

PODER JUDICIAL

SENTENCIA

En la ciudad de Paraná, capital de la Provincia de Entre Ríos, a los **seis días del mes de junio de dos mil doce**, siendo las ocho horas, se constituye en el salón de su público despacho, S.S. **el Sr. Juez Correccional N°2, Dr. Daniel Julián Malatesta**, asistido de la Secretaria autorizante, Dra. María Cecilia Sposito, a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados: "**CARABALLO, NESTOR FABIAN S/ PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD E IMPOSICIÓN DE VEJÁMENES (EN CONCURSO IDEAL Y AMENAZAS SIMPLES EN CONCURSO REAL) - FERNANDEZ, NELSON LEONEL S/ PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD E IMPOSICIÓN DE GRAVAMENES EN CONCURSO IDEAL**" N° 5862 F° 595/6 del Registro de este Juzgado, en la que han actuado como representante del Ministerio Público Fiscal, **el Sr. Agente Fiscal N° 4, Dr. Ignacio Aramberry**, el denunciante de autos **Arnaldo Exequiel Ibarra** en su calidad de Querellante Particular, acompañado por su Abogado Defensor, **el Dr. Javier Ignacio Aiani**, el imputado **Néstor Fabián Caraballo** acompañado por su Abogado Defensor **el Dr. Marcos Rodríguez Allende**, y el imputado **Nelson Leonel Fernández**, acompañado por su Abogado Defensor, **el Dr. Adolfo Alberto Feu**.

Han sido traídos a Debate: **CARABALLO, NESTOR FABIAN**, de nacionalidad argentino, DNI N° 17.745.588, de profesión Sargento Ayudante de Policía, de estado civil Casado y con tres hijos a cargo, nacido el día 26/12/1966, en Diamante, con domicilio en 20 de junio y Jose Hernandez de la ciudad de Diamante, hijo de Justo Aldino Caraballo y Elba Pascacia Enriquez, con instrucción secundario incompleta, sin vicios ni enfermedades relevantes; y **FERNANDEZ, NELSON LEONEL**, de nacionalidad argentino, DNI N° 26.276.430, de profesión Cabo primero de Policia, de estado civil Casado y con tres hijos a cargo, nacido el día 22/11/1978, en Diamante, con domicilio en Falucho y Cortada Airaldi de la ciudad de Diamante, hijo de César Julio Fernández y Evangelina Arroyo, con instrucción secundaria completa, sin vicios ni enfermedades relevantes.

Durante la deliberación del caso se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Está acreditada la materialidad del hecho y su autoría?

SEGUNDA: En su caso, ¿Son penalmente responsables los imputados y qué calificación legal corresponde?

TERCERA: En caso afirmativo, ¿Qué sanción debe imponérseles, cómo deben aplicarse las costas, qué debe resolverse sobre las medidas cautelares dispuestas en su perjuicio?

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ CORRECCIONAL, DR.

MALATESTA, DIJO:

a) Conforme la requisitoria fiscal de elevación a juicio, obrante a fs. 171/178, se le atribuye a **Néstor Fabián Caraballo**, la comisión de los siguientes hechos: "1) El 30 de

noviembre del año 2004, como a las 1,10 hs. en Barrio 23 de setiembre de esta ciudad de Diamante, estando el encartado prestando servicios como empleado policial, de recorrida en un móvil junto a Nelson Fernández, procedió a interceptar a Arnaldo Exequiel Ibarra, esposándolo, golpeándolo con el balistrón en la zona de la cabeza e introduciéndolo en la parte de atrás del patrullero donde continuó golpeándolo hasta llegar a Jefatura Departamental, donde el denunciante permanecía esposado, procediendo allí a tomarlo de los cabellos y arrastrarlo hacia el interior de la misma continuando la agresión física tirándole golpes con el balistrón por encima de otros oficiales que allí se encontraban y que trataban de impedir el accionar del encausado, logrando a pesar de ello golpearlo en sus brazos. 2) En la circunstancia referida de la interceptación de ARNALDO EXEQUIEL IBARRA, en el Barrio 23 de setiembre el 30 de noviembre de 2004 a las 01,10 hs aproximadamente y después de haberlo esposado, haberle proferido amenazas de muerte, anunciándole de tal manera males futuros"; y a **Nelson Leonel Fernández**, la comisión del siguiente hecho: "Que el día 30 de noviembre de 2004 como a las 1,10 hs. en Barrio 23 de setiembre de esta ciudad de Diamante, encontrándose en prestación de servicios como empleado policial de recorrida en un móvil junto a Néstor Fabián Caraballo, haber procedido a interceptar a Arnaldo Exequiel Ibarra, colocándolo con el pecho contra el patrullero, esposándolo y teniéndolo para que Caraballo lo golpeará con el balistrón en la zona de la cabeza, introduciéndolo luego en la parte de atrás del patrullero cuya conducción estaba a su cargo, trasladándolo hasta Jefatura junto con Néstor Caraballo, quien continuaba con las agresiones físicas al mismo".

b) En el debate los encartados, informados de sus derechos, manifestaron su voluntad de abstenerse de declarar, haciéndolo luego en carácter de ampliación de indagatoria el imputado **Caraballo**, manifestando entonces que estaba patrullando en Diamante, los comisionaron porque estaban arrojando piedras en un lugar, llegaron allí, en esa calle no había luz, por lo que Fernández prende la luz alta del vehículo. Ven una persona caminando, llegando ya a calle La Rioja. Fueron con el móvil, giraron, cuando pasan delante de la persona, pararon frente a la pescadería, desciende el dicente. Al ver a la persona, vio que era Ibarra, y era el único que estaba en esa zona. Le dijo que se acerque al patrullero, y su compañero solicitó directivas. Les dijeron que lo lleven a Jefatura. Ibarra, al querer ser esposado, le golpea en el tabique. Después de un forcejeo, pudo esposarlo. Lo llevaron en el móvil, a la Departamental. En el camino le gritaba que lo iba a matar, que ya lo iba a agarrar solo, que le iba a romper la casa, lo que hizo, porque hicieron destrozos en su casa. Cuando entra a la Departamental, le hace entrega del detenido a Zárate, avisa en la guardia, y sube al móvil donde estaba Fernández, retirándose de la Departamental. Aclaró que en la Departamental, estuvo poco tiempo, porque se lo entregó al carcelero, comunicó la novedad y después salió, nada más, y finalmente, que sabe que Ibarra practica boxeo.

c) Al producirse prueba testimonial en el debate declararon **Arnaldo Exequiel Ibarra, César José Luis Cáceres, Nahuel Leandro Ibarra, Mariana Elizabeth Martínez, Sara Beatriz Rodríguez, Claudio Alexander Deniz y Margarita Beatriz Ibarra**, siendo incorporados por lectura, con consentimiento de las partes, los testimonios de los testigos **Angélica Ricle y Jorge Alberto Roldán**.-

d) Con la conformidad expresa de las partes fueron introducidas a debate las siguientes constancias probatorias: ACTAS Y DOCUMENTALES: Denuncia de fs.1/2/vta., fotocopias del Libro de Novedades de la Guardia Policial de fs.11/13, 67/68 y 129/132, informe de Prefectura Naval Argentina fs.20/vta. y plano de fs.21, informes médicos de fs.34 (en fotocopias), 50,56, fotocopias certificadas de fs.116/117 correspondientes a las actuaciones "IBARRA, ARNALDO EXEQUIEL- RESISTENCIA A LA AUTORIDAD Y LESIONES", N°3.855, tramitadas ante el Juzgado de Instrucción de Diamante, informe de fs.246 remitido por la Dirección de Personal de la Policía de Entre Ríos, antecedentes de fs.163/164 y 234/241, la remisión de los expedientes solicitados como Instrucción suplementaria en la causa, y las TESTIMONIALES de los Sres. Javier Juan Domingo Benz de fs.112/113 y Hugo Darío Medrano de fs.114/115, y conforme lo antes referido, los testimonios de Angélica Ricle y Jorge Alberto Roldán.-

e) En los alegatos, el Sr. **Agente Fiscal N° 4, Dr. Ignacio Aramberry**, luego de realizar un conciso y pormenorizado análisis del hecho de la imputación, efectuó la merituación de los elementos probatorios y concluyó que el hecho de autos se encuentra probado, en su materialidad y autoría en cabeza de los imputados. Se cuenta con tres testigos objetivas, Martínez, Rodríguez y Ricles, quienes afirman haber presenciado los momentos en que personal del móvil policial lo detuvo, golpeándolo en la espalda y la cabeza. Que escucharon gritos de dolor de Ibarra, entendiendo que fue golpeado en el lugar, y que continuaban escuchándose aún a una distancia importante. Resultan elocuentes los dichos de Ricles en cuanto a la ilegitimidad de la detención de Ibarra, ya que éste no se resistió y Caraballo procedió a golpearlo. La segunda etapa está representada por el ingreso y la permanencia en la Jefatura. Eso fue presenciado por Nahuel Ibarra, testigo de autos, quien pudo ver cuando lo ingresaba Caraballo a Ibarra a la Departamental, y el momento en que lo tiraron al piso mientras Caraballo también lo golpeaba. Deniz, compañero de trabajo de Ibarra, graficó de alguna manera la circunstancia y el temor que provocó el hecho en Ibarra, quien en algunas ocasiones no iba a trabajar por ello. Cáceres, quien lo revisó dos veces, explicó por qué en un primer momento no le constató lesiones. En el segundo informe, le constata lesiones que se condicen con el tiempo de detención de Ibarra. Margarita Ibarra, hermana de la víctima, es otra testigo que se mantuvo coherente durante toda la causa, relatando las circunstancias del hecho que conocía.

La ilegítima detención de Ibarra surge de los dichos de las testigos presenciales de la misma, y se sustenta en prueba objetiva. En la causa que se tramitó por desobediencia judicial contra Ibarra, en la que se conformó una imputación solo con la versión de Caraballo y Fernández, el juez de instrucción excarceló a Ibarra sin indagarlo, dictando luego la falta de mérito. Se demostró que el imputado allí, hoy víctima, tuvo una actitud pasiva frente al accionar policial. Fernández dijo que Caraballo le ordenó que detuviera el móvil para identificarlo, cuando ya lo conocían, y que lo llevaron por ruidos y por tirar piedras, no siendo ello constatado de ninguna manera.

Ambos deben responder en calidad de autor, más allá de que Fernández sea partícipe necesario. Ambos tenían en sus manos la posibilidad de dirigir el hecho con reparto de tareas, siendo cada uno de sus acciones necesarias. Los hechos así probados, se subsumen en privación ilegítima de la libertad e imposición de vejámenes, estimando que ambas formas coexistieron, existiendo una doble tipicidad en una unidad de acción, un concurso ideal. El hecho fue escindido, las amenazas se encuentran consumidas por la violencia de los vejámenes, por lo que se trata de un concurso aparente. Por ello, solicita se los declare autores materialmente responsables de los delitos referidos, solicitando para ello pena, teniendo en cuenta la entidad del hecho, que fue realizado por funcionarios públicos sobre los que recaen deberes positivos, por lo que debe ser más intensamente reprochable. Cabe igualmente, referir a una diferencia entre los imputados, por su accionar y su jerarquía. Teniendo en cuenta ello, solicitó para Caraballo la pena de Dos años y seis meses, e inhabilitación por el doble del tiempo, y para Fernández, la pena de Un año y ocho meses, e inhabilitación por el doble del tiempo, con costas.

f) Con la palabra el **Querellante Particular, Dr. Javier Aiani**, tuvo por probados los hechos incriminados, por la prueba obrante en autos, la que describió minuciosamente. Analizó los dichos de la víctima, de sus familiares, y de los testigos objetivos. Cáceres hizo referencia a la revisión que hiciera inicialmente, anoticiado de que había una persona para revisar, encontrándolo a Ibarra tendido en el piso, esposado, inicia la revisión, posteriormente lo hace parar, y no constata ninguna lesión. Recién en la segunda revisión lo hace, y justificó por qué no se determinaron en el primero, por el tipo de lesiones de que se trataba, que llevan un tiempo de evolución y se exteriorizan luego. Sara Rodríguez, Martínez y Ricles prestaron declaraciones de importancia. Ninguno habla de resistencia por parte de Ibarra. El entonces Jefe de la Departamental, Roldán, refirió que le fue informado por Cuevas que había sido detenida una persona, la cual supuestamente se había resistido, habiendo lesionado a Caraballo con un golpe de puño. Entendió el Querellante que, si bien los funcionarios públicos tienen facultades para realizar una detención, no la pueden hacer en cualquier circunstancia. La libertad individual se encuentra protegida contra esas maniobras arbitrarias, el

procedimiento de la detención de autos fue claramente arbitraria, no quedando duda para la querrela, que se ha configurado el delito de privación ilegítima de la libertad. Sobre el trato humillante al que fue sometido Ibarra, refirió los golpes en todo momento, el entrarlo de los pelos a la Departamental, el tenerlo tirado en el piso mientras se lo seguía golpeando. Todo ello es humillante y constituye una vejación. Sobre la amenaza de muerte de Caraballo, la misma fue con intención de infundir miedo en Ibarra, y cumplió su cometido, quedando ello acreditado por los dichos del mismo Ibarra y del testigo Deniz. Sostuvo la acusación sin que se adviertan factores excluyentes de la conducta, culpabilidad y/o punibilidad. Tuvo en cuenta el carácter de funcionario público de ambos imputados, el alto grado de perjuicio que le fue ocasionado, por los padecimientos sufridos por Ibarra, tomando solo como atenuantes la carencia de antecedentes penales en los mismos, solicitando entonces para Caraballo la pena de dos años y 6 meses con accesorias legales y costas, y para Fernández, partícipe principal y necesario, con pena de 1 año y 6 meses, con accesorias legales y costas, y regulación de sus honorarios.

g) Al momento de alegar la **Defensa Técnica** del imputado Caraballo, el **Dr. Marcos Rodríguez Allende**, expresó que está probado que hubo una detención por parte de Caraballo, pero hay que analizar bajo qué circunstancias. Se trata de un patrullero que no estaba buscando deliberadamente a Ibarra para detenerlo ilegítimamente. Caraballo y Fernández fueron a ese lugar, ha habido un reconocimiento de que fueron a raíz de un llamado, eran suboficiales, ni siquiera estaban con un oficial, ellos dos se tenían que dirigir a una radio donde supuestamente algo estaba pasando. Surge del expediente que cerca de la radio siempre había problemas, y que llamaban constantemente, lo que fue reconocido por Roldán, quien dijo que mandaban el móvil seguido. Por más que haya habido un foco en la calle, eso no brinda una clara luminosidad. Bajo ésta óptica, el móvil ve una persona, que no saben quién es, siendo la única persona de los alrededores. No se puede pedir a los funcionarios que no hagan nada, Caraballo lo reconoció a Ibarra, quien reaccionó contra su defendido. Si los dos funcionarios policiales sabían que lo habían detenido ilegítimamente, no lo hubieran llevado a la Departamental y puesta a disposición del Juez de Instrucción. Sobre los testimonios, surgen contradicciones entre los mismos. Según Caraballo, de acuerdo a la orden radial, había que llevarlo a Ibarra a la Departamental y ponerlo a disposición. La entrada de Ibarra con Caraballo, fue constatada por el Dr. Cáceres, eso no puede ser desestimado, si el médico dice que no constató lesiones, es porque no tenía lesiones. Hay una evidente animosidad de Ibarra y su familia contra Caraballo. Los imputados cumplieron con su deber de detener a Ibarra, y se lo puso a disposición para que se determine lo que corresponda. Por todo ello, solicitó se lo absuelva a su defendido, y regulación de honorarios.

Finalmente, el Defensor del imputado Fernández, el **Dr. Alberto Feu**, refirió que sobre la supuesta privación ilegítima de la libertad, hay claras contradicciones. Una sola persona dice haber visto bajarse a Fernández, nadie vio a Fernández golpear a Ibarra. Rodríguez dijo que vio que Ibarra se protegía, siendo que ello no lo podía hacer si es que estaba esposado a la espalda. Se observa una gran animosidad por parte de Ibarra y su familia contra Caraballo, que no depende de éste hecho puntual, sino que viene de mucho más atrás, partiendo de problemas vecinales. Se contradijeron los testigos sobre la iluminación de la calle, del patrullero, dijeron que los gritos se escuchaban a las dos cuadras, donde había una sola persona capaz de realizar esa golpiza, su defendido estaba claramente manejando el móvil, hacia donde correspondía. Los suboficiales cumplen órdenes, no las cuestionan, se los comisionó para que vayan a un lugar, Fernández lo único que hizo fue cumplir con esa orden. Caraballo se bajó solo para la identificación, cuando ve el forcejeo, ahí se baja para colaborar y distender el forcejeo. No se lo puede imputar a Fernández de privación ilegítima de la libertad, porque es un chofer y no podría cumplir su función de otra manera, no hubo ningún acto de animosidad o desprecio hacia Ibarra. Pidió la absolución de Fernández, porque estuvo en el hecho en cumplimiento de directivas. Solicitó regulación de honorarios.

h) Delimitada la plataforma fáctica, analizadas y valoradas las probanzas reunidas y las posturas de las partes esgrimidas en el contradictorio oral, cabe ahora analizar si se ha logrado arrojar certeza acerca de la materialidad del hecho y de la autoría responsable del mismo por parte de los encartados.

Como consideración previa a ello cabe recordar que el método de análisis probatorio conocido como el de sana crítica racional, no significa otra cosa que la posibilidad que el juzgador a la manera de una arqueología del saber, reconstruya la verdad histórica a través de los rastros o huellas que legítimamente se hayan incorporado en el proceso y, como corolario, pueda formular juicios o enunciados a posteriori a fin de alcanzar la verdad forense, la cual se construye de modo congruente con el modelo constitucional de nuestra nación sin necesidad de un seguimiento estricto a determinada prueba legal – como ocurría con el sistema de prueba tasada o tarifada, propia del sistema inquisitivo- sino que es fruto de un razonamiento silogístico que se construye a partir de indicios concordantes que muestren una única explicación final del suceso.

Es decir que "Al momento de reconstruir los hechos a través de la prueba colectada por los órganos de la prevención y de la investigación, así como la aportada en la etapa preliminar del plenario por las partes, el Tribunal debe hacerse cargo de todas las pruebas, seleccionando aquellas útiles y efectuando, a partir de su análisis lógico, una conclusión sobre los hechos que, siendo incriminatoria, sólo podrá fundar una condena en caso de alcanzar el grado de certeza exigido por la Constitución, los Pactos Fundamentales de Derechos Humanos y la ley. Para efectuar esta tarea valorativa, la

ley procesal expresamente impone el sistema de Sana Crítica Racional lo que equivale a aplicar las reglas universales del pensamiento humano, y que se traduce en materia procesal penal en el principio de "razón suficiente" enunciado por Schopenhauer. Es decir, el principio que impone derivar la existencia de cada hecho y cada circunstancia que se den por acreditados en la sentencia, de otro hecho antecedente que explique suficientemente su origen.

Así, la construcción de los hechos sobre los que se efectuará la tarea de calificación jurídica, debe efectuarse en el proceso penal buscando la certeza apodíctica, es decir, una relación de dependencia recíproca entre los hechos probados apta para convencer a cualquier observador objetivo que dichos hechos ocurrieron como se los describe en la sentencia, porque no pudieron razonablemente ocurrir de otro modo. Cuando no se llegue a este estadio de convicción, deberá inexorablemente dictarse resolución absolutoria por imposición del principio fundamental de Inocencia, garantía ésta que constituye en verdad el núcleo mismo del sistema de enjuiciamiento criminal de un estado democrático.

En primer lugar entonces, cabe apuntar que el suceso histórico que es objeto de atribución a Caraballo y Fernández, ha quedado demostrado en el grado de plausibilidad y congruencia que significa el concepto forense de verdad, es decir un proceso argumentativo racional sobre la base de reconstrucción de huellas o rastros con el prisma discursivo de las reglas de un derecho penal de ciudadanos.

Comienza la investigación con la Denuncia penal de Arnaldo Exequiel Ibarra, obrante a fs. 1/2, en la que se pone de manifiesto que "en la madrugada del día martes 30 de Noviembre del presente año, siendo aproximadamente la 01:10 horas, en ocasión en que el Sr. ARNALDO EXEQUIEL IBARRA, regresaba de la casa de su hermana MARGARITA IBARRA, a cual habría concurrido a solicitarle un cigarrillo, es interceptado en B° 23 de Septiembre de esta Ciudad por un móvil policial, el cual era conducido por un personal policial del cual se desconoce sus datos filiatorios, acompañado por el Sr. NESTOR CARABALLO. Que ambos funcionarios policiales se bajan de la patrulla y sin motivo alguno proceden a esposar al Sr. IBARRA, sin dar razón alguna del porque, procediendo en forma inmediata a golpearlo en la zona de la cabeza con el balistrón de goma. Que a más de no existir motivo alguno para la detención, tampoco existía motivo alguno para los golpes recibidos, atento a que el Sr. IBARRA no presentó resistencia en ningún momento, limitando su accionar a gritar frente a los golpes recibidos y al pánico por las amenazas de muerte inferidas por el Sr. NESTOR CARABALLO. Que inmediatamente de golpearlo lo introducen en la patrulla para proceder a apagar las luces de la misma y seguir con la golpiza dentro del automotor, dejando constancia del estado de indefensión del Sr. IBARRA por encontrarse esposado. Que habiendo arribado a la Departamental Diamante, el Sr.

IBARRA, quien se encontraba todavía esposado, es tomado de los pelos y arrastrado violentamente hasta ser introducido en la repartición. Que en la puerta de la repartición se encontraba el medico Dr. CESAR CACERES, al momento en que este es bajado de la unidad, quien procedió a revisarlo superficialmente. Que con posterioridad es revisado más profundamente a requerimiento de su hermana MARGARITA IBARRA, al momento de retirarse de la repartición. Que el Sr. NESTOR CARABALLO era vecino del Sr. IBARRA cuando este último vivía en la intersección de calle Pellegrini y 20 de junio del Bº Las Flores de esta localidad, habiendo tenido tanto el Sr. IBARRA como su madre y el resto del núcleo familiar los más diversos problemas con el primero, habiendo llegado el Sr. CARABALLO prácticamente a destrozar la puerta de acceso de la vivienda de la Sra. PETRONA RIOS, madre de IBARRA, razón por la cual en su oportunidad se realizó la denuncia correspondiente. Que en igual fecha había sido detenido por el Sr. CARABALLO el menor de edad NAHUEL IBARRA, quien presenció los hechos denunciados en la Departamental Diamante". Queda así descripto el suceso histórico desde el punto de vista de la víctima, siendo esa versión sustentada luego tanto por elementos subjetivos (testimonios de los restantes testigos) como objetivos (constancias probatorias de la causa), como a continuación quedará demostrado.

A fs. 22/23, el damnificado Arnaldo Ibarra ratifica su denuncia antes referida, y reitera su descripción del hecho investigado, en similares términos, al igual que lo hiciera luego en la Audiencia de debate. En sede instructoria, brinda más detalles de la golpiza que le propinara Caraballo, primero con el balistón y una vez dentro del patrullero, continuó pegándole "primero con la mano en la cabeza y en la cara y luego me pegaba con el balistón de goma, me agarraba de los pelos y al arrancar el patrullero y doblar la esquina apagaron las luces del patrullero y Caraballo me seguía pegando, me gritaba que me iba a matar, yo gritaba preguntándole por qué me pegaba, me alzaba de los pelos y con la punta del balistón me pegaba en la cara, así me trajo hasta la Jefatura. Ya en Jefatura Caraballo me arrastró de los pelos por los escalones hasta adentro y ahí también me seguía pegando, con el balistón me pegaba en el estómago y más en la cabeza me pegaba, todavía me duele la cabeza, me pegó hasta que me desmayó, me pegaba tan fuerte que por ahí caí desmayado, tenía la cabeza hinchada en la parte de la nuca. Caraballo gritaba que me iba a matar ... Después me llevaron a la celda y Caraballo me seguía largando golpes con el balistón por encima de los otros oficiales, me pegaba en los brazos hasta que lograron sacarlo. Al meterme adentro de la celda Caraballo pedía por favor que lo dejen entrar que me iba a matar, que le dieran dos minutos" (cfr. fs. 22/vta.).

A fs. 24/25 prestó testimonio la hermana del damnificado, quien sustentó la versión dada por su hermano en dos momentos: previo a la detención, ya que afirma que

Arnaldo "fue a mi casa como a la una o una y diez de la mañana del día del hecho a pedirme un cigarrillo que es lo que habitualmente hace cuando se queda sin cigarrillos"; y en un momento posterior, cuando luego de su jornada laboral, y habiéndose enterado ya de la detención de su hermano, se dirige a la Departamental y al ser informada que su hermano iba a ser puesto en libertad y que el médico se demoraba en llegar, lo llamó por teléfono, y "él viene enseguida y le digo que lo revise bien. Lo revisó delante mío y tenía muchos hematomas en la cabeza, él hizo el informe y yo le dije que pusiera todo lo que viera porque eso iba a juicio".

Se cuenta con las testimoniales de tres testigos presenciales de la detención de Ibarra. Mariana Martínez, refirió a fs. 27/vta., ratificando lo mismo luego al declarar en audiencia de debate, que esa noche venía de la radio FM Sol con unas amigas, "y no va que venía el 'Checho' Ibarra, yo lo conozco por ese apodo y va que se baja del patrullero el Caraballo y va que le pega con ese palo de goma por la cabeza, por la nuca y ahí lo esposan y lo meten adentro del patrullero en la parte de atrás, ahí Caraballo le iba pegando, después se escuchaba ya cuando iban como a una cuadra que seguía gritando y se veía que lo llevaban con las luces del patrullero apagadas", agregando luego que no escuchó que a Ibarra se le diera la voz de alto, ni observó que Ibarra intentara correr ni resistirse al accionar policial. En igual sentido, Angélica Ricles declaró a fs. 39/vta. que también en las inmediaciones de Fm Sol observó a Ibarra, y que el patrullero lo intercepta "y enseguida se bajaron Caraballo y Fernández y lo agarraron sin decirle nada y lo pusieron contra el auto, le pusieron las esposas y Caraballo empezó a golpearlo con el palo de goma por la espalda, después lo subieron al patrullero en la parte de atrás y Caraballo subió con él atrás y parecía que ahí también lo golpeaba bastante porque a Ibarra se lo escuchaba gritar, eran gritos de dolor".

Aporta aún mayor contundencia y precisión a lo ya dicho, la testimonial de Sara Rodríguez de fs. 26/vta., y su declaración en igual sentido en debate. Así dijo en sede instructoria y convalida al atestiguar en audiencia -que estando en su casa, sintió ruido y salió a ver qué pasaba, viendo al patrullero que doblaba y observando a Ibarra dentro del patrullero "cuando pasan por delante de mi casa, vi que Caraballo le iba pegando, estaban los dos en la parte de atrás del patrullero, todavía ellos pasaron por delante de mi casa, doblaron por Andrade y los gritos todavía se sentían, decía 'Ay, no me peguen'", agregando que "no sé con qué le pegaba pero se veía evidente que le estaba pegando sopapos", aclarando que ella veía desde unos cinco metros.

En relación con ésta etapa, se cuenta con la versión de los imputados, en sus respectivas indagatorias. Caraballo, a fs. 51/54 y luego en similares términos durante la audiencia de debate, refirió que fueron comisionados al lugar del hecho, detienen el vehículo al ver a una persona, "le decimos que espere, se trataba de Ibarra, lo ponemos

contra el vehículo, lo palpamos de arma, cuando empezó a desacatarse, empezó a resistirse no dejándose poner contra el auto, empezó a lanzar golpes, de uno de esos golpes resulté lesionado en la cara que también figura en el informe médico, lo esposamos en el vehículo y lo introdujimos en la parte de atrás", justificando la detención porque "se lo puede trasladar para una correcta identificación, primero se trataba de una persona que ya tiene antecedentes, segundo las características de éste eran similares a la de la persona que nos habían dicho estaba arrojando piedras sobre las casas y otra que cuando fue palpado de arma, me lesionó". Luego, al ser consultado por el motivo de haber palpado a Ibarra, dijo que era por seguridad, y que entiende que ello está reglamentado, que se puede palpar a cualquier persona sin orden si es sospechoso, no habiendo solicitado orden para ello en esa oportunidad, agregando que "nosotros sabemos que es un delincuente, por eso lo tratamos de palparlo de arma" (cfr. fs. 53)

Fernández, a su vez, a fs. 57/58, dijo que fueron comisionados porque "había personas ingiriendo bebidas alcohólicas, tirando piedras en los techos, ruidos molestos y de todo un poco", dirigiéndose entonces al lugar. Una vez allí, Caraballo le ordena detener el móvil para identificarlo a Ibarra, a quien encontraron en el lugar, procediendo a palparlo de arma, y "al no poder reducirlo para efectuarle el palpado procedo a ayudarlo agarrándolo a Ibarra de las manos, lo apoyo contra el auto, en ningún momento con el pecho, solamente con las manos", forcejeando en todo momento Ibarra.

Los dichos de ambos imputados, más allá de no ser en sí mismos suficientes para justificar su accionar, no pueden considerarse más que como un intento defensivo para mejorar su situación. No pueden dar razón suficiente de los motivos que desencadenaron en la detención de Ibarra, ya que (como bien entendiera la parte acusadora) no correspondía ni siquiera la identificación de quien no se encontraba en ninguna actitud sospechosa, ni siquiera refieren eso los mismos imputados, solo manifiestan que era la única persona que se encontraba en las inmediaciones del lugar. En relación con las características que les habrían sido cursadas, las mismas no fueron debidamente explicitadas. A más de lo dicho, el mismo Caraballo reconoce que vio que se trataba de Ibarra. De ninguna manera se puede entender como justificada una detención por el solo hecho de considerar que "es un delincuente" y por ello proceder a un palpado de una persona que no se encontraba realizando ningún ilícito, llamando la atención que en ningún momento refieren que se le haya dado la voz de alto o que se le haya explicado por qué se lo detenía. Éste accionar, no solo no justifica la detención, sino que configura un hueco fundamento, estéril para contrarrestar la versión del damnificado, que se sustenta en los dichos de los testigos presenciales del hecho,

objetivos y sin aparente interés en la causa, que demuestran un cuadro de situación mucho más gravoso para los encartados.

No está de más recordar aquí que el Estado es quien tiene la responsabilidad de asegurar al ciudadano el libre ejercicio y goce de sus derechos, y si esos derechos resultan quebrantados, proveer los medios necesarios para individualizar a los responsables y sancionarlos cuando corresponda. A este fin, todo gobierno tiene la responsabilidad de ejercer la conducción civil y estratégica de la policía, que supone el pleno control de la institución. El Estado en su accionar, frente al incremento de la violencia y el delito se ha limitado históricamente a respuestas facilistas y autoritarias que no han traído resultados satisfactorios.

Frente al reclamo ciudadano por mayor seguridad sólo deben existir instituciones comprometidas con valores democráticos, dejando definitivamente en un triste recuerdo las respuestas demagógicas que pretendiendo satisfacer reclamos sociales pergeñan medidas abusivas logrando incrementar aún más la violencia. Tan solo la utilización racional, profesional de recursos humanos y materiales en manos de la fuerzas del Estado puede encontrar legitimidad, y donde no hay resquicio o espacio para entender "la sospecha" como constitutiva de una contravención o un delito.

Criminalizar a las personas por "sospecha" se convierte sencillamente en un estado policial, y se sabe que no hay derecho en ese Estado. Nuestra Corte Suprema tiene dicho que: "La idea de un estado de derecho que imponga penas a los delitos es clara, pero la de un estado policial que elimine a las personas molestas no es compatible con nuestra Constitución Nacional. Se trata de una genealogía que choca frontalmente con las garantías de nuestra ley fundamental, en la que resulta claro que esa no puede ser la finalidad de la pena, sino sancionar delitos y siempre de acuerdo con su gravedad"

A más de lo dicho, los restantes testimonios con que se cuenta no sostienen la versión de los imputados. Jorge Roldán, entonces Jefe de la Departamental, refirió a fs. 108/109 que se enteró de la detención cuando llevaron a Ibarra a la Jefatura, no antes, que se basa solamente en lo que le informaron sus subalternos, no recordando si se encontraba personalmente en la Dependencia ese día. Aclara además, sobre el proceder policial, que "si observan el individuo en una actitud que les llame la atención tienen que identificarlo cuando se trata de persona desconocida, la identificación es siempre cuando no se conoce a la persona", todo lo cual no se justifica en autos por lo ya referido. Javier Bendz (fs. 112/113), operador que cursó el llamado, no refiere ninguna característica personal del supuesto sospechoso, ni que le hayan dado las mismas, no registrando el llamado por no haberse identificado quien realizó el llamado, no observando luego nada en la Jefatura por encontrarse en su lugar de trabajo.

Finalmente, Hugo Medrano (fs. 114/115) reconoce haber solicitado en numerosas ocasiones la presencia policial porque le tiraban piedras al techo, pero no puede

precisar que lo haya hecho el día del suceso investigado, ni que pueda sindicarse a una persona determinada, por lo que difícilmente podría haber brindado características de sospechoso alguno.

Por todo ello, el primer momento del hecho, el referido a la detención ilegal, ha quedado claramente acreditado en su materialidad, por no estar probada ninguna razón valedera para proceder a la detención de Ibarra, y mucho menos de la forma violenta en que se procedió, ni siquiera estando demostrado que el mismo haya ofrecido resistencia alguna al accionar policial, tal como lo entendió el Juez de instrucción de Diamante en la causa N°3.855 caratulada: "IBARRA, ARNALDO EXEQUIEL- RESISTENCIA A LA AUTORIDAD Y LESIONES".

Sobre la segunda etapa o fase, la que se desarrolló dentro de la Jefatura Departamental, continúa el cuadro probatorio con los dichos de Nahuel Ibarra, sobrino del damnificado, quien se encontraba detenido en la misma dependencia, y estando allí observó "que estaba Caraballo pegándole a mi tío Arnaldo, le pegaba patadas estando mi tío tirado en el piso, había otros policías parados mirando, yo no los conozco, cuando yo levanto la cabeza y ellos se dan cuenta de que los estaban mirando viene y me baja la cabeza para que no mire", agregando que "al único que vi que le pegara a mi tío Arnaldo Ibarra fue a Caraballo porque a los otros policías los ví parado en ese mismo lugar mirando lo que pasaba".

Finalmente, se cuenta con los dichos de César Cáceres, quien declaró a fs. 27 y 92/93, además de hacerlo en audiencia de debate. En consonancia con los dichos de la hermana del damnificado, refirió haber examinado a Ibarra en esa oportunidad, que lo tenían en el piso. Refirió haber hecho dos exámenes al mismo, recién en el segundo le constató las lesiones que surgen de fs. 34. A pesar de lo alegado por la Defensa de Caraballo, el forense explicó en la audiencia de debate las razones por las que en un primer momento puede no haberle constatado las lesiones a Ibarra, e incluso lo había hecho en sede instructoria, donde dijo que "es muy probable que en un primer momento no se observen ni siquiera zonas enrojecidas y posteriormente se le hayan constatado lesiones" (cfr. fs. 92/vta.), por el tiempo de evolución de algunas lesiones, tal como dejara claro al ser consultado en la audiencia de debate.

Efectivamente, se cuenta como prueba objetiva, con el informe médico de fs. 34 en el que se le constataron a Arnaldo Ibarra "traumatismo contuso con hematoma en región parietal derecha y occipital. Traumatismo contuso con tumefacción en codo derecho", lesiones que tienen una evolución de una 12 horas aproximadamente (coincidente con el momento de la detención).

Cabe aclarar, amén de lo alegado por la Defensa, que si bien el sólo hecho de que se le hayan constatado lesiones recién en el momento de ser liberado no es prueba suficiente de que fuera golpeado al ser detenido, siendo posible que los golpes se los hayan

efectuado una vez dentro de la Jefatura por alguien que no sea su defendido, resulta evidente que ello configura un claro indicio de los vejámenes que denunció el damnificado de autos, sustentada esa posibilidad con el cuadro reconstruido gracias a los testimonios ya analizados. Ello así, compartimos lo dicho por Jauchen, cuando afirma que "Los indicios son, pues, circunstancias colocadas alrededor de algún otro hecho. De tal forma que cuando dos o más hechos aparecen vinculados en gran medida a los ojos de un individuo, y la experiencia indica que también han de aparecer ligados de igual manera a los ojos de los demás, su fuerza convictiva será de gran valor" (JAUCHEN, E. Tratado de la Prueba en Materia Penal, Rubinzal-Culzoni, p.587).

Esta conclusión, por lo demás, es la que se ajusta al estándar fijado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso "Tomasi c. Francia" en el que se ha establecido la presunción de que *los daños infligidos a una persona que se encuentra bajo custodia policial han sido provocados por quienes lo han detenido*, a menos que el estado pruebe que los daños ya existían antes de la detención o que fueron infligidos por el propio detenido; estándar, éste, que en 1995 fue receptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Ribitsch c. Austria" y en 1999 por la Corte Interamericana de Derechos Humano, caso "Villagrán Morales".

Finalmente, en relación con las amenazas que refiere haber recibido el damnificado Ibarra, cabe destacar que ninguna otra prueba más que sus propios dichos se tiene de las mismas. Pero incluso, en el hipotético caso de tenerlas por ciertas, la doctrina mayoritaria ha considerado en numerosas ocasiones que la amenaza debe resultar seria y atendible, y que las amenazas proferidas en el transcurso de una discusión en un momento de ira o como consecuencia de un exabrupto, no constituyen el delito tipificado por el artículo 149 bis C.P. ya que se encuentran desprovistas del grave sentido que requiere el delito de amenazas. Así, si es que efectivamente Caraballo profirió las amenazas que denunció Ibarra, ello resultaría, a la luz del cuadro de situación en que se produjeron, atípico del delito de amenazas, y más bien formarían parte de las mismas vejaciones, como bien entendiera el Dr. Aramberry en su alegato. Así pues, ha quedado plenamente acreditada la materialidad del hecho; en concreto con los dichos que reconstruyeron claramente la ilegalidad de la detención de Ibarra y el informe médico que señala las lesiones examinadas en la persona de Arnaldo Ibarra. Verificado el resultado lesivo para la integridad física de Ibarra, tenemos que con la versión acercada por el damnificado y el resto de los testigos logra acreditarse la causalidad del hecho.

En conclusión entiendo que se ha probado acabadamente en el sentido argumentativo de la disipación de dudas, como única explicación racional posible en base a las pruebas legítimamente incorporadas a este juicio, de conformidad con las normas que rigen el debido proceso, que nos permite descartar otras hipótesis, que efectivamente el

enjuiciado Caraballo, con la participación necesaria de Fernández, han sido autores de las lesiones que sufriera Ibarra, en las circunstancias de tiempo, modo, y lugar descritas en la pieza requirente.

En efecto y pese a los loables y enjundiosos alegatos defensivos, el plexo probatorio arroja claridad sobre los hechos sucedidos y las vejaciones que sufriera Ibarra, comenzando con golpes al momento de su ilegítima aprehensión, y culminando con la golpiza, a todas luces innecesaria, que sufriera en la Jefatura. No está de más recordar, en tal sentido, que la restricción de la libertad ambulatoria sólo queda plenamente justificada cuando se practica con escrupuloso respeto a las exigencias legales; cuando existen motivos racionales suficientes para conjeturar en la existencia de un hecho constitutivo de delito y para suponer seriamente que la persona que se intenta detener ha participado en él.

Frente a este cuadro cargoso, quedan desmerecidos los intentos de los encartados en su acto de defensa material. En consecuencia, corresponde tener por probado el factum atribuido a Caraballo y Fernández, contestando de manera afirmativa a la primera cuestión planteada.

A LA SEGUNDA CUESTION, S.S. EL SR. JUEZ EN LO CORRECCIONAL Nº 2, DR. MALATESTA DIJO:

Que habiendo respondido afirmativamente a la primera cuestión, corresponde adentrarnos en la segunda. En este sentido, delimitados los extremos de la imputación y meritadas las probanzas de autos y las posturas de las partes en el debate, adelanto mi conclusión coincidente con la del Sr. Agente Fiscal Dr. Aramberry en cuanto a que la calificación legal que corresponde a la conducta atribuida a los imputados es la de PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD y VEJACIONES (art. 144 bis inc. 1 y 2, C.P.).

Al respecto, cabe recordar que nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales del mismo rango en virtud del art. 75 Inc. 22 de la misma protegen la libertad personal frente a cualquier tipo de ataque, provenga éste de un particular o de un funcionario público. Esta libertad se tutela como bien jurídico o interés jurídico y no como mero presupuesto conceptual de la norma, por cuanto para el derecho merece protección el libre despliegue de la actividad humana como tal. Por consiguiente, en palabras de Soler, *habrá ofensa no solamente cuando de modo directo se impida hacer lo que la ley manda, sino cuando se creen condiciones tales que en ellas el sujeto se vea privado de hacer lo que la ley no prohíbe*; se ofenderá además cuando abusivamente se entre en la esfera de reserva y secreto que rodea a toda persona o se viole algo que pertenezca a esa zona. En particular, el primero de los tipos penales seleccionados -Privación ilegal de la libertad con abuso funcional o sin las formalidades legales- protege la libertad en cuanto la misma constituye una garantía constitucional frente a los abusos de poder de

los funcionarios públicos, refiriéndose de este modo a algo más que la faz ambulatoria en el sentido negativo del liberalismo clásico. En la exposición de motivos del proyecto de ley de 1891 que introduce el tipo penal en cuestión puede leerse: "Esta disposición es necesaria para asegurar la garantía declarada en el art. 18 de la Constitución Nacional, *de que nadie puede ser arrestado sino en virtud de una orden escrita de autoridad competente*" (cfr. Baigún - Zaffaroni, "Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial", Tomo 3, Buenos Aires, 2007, pág. 351). En otras palabras, esta figura tiende a dar protección como bien a tutelar, a las propias garantías constitucionales, *en especial la libertad de la persona frente a los abusos de poder de los funcionarios públicos*.

A diferencia de la simple privación ilegal de la libertad del art. 141 del Código Penal, que es susceptible de ser cometida por cualquier persona, el art. 144 bis, inc. 1 constituye un delito especial que requiere determinadas cualidades del autor, por cuanto expresamente la norma exige que se trate de un funcionario público. Conforme lo dispone el art. 77 del texto legal de fondo, con los términos "funcionario público" y "empleado público" se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente. De modo tal que lo que determina el carácter de funcionario o empleado público para la ley penal es la realización de la voluntad del Estado en el ámbito de la Administración pública, lo que Núñez señala como "participación en el ejercicio de la función pública" ("El significado del concepto de funcionario público en el Código Penal", en J. A., doctrina, 1970, p. 545). Es de destacar aquí que tanto CARABALLO como FERNANDEZ detentaban la calidad de funcionarios públicos al momento de los hechos. Pero además, surge implícitamente del art. 144 bis inc. 1 que debe tratarse de un funcionario público con facultades para decidir una detención. La remisión al "abuso de las funciones" implica que se tiene la función de privar de libertad, y que se usa de ella fuera de los casos en los que autoriza la ley. Y ese es precisamente el sentido de la norma, impedir los desbordes autoritarios en desmedro de los derechos ciudadanos y la aplicación de sanciones, con privación de derechos fundamentales de la persona, en razón de circunstancias que sin ser constitutivas de contravención verdadera son *manifestación del afán de ejercer el control social por medio de la represión*, incluso del denominado "estado peligroso sin delito". Así enseña D'Alessio, en su obra "Código Penal de la Nación comentado y anotado" que "la importancia de la norma comentada radica en que constituye un límite expreso a la facultad funcional de detener sin orden judicial, es decir, preserva la legalidad de toda detención, sobre todo si se tienen en cuenta los influjos del peligrosismo que, en muchos casos, alienta las detenciones arbitrarias de personas según sus rasgos fisonómicos, su (inexplicable) presencia en determinados lugares a determinadas horas, "por caminar en forma apresurada" o por la sospecha que pueda generar una maniobra del modo en que se conduce....".

Es por ello que estos delitos no solamente son aquellos que Roxin denomina "tipos de valoración global", en el sentido de que el legislador no encuentra más remedio que adelantar el juicio de antijuridicidad en el elemento normativo "ilegítimo", de modo que estamos al mismo tiempo ante los antiguamente denominados delitos propios y que hoy, Jakobs denomina con mayor certeza dogmática "delitos de competencia institucional", en los cuales existe un rol especial, institucional, en el que se hallan en un mismo haz de deberes negativos y positivos y que conforman para el obligado, en este caso el funcionario, el deber de construir un mundo en común en el marco de la ley. En otros términos, todo delito funcional de privación ilegal de la libertad o abuso funcional sobre detenidos o en los actos funcionales, contiene al mismo tiempo las exigencias estrictas de los delitos contra la administración pública, en el sentido de descripción de roles especiales en donde confluyen acción y omisión.

En cuanto a la acción típica, la misma consiste en la privación de la libertad personal. La figura legal presenta dos acciones alternativas: a) la privación de libertad abusiva, b) la privación de libertad no abusiva, pero omitiendo cumplir con las formalidades legales.

La privación de la libertad es abusiva cuando quien tiene en general facultades de restricción de la libertad personal, que emanan de su propia autoridad, las ejerce como en el caso de autos, *sin estar presentes las circunstancias de hecho que autorizarán la privación de libertad*. No es necesario que dicha privación revista la forma procesal de la detención, sino que se incluye cualquier acto que implique limitar la libertad ambulatoria de una persona, sin consultar su voluntad. *En ese concepto está incluida la conducción compulsiva a la comisaría*, aunque no sea bajo la forma de detención.

El abuso está constituido no sólo por un aspecto objetivo, sino por uno subjetivo. No abusa quien yerra sobre la apreciación del supuesto de hecho que autorizaría una conducción a la comisaría, sino quien, conociendo las verdaderas circunstancias de hecho las falsea para dar apariencia de legitimidad a su obrar. En el caso, es evidente que la situación en la que los imputados intentaron fundar su reprochado proceder no ocurrió pues no otra debe ser la conclusión a extraer del sobreseimiento dictado por el Sr. Juez de Instrucción de Diamante respecto del delito de Resistencia a la autoridad que se había imputado a IBARRA.

Al respecto es oportuno destacar que el primer paso es determinar la necesidad de adoptar la medida en cuestión. Lo decisivo en este punto es valorar si ante las circunstancias del caso concreto y desde una perspectiva ex ante, aparecía como procedente practicar la detención por parte del agente de policía. Como ya se ha dicho en la primer cuestión, de los hechos relatados y sus pruebas, resulta evidente que dicha detención no aparecía ex ante como una medida adecuada a las circunstancias del caso (detención improcedente). El hecho que "motiva" la detención de IBARRA (llamada anónima por arrojamiento de piedras) nada prueba sobre alguna responsabilidad del mismo,

y por sí solo ni siquiera tiene entidad suficiente para fundar una sospecha en su contra. Por otra parte, como se ha dicho, ha quedado debidamente acreditado que IBARRA era conocido al menos por el imputado CARABALLO, por lo que tampoco desde ese punto de vista su detención estaba justificada.

Una vez establecida la no procedencia de la medida, hay que preguntarse por las razones que llevaron al agente a practicar la detención en cada caso para calificarla o bien como ilegal ab initio o bien como vulneradora de garantías constitucionales. De los hechos declarados probados surge prístinamente que las razones que llevan al agente a practicar la detención responden a *pura arbitrariedad y muestran una clara situación de abuso de poder*. Lo cierto es que en este caso la detención se realizó fuera de la legalidad y con la única pretensión de hacer valer, abusivamente, la autoridad de que estaban investidos por tratarse de atentados directos contra la libertad individual. De ningún modo surge como racional alguna circunstancia del momento que pueda haber aconsejado practicar la detención, y menos de la forma que se la llevó adelante; de igual modo resulta innecesaria la continuidad de su detención por el período de tiempo que Ibarra debió permanecer privado de libertad (cfr. *Orientación sobre correcta detención policial, extraído de estudio realizado de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana*". InDret Dres. Carolina Bolea y Ricardo Robles).

Pero inclusive atendiendo el argumento defensivo de que CARABALLO recién identificó a IBARRA cuando éste comenzó la supuesta resistencia, y coincidiendo con que ello hubiera dado lugar al traslado a la Jefatura Departamental, debo decir que ello de ninguna manera autoriza a los funcionarios policiales a ejercer sobre el detenido una fuerza mayor a la estrictamente necesaria para lograr su cometido. En otras palabras, la eventual necesidad de trasladar a IBARRA a la Dependencia policial no justifica los golpes y amenazas proferidos antes de subirlo al patrullero, ni durante el traslado, y menos aún, dentro de la propia Jefatura.

En cuanto al tipo subjetivo, sostiene D'Alessio que el presente es un delito doloso, cuyo aspecto cognoscitivo requiere el conocimiento del carácter abusivo de la privación de libertad por defecto de competencia, exceso funcional en el caso concreto, falta de presupuesto sustancial para proceder o ausencia de requisitos formales (ob. Cit. pág. 422). Como delito doloso requiere el conocimiento de que se está privando de la libertad a otra persona, abusando de la función o por defectos en las formalidades prescriptas por la ley para privar a alguien de la libertad (cfr. Donna, Edgardo Alberto; "Derecho Penal. Parte Especial", Tomo II-A; Santa Fe, 2001, págs. 176/177).

Así entonces, a la luz de los parámetros antes señalados, no vacilo en asignar a los imputados CARABALLO y FERNANDEZ en el carácter de funcionarios públicos en atención al desempeño funcional, ser autores responsables del delito de Privación Ilegítima de la Libertad con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas

por la ley, al haber privado a IBARRA de su libertad personal, sin que se constaten en autos circunstancias que avalen su proceder.

En cuanto al segundo tipo seleccionado –imposición de Vejámenes-, ha quedado acreditado que al menos el funcionario CARABALLO, desde el momento de la detención de IBARRA, sometió al mismo a golpes y malos tratos de claro contenido vejatorio en el sentido de humillantes, ilegal en cuanto contrario al ordenamiento jurídico y amén de ello lesivo, lo que afecta el bien jurídico protegido: la libertad en el sentido del derecho que todo ciudadano posee de que todo acto funcional de aprehensión contenga la menor entidad lesiva posible, absteniéndose de todo comportamiento mortificante que la doctrina y la jurisprudencia ha definido como severidades, vejaciones o apremios ilegales. Ello en razón de que los tipos dolosos contra la libertad cometidos por funcionarios, si bien se dirigen prioritariamente a la libertad entendida como incolumidad física y espiritual, al mismo tiempo reglamentan escrupulosamente las condiciones en las cuales deben llevarse a cabo los deberes de los funcionarios que permiten lícitamente la reducción de esa esfera de libertad.

Tiene dicho la doctrina que vejar significa tanto molestar como perseguir, maltratar o hacer padecer a una persona de manera física o moral. Al respecto, el Dr. Rubén Chaia, comentando una sentencia dictada en un caso similar al presente, dijo: *"en el caso no se privó a los detenidos de un beneficio, no se les impuso un trato extremadamente duro, más bien se los agredió física y moralmente a propósito de doblegarlos, de mortificarlos, de quebrarles su autoestima, de degradarlos en su condición humana. Entiendo por tanto, que se trató de vejaciones y si bien, atendiendo a la pena prevista en abstracto, no existiría diferencia entre una y otra calificación legal (con las severidades), dadas las características de estas figuras, seguramente optar por una u otra, tendrá impacto en el contenido material del injusto y con ello, en la aplicación en concreto, de la pena"* ("El trato vejatorio a personas privadas de su libertad", Revisa de Derecho Penal y Criminología}, La Ley, mayo de 2012, pág. 53/54 Dr. Rubén Chaia).

Si bien la doctrina ha distinguido para las *vejaciones un contenido más humillante*, para las severidades un contenido de maltrato físico o psíquico y para los apremios ilegales una ultraintención de lograr una confesión o alguna prestación por parte del sujeto pasivo, lo importante es la distinción cualitativa entre estos modos de abuso funcional con el tormento o tortura del art. 144 ter del CP, entendiendo a este último como un tipo agravado por la mayor gravedad del injusto (cfr. por todos CREUS, parte especial pg. 324 y sigs., DONNA, parte Especial 2ª, pág. 183 y ss.).

En el caso que nos ocupa, las violencias constitutivas de un riesgo ilícito desaprobado y que se realizaron en el resultado, en el caso de CARABALLO comprenden los golpes propinados en el momento de la aprehensión de IBARRA, durante el traslado e ingreso del mismo a la Jefatura Departamental Diamante y su ubicación en dicha dependencia

policial en la forma y circunstancias ya referenciadas, las que se caracterizaron como una golpiza que causó lesiones en el cuerpo de la víctima.

También la conducta de FERNANDEZ se subsume en la misma calificación, por cuanto los golpes impuestos a la víctima lo hacen responsable por todas consecuencias de los graves riesgos que con "dolo de conciencia segura" abarcan la configuración central del suceso, como decía Welzel, teniendo la posibilidad de ponerle fin o evitar su consecución, al menos en la fase que comprende desde la detención hasta el ingreso en la Jefatura Departamental.

Por ello, la conducta de ambos imputados fue correctamente subsumida en el tipo doloso del art. 144 bis inc. 2 C.P.

Tal como se han tenido por demostrados los hechos, no surgen dudas en este estado acerca de la configuración de la tipicidad subjetiva del delito imputado. Sabido es que la constatación de la existencia del dolo en el agente es un juicio de adscripción que se basa en las circunstancias exteriores del caso -y por lo tanto objetivamente comprobables-, como expresiones de lo que ocurre espiritualmente (Cfr. Bacigalupo, Enrique, "Hacia el nuevo Derecho Penal", Hammurabi, Bs. As., 2006, pg. 332/3); ello como consecuencia de que "los elementos subjetivos no son cognoscibles directamente sino a través de los elementos externos que objetivan un contenido psíquico del comportamiento" (Bacigalupo, Enrique; "Derecho Penal. Parte General", Hammurabi, Bs. As., 1999, pg. 314). En este sentido, entiendo que los elementos de juicio reseñados resultan indicativos de la existencia de dolo, toda vez, que en el caso, no resulta controvertible el conocimiento por parte de CARABALLO y FERNANDEZ al momento de los hechos, de la ilegitimidad de su accionar.

Por otra parte, tanto en la Requisitoria Fiscal de Elevación a Juicio como en el requerimiento del querellante, como así también en sus respectivos alegatos, la Acusación entendió que los delitos imputados concurren de manera ideal en los términos del art. 54 del C.P. Sin embargo, entiendo que corresponde en este caso disentir con dicha conclusión final.

En efecto, la privación ilegal de la libertad constituye un delito permanente y como tal, en él la acción delictiva se prolonga en el tiempo, siendo todos y cada uno de sus momentos idénticamente violatorios del mandato o prohibición establecidos en la ley penal, pudiéndose imputar cualquiera de ellos a título de consumación. Por su parte las vejaciones son hechos instantáneos cuya repetición puede eventualmente dar lugar a un delito continuado, interpretando cada uno de los actos lesivos de la integridad física y moral de IBARRA como una unidad delictiva. "En el delito continuado hay pluralidad de hechos, pero a mérito de la homogeneidad material y jurídica y a la unidad de designio criminoso precedente, esa pluralidad fáctica se fusiona en una

misma unidad delictiva ..." (TS Córdoba, sala penal, "Miño, Walter G.", 1991/02/27 (LLC, 1991-1044) citado por D' Alessio, ob.cit. Pag.885 nota 114).

La Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo que "la hipótesis en la cual la inexistencia del concurso ideal se afirma sin vacilaciones es la de los hechos punibles instantáneos, que son ocasionalmente perpetrados mientras transcurre la comisión del delito permanente ..." (CN Casación Penal, Sala II, "Cantie Rahi, P.", 1999/06/10). Y en el mismo sentido D' Alessio explica que "Caramutti aclara que en el caso de delitos permanentes, la concurrencia ideal puede tener lugar con actos que tienen por objeto prolongar el estado de permanencia consumativo (como por ejemplo, en el caso de la privación de la libertad, donde hay concurso ideal con las lesiones o las amenazas realizadas para impedir que el secuestrado huya). Por el contrario, los otros delitos cometidos mientras se mantiene el estado consumativo y que no tengan aquel objeto (las injurias al secuestrado, el daño a sus objetos personales, la violación, etc.) concurrirán en forma material".

En el caso de autos, ninguno de los actos vejatorios realizados sobre IBARRA tuvo el objetivo de mantener su estado de privación de libertad sino que, por el contrario, constituyen hechos independientes realizados con el dolo específico del tipo del art. 144 bis inc. 2 C.P.

Finalmente, debo coincidir con lo expresado por el Sr. Agente Fiscal en relación con la atribución del hecho a AMBOS imputados en calidad de AUTORES. Fundo esta conclusión en el hecho de que no se vislumbra en autos una subordinación de la voluntad de uno de ellos -FERNANDEZ- a la del otro -CARABALLO- que mantiene el dominio del hecho, sino que el aporte de cada uno durante la ejecución refleja una división de tareas por la cual cada uno de ellos realizó una parte de las acciones típicas, completándose los elementos del tipo por el co-dominio que cada uno tuvo de una porción del acontecimiento.

En relación con FERNANDEZ, la atribución del hecho en calidad de autor abarca sólo el tramo que comenzó con la interceptación y privación de libertad de IBARRA - momento en el cual lo colocó con el pecho contra el patrullero y lo sostuvo para que CARABALLO lo golpeará con el balistón en la zona de la cabeza- el traslado del mismo hasta la Jefatura Departamental -conduciendo el automóvil- hasta la llegada a esa dependencia policial. "El coautor es quien, teniendo en cuenta el plan concreto, realiza un aporte en el estadio de ejecución que resulta necesario para llevar adelante el hecho. De tal modo, si la ausencia del aporte brindado implica que el plan se verá frustrado, el individuo que lo realiza es coautor" (D' Alessio, ob.cit. Pág. 772).

No corresponde sancionar a FERNANDEZ por los hechos ocurridos dentro de la Jefatura, en tanto el mismo no es mencionado como presente en el lugar por la propia

víctima, y ni siquiera por el testigo Leandro Ibarra, siendo contestes ambos en que fue CARABALLO quien continuó con las agresiones.

Párrafo aparte merece la defensa alegada por FERNANDEZ acerca de que el mismo se limitó al cumplimiento de un deber. Al respecto es claro y terminante el Dr. Chaia en el texto ya citado (pág.49): *"Si bien es cierto que los funcionarios públicos se encuentran obligados a adoptar medidas coactivas y lesivas de bienes jurídicos ajenos en determinados supuestos: una detención, una ejecución forzosa, una situación disciplinaria, las mismas ingresan al terreno del artículo 34 inciso 4º del Código Penal, sólo cuando se ejecutan "con arreglo a las previsiones legales o por encargo" del poder estatal, en el marco de su "competencia" y dentro de los "márgenes" señalados por la ley. Los actos vejatorios acreditados en la sentencia, con certeza no encuentran acogida en norma alguna sobre el tratamiento adecuado de personas detenidas, ni aparecen "necesarios" para el cumplimiento de un legítimo cometido". "En síntesis, si bien tal como lo advertía Pacheco el que cumple con su deber, si algo merece por ello es elogio y no pena, es evidente que este caso no patentiza precisamente una situación de esa naturaleza y por ende merece ser sancionada pues, como señalaba Antón Oneca "el prestigio de la autoridad se compromete tanto por dejación como por abuso".*

No se han constatado en autos la existencia de causas de justificación o exculpación, siendo que los encartados presentan, a la luz de los informes médicos indicados por el artículo 201 inc. 4 C.P.P. un normal desarrollo en sus facultades mentales.

Con ello entonces cabe contestar afirmativamente a la segunda cuestión, declarando a Néstor Fabián Caraballo y a Nelson Leonel Fernández, autores materiales y responsables del delito de PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD y VEJACIONES (art. 144 bis inc. 1 y 2, C.P.) en Concurso real (art. 55 CP).

A LA TERCERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ CORRECCIONAL, DR. MALATESTA, DIJO:

Habiendo contestado afirmativamente a las dos primeras cuestiones corresponde adentrarnos en las presentes a fin de determinar la pena a aplicar en el caso.

Así planteada la cuestión es preciso expedirme acerca de la sanción punitiva que les corresponde a los encartados no sólo en orden a la naturaleza de la misma, sino también a su extensión y forma en que habrá de cumplirse.

La culpabilidad requiere un análisis individual en orden a su adecuada valoración, ahora desde un punto de vista dinámico, es decir no estático, como acontece al momento de relevarla respecto del hecho, lo que en definitiva repercutirá necesariamente sobre el quantum de la pena a imponer a los incursores.

El art. 41 del cód. Penal es la norma que pone en manos de los magistrados una herramienta de análisis racional que, aunque no exhaustiva, brinda adecuadas pautas de valoración objetivas y subjetivas para ese cometido. En ese marco, entonces, corresponde encarar la cuestión propuesta.

Se observa en los encartados como atenuante la inexistencia de antecedentes penales como así también el elongado tiempo trascurrido entre la comisión del hecho y la presente sentencia.

Ha de tenerse en cuenta como agravante la calidad de funcionario policial de los mismos al momento de cometer el hecho, y encontrarse de servicio. Debe indicarse además que el hecho, atendiendo a los momentos previos al mismo dejan apreciar el despliegue de una innecesaria violencia, en el que se puso en peligro la integridad de Ibarra, quien refirió incluso desmayarse ante la golpiza.

Ciertamente importante y, como ya lo anticipé, los motivos que llevaron a los imputados a delinquir no aparecen amparados en ninguna situación de vulnerabilidad frente al derecho penal tal y como la adicción a drogas, alcohol o problemas psicológicos o la persistencia en la comisión de reiterados delitos como modalidad de vida.

La conminación de penas no puede prescindir del criterio de responsabilidad por culpabilidad, ni puede estar desvinculada de fines preventivos, pues se debilitaría la confianza en el orden jurídico. Por ello no cabe acudir a la imposición de penas solo con fines de intimidación, o cuando no fuere justificada, pues si ella excede la necesidad de retribución impide la otra función que debe cumplir la prevención general, la afirmación del orden jurídico en la conciencia colectiva (Mir Puig, *Problemática de la pena y seguridad ciudadana*, cit. por García, Luis, *Reincidencia y punibilidad*. Astrea, 2005, p. 82/83). Un reproche injustificado no puede servir para fundamentar la fidelidad al sistema, no estimula una actitud de adecuación social a las normas jurídicas y de allí que debe aparecer legitimado en la culpabilidad (García, op. cit., p. 74/75).

Por lo tanto, debe estarse al grado de culpabilidad para poder imponer una pena que mantenga un equilibrio, entre la comunicación que la pena realiza a la sociedad – prevención general- y la sanción que se impone al imputado en la medida del reproche que signifique su obrar delictivo. En autos, la imposición de pena de prisión efectiva resulta innecesaria, toda vez que las razones sociales y jurídicas que podían justificarla, a mi entender, han desaparecido.

Hagamos brevemente una referencia a la distinción que realiza el maestro Roxin sobre la imposición de pena en casos en que no resulta del todo justificada. En torno a sus categorías de Responsabilidad, y de Política General, dice Roxin: “El enfoque que aquí se considera preferible ha sido posteriormente acogido y desarroll