En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los diez días del mes de junio de dos mil trece, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Guillermo Alberto MÜLLER**, en su carácter de Presidente, **Martín Roberto MONTENOVO y Daniel Luis María Pintos**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 3.577**, **carpeta individual n° 857**, caratulada: "P., J. S. s/ p.s.a. Privación ilegítima de la libertad por parte de un funcionario en concurso ideal con abuso de autoridad", de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación la querellante M. R. T. y su Patrocinante, Dr. **M. F. M.**, el Sr. Defensor Público Dr. **Miguel Angel Moyano** y el imputado **J. S. P.**; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

Que los días 22 y 27 de mayo del corriente año, se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Guillermo Alberto Müller, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de J. S. P., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo,

CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de J. S. P. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Daniel Luis María Pintos, en S. lugar el Dr. Martín Roberto Montenovo y finalmente el Dr. Guillermo Alberto Müller.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- Genera la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por el Defensor Público, Doctor Miguel Angel Moyano, en ejercicio de la defensa técnica del imputado **J. S. P.**, contra la sentencia protocolizada bajo el Nº 03/2013 dictada el 3 de enero de 2013, por la que se declarara al nombrado autor penalmente responsable de los delitos de Privación abusiva de la libertad (art. 144 bis, inciso 1°, del Código Penal), en concurso ideal con abuso de autoridad (arts. 54 y 248 del citado cuerpo normativo), y se lo condenara a la pena de dos años de prisión en suspenso y cuatro años de inhabilitación especial para ejercer la función policial propiamente dicha, no pudiendo realizar tareas en la calle o comando de prevención del delito o custodia de detenidos, no existiendo impedimento

para que realice trabajos de índole administrativo, con costas (arts. 26, 29 inciso 3° del citado cuerpo legal y 239 sgtes. y ccdtes. del Código Procesal Penal).

1) El recurrente, en su libelo impugnativo, denunció la arbitrariedad de la sentencia fundada en la absurda valoración de la prueba ofrecida; la afectación de la imparcialidad del órgano de juicio; el quebrantamiento del Principio de Igualdad con el Acusador y la inobservancia del Principio de la duda a favor del imputado.

Señala, en primer lugar, que esta investigación llevada a cabo al margen de la Legalidad, de la Objetividad, con obtención de prueba ilícita (aplicación lisa y llana de la teoría del fruto del árbol venenoso) y con la metodología reseñada, empero llevo al magistrado a una conclusión de sentencia condenatoria, en clara confrontación con las normas explicitas (artículos 46, 169 Constitución de la Provincia del Chubut; y 25, 26,114, 117, 329 CPP). Sostiene, en S. lugar, que en el debate, el órgano, negó arbitrariamente al recurrente (testimonio del testigo Tomás M.) la producción de un hecho nuevo, empero aceptó la realización de un careo solicitado por la querella y al que enfáticamente se opuso esta parte (es decir por un lado violo el precepto contenido en los articulos 2 y 17 del CPP "…en condiciones de estricta igualdad con su acusador…", y por otro, la manda del articulo 18 CPP).

En tercer lugar aduce que el imputado fue hostigado indebidamente y coaccionado, con la excusa de haberse suspendido el inicio del debate, a pesar que ello siempre estuvo debidamente justificado y controlado judicialmente, y que jamás rehusó concurrir a las citas del Tribunal, ello violenta la manda del artículo 6 del CPP.

En cuarto lugar, arguye, no aplicó al Beneficio de la Duda Razonable a favor del imputado, y resulta menester señalar que no se probó el dolo especifico de la figura enrostrada.

En razón de ello, reclamó que se declare la nulidad del juicio y de la sentencia, por entender que arbitraria e irrazonablemente se han conculcado respecto del imputado las previsiones contenidas en los artículos 18, 28 y 33 CN, 22, 44, 46, 162, 169 y 194 de la Constitución de la Provincia del Chubut; 1, 2, 3, 6, 17, 18, 25, 26, 114, 117, 161, 329 y ccs. Código Procesal Penal.

Expresa que además, existiendo a su entender elementos que configuran violación grave y manifiesta a la Garantía del Debido Proceso con afectación del Derecho de Defensa en Juicio, dejo en esta instancia articulado el remedio federal (articulo 14 de la Ley 48).

2) A su turno, la Señora Fiscal General, en su responde de fs. 410/413, en lo que atañe al primer agravio, expresa que se trata de un conjunto de palabras vacías que no dejan ver cuál es su agravio

concretamente y en qué lo funda o lo prueba.

En lo atinente al S. de los argumentos en que apoya la vía recursiva promovida, destaca que no existió ningún hecho nuevo y el testimonio del Dr. M. fue ofrecido fuera del plazo que la norma establece para ofrecer prueba. Agrega en relación a este punto, que el careo -que sí fue admitido- es un medio de prueba complementario de la prueba testimonial, ya que conlleva la finalidad de aclarar contradicciones que se detectaren en la declaración de los testigos; mientras que lo que pretende la Defensa es la incorporación de un nuevo testigo fuera del plazo establecido en el ritual.

Luego, en cuanto a la coacción que habría sufrido el imputado, consigna que el Defensor tiene los medios legales como para denunciar dicho accionar donde corresponda.

Con respecto a cuarto punto de agravio alega que el principio de la duda no se aplicó porque no existió, agregando que el propio juzgador hace mención que existe un reconocimiento tanto del imputado como de su Defensor, en el sentido de que efectivamente se produjo la demora de estas personas en virtud de la ley ex 815 -actualmente Ley XIX N° 5-.

Indica que el dolo también quedó probado con la certeza que se requiere para condenar, se necesita el conocimiento de que se está privando de la libertad a otra persona abusando concretamente de la función.

Por todo lo expuesto, solicita que se rechace la impugnación impetrada y se confirme el pronunciamiento recurrido.

3) En la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del CPP, la Defensa mantuvo, oralmente la postura que esgrimiera en el escrito reseñado precedentemente.

El Patrocinante de la Querella, Dr. M. M., adhirió en su totalidad a la contestación de impugnación deducida por la Dra. A. V. oportunamente. A fin de no extenderse más, dando por reproducido el contenido de la Fiscalía, sostiene que como bien surge de la carpeta judicial a lo largo del proceso estuvo asistido técnicamente, primero por un Defensor Público, luego por otro particular y luego nuevamente requiriendo la intervención de la Defensa Pública.

Señala que ni M. ni C. fueron ofrecidos, en el término de ley, como testigos por la Defensa. La orden del Fiscal al Comisario P. de conducirse como lo hiciera, no se probó porque no existió.

Señala que la falta de objetividad denunciada en la impugnación, no fue tal; la Dra. V. actuó dentro de sus facultades y sin extralimitarse en ellas. En cuanto a la alegada manipulación de testigos por parte del Ministerio Público Fiscal, puntualiza que la Señora Fiscal lo que ha hecho es cumplir con el rol de acompañar a los testigos y tranquilizarlos, lo cual lejos está de ser una manipulación.

Concluyó su exposición solicitando que se rechace la impugnación articulada y se confirme la sentencia dictada por el *A quo*.

Al pronunciar sus últimas palabras la Querellante, M. R. T., expresó que en ese momento y hasta el presente le hizo mucho daño el hecho, en todo sentido, debido al procedimiento en el que fuera detenida, el 14 de mayo, fue despedida, perdió su trabajo y tiene hijos menores de edad.

Por su parte, el imputado refirió que, en lo que hace al procedimiento, se dio cumplimiento a una orden emanada de la Fiscalía; que no se privó de la libertad a nadie y para proceder ala identificación de procedió a dar cumplimiento a lo que establece la Ley orgánica policial; no se requisó a nadie, no se secuestraron los objetos personales ni se los condujo a un calabozo, estas personas permanecieron con sus celulares y todos los elementos que portaban; a medida que formulaban sus denuncias, se retiraban. Que también por orden de la Fiscalía se les tomó fotografías para los álbumes policiales. Jamás tuvo la intención de privar de la libertad a esta gente. Lleva veintiocho años en la Policía y es la primera vez que está dando explicaciones a los jueces de su conducta. Aclara que como la sentencia le puede ser adversa o puede ser apelada por la Fiscalía, su intención es interponer una impugnación extraordinaria ante el Superior Tribunal de Justicia para lo cual solicita la designación de un nuevo defensor de la Oficina de la Defensa Pública.-

II.- 1) A lo largo de la audiencia de debate, los acusadores demostraron que el grupo de personas que había sido demorado por el autor del hecho en la Comisaría, tenía sólidos vínculos con la comunidad de Sarmiento; esto es, en su mayoría se trataba de sujetos oriundos de dicha ciudad, en otros casos residentes desde hacía bastante tiempo, y además con relación de dependencia laboral con una empresa radicada en la misma zona.-

Sabido es que los antiguos "edictos policiales", como también los actuales códigos contravencionales, y/o las leyes de averiguación de antecedentes, etc., siempre han sido muy cuestionados en su utilización por las fuerzas de seguridad, teniendo en cuenta que es habitual que se haga un uso arbitrario de las facultades que otorgan dichas normas, y consecuentemente se consumen por esta vía transgresiones al derecho a la libertad ambulatoria, y a no ser arrestado. Ahora bien, precisamente, a fin de evitar estos desvíos, la interpretación más razonable de la normativa, es limitarla a una finalidad de esclarecimiento de los delitos ya cometidos, y a la prevención de delitos a cometerse.-

Enseña la doctrina sobre este punto: "En tal sentido, debe remarcarse que dicha potestad, esto es, la posibilidad de requerir a una persona que acredite fehacientemente su identidad, está **asociada** a la previa existencia de circunstancias **debidamente fundadas** que hagan presumir que hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional;

es **sobre esta base fáctica** que se habilita la actuación intromisiva de la libertad del ciudadano, **y** siempre y cuando, **además**, no se obtenga una efectiva acreditación de identidad que **justifique** entonces *demorar* a la persona con esa finalidad" (cfme. Rafecas, Daniel: "Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos", en la obra colectiva: "Delitos contra la libertad", Luis F. Niño – Stella M. Martínez, coordinadores, edit. Ad-Hoc, págs. 115 y ss., el destacado ha sido agregado al original).-

En el caso que fuera motivo de juzgamiento resulta paradójico, además, que las personas demoradas en la dependencia policial para identificación y averiguación de antecedentes, habían concurrido al lugar por su propia determinación, a partir de una decisión tomada en conjunto por el grupo de trabajadores, y a propuesta de un delegado sindical de la UATRE –gremio que agrupa a los trabajadores rurales-. Ello implica que, como resulta usual según las máximas de la experiencia, cuando un ciudadano se constituye en una oficina o repartición pública de cualquier clase, motivado por la necesidad de realizar algún tipo de presentación revestida de formalidades, toma la precaución de ir munido de sus documentos personales, para asegurarse el buen resultado de su cometido. Puntualmente, en el supuesto que fuera motivo de juzgamiento, se acreditó que las víctimas tenían por objetivo final efectuar una presentación ante el ente nacional que se ocupa de "la lucha contra la discriminación" (INADI), para lo cual debían en

primer término dejar constancia en una dependencia policial de su lugar de residencia, de la situación que los afligía, y que oportunamente sería canalizada hacia el organismo federal.-

2) Descartado entonces que, en forma inmediatamente anterior al hecho, las víctimas hubiesen cometido algún delito o contravención, como también que estuvieran a punto de cometerlo; -recordemos que se hallaban en el interior de una Comisaría-, resta por analizar entonces la defensa material del acusado J. S. P., en el sentido que la medida adoptada tuvo su origen en actuaciones prevencionales previas, labradas a instancias de la firma empleadora de este grupo de trabajadores, y en las cuales se les atribuía algún ilícito. Ahora bien, el punto es que esta tesis de descargo no ha logrado despejar el interrogante acerca de: ¿quién fue el funcionario judicial responsable de esa investigación –sea un Fiscal general, o un Funcionario de fiscalía, etc.-, que presumiblemente habría dado directivas al Comisario P.?, en el sentido que debía proceder a la identificación de las personas presentes en la dependencia, por su vinculación con el Legajo fiscal nº 3.577.-

Al respecto, resulta ilustrativo el escrito de responde a la impugnación ordinaria, presentado por la Fiscal Jefe de la Circunscripción judicial de Sarmiento, quien explica que era ella la responsable de la investigación por el hecho que habría perjudicado a la empleadora, de manera

entonces que no resulta posible que otro Fiscal general –por entonces el Dr. Raúl C.-, haya sido quien dio la orden de identificar a las personas; sumado ello a que la línea de defensa material del acusado, en este punto, ha ido cambiando a través del tiempo, como lo explica la citada funcionaria en la contestación de marras: "… recién en el debate fue mencionado el Dr. C. como quien habría dado la orden de identificar, hecho que no ocurrió y que fue probado por el MPF, se probó por el libro diario… Al comienzo la que había dado la orden según el imputado había sido la suscripta…, luego fue cambiando su versión hasta que en el debate puso en cabeza del Dr. C. la orden de identificar".-

La preexistencia de aquella "orden" (verbal aparentemente, según el escrito titulado: "Plantear recurso de impugnación", de fecha 8/1/13, y después negada) debió acreditarse fuera de toda duda, como presupuesto, para de allí en más analizar la posibilidad de una causa de justificación, inculpabilidad, etc.; pero nada de ello ocurrió en definitiva.-

3) En la deliberación hemos acordado que, en consecuencia de todo lo expuesto hasta aquí, merece confirmarse la sentencia condenatoria, en la medida en que ha tenido por acreditado que, en el caso, se ha perpetrado el delito del art. 144 bis, inc. 1°, CP; teniendo en cuenta, sobre todo, que nos encontramos ante "un delito de instantánea realización", que se consuma formalmente en el primer momento de efectiva privación de la

libertad personal, siempre que pueda considerarse que el ofendido "se vio impedido de disponer de su libertad de locomoción … en los límites queridos por el autor, exigencia que viene dada por el principio de lesividad" (cfme. Rafecas, ob. cit., pág. 161).-

Añade este autor que no cualquier privación de libertad llevada a cabo por el funcionario público en ejercicio de sus funciones va a llenar, sin más, el tipo penal en estudio; sino que se requiere además, como elemento normativo de recorte, que sea ilegítima, por ejemplo porque consiste, como en nuestro caso, en un abuso funcional. El legislador exige que el dolo del sujeto activo en su faz cognoscitiva alcance estos elementos, si se quiere afirmar la existencia de un tipo penal completo; el conocimiento de estos elementos implica que "al agente le debe constar, al menos con dolo eventual, que su comportamiento exorbita las estrictas regulaciones inherentes a la detención de personas, que le están dirigidas en el ámbito de su deber" (ibídem, pág. 165; v. sentencia impugnada, "Considerandos", fs. 128).-

Asimismo, en la sentencia (fs. 126vta.) se ha destacado, también con cita de Rafecas, que el supuesto consentimiento prestado por las víctimas, resulta irrelevante a los efectos de afirmar la imputación –el autor transcribe en una nota a pie de página, la opinión de Roxin, en el sentido que "estos preceptos protegen no solo a los perseguidos, sino asimismo la

conformidad del proceso penal al Estado de Derecho, que también resulta dañada cuando la víctima consiente tal forma de proceder”-.-

En definitiva, se verifica en el caso un abuso funcional que afecta el bien jurídico libertad de los ciudadanos; el mismo puede ser calificado de relativo, ya que el funcionario obra arbitrariamente en el caso concreto (cfme. “Considerandos” de la sentencia impugnada, fs. 127 vta.: “…el funcionario tiene la facultad de detener a una persona, pero abusa de ella, actuando con arbitrariedad”. A continuación, el magistrado cita la doctrina de Creus, quien ejemplifica el tipo, del siguiente modo: “arrestar en averiguación de antecedentes a una persona perfectamente conocida por él -agente- y que sabe que no es reclamada por autoridad alguna”).-

4) Acerca de las denunciadas –en el recurso ordinario- acciones de hostigamiento hacia algunos de los testigos, durante el transcurso de la audiencia de debate, se advierte de la lectura del acta pertinente (art. 346 del C.P.P.) que no se han cuestionado decisiones del tribunal al respecto, de forma tal que luego pudieran ser materia de impugnación contra la sentencia definitiva, en línea con el procedimiento previsto en los arts. 311, 365 y ccs. del ritual. En la audiencia del art. 385 del C.P.P. se aludió a la realización de presentaciones “ante la Oficina Judicial”, pero ello no alcanza para tener por cumplimentadas las exigencias referidas precedentemente –en forma de “reserva” de derechos, para luego actualizarlas en esta instancia-.-

III.- Entiendo que merece un tratamiento particularizado, la denunciada violación del principio de igualdad entre las partes durante el proceso, en el sentido que mientras a los acusadores se les habilitó durante el juicio oral y público, la realización de un careo entre testigos, a la Defensa se le denegó prueba testimonial –concretamente, la deposición del entonces Asesor de Familia e Incapaces de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, Dr. Tomás Esteban M.-. Según se desprende del acta de debate, ante aquella negativa la parte acusada formuló un planteo del "caso federal".-

Ahora bien, en primer término cabe destacar que, sin perjuicio de la aludida reserva de raíz constitucional, no se advierte que la cuestión se vincule al principio del contradictorio –base de la denominada "igualdad de armas"-, sino más bien se trata de una materia ligada con la admisibilidad y oportunidad de la prueba; pero resultó que luego, durante el trámite de la presente impugnación ordinaria, no se ha replanteado la misma a fin de provocar un re-examen de la referida negativa, del Juez del juicio oral y público (art. 385 C.P.P.).-

Si bien el tema de la producción de prueba en la instancia recursiva es sumamente discutido, el ritual vigente en la Provincia lo habilita, y además parece claro que un supuesto de prueba denegada en la anterior etapa procesal, bien podría encuadrar –si se comprueba- en los cánones de "necesidad" y "utilidad" que la norma citada del art. 385, establece como

supuestos de admisibilidad (cfme. en la doctrina procesal penal argentina, Daniel Pastor: "propone que se permita una revisión parcial de la prueba en la etapa recursiva restringida a aquellos aspectos impugnados de manera fundamentada por el acusado. En este sentido, se podrá receptar prueba testimonial en la etapa recursiva y modificar las determinaciones fácticas realizadas por el tribunal de juicio en la sentencia. De esta forma, la sentencia quedará conformada por aquellas afirmaciones no cuestionadas por la defensa y las nuevas comprobaciones efectuadas mediante la propia apreciación de la prueba por parte del órgano revisor", citado por Florencia G. Plazas en su análisis del fallo "Araniz" de fecha 23/2/10, publicado en "Jurisprudencia penal de la CSJN, Leonardo Pitlevnik-dirección", edit. hammurabi, Buenos Aires, t. 10, págs. 225 y ss.).-

A mayor abundamiento, ya en las sentencias n° 17/12 de esta Circunscripción Judicial y 05/13 de la Circunscripción de Trelew, también hube de citar la opinión de Pastor, en el sentido que: "…un recurso efectivo para la revisión de la sentencia condenatoria de primera instancia tiene que permitir al imputado denunciar todos los errores posibles de su condenación, sean estos de la naturaleza que sean, y, sobre todo, debe permitirle probarlos. Para ello el recurso debe exteriorizar que los vicios señalados son plausibles y debe proponer los medios para verificarlos. Limitado a esos agravios, el conocimiento del Tribunal *ad quem*, necesario

para aceptar o rechazar los planteamientos del recurso, se alcanzará por dos vías directas: la revalorización de las pruebas de la primera instancia que no dependan de la inmediación (en este caso los jueces de ambas instancias están *par conditio*) y la realización en segunda instancia de prueba parcial, restringida a demostrar los puntos del recurso que requieran comprobación exclusivamente por medio de declaraciones" –de esta forma se puede evitar, en muchos casos, un juicio de reenvío- (cfme. Daniel R. Pastor, en la obra: "Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia. ¿La casación penal condenada?. A propósito del caso 'Herrera Ulloa vs. Costa Rica'…", publicado en "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal. Casación", tomo 4, Buenos Aires, edit. Ad hoc, pág. 255 y ss.).-

En definitiva, al no haberse solicitado en la presente instancia de revisión ordinaria, la producción de prueba testimonial vinculada a la actuación en el caso del Asesor de Familia e Incapaces de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, este tribunal de impugnación no puede atender favorablemente el agravio de nulidad del debate y la sentencia, que se pretende -derivado del rechazo de su deposición durante el juicio oral y público-; por lo que, también en este punto, se impone la confirmación del fallo condenatorio recurrido, al no advertirse violación del principio del contradictorio, en la etapa de la audiencia de debate.-

Recordemos sobre el particular, que ha sostenido

reiteradamente la CSJN que: "…en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación **restrictiva** y sólo cabe anular las actuaciones cuando un vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un **perjuicio irreparable**, sin admitirlas cuando no existe una **finalidad práctica**, que es razón ineludible de su procedencia. En efecto, la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como **presupuesto esencial**, que el acto impugnado tenga **trascendencia** sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el **orden público**" (Fallos: 325:1404, considerando 7º, el destacado ha sido agregado al original).-

En el mismo sentido, nuestro STJ tiene dicho que el criterio rector en materia de nulidades ha de ser aquél que indica que: "...sin perjuicio de su función de garantía, ... debe andarse **con cuidado** en materia de nulidades...los Tribunales, en general, han expuesto reiteradamente que esta sanción procesal es **último recurso** y que se debe atender tanto a la letra de la ley aplicable en la materia cuanto a la efectiva vulneración del derecho que la irregularidad implica. En otras palabras. La nulidad está apareada a la expresa determinación de la norma y, fundamentalmente, al efecto pernicioso

del acto sobre concretos derechos de quien o por quien se reclama, ya que **no** hay nulidades en solo beneficio de la ley o nulidad por la nulidad misma. El **principio de trascendencia** ... importa considerar que no hay correctivo si la desviación no tiene trascendencia sobre garantías esenciales de la defensa en juicio, ya que las nulidades no tienen por finalidades satisfacer pruritos formales sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieren surgir de la desviación ... En el mismo sentido debe exponerse que es deber irrenunciable de quien invoca la nulidad de un acto –y de modo fundamental de la sentencia que pone fin al proceso, luego del debate oral y público- demostrar que la eventual exclusión habrá de conducir de modo decisivo y eficaz a una solución distinta y que 'de otro modo (la) impugnación carece de justificación que la sustente. **Toda nulidad se vincula con la idea de defensa**; si el vicio no priva a la parte de su ejercicio ni afecta la garantía en cuestión, la nulidad debe rechazarse'..." (cfme. sentencias n° 28/07 del 23/3/07 y 25/09 del 27/4/09, votos del Dr. Pfleger -el destacado ha sido agregado al original).-

IV.- Con relación al alegado "estado de indefensión" en que se habría encontrado el acusado y que, según los agravios del Defensor Público, acarrearía la nulidad de la sentencia condenatoria, se advierte que en el caso no concurren –al menos en forma evidente-, los supuestos de una defensa técnica ineficaz. Según las constancias del acta de la audiencia

preliminar, celebrada el día 23 de mayo de 2012, el defensor de confianza que actuaba en aquel momento en representación del imputado efectuó diversos planteos (v.g. pedidos de nulidad); solicitó el sobreseimiento de su pupilo; y ofreció prueba. De este modo, se concluye que en principio, no es posible entender que ha mediado un supuesto de negligencia grave, que pudiera haber obligado al Estado a intervenir en pro de una defensa adecuada, por ejemplo a través del apartamiento del defensor, supuesto excepcional -máxime tratándose de un abogado de confianza-, que debe utilizarse con suma cautela.-

Además, también debemos tener en cuenta que las decisiones que se adoptan en el marco de una audiencia preliminar no causan estado, en principio; por lo que, ante un cambio de defensor y suponiendo que la estrategia del mismo sea radicalmente diferente a la de su predecesor, hubiera sido posible en el marco del juicio oral y público intentar -al menos- nuevos planteos, como así también en caso de denegatoria de los mismos, reproducirlos luego en la instancia recursiva –me remito en este punto a todo cuanto se ha expuesto en el apartado precedente, al abordar la situación referida al replanteo de prueba testimonial, ya analizado *ut supra* –, y siempre desde la óptica de una defensa adecuada observancia del derecho de defensa en juicio, antes de pretender la nulidad de la audiencia de debate y la sentencia.-

También merece la pena destacarse, a propósito de la audiencia preliminar, que en dicha etapa procesal intervino una representante del Ministerio Público Fiscal, que no es la misma funcionaria que actuó en la audiencia de debate; habiendo sostenido la Dra. M. A. P. la imputación dirigida al Comisario J. S. P. (v.g. solicitó se rechacen los planteos de nulidad efectuados por la defensa; se opuso a la incorporación de prueba; etc.), argumentos que fueron receptados favorablemente por el Juez penal interviniente, lo que determinó en definitiva el dictado del auto de apertura del juicio oral. Con ello se despeja toda sospecha, entonces, en el sentido que el enjuiciamiento del acusado P. haya sido el producto de una persecución subjetiva y caprichosa, emanada de una funcionaria del Ministerio Público, que solo obró guiada por el ánimo de perjudicar al funcionario policial.-

Por último, y en lo concerniente al déficit de actuación de la defensa de confianza, señalado por el impugnante, en lo relativo al diligenciamiento de oficios que se ordenaron librar en la referida audiencia preliminar; debemos destacar que, de haber sido necesario -a los fines de una adecuada preparación de la defensa, ante el cambio de profesional previo al juicio oral y público-, eventualmente se hubiese podido intentar un pedido de posposición de audiencia, como medio de asegurar la producción de la prueba de descargo, y reparar cualquier presunta inactividad en tal sentido, del anterior letrado a cargo de la defensa.-

V.- Sí ha de receptarse en forma afirmativa el agravio relativo al monto de las penas impuestas en la sentencia impugnada, toda vez que los fundamentos expuestos en torno a las circunstancias de agravación, no pueden sostenerse válidamente. En efecto, no se comprende por qué razón si el tipo penal del art. 144 bis es una figura especial, en la que su autor solo puede ser un funcionario público con facultades para efectuar una privación de la libertad, se considera como agravante "su calidad de comisario y de jefe de la comisaría distrito local, su grado de educación y especial preparación, el modo y el lugar donde se llevaron a cabo las acciones".-

Tampoco se comparte que "el tiempo que duró la privación de la libertad pueda erigirse en una agravante", cuando no existe controversia en cuanto a que ese lapso fue de aproximadamente tres horas. Finalmente, podría subsistir en abstracto como motivo de elevación de la pena por encima del mínimo de la escala penal, el rubro "cantidad de víctimas", si atendemos al hecho de que efectivamente la medida de "demora", con fines de identificación y averiguación de antecedentes, fue adoptada respecto a una pluralidad de personas; pero, sin embargo, al no haberse encuadrado el caso en el art. 55 CP como supuesto de reiteración delictiva –que correspondía (cfme. Rafecas, pág. 120: "…por tratarse de delitos contra bienes eminentemente personales, la pluralidad de víctimas hace múltiple cualquiera de estos delitos", con cita de Jakobs, Jescheck y

Zaffaroni-Alagia-Slokar)-, entiendo que resulta incongruente tomar luego ese dato, como circunstancia fundante del cuantum de la sanción por sobre el mínimo, cuando no se lo tuvo en cuenta en la tipificación.-

En consecuencia, postulo se recepte favorablemente la impugnación en este punto, y se modifique la cuantía de las penas impuestas a P., fijándolas en definitiva, en un año de prisión en suspenso y dos años de inhabilitación especial, manteniendo el resto de las condiciones fijadas por el Juez de juicio.-

VI.- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo mi voto parcialmente por la afirmativa, a la presente cuestión.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- No he de reiterar, en líneas generales, los antecedentes del caso, remitiendo para ello, en honor a la brevedad y en afán de evitar reproducciones estériles, al detalle realizado en el sufragio precedente.

II.- De una atenta lectura de la Sentencia en crisis, compulsa del Debate vía registros de audio, y observación de los términos del Recurso más lo argumentado en la audiencia del art. 385 del CPPCh., queda claro que el impugnante no ha discutido que los hechos ocurrieron como los ha presentado el Ministerio Fiscal, la Querella y, en definitiva, los ha definido el A-quo.

Se desprende del ítem “La verdad real del suceso

acaecido" del remedio, queel día 28/10/010, el imputado J. S. P., en su calidad de Comisario de la Seccional Sarmiento de la Policía del Chubut, procedió a demorar a una serie de ciudadanos, mediante la herramienta que le proporcionaban los arts. 1 y 10 c b) de la Ley XIX nro. 5, antes 815, en el marco del Legajo de investigación Fiscal nro. 3564, por disposición del entonces Fiscal, Raúl C..

Entonces, mediante las actas respectivas del Libro de parte diario de la Comisaría, las declaraciones en Debate de los "demorados" (L. T., S. M., M., A. y D. U., J. R., A. N., R. Á., A. P., M. C., D. S., M. T., M. N., M. A., H. Q., M. R. H., A. B., R. L., M. T., R. C., G. B., C. F., J. M. y M. O.), de los subalternos del imputado que realizaron los trámites administrativos (Quinteros, Santillán), y la propia versión de defensa material de P. surge que este impartió la directiva de averiguar la identidad y los medios de vida de las personas indicadas (más algunos otros que no declararon como testigos en Juicio), y para ello les restringió la libertad ambulatoria durante dicha diligencia, algunas horas de la noche del día referido.

III.- En definitiva, el A-quo ha tipificado el accionar de P. como autor de Privación ilegal de la libertad agravada (art. 144 bis inc. 1ro del CP), lo cual tampoco fue puntualmente cuestionado, pues la estrategia de la Defensa, y del incuso, pasaron por pretender la existencia de vicios en el

procedimiento, discutir determinados aspectos del evento, y en subsidio, la reducción de la condena impuesta.

Conviene recordar, a esta altura, que el seleccionado se trata de un ilícito doloso, que contempla dos supuestos, habiendo quedado encuadrada la conducta del acusado en la modalidad abusiva, es decir, la consistente en la actitud del Funcionario investido de facultades para llevar a cabo el acto, pero que opera excediendo el alcance de las mismas, lo que debe conocer, pues debe actuar a sabiendas que excede su marco de actuación funcional, lo que resulta un elemento normativo del tipo, el carácter ilegal de la privación de libertad, sobre el que el sujeto activo debe tener pleno conocimiento, de estar "abusando".de su competencia.

Por ende, obligar a una o unas personas a permanecer en un sitio contra su voluntad, por más que fuere por un tiempo no demasiado extenso, y evitando malos tratos, igual constituye el aspecto objetivo de la figura, siendo el subjetivo el conocimiento que se lo hace de manera ilegítima, no importando los motivos por los que se desarrolla tal conducta (conf. Gustavo Aboso, Código Penal comentado Baigún Zaffaroni, Tomo 5, pags 193/197, Ed. Hammurabi).

Aquí, el sustrato objetivo del tipo no admite discusión alguna. Las personas que esa noche fueron a denunciar actos de discriminación por parte de la empresa "F. L." no tenían por qué ser luego

identificados, y por ende demorados, en el contexto de la ex Ley 815, más aún si previamente habían sido, identificados, en calidad de, precisamente, denunciantes.

El Juez acertó cuando razonó que tampoco era necesario un trámite que no tenía relación con las facultades que la Prevención posee como auxiliar de la Justicia, otorgadas por el ordenamiento adjetivo (arts. 118/120 CPPCh,), como ha pregonado el acusado al sostener que actuó como lo hizo por indicación de un Fiscal, en el contexto de una causa en donde las víctimas eran denunciadas por el gerente de la empresa mencionada, por obstruir el ingreso del resto del personal.

No descubrimos nada si afirmamos que la ex Ley 815 no es un instrumento de aplicación en el proceso penal, que faculta a la Prevención en términos del Poder de "Policía" ligado al poder administrador, que su constitucionalidad merece un detenido análisis, y que históricamente se ha hecho un uso excesivo e indebido, de dichas facultades, justamente con mediante su uso en la investigación de delitos.

Entonces, un Funcionario policial de alto grado no podía ignorar que nada debía hacer en cuanto a los denunciados de un delito sin indicación de un Fiscal, menos restringir su libertad, y menos aún invocando una herramienta inidónea a tal efecto.

Es decir, dado que no resultan una exigencia típica los

motivos por los que el imputado procedió de la forma descripta, lo hizo excediendo la facultad que poseía "en abstracto" de demorar personas, conforme la norma (ex Ley 815), que hemos mencionado, pero que era inaplicable a los fines invocados, un acto de identificación en el marco del proceso penal.

Ello es tan claro, que el acusado sostuvo, en el Juicio pues antes argumentó otro extremo, que recibió una indicación del Dr. C. para actuar de esa manera. Es decir, no refirió una compression inadecuada del plexo normativo que debía aplicar, lo que hubiera traído al análisis la existencia de un error de tipo, o aún de prohibición, que no fue planteado. Por el contrario, invocó haber recibido una directiva de efectivamente alguien que podía dársela, un Fiscal.

Pero, más allá que el Dr. C. no era el encargado del legajo nro. 3564 como ha quedado corroborado en autos, y aún concediendo que la investigación penal preparatoria es una instancia dinámica en la cual existen en muchas ocasiones directivas telefónicas entre Fiscales y Policías, el encargado de traer a Debate al Funcionario fiscal aludido era el imputado, pues los Acusadores habían logrado acreditar mediante la prueba rendida los extremos típicos objetivos y subjetivos de la figura en cuestión.

Por ende, no era de relevancia la comparecencia del Sr. Asesor de Incapaces, motivo de un planteo de la Defensa, sino de quién

habría impartido la directiva al imputado de demorar a las víctimas, lo que a esta altura, no asa de ser una mera afirmación carente de sustento.

IV.- Otro motivo de agravio tuvo que ver con la legalidad del procedimiento, especialmente la presunta indefensión del encartado debido al asesoramiento del letrado interviniente de forma previa a la Defensa Pública, y en Debate, por la alegada pérdida de objetividad del Acusador Público.

Concretamente, del análisis del trámite no se desprende que la actuación del letrado aludido haya generado un menoscabo determinante para el derecho de defensa, provocador del resultado del juicio, es decir, la condena de P.. Sabido es que no existe la "nulidad por la nulidad misma", menos en un ordenamiento ritual que prevé como principio general la conservación de los actos procesales, y como excepción, la invalidez de los mismos (art. 162 CPPCh.).

Respecto de lo ocurrido en Debate, en cuanto al interrogatorio de los testigos de cargo y descargo, es vital recurrir al concepto de "contra examen".

El sistema de litigación que mejor se adecua al rito vigente es el adversarial, y en el la parte que ofrece un testimonio se supone que conoce de antemano el aporte del testigo. Pero es la contraria la que posee facultades de interrogación más profundas, pues debe poner a prueba la

credibilidad del órgano de prueba.

Considero que eso ocurrió cuando la Fiscal actuante interrogó a los testigos de descargo, y era la herramienta que tenia a mano la defensa para hacer lo propio con los de cargo, sin perjuicio de todo lo que hubiese trabajado el Acusador Público en preparar, vía profesionales del SAVD, dichas exposiciones en Juicio.

En resumidas cuentas, tampoco ello tiene entidad suficiente como para objetar la validez de lo actuado.

V.- Por último, en cuanto a la sanción, sí debe prosperar el agravio respectivo deducido por el esforzado Defensor.

El Sentenciante ha tenido como agravantes, para apartarse del mínimo legal, el carácter de Comisario de P., de Jefe de Comisaría, su grado de educación y preparación, el modo y el lugar donde se llevaron a cabo las acciones.

Todo ello lo considero incluido en el tipo del art. 144 bis inc. 1ro, y aún en el de Abuso de Autoridad (art. 248 del CP), que hiciera ocurrir idealmente. El imputado pudo accionar de esa forma por que ostenta el grado aludido dentro de la Institución, por eso estaba a cargo de una Seccional, tenía el gradote preparación y educación referido, y sus acciones tuvieron como contexto, una Comisaría.

Todos los extremos se encuentran incluidos directa o

indirectamente, insisto, en las exigencias típicas, por lo cual volver a computarlos , de amenra gravosa en la punibilidad significa una colisión con el principio del "ne bis in ídem" que no corresponde.

Luego el A-quo tomó también como agravantes el tiempo que duró la privación de libertad, unas pocas horas, que computadas en el rubro extensión del daño causado podrían pasar perfectamente a ser un atenuante, más aún si computamos que se les proporcionó a las víctima un trato digno, y la cantidad de demorados, lo cual sí fue calificado correctamente.

Soy del criterio que se debe partir de los mínimos legales, en función de los principios de humanidad y racionalidad de la respuesta contingente, en cuanto a dosimetría se refiere, y por todo lo expuesto, no advierto razones para ir más allá de dicho nivel, un año de prisión en suspenso, más aún cuando el resto de los parámetros enunciados por e Sentenciante lo fueron en calidad de atenuantes.

VI.- Ahora sí, para concluir, tratándose de ilícitos previstos con penas conjuntas, en los que la inhabilitación especial lo es por el doble de tiempo de la pena temporal, también corresponde reducir esta, la que quedará delimitada en dos años.

En cuanto al alcance de la mentada inhabilitación, comparto la postura del A-quo, como los propios precedentes invocados por él lo

demuestran, y si bien sería imposible para este Tribunal modificar lo resuelto en tal sentido por imperio del principio que prohíbe "la reformatio in pejus", creo que ha sido una solución equitativa, compatible con la entidad de la conducta de encartado, y el escaso tiempo que le resta para acogerse al retiro, tal como el propio imputado ha resaltado en las postrimerías de la audiencia de art. 385 del rito.

Entiendo que una falta como la verificada no tiene la entidad de desechar toda una vida de trabajo en la Institución policial, por lo cual P. deberá ser reasignado en cuanto a sus tareas, pero en ningún caso exonerado de la fuerza como consecuencia del hecho atribuido.

Entonces, la Sentencia debe ser confirmada, excepto en lo que hace a la sanción impuesta, la que quedara como se reducirá como ha quedado expresado precedentemente. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

1.- Emitiré mi voto sin exponer los antecedentes del caso ni los agravios esgrimidos por el impugnante pues el completo detalle efectuado por mis pares preopinantes resultan suficientes.

Sobre la base de la prueba rendida en el juicio y conclusiones de las partes se extrae de la sentencia atacada que no ha sido materia de discusión el hecho objeto del proceso en cuanto el día 28 de octubre de 2010 aproximadamente a las 19 horas un grupo de veintiocho

personas, empleados de la firma “F. L. S.A.”, se hizo presente en la Comisaría Distrito Sarmiento con la finalidad de radicar denuncias por entender que fueron discriminados en la mencionada empresa, disponiéndose la realización de actas en las que los presentantes expusieran lo sucedido luego del asesoramiento brindado por el INADI, lo que se concreta siendo el Oficial Quinteros quien las recibe; pero a su vez se les informa que quedan demorados en cumplimiento de la Ley 815 –Ley XIX N° 5- y se les confeccionan planillas prontuariales, fichas dactiloscópicas, un médico constata el estado de salud de los mismos y fotografías de rigor, lo que es asentado en el libro de parte diario, y siendo las 23:15 hs. recuperan la libertad previa verificación de antecedentes y posibles ordenes de captura y/o paradero.

Para ello el Magistrado ha tenido en consideración no solo los instrumentos públicos en que se registraron tales actos, sino también los dichos de las personas afectadas por la medida y en particular el propio reconocimiento de la persona sometida a juicio, lo que hace un cuadro probatorio completo ponderado de acuerdo a los principios establecidos por el ritual -art. 25 C.P.P.- sin advertir errores, ni omisiones en la tarea realizada por el juzgador, brindando suficiente motivación.

Desde luego esta primer respuesta incluye y resuelve la cuestión atinente a la autoría, pues fue el Comisario J. S. P. quien dispuso y

dio orden de proceder en los términos ya expuestos.

2.- Veamos entonces las críticas al pronunciamiento que concluye con la condena del imputado a las penas de dos años de prisión en suspenso y cuatro de inhabilitación especial por resultar autor penalmente responsable de los delitos de privación abusiva de la libertad en concurso ideal con abuso de autoridad (Arts. 144 bis inc. 1°, 54 y 248 del C.P.).

a.- En primer lugar refiere en el escrito "El estado de indefensión del imputado", sobre lo que no profundizó mayormente en la audiencia del Art. 385 del C.P.P., denunciando tal situación en base a desavenencias con la estrategia defensista de quien lo precediera en la tarea. Al respecto cabe remarcar que de lo actuado surge que el imputado ha ejercido plenamente sus derechos en el proceso, no advirtiendo inobservancia o afectación a la garantía de defensa en juicio por lo que resulta aventurado por parte del Defensor Público afirmar una invalidéz absoluta que habilite la sanción de nulidad del debate (Arts. 44 y 45 Const. Prov.; Arts. 9, 82 inc. 3°, 91, 161 y 164 del C.P.P.).

La crítica a la actividad desplegada por el Defensor de Confianza que ejerció ese Ministerio hasta la audiencia preliminar radica en que no ofreció prueba útil para el juicio, no haber diligenciado la propuesta y admitida y no haber insistido en la recusación de la Fiscal actuante. Surge de la audiencia preliminar planteos de nulidad de la acusación privada y del

proceso en general por no haberse apartado la Fiscal actuante; más planteó recusación fundada que fue rechazada; propuso prueba pertinente y útil de acuerdo a la defensa material que hasta ese entonces no había brindado algunos argumentos que recién en juicio se ventilan, por lo que estas meras discrepancias con la estrategia desarrollada por el defensor que lo precedió en la actividad lejos están de constituir o mal pueden catalogarse como un estado de indefensión del imputado cuando surge claramente que han sido tutelados debidamente sus derechos y los ha ejercido.

b.- Pasemos entonces al agravio central que básicamente consiste en que el Comisario a cargo de la dependencia policial actuó de tal manera cumpliendo directivas del Sr. Fiscal General, Dr. Raúl C., y que ello excluiría el dolo requerido por las figuras penales escogidas.

Como ya destacara, el Juez del Juicio ha evaluado prueba objetiva e independiente que no ha dado margen para arribar a una conclusión distinta.

Resultan categóricas las actas labradas por el Oficial Héctor Quinteros, sobre lo que depuso en la audiencia de juicio, respecto a los motivos por los cuales se hizo presente en la Comisaría este grupo de veintiocho personas, y que previamente habían recibido asesoramiento del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, delegación Chubut, para proceder adecuadamente, además de la abundante

prueba testimonial, incluso el reconocimiento del imputado quien también acepta haber dado orden de demora para los denunciantes de acuerdo a las atribuciones que confiere la Ley 815 art. 10 inc. "b" y asientan tal disposición y proceder en el libro de parte diario, documental exhibida e incorporada por lectura identificada como "evidencia N° 25" de acuerdo al acta de juicio, por lo que la primer conclusión del Juez Penal en cuanto ello implica una privación de libertad de las veintiocho personas al quedar demoradas en la comisaría por aplicación de la normativa ut supra citada es acertada y suficientemente motivada.

Ahora bien, indudablemente existió un disparador de la conducta que se le reprocha al Comisario P., Como quedara establecido en el Juicio respecto a la situación que movilizaba a este grupo de personas a exponer hechos que han considerado discriminatorios ante la autoridad producidos en el ámbito laboral, dejó en el tapete un conflicto laboral, tal vez más profundo, y se verifica con una denuncia radicada previamente por el Gerente General de la empresa "F. L. S.A.", Ingeniero Adrián J. Colaprete que derivó en la formación de un Legajo de Investigación Fiscal -N° 3564- contra un grupo de trabajadores que en el marco de un reclamo, y como medida de acción, bloquearon el acceso de la planta, documental incorporada al juicio y de la que extrae el Magistrado que la Fiscal actuante es la Dra. V..

Así, ante la posición de la defensa, remarca el Juzgador

que en el juicio la parte no acreditó el extremo. Al margen de las reglas que impone el sistema adversarial, la presunta orden emanada del Fiscal Dr. Raúl C. es presentada recién en el juicio, pues anteriormente solo se daba referencia de una orden de un funcionario de fiscalía actuante en la investigación de los hechos denunciados por el responsable de la firma mencionada, que no es otra que la Dra. V. de la cual nunca partió una disposición semejante.

Esta conclusión se apoya en una acertada ponderación en cuanto esta versión del imputado, en ejercicio de su defensa material, no se verificó por prueba independiente y el único elemento que la apoyaría resulta el testimonio de un dependiente del imputado que se contrapone en un aspecto esencial vinculado a la forma en que se recibió la presunta orden, pues P. afirma que fue telefónicamente en tanto el Of. Quinteros sostiene que el Fiscal C. se hizo presente en la dependencia a ese efecto, a lo que cabe agregar que tal circunstancia al más elemental análisis indica que debió ser advertida su presencia por alguna de las tantas personas o funcionarios que allí se encontraban.

También surgió del juicio la probable intervención del Sr. Defensor Público, Tomás M., a quien se lo habría anoticiado de la demora de las personas en los términos ya señalados y la hipotética vinculación al hecho denunciado por el Ing. Colaprete. Así el aquí impugnante correctamente

solicita su testimonio pues se trataba de una circunstancia nueva que bien pudo habilitar el Juez pero en definitiva la rechaza ante la oposición del Ministerio Público Fiscal.

Esta situación es denunciada a este Cuerpo en la audiencia del Art. 385 del ritual como una hipotética afectación a la defensa en juicio y al principio de igualdad de armas, pero resulta llamativo que el impugnante en su libelo no haya insistido con la prueba para ser producida en esta instancia cuando el derecho le asistía, ya que la norma invocada justamente prevé la posibilidad frente a esos supuestos por lo que mal puede considerar este Tribunal la hipótesis para resolver el recurso.

En definitiva todo apunta a demostrar que una correcta evaluación de la prueba llevaba a otra solución; por una parte considera el impugnante que no hubo mayor afectación dado que la demora fue mínima, aproximadamente cuatro horas, y que no se opusieron, que las personas fueron correctamente tratadas incluso se les brindó bebidas calientes, que no se les impidió comunicarse por sus celulares y que dieron intervención a un Defensor Público lo que no pudo corroborarse como acabo de señalar en el párrafo que antecede, y cabe entonces preguntarse ¿si tal tratamiento excluye la ilicitud de tal proceder?.

Desde ya la respuesta es negativa, todo ello en modo alguno influye excluyendo o justificando la conducta contraria a derecho con

clara afectación al bien jurídicamente tutelado por la norma seleccionada (Art. 144 bis inc. 1° C.P.); se ha privado de libertad a personas sin darse las condiciones establecidas por las leyes implicando una restricción de la libertad de locomoción o ambulatoria, es decir se configura una privación de la libertad abusiva, resultando irrelevante el tiempo que permanecieron en tal situación pues se trata de un delito permanente que se prolonga mientras no cesa la privación de libertad, menos aún el trato dispensado, o pensar que las víctimas frente al abuso puedan prestar un consentimiento válido y con respecto al descargo que no incomunicó a las personas tampoco es atendible, de lo contrario se agravaría sensiblemente la situación del encartado frente al proceso, a lo que dio válida fundamentación el Dr. Daniel Camilo P. con apoyatura doctrinaria al abordar la significación jurídica de la conducta.

En tal inteligencia no existía motivo o circunstancia alguna prevista por dispositivo legal para demorar a las personas; consideremos que fueron a radicar denuncias por discriminación, para lo cual se deben identificar debidamente no obstante el imputado aplica la Ley 815 con tal finalidad y de conocer sus antecedentes, si pesa sobre ellos orden de captura o averiguación de paradero y los priva de libertad mientras se realizó el trámite de rigor hasta concluir con el último. Como ya mencionara existió un disparador que es ponderado por el Juez conforme a la lógica y la experiencia común, lo que tampoco ha sido discutido en el debate, y es el

proceso iniciado a partir de la denuncia de la Empresa en la que trabajaban las víctimas tres días antes de este episodio presumiendo el Sr. Jefe de la Comisaría que se trataba del grupo de personas que bloqueó el acceso a la firma “F. L. S.A.” cuando no había efectuado constatación o inspección alguna del sitio ante la denuncia, alegando P. que no concurrieron para evitar males mayores y que no tenía personal.

Bien dice el Juez que tal argumento no tiene solidéz lógica y parece más una excusa que una justificación razonable -ver fs. 126 vta. 1° párrafo-, a lo que adito que no parece una excusa, lo es, vana e inocente; incluso ha sido tratado que al presentarse las personas se requirió asesoramiento a la Fiscal en turno, Dra. V., sobre el procedimiento a seguir ante denuncias por discriminación, pero también respecto a la hipotética vinculación de las mismas con el hecho denunciado por la empresa, consulta que mereció una respuesta negativa en el sentido que no correspondía efectuar actuación alguna y sin perjuicio de ello obstinadamente el Comisario actuó, tal vez guiado por un protagonismo que pese al tiempo transcurrido desde la implementación del actual Código Procesal parecen no comprender en general los funcionarios policiales, para lo que basta leer a diario los periódicos locales cuando resultan meros auxiliares en tareas de investigación guiadas exclusivamente por el Ministerio Público Fiscal o bien movilizado por ese vago concepto de “olfato policial” que no supera el

ámbito interno del funcionario y que no pueden legitimar conductas como la del encartado. Al margen de la dudosa constitucionalidad de estas normas, por cuanto otorgan amplias facultades a la policía y no requiere que la privación de libertad o demora esté en conexión con denuncia o procedimientos preexistentes, el Art. 10 inc. "b" de la Ley XIX N° 5, claramente concede tal facultad cuando es necesario conocer sus antecedentes en circunstancias que lo justifiquen, cuando se nieguen a identificar, carezcan de identificación dando cuenta al Ministerio Público Fiscal.

Pensemos en primer término que circunstancia relevante justificaba conocer los antecedentes de estas personas cuando no existía ningún elemento que podía conectarlos con la denuncia anterior?, o identificarlos cuando concurrieron munidos de sus documentos para exponer hechos de discriminación, y por si resultara poco, al comunicarse con el Ministerio Público Fiscal la Dra. V. le indica que no corresponde efectuar otra actuación más que la confección de actas en las que las personas expusieran los hechos que consideraban discriminatorios; por ello no mediando razones para tal proceder bien concluye el Magistrado que debe responder el imputado en los términos de las normas de fondo seleccionadas y por ello voto por la afirmativa en cuanto confirmar este punto de la sentencia, no habiendo controvertido el impugnante la significación jurídica de la conducta.

Para concluir entiendo útil traer el análisis y tratamiento que realiza Alejandro Carrió en su obra "Garantías constitucionales en el proceso penal", Ed. Hammurabi, respecto a la detención por averiguación de antecedentes, -pág. 223/246- y su evolución jurisprudencial a partir del fallo de la Corte en el caso "Daray", en el que señala "Los claros y enfáticos conceptos vertidos por los votos mayoR.rios de "Daray" parecieron abrir un camino auspicioso en lo relativo a la garantía contra las detenciones policiales arbitrarias, conceptos que fueron recogidos por algunos tribunales" (Pág. 240), analizando luego varios casos entre ellos "Herrera, Noemí del Valle s/ nulidad", C. N. Crim. y Correc., Sala I, ED, 171-119, y dice: … "Allí oficiales de policía detuvieron a los ocupantes de un automóvil por considerar "que dicha gente era para identificar". En su declaración en la causa el policía actuante agregó que él y sus compañeros "olfatearon algo raro" y por ello procedieron a identificar a los ocupantes del vehículo. En algún momento del procedimiento a uno de los imputados se le secuestró una tarjeta de crédito denunciada como robada, y un documento de identidad a nombre de un tercero. La Sala I actuante, por mayoría, entendió que la detención de los imputados no se había sustentado en ninguna causa razonable por no darse un supuesto de flagrancia, no existir indicios vehementes de culpabilidad, y no estar presentes las "circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que se cometió o se está por cometer un delito", propias de la detención por

averiguación de antecedentes", y continúa para concluir: "Pese a lo que podría inferirse de los fallos recién examinados, no todos los tribunales, y ni siquiera la Corte Suprema en un caso posterior, coincidieron en que los criterios de "Daray" deben regir otros encuentros entre los ciudadanos y la policía, de los que se derive la obtención de elementos incriminantes" (Pág. 241/242).

b.- Por último y en subsidio de los agravios ya tratados entiende la Defensa que las penas impuestas aparecen como excesivas en consideración a los parámetros tenidos en cuenta por el tribunal para la dosis.-

Escuetamente sostuvo que las circunstancias personales, familiares y laborales de su asistido como así también la falta de antecedentes penales computables, y su trayectoria como miembro de la fuerza, debieron tener más peso como atenuantes y así llegar al mínimo de la escala penal.

Durante el juicio el Ministerio Público Fiscal pretendió la imposición de una pena de tres (3) años y un (1) mes de prisión e inhabilitación especial por doble tiempo de la condena, y en definitiva el Juzgador se ubicó prácticamente en el medio de las pretensiones de las partes.

Desde ya encuentra apoyatura la afirmación de que el Juez Penal no dimensionó las circunstancias personales, familiar y laboral en cuanto al desempeño del funcionario durante su carrera, pero además

desacertadamente evalúa como agravantes su calidad de Comisario y Jefe de la Comisaría, su grado de educación y especial preparación, el lugar donde se llevaron a cabo las acciones y el tiempo que duró la privación de libertad.

Al respecto corresponde tener en cuenta que los delitos que se atribuyen son delitos de propia mano, es decir que solo pueden ser cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, por ende tener como pauta agravante su condición de miembro de la Policía de la Provincia con el grado de Comisario y a cargo de la Comisaría Distrito Sarmiento importa en definitiva una doble ponderación de tal condición en su perjuicio constituyendo ello una afectación al principio "nem bis in idem". Por otra parte el lugar donde se cometió la privación es un ámbito propio, lo contrario sí podría apreciarse según el caso como una circunstancia agravante, a igual que la privación de la libertad puesto que forma parte de la determinación cualificada y no puede ser considerada entre los criterios que incrementan la pena por integrar el disvalor del injusto que se le reprocha.

En tal inteligencia resulta pertinente efectuar una cita a Fleming y López Viñals en la obra "Las Penas", pág. 369, Ed. Rubinzal Culzoni, en la que se señala lo siguiente: "Los tipos penales describen las conductas de las que pueden derivarse una pena; se trata de requisitos mínimos para que alguien sea castigado; sería entonces ilógico que la pena que el Juez selecciona para el caso fuese agravada por haberse realizado un

aspecto del hecho necesario para el perfeccionamiento del tipo".

Todo ello nos ha llevado a concluir que ciertamente corresponde disminuir la dosis de pena a su mínimo por responder ello a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y así lo voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

De acuerdo al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión, propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **J. S. P.**, contra la sentencia dictada en fecha 3 de enero de 2013; confirmar parcialmente la sentencia condenatoria Nº 03/13 dictada respecto de le mencionado, readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva como autor material y penalmente responsable, en calidad de funcionario público, del delito de Privación abusiva de la libertad (art. 144 bis, inc. 1 del CP), en concurso ideal con Abuso de autoridad (art. 248 y 54 del CP), a la pena de **un año de prisión en suspenso y dos años de inhabilitación especial** con los alcances dispuestos en el punto "1." del fallo (arts. 26, 29 inc. 3ro., 40 y 41 del CP; 239 y ccds. del CPP), por los hechos cometidos en la ciudad de Sarmiento, con fecha 28 de octubre de 2010, en perjuicio de las personas allí mencionadas; comuníquese al Sr. Defensor Jefe de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, la determinación del Sr. Defensor Público, Dr. Miguel Angel Moyano, con acuerdo de su asistido, de no

continuar con el ejercicio de su ministerio para que se dé intervención a otro Defensor Público y tener presente la reserva del caso federal.-

Asimismo, corresponde regular los honorarios profesionales de de la Defensa Pública, por su labor en la etapa de la impugnación, en la suma de seis mil cuarenta pesos con ochenta centavos ($6.040,80), 20 JUS y del Dr. M. F. M., patrocinante legal de la querella, en la suma de seis mil cuarenta pesos con ochenta centavos ($6.040,80), 20 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

Atento al resultado al que se ha llegado en la cuestión precedente, coincido con el colega que vota en primer término en que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J. S. P., contra la sentencia dictada en fecha 3 de enero de 2013; confirmar parcialmente la sentencia condenatoria Nº 03/13 dictada respecto de le mencionado, readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva como autor material y penalmente responsable, en calidad de funcionario público, del delito de Privación abusiva de la libertad (art. 144 bis, inc. 1 del CP), en concurso ideal con Abuso de autoridad (art. 248 y 54 del CP), a la pena de un año de prisión en suspenso y dos años de inhabilitación especial con los alcances dispuestos en el punto “1.” del fallo (arts. 26, 29 inc. 3ro., 40 y 41 del CP; 239 y ccds. del CPP), por los hechos

cometidos en la ciudad de Sarmiento, con fecha 28 de octubre de 2010, en perjuicio de las personas allí mencionadas; comuníquese al Sr. Defensor Jefe de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, la determinación del Sr. Defensor Público, Dr. Miguel Angel Moyano, con acuerdo de su asistido, de no continuar con el ejercicio de su ministerio para que se de intervención a otro Defensor Público. Tener presente la reserva de caso federal.-

Asimismo coincido en la regulación e honorarios profesionales propuesta.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

En orden al tratamiento de la primera cuestión, adhiero a lo manifestado por mis colegas, es decir que dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa de J. S. P., contra la sentencia dictada en fecha 3 de enero de 2013; confirmar parcialmente la misma dictada respecto de le mencionado, readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva como autor material y penalmente responsable, en calidad de funcionario público, del delito de Privación abusiva de la libertad (art. 144 bis, inc. 1 del CP), en concurso ideal con Abuso de autoridad (art. 248 y 54 del CP), a la pena de un año de prisión en suspenso y dos años de inhabilitación especial con los alcances dispuestos en el punto “1.” del fallo (arts. 26, 29 inc. 3ro., 40 y 41 del CP; 239 y ccds. del CPP), por los hechos cometidos en la ciudad de

Sarmiento, con fecha 28 de octubre de 2010, en perjuicio de las personas allí mencionadas; comuníquese al Sr. Defensor Jefe de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, la determinación del Sr. Defensor Público, Dr. Miguel Angel Moyano, con acuerdo de su asistido, de no continuar con el ejercicio de su ministerio para que se de intervención a otro Defensor Público. Tener presente la reserva de caso federal.-

De igual manera adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------**RESUELVE:**----------

1º) HACER LUGAR parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **J. S. P.**, contra la sentencia dictada en fecha 3 de enero de 2013 (arts. 374, 382 y ss. del CPP).----------

2°) CONFIRMAR parcialmente la sentencia condenatoria Nº 03/13 dictada respecto de **J. S. P.**, readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva como autor material y penalmente responsable, en calidad de funcionario público, del delito de Privación abusiva de la libertad (art. 144 bis, inc. 1 del CP), en concurso ideal con Abuso de autoridad (art. 248 y 54 del CP), a la pena de **un año de prisión en suspenso y dos años de inhabilitación especial** con los alcances dispuestos en el punto "1." del fallo

(arts. 26, 29 inc. 3ro., 40 y 41 del CP; 239 y ccds. del CPP), por los hechos cometidos en la ciudad de Sarmiento, con fecha 28 de octubre de 2010, en perjuicio de las personas allí mencionadas.----------

3º) COMUNÍQUESE al Sr. Defensor Jefe de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, la determinación del Sr. Defensor Público, Dr. Miguel Angel Moyano, con acuerdo de su asistido, de no continuar con el ejercicio de su ministerio para que se de intervención a otro Defensor Público.----------

4º) TENER presente la reserva del caso federal.----------

5º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de seis mil cuarenta pesos con ochenta centavos ($6.040,80), 20 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

6º) REGULAR los honorarios profesionales del Dr. M. F. M. en la suma de seis mil cuarenta pesos con ochenta centavos ($6.040,80), 20 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-----

7º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

Sentencia nº 14/13

Fdo. Dres. Guillermo Alberto Müller. Martín Roberto Montenovo. Daniel Luis María Pintos.-