se ha dado en autos sin que la sentencia, con su lógica, haya podido exitosamente explicar lo contrario.

Y una cosa más.

En un exhaustivo trabajo que es parte de la obra "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial" (Baigún- Zaffaroni- Dirección, Ed. Hammurabi, páginas 669 a 699), Manuel de Rivacova y Rivacova epiloga deteniéndose sobre los requisitos de la exención que, a su parecer, se reducen a dos "...que la orden emane del superior competente y que el subalterno que haya de ejecutarla no esté facultado para examinar su licitud o ilicitud intrínseca...". En lo que atañe a la noción de competencia, el autor precisa que "...envuelve un aspecto o elemento material y otro formal, o sea, un qué y un cómo, y depende de ambos para su plena y real existencia...". En punto a las órdenes monstruosas (atrocitatem facinoris) alude a que "...a pesar del alto y remoto prestigio de este requisito, se resuelve también en una cuestión de competencia..." y depende "...de las circunstancias, las cuales unas veces harán que, atendiendo a ellas, el jefe sea competente para ordenar ciertas conductas, por extremadas que resulten y otras no..." pues para casos extremos, la orden de violar una mujer- por ejemplo-, el superior nunca es competente.

No hesito en afirmar que el superior jerárquico G., que no fue arrimado a proceso, tenía competencia para mandar, formal y materialmente considerado; tampoco vacilo en ratificar que el margen de examen de R. estaba acotado.

La orden anfibológica derivó en un antijurídico proceder, sancionado por el orden procesal; mas esa antijuridicidad no repercute necesariamente en la reprochabilidad del sujeto activo cuando se han dado las circunstancias reiteradamente expuestas.

Voto entonces por la casación del fallo y la absolución del imputado.

Los honorarios han de ser los que señaló el Magistrado preopinante.

Así me expido.

Con lo que finalizó el acuerdo pronunciándose la siguiente:

---------- **S E N T E N C I A** ----------

1º) Declarar procedente el recurso de fs. 419/45 vta. y revocar la sentencia dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Esquel.-

2º) Absolver a C. A. R. del delito de privación abusiva de la libertad calificada por su calidad de funcionario público, por el que fuera condenado.-

3°) Regular los honorarios del Dr. R. M. en la suma de dos mil cien pesos ($ 2100), no incluye I.V.A. (Ley 2200, art. 14).-

4°) El presente es firmado por dos miembros de la Sala por hallarse en uso de licencia el doctor D. A. Rebagliati Russell. /////

////

5°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: Panizzi, Pfleger