

**DETENCIÓN Y REQUISA NO AJUSTADA A LA
NORMATIVA VIGENTE. MATERIAL
SECUESTRADO NO APTO PARA LESIONAR
EL BIEN JURÍDICO TUTELADO. CONDUCTA
ATÍPICA. SOBRESIMIENTO.**

REMISIÓN VOTOS VERTIDOS EN EXPTE. 4998 “SUMARIO S/INF.ART.282 C.P.”; N° 2190 “S.#y N° 16.547 “V.”. (Juez SCHIFFRIN)
ADHESIÓN AL VOTO DEL DR. SCHIFFRIN. ESTADO DE DERECHO. ACERCA DE LA INVOCACIÓN DEL “NERVIOSISMO” o “ACTITUD ESQUIVA”, “LA CALLE” o “EL OLFATO POLICIAL” RESPECTO DE LA LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD Y RECONOCIMIENTO DE CONDUCTAS DELICTUALES O PREDELICTUALES. ARTS. 14,18 Y 19 C.N.. REQUISA: MOTIVACIÓN PARA SU PROCEDENCIA. ES INACEPTABLE CONVALIDAR A POSTERIORI UN PROCEDIMIENTO ILEGÍTIMO EN VIRTUD DE SUS RESULTADOS. (Juez ÁLVAREZ)

DECLARACIÓN INDAGATORIA.NULIDAD

AUSENCIA DE ASISTENCIA LETRADA.REMISIÓN PRECEDENTE “GRAMAJO” SALA II CFALP. RECEPCIÓN DE NUEVA INDAGATORIA.(Juez FLEICHER)

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

// Plata, 15 de octubre de 2009.R.S. 2 T.101 f* 121

VISTA: la causa N° 5086 “A, L E- P, D F s/inf. ley 23.737, proveniente del Juzgado federal N° 3 de esta ciudad.

Y CONSIDERANDO:

EL JUEZ FLEICHER DIJO:

I. Las presentes actuaciones llegan a conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 152/153vta. por la Sra. Defensora Pública Oficial, a, en representación de L E A y D F P, contra la resolución glosada a fs. 151/vta. que dispone no hacer lugar al sobreseimiento solicitado por la nombrada.

II. Se observa en autos que los imputados L E A y D F P no contaron con asistencia letrada en el acto de prestar declaración indagatoria.

Ahora bien, teniendo en consideración lo resuelto por esta Sala en causa n° 3314 caratulada "G., O. R. s/ Inf. Ley 23.737", del 02/02/2006, **(1)**estimo que, en aquellos casos en los cuales la declaración indagatoria es llevada adelante sin la presencia del defensor técnico, corresponde adoptar la solución allí propuesta.

En tal sentido, cabe destacar que la garantía de defensa en juicio requiere que el proceso penal se desarrolle en paridad de condiciones con quien ejerce la acción pública. En consecuencia, resulta necesario que el imputado sea asistido por un defensor en el acto de prestar declaración indagatoria, para que, de este modo, se haga efectiva la garantía mencionada.

En orden a lo expuesto, corresponde declarar la nulidad de las declaraciones indagatorias prestadas por L E A y D F P , ordenando al *a quo* se le reciba nueva declaración indagatoria, en los términos que resultan de la presente resolución.

Así lo voto.

EL DOCTOR SCHIFFRIN DIJO:

I- Si bien comparto lo observado por el colega preopinante, respecto a la falta de asistencia letrada por parte de los imputados en el acto de prestar declaración indagatoria, a mi juicio, la solución a la que cabe arribar en los presentes autos es más amplia (v. mi voto in re "Sumario s/ Inf. Art. 282 C.P.", causa N° 4998, de fecha 03.03.2009).

II. Al respecto, adelanto que a mi juicio, asiste razón a la Defensora Pública Oficial, , en su escrito respecto a las falencias de las peritaciones obrantes sobre el material incautado en autos, correspondiendo de este modo, hacer lugar a lo solicitado por dicha parte, y dictar en consecuencia, el sobreseimiento de L E A y D F P.

III. Empero, llegaríamos además a la misma solución de considerar las citadas peritaciones ajustadas a derecho, pues la detención y requisita efectuada por el personal policial no se ajustó a la normativa vigente.

En efecto, tal solución liberatoria se alcanzaría como consecuencia de la irregularidad con que procedieron los agentes policiales en

Poder Judicial de La Nación

el inicio mismo de su actuación, pues la detención y requisa de L A y D P se realizó sin dar cumplimiento a la legislación vigente.

Del confuso relato efectuado en el acta de procedimiento, surge que los policías pretendieron justificar su intervención expresando que “... *en momentos que se hallaban recorriendo la jurisdicción en móvil identificable, es que a llegar a calle(...)* [en alusión a la localidad (...)] *este medio divisamos dos sujetos del sexo masculino caminando por calle, estos de contextura normal... los cuales se encontraban merodeando por la zona en forma sospechosa, mirando a los interiores de los domicilios y verificando que no era seguido por alguien, es que procedemos a acercarnos al mismo, para interceptarlos ...*”, y ello no parece que pueda constituir una circunstancia objetiva y razonable, que habilite, de manera válida, a su detención. En consecuencia, me permito realizar aquí las mismas consideraciones que tuve oportunidad de efectuar in re 2190 “S., C. A.”, de fecha 22 de mayo de 2003, (2)a las que me remito brevitatis causa.

Cabe recordar que no resulta suficiente el presupuesto básico de que los preventores actúen de buena fe, y que sinceramente sospechen del afectado, sino que su decisión debe apoyarse en hechos concretos, contemporáneos a la diligencia policial que alcancen para convencer a un observador objetivo acerca de encontrarse ante la posible comisión de un delito.

En este sentido, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Criminal Federal de Capital Federal, en recientes fallos ha reafirmado la nulidad de procedimientos como el de autos, en que los funcionarios judiciales proceden a la detención de personas sin el cumplimiento de las exigencias formales prescriptas en los art. 284 y 230 bis del C.P.P.N.; en el sentido de que “...las meras corazonadas a veces incluidas dentro del vago concepto de “olfato policial” que no superan el ámbito interno del funcionario -subjetividad- quedan a un margen y no bastan para legitima la conducta invasiva...”(causa 37.727, “Sidero, Fernando s/procesamiento”, del 29 de junio de 2005, doctores Vigliani, Cavallo y Freiler).

Dicha Sala explica que “Para que puedan darse en la práctica, y resulten válidos estos dos supuestos (detención y requisa), deben existir, y es requisito esencial, ‘motivos previos’. Los motivos previos que deben presentarse, se refieren a la sospecha que genera una persona respecto de la posible comisión

de un hecho ilícito, en consonancia con los parámetros reseñados anteriormente -flagrancia, indicios vehementes de culpabilidad” (causa 36.989 “Cipolatti, Hugo s/Procesamiento” , del 7 de junio de 2005).

En razón a los argumentos expuestos, y ante la falta de circunstancias objetivas y razonables que hayan habilitado el actuar policial, su consecuencia lógica habría sido la nulidad de todo lo actuado y el sobreseimiento respecto de L E A y D F P.

V. Respecto a las peritaciones , impugnadas por la defensa, es de señalarse que ya en la providencia de fs. 75, el Fiscal Federal,, a cargo de la instrucción del presente sumario, le indica al Gabinete de Cromatografía del Laboratorio Químico de Capital Federal Toxicología, como material a peritar *“cincuenta y tres envoltorios de papel de diario conteniendo en su interior una sustancia de características similares al clorhidrato de cocaína”*. Esta expresión, sin ninguna otra especificación, es utilizada en las siguientes providencias del (Fiscal Federal), emitidas a los mismos efectos, y en los respectivos oficios obrantes (...).

De esta manera, y tal como lo indica la Defensora Pública Oficial, se omitió diferenciar cuáles eran los envoltorios correspondientes a cada uno de los imputados, perdiéndose así la posibilidad de determinar las dosis umbrales que podrían corresponder a cada uno.

En la peritación , en el ítem Material de la pericia, el Cabo 1º(...), expresa *“Dada la similitud en el aspecto físico del contenido de los envoltorios se confeccionó una Muestra Promedio o Pool (MUESTRA POOL). El peso promedio de la sustancia en los envoltorios es de 0.027 gramos, lo que arrojaría un peso total para los 53 envoltorios de 1.431 gramos.”*

Este informe originó una solicitud de aclaración por parte de la (defensora Oficial), a fin de saber si cada uno de los envoltorios, considerados en su individualidad, reunía entidad suficiente como para constituir una dosis umbral.

Pues bien, el respectivo informe aclaratorio en el punto III de su Respuesta explica *“En los mencionados oficios [en referencia a los obrantes(...)] no se especificó que el análisis cuali-cuantitativo debía llevarse a cabo en forma individual...”*. Y ya en el punto 2º de dicha respuesta, se lee que *“El cálculo de dosis se realizó en base a la totalidad del material*

calculado estadísticamente. El peso individual del contenido de cada envoltorio peritado no supera el valor de 0.03 gramos, es decir, 30 miligramos, por lo tanto si la pureza idealmente fuera del 100%, no alcanzarían "en forma individual" a una dosis de 50 miligramos cada uno...". La razón de este accionar por parte del personal de la División Laboratorio Químico de la Policía Federal Argentina, ha de deberse, a que según el propio informe indica, *"para realizar un estudio cualitativo y cuantitativo en forma individual, es necesario contar por lo menos con un peso oscilante entre 0.06 gramos a 0.09 gramos aproximadamente"*, cantidad, que por separado, no reunía ninguno de los envoltorios secuestrados en autos.

Lo dicho demuestra, en primer lugar, que la sustancia incautada se manipuló en forma irregular por la División Laboratorio Químico de la Policía Federal Argentina.

Más allá de ello, cabe tener en cuenta que en los casos de tenencia de estupefacientes en envoltorios separados, esa forma de tenencia es la que constituirá o no delito según la capacidad tóxica de cada envoltorio (cfr. "V., A. y otro s/ inf. ley 23.737", Causa N° 16.547, de fecha 30 de noviembre de 1995). **(3)**

En consecuencia, resulta que el material secuestrado, con las características del momento del secuestro, que es, repito, la única situación comprobada e imputable, no es apto para lesionar el bien jurídico tutelado, lo cual lleva a concluir que es atípica la conducta de L E A y D F P.

Por todas las razones expuestas, corresponde revocar la resolución apelada y sobreseer a los nombrados.

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

Comparto la solución propuesta por el Juez Schiffrin, toda vez de ninguna manera en un Estado de Derecho, la policía puede invocar que el *"nerviosismo"* o *"actitud esquivia"* es elemento suficiente para limitar la libertad de una persona, como tampoco *"la calle"* o *"el olfato policial"* que puedan alegar los preventores para reconocer conductas delictivas o predelictuales.

El juego armónico de los arts. 14, 18 y 19 de la Constitución Nacional nos permite interpretar que, de un lado la libertad ambulatoria y la privacidad son aspectos esenciales de la dignidad del individuo. Para que quede

habilitada la injerencia del sistema jurídico penal sobre tales aspectos sustanciales debe existir un hecho del proceso, lo que significa una objetiva y concreta presunción legal de que el sujeto puede estar vinculado a un hecho típico específico, circunstancia que no se encuentra probada en un autos.

Por lo tanto, para que la requisita sea procedente, es menester que sea debidamente motivada, que los fundamentos se hallen adecuadamente descritos en el acta pertinente, que en los excepcionales casos en los que se realice sin orden judicial, corresponde dar parte al juez interviniente en forma inmediata, a los fines de un adecuado contralor de los presupuestos que dieron origen al procedimiento que se trate. Además debe respetarse la formalidad legalmente establecida. En caso de incumplimiento de cualquiera de estos requisitos el procedimiento debe ser considerado ilegal.

Por otro lado tampoco es aceptable desde la lógica constitucional más elemental, convalidar a posteriori un procedimiento ilegítimo en virtud de los resultados.

Dos son las líneas argumentales que nos llevan a esta conclusión. Por un lado un análisis lógico temporal: un acto aceptable jurídicamente es la consecuencia de una serie de pasos previos, que se han producido de acuerdo a la previsión normativa, nunca lo que está después puede servir de base a lo que ha ocurrido antes. La validez de la consecuencia es el resultado de la validez de la causa y no viceversa.

Por otro lado una acto contrario a la ley y a la Constitución no puede producir resultados aceptados por el sistema jurídico. La propia existencia del estado constitucional se sostiene sobre la base del respeto a las libertades individuales y al establecimiento de un límite infranqueable para el Estado, conforme lo cual solamente en determinadas y excepcionales circunstancias, establecidas con claridad, se acepta la intromisión del aparato estatal en la esfera privada del individuo y viene a resultar que el órgano autorizado para disponer esto es el órgano jurisdiccional. En situaciones puntuales, excepcionales y acotadas lo puede hacer el órgano preventor, en cuyo control, por la naturaleza de sus funciones, se debe ser extremadamente preciso y exigente. No serlo implica abrir la puerta a la desaparición del estado de

Poder Judicial de La Nación

derecho. Lo anteriormente expresado nada tiene que ver con limitar la tarea de prevención y de resguardo de la seguridad. Tal conclusión sólo podría ser producto de una notoria deshonestidad intelectual o de una inocultable vocación autoritaria.

En consecuencia de lo expuesto corresponde revocar la resolución apelada, declarando la nulidad del acta que obra a fs. 1/4, y de todo lo actuado en consecuencia, dictando el sobreseimiento de L E A y D F P en orden al delito por el cual resultarían procesados.

Así lo voto.

Por ello y por mayoría, el Tribunal RESUELVE:

I.- Revocar la resolución apelada y sobreseer a L E A y D F P.

II.- Regístrese, notifíquese y devuélvase. Firmado Jueces Sala II Gregorio Julio Fleicher. Leopoldo Héctor Schiffrin. César Álvarez .Ante mí. Dra. Ana Russo. Secretaria.

USO OFICIAL

NOTA (1) publicada en el sitio

