



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Fiscal
Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas

///nos Aires, 1° de junio 2004.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver sobre la posibilidad de proseguir con la investigación en la presente **causa n° 52263/03** seguida a **Mario RIVAROLA s/infracc. art. 39 del Código Contravencional**, de trámite ante esta **Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas n° 3** de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cargo del suscripto, **Adrián Norberto MARTÍN**, en carácter de cotitular.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO:

I. Que se inicia la presente causa respecto de Mario Rivarola el día 6 de agosto de 2003 cuando el Suboficial Mayor Juan Carlos IBARRA, recorriendo jurisdicción del a seccional 13ª de la Policía Federal Argentina en un móvil identificado, junto con el Cabo Alejandro Tavani, donde se desempeñaban a esa fecha, y siendo las 20,35 horas aproximadamente, observó a una persona del sexo masculino en calle Bacacay frente al número 623. Agregó el suboficial, tal como luego reafirmó el cabo secundante que tal persona se mostró nervioso ante la presencia el personal policial, intentando evadirlos.

II. Que ante tal cuadro de situación refirió el personal policial que decidió detener la marcha de esa persona, convocar dos testigos y solicitar que el detenido exhiba sus pertenencias.

Que las declaraciones de los testigos Pérez y Marín, en forma coincidente, informaron que sólo pudieron observar algunos jóvenes junto al personal policial y el cuchillo secuestrado en el piso, mas no el momento en que, según los preventores, el imputado habría exhibido sus pertenencias.

Que, más allá de la discrepancia advertida, el personal policial añadió a sus declaraciones que ante el requerimiento policial de exhibición del contenido del interior de la mochila que llevaba la persona interceptada, se constató la existencia de una cuchilla, ante lo cual se le secuestró ese elemento y finalmente se lo identificó, resultando ser Mario Rivarola, DNI n° 26.689.599.

III. Que la presente causa tramita en esta sede ante la posible comisión de la contravención prevista en el art. 39 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –ley n° 10 y modif.- que prohíbe “portar armas a disparo, cortantes o contundentes, o un objeto apto para ejercer violencia o agredir, sin autorización o causa que lo justifique.”. Asimismo debe tenerse en consideración que el bien jurídico que debe verse afectado o puesto en peligro concreto, tal como lo exige el art. 1° del mencionado código, es

la “integridad física”, conforme se destaca en el título del capítulo I del Libro II de la norma citada.

SEGUNDO:

I. Corresponde en esta etapa de investigación preliminar decidir si ella puede continuar, adelanto desde ya mi criterio negativo. En efecto, es necesario analizar, en primer término la validez del procedimiento de detención y requisita del nombrado Rivarola; y en segundo lugar la existencia de tipicidad de la conducta hasta aquí reprochada.

II. En cuanto al procedimiento realizado por el suboficial Ibarra cabe analizar en primer término la detención de Rivarola.

En primer lugar cabe destacar, tal como lo hizo la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, en fallos “Páez, Hernán” (del 22/04/1997), “Herrera, Noemí del Valle” (del 31/05/1996), entre otros, que la Constitución Nacional establece que la libertad de las personas es la regla y, como excepción, en su art. 18 fija el principio de que “nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”. Al respecto, la ley procesal contravencional remite en el punto a las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación y éste, reglamentando aquella garantía incorpora la facultad policial de detener, aún sin orden judicial, en determinados casos excepcionales.

Esta excepción se establece por cuestiones de urgencia, y ante ello el legislador determinó los criterios por los cuales se puede proceder a esa medida restrictiva de libertad en los arts. 184 inc. 8 y 284. En efecto, se podrá practicar dicha detención: a) al que intentare un delito de acción pública con pena privativa de libertad, en el momento en que se dispone a cometerlo, b) al que fugare, estando legalmente detenido, c) excepcionalmente, a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad y exista peligro inminente de fuga o serio entorpecimiento de la investigación ..., y d) a quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad.

En el caso de análisis, evidentemente no nos hallamos ante el supuesto de fuga, ni ante la comisión o tentativa de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad. Por ello sólo podría basarse la detención en la existencia de indicios vehementes de culpabilidad en el imputado esta cuestión, eminentemente fáctica habría de resolverse en el debate.

Por otra parte, en cuanto a la requisita practicada sobre el imputado, ella dependerá respecto de su validez, en tanto y en cuanto la detención haya sido correctamente decidida. De ser así, es decir, en caso de que el imputado hubiera encuadrado en su accionar en el



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Fiscal
Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas

estándar legal de “indicios vehementes de culpabilidad” con más la existencia de peligro inminente de fuga o entorpecimiento de las investigaciones, la requisita sería válida sólo en lo que hace al palpado exterior de las ropas de alguien legítimamente detenido por seguridad del personal policial y de terceros, tal como lo ha aceptado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al receptar lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en el caso “Terry v. Ohio”, del año 1968. En efecto, la CSJN ha dicho en diversos pronunciamientos, tales como en el caso “Fernández Prieto”, entre otros, más allá del resultado que derivara de tales o premisas que: *“cuando un oficial de policía advierte una conducta extraña que razonablemente lo lleva a concluir, a la luz de su experiencia, que se está preparando alguna actividad delictuosa y que las personas que tiene enfrente pueden ser armadas y ser peligrosas, y en el curso de su investigación se identifica como policía y formula preguntas razonables, sin que nada en las etapas iniciales del procedimiento contribuya a disipar el temor razonable por su seguridad o la de los demás, tiene derecho para su propia protección y la de los demás en la zona, a efectuar una revisación limitada de las ropas externas de tales personas tratando de descubrir armas que podrían usarse para asaltarlo. Conforme con la Cuarta Enmienda, tal es una revisión razonable y las armas que se incauten pueden ser presentadas como prueba en contra de esas personas”*. (los destacados no pertenecen al original)

Sin embargo, teniendo en consideración que el cuchillo objeto del proceso fue hallado no entre las ropas del imputado sino en su mochila, el procedimiento, a mi criterio deviene inválido sin orden judicial previa, toda vez que no nos hallaríamos ante un estado de urgencia.

Ello es así por cuanto, pese a la reforma introducida por la ley nacional n° 25.434, el pretender que de la lectura literal y aislada de los artículos reformados o introducidos podría entenderse la supresión de la exigencia de la urgencia para omitir el requerimiento de orden judicial, implicaría una contradicción con un análisis constitucional de la norma, en tanto éste nos conduce necesariamente a la solución opuesta. En efecto, luego de la reforma, entendiendo que de los requisitos para una requisita, el concepto de **urgencia** propio de aquellas medidas, no ha sido derogado. Esta interpretación se impone por cuanto tal requisito no emanaba simplemente de la letra de la ley sino que surgía de una lectura armónica de la Constitución Nacional, máxime en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires por sumarse a ella la aplicabilidad de la norma constitucional local.

Entender lo contrario, importaría una inconsecuencia, o inclusive una inconstitucionalidad, en el legislador que ha hecho esfuer-

zos -tanto a nivel legal como constitucional- por ampliar al máximo el control judicial a las actividades preventivas realizadas por el personal policial. Reflexiónese en ese sentido sobre disposiciones tales como art. 13, inc. 5 y 8 y disposición transitoria duodécima de la CCABA, art. 184 inc. 10 del CPPN, ley 23.950, etc.

En esa misma línea, ha indicado Rodrigo Borda en su análisis de la ley 25.434, en cuanto a la posibilidad de entender la eliminación de la "urgencia" como requisito para realizar requisas sin orden judicial que:

“Para requisar a una persona sin la orden de un juez, la policía ya no tiene que encontrarse en una situación de "urgencia". De esta manera, se equipara a la policía con el juez, en tanto las requisas dispuestas por la policía -que actúa siempre, en el marco de un proceso penal, por delegación de aquél- dejan ya de ser una excepción a la regla que establece la necesidad de la orden judicial. En este sentido debe tenerse presente que las reglas procesales relativas a la requisita personal, como todas las reglas relativas a cualquier medida de coerción, resultan ser reglamentarias de nuestra Constitución Nacional.” (Borda, Rodrigo, “Ampliación de las facultades policiales. Aspectos inconstitucionales de la ley 25.434, modificatoria del Código Procesal Penal de la Nación”, publicado en La Ley, tomo 2001-E, p 1150)

En consecuencia aquella interpretación constitucional que mantiene la exigencia de la urgencia se impone por cuanto, en lo que a **fundamentos normativos** hace:

a) en caso contrario se equipararía a la policía con el juez, en tanto las requisas dispuestas por la policía -que actúa siempre, en el marco de un proceso penal, por delegación de aquél- dejan ya de ser una excepción a la regla que establece la necesidad de la orden judicial (conforme disposición constitucional, art. 18 y 19 de la CN), -tal como señalará Borda-. Así, entonces, se crearían ámbitos de injerencia en los derechos de las personas en los que ningún juez, en forma idónea, efectiva y plena, garantizaría ex ante, la tutela de los derechos constitucionales, y

b) una interpretación armónica y coherente del plexo normativo, no puede permitir exigir para efectuar medidas de inspección como la de autos, requisitos más laxos que los que, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la normativa contravencional establece para medidas de igual o incluso menor injerencia en derechos de las personas, (Cfr. arts. 18 y 21 del Código de Procedimientos Contravencional);

Por otra parte, en lo que hace a **fundamentos fácticos**, nada impide que de existir aquellas “circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de persona o vehículo determinado”, el personal ac-



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Fiscal
Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas

tuante pueda requerir al conductor y acompañantes que desciendan del vehículo -como ha ocurrido en autos-, adoptando las medidas de seguridad mínimas e indispensables a fin de preservar la prueba y evitar la fuga de los prevenidos y evacuar **inmediata** consulta telefónica con el fiscal actuante, haciéndole conocer los hechos para que, en caso de considerarlo adecuado, éste requiera en el momento orden de inspección al juez en turno. No escapa a mi análisis que se objetará que ello obstaculizaría la celeridad y otras cuestiones del estilo, sin embargo, tengo para mí que esas medidas mínimas y una consigna policial junto a los elementos que se pretenden requisar (en el caso una mochila) no resultan, en absoluto, ritualismos formales excesivos cuando los derechos a la intimidad, a la libertad y a la dignidad de las personas se encuentran en juego, máxime si además enmarcamos estas prácticas en nuestra historia reciente. (Cfr., en ese sentido el “Informe acerca de la creación y funcionamiento de la comisión investigadora de procedimientos penales fraguados, creada por la resolución de la Procuración General de la Nación n° 35/00”)

Sin perjuicio de ello, aún admitiendo que legalmente el personal policial estaría habilitado a efectuar la requisa, no existió en autos una situación de tal urgencia que impidiera aguardar la obtención de testigos para luego efectuar el registro de la mochila que podría haber sido separada del detenido. En el caso, y pese a lo indicado por el preventor la requisa no fue efectuada delante de los testigos convocados, tal como ellos lo expresaron en esta fiscalía.

III. Por otra parte, aún soslayando las cuestiones procedimentales señaladas, en la causa no puede ser requerido un juicio por cuanto la acción no resulta típica.

En efecto, el tipo contravencional establece en forma algo confusa una cantidad de conductas punibles que corresponde desbrozar, a saber:

- a) portar armas a disparo, sin autorización;
- b) portar armas cortantes, sin causa justificada;
- c) portar armas cortantes, sin causa justificada;
- d) portar objetos aptos para ejercer violencia, sin causa justificada, y
- e) portar objetos aptos para agredir, sin causa justificada.

En primer término, corresponde descartar en el caso la tipicidad de las conductas individualizadas en los acápite a, b y c, por cuanto una cuchilla no es un arma ni a disparo ni contundente, pero tampoco es un arma cortante. Ello es así puesto que para ser considerada arma (aún del tipo de las cortantes) debe tratarse de un ele-

mento que haya sido fabricado con la finalidad principal de atacar o defenderse.

Al respecto y en ese sentido, aunque minoritariamente, se han expresado tanto la jurisprudencia como la doctrina, a las que adhiero. En efecto, y a modo de ejemplo valga señalar que ha indicado la jueza de cámara María Cristina Camiña, en la causa n° 1601 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 18 de la Capital Federal, “Miño, Alejandro Mauricio y otro por robo con armas en grado de tentativa” resuelta el 2 de abril de 2004, que:

“...la definición de arma como “cualquier instrumento o elemento que aumente el poder ofensivo del autor” y la construcción misma de “arma impropia” para incluir en tal definición los instrumentos que, originariamente no están diseñados para ser empleados como arma, constituyen una clara interpretación extensiva y en malam partem lesionando el principio de estricta legalidad o máxima taxatividad que rigen en el derecho penal. Entiendo al respecto que si el legislador hubiera querido extender el concepto de arma habría mencionado la voz arma y agregado algo así como “o cualquier otro elemento empleado para aumentar la capacidad lesiva”.

Asimismo se agregaron diversas citas en el voto citado que, entiendo merecen transcribirse a los fines de avalar la postura aquí sentada, a saber:

“Al respecto ha dicho Enrique Bacigalupo que “El Estado no es quien otorga los derechos fundamentales sino quien debe crear las condiciones de su realización...La interpretación del derecho penal se debe llevar a cabo, en principio, mediante la técnica de una interpretación “conforme a la Constitución”...Una redefinición posible del problema consiste en afirmar que el principio *nullum crime sine lege* no debería entenderse como una estricta prohibición de analogía sino como una prohibición de lesionar la función de garantía mediante una interpretación extensiva, exagerada e inadmisibile...No es el sentido posible del texto lo que dará el límite de la interpretación, sino el sentido más restringido del texto.” (Enrique Bacigalupo, “Principios constitucionales de derecho penal”, Hammurabi, 1999).”

“El diccionario de la Real Academia dice que arma es aquel instrumento, medios o máquinas destinados a ofender y a defenderse (pág. 811), de lo que se deduce que cualquier otro elemento empleado para intimidar o ejercer violencia no se ajusta a esa definición y por consiguiente, la excede.”

“En este mismo sentido, la causa “Calabrese” (n° 14.170 de la Sala VI del 16/3/87) Zaffaroni sostuvo que “Debe entenderse por arma todo objeto que aumente la capacidad lesiva de la persona y destinada por su naturaleza a ese efecto. No creo que puedan incluirse las lla-



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Fiscal
Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas

madras “armas impropias”, lo que en este caso no sería una interpretación extensiva de la palabra, sino una franca integración analógica”.

“Esta postura fue también sostenida, oportunamente, por otro integrante de aquella Cámara, Carlos Tozzini, quien lo pusiera de manifiesto en la causa “Pelay, Luis M.” (rta el 31/3/86). En su voto expresó “...considero que el concepto de arma que califica el robo en el inciso 2 del artículo 166 del C. Penal, se refiere exclusivamente al arma de fuego y no a toda arma”, agregando que incluir a cualquier especie (en el caso sevillana) significa una analogía indebida del tipo penal y sobre todo vaciar de contenido a la violencia que tipifica el robo simple.”

“... un artículo comentando un fallo del TS de Córdoba del 5 de julio de 2002: “Maujo Eduardo”, en el que se resolvió que “El empleo de una bufanda para sujetar por el cuello a la víctima de un robo, no convierte a dicho instrumento como arma impropia, correspondiendo descartar la calificante prevista por el art. 166 inc.2° del C. Penal “(revocó así la sentencia de la Cámara Cuarta del Crimen). Marcelo Colombo refiere en dicho comentario, publicado en el Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley, 23 de septiembre de 2002, que “un standard del cual el principio de legalidad no puede descender es el de la prohibición de analogía penal *in malam partem*”. Se pregunta el autor qué significaría para el derecho penal que todas las expresiones denominadas en los tipos penales tuvieran un referente “*impropio*” y concluye diciendo que debe imponerse una interpretación restrictiva del concepto de arma relegándolo a las que han sido construidas con un claro “destino de ofensa o defensa”, postura ésta a la que adhiero en forma plena.”

En el mismo sentido se ha expresado recientemente el juez de cámara Gustavo Bruzzone, en la causa “A., M.G., y otros s/procesamiento (causa n° 23.368bis)”, resuelta por la sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal el 6 de mayo de 2004 (publicado en E.D. del 28 de mayo de 2004, p 6/7).

En este sentido, evidentemente el legislador local quiso zanjar la discusión de la existencia jurídica de “armas impropias” y evitar la interpretación analógica de la ley, asignado también tipicidad a la portación de objetos aptos para agredir o ejercer violencia como lo podría ser una cuchilla.

En segundo lugar, como se advierte, es necesario cumplir con la exigencia de **portar** el arma u objeto con las características de ser apto para agredir o ejercer violencia.

Históricamente, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, para el caso de armas de fuego, se ha hecho la distinción entre portar, transportar y tener. Si bien en el caso que analizamos no nos

hallamos frente a un arma, la exigencia típica de portar –en los términos tradicionalmente diferenciados- debe mantenerse bajo riesgo de otorgar al mismo término indicado en el tipo dos acepciones diferentes según se trate de objetos o armas.

En consecuencia, tal como lo ha exigido la doctrina y jurisprudencia portar implica tener el elemento en la vía pública, en condiciones de uso inmediato lo que da cuenta, ante una situación fáctica determinada, de una efectiva lesividad de la conducta ante el efectivo peligro respecto de la integridad física de las personas.

Así ha dicho, por ejemplo la Cámara Federal de San Martín, sala I, in re “Luna, Maximiliano”, rta el 9-11-99 que *“los preceptos de portación y tenencia de armas ... no pueden ser utilizados en forma indistinta, pues la portación de armas supone más que una tenencia pues implica llevar un arma en un lugar público en condiciones de inmediato uso”*. Doctrinariamente, en el mismo sentido se ha expresado entre muchos otros, Donna (Derecho Penal, parte especial, ed Astrea, Bs. As., 118).

En el caso que nos ocupa, en el que Rivarola llevaba una cuchilla en el interior de una mochila, mientras caminaba por una calle sin existir ningún indicio que permitiera vincular en la escena descrita el objeto secuestrado, en el interior de la mencionada mochila, con la integridad física de otra persona que, por lo demás el sumario policial no da cuenta de su existencia.

En consecuencia, no es posible siquiera a título de hipótesis acusatoria a fin de requerir el juicio constitucionalmente previsto, que Rivarola portaba el objeto apto para agredir, y en consecuencia, mucho menos que se hallare, al menos, en peligro cierto la integridad física de otra persona.

Que en atención a lo decidido precedentemente, no resulta posible continuar con la investigación, por lo que corresponde declarar el archivo de la causa conforme lo prescribe el art. 39 inciso 1° del Código de Procedimiento Contravencional –ley 12-.

IV. Que resta entonces determinar sobre el destino de la cuchilla secuestrada. Al respecto, y en atención a que se ha decidido que ninguna contravención se ha probado en autos y teniendo en cuenta que un cuchillo no es un elemento registrable, ni su tenencia se halla prohibida *per se*, corresponde ponerlo a disposición de quien ha sido desapoderado, haciéndole saber que en caso de que no se presentare a retirarlo en un termino razonable se procederá a su destrucción, en atención al mal estado de conservación del elemento en cuestión.

Que en tren de determinar la razonabilidad del plazo, y aplicando, ante la laguna normativa en el orden local, lo dispuesto en la ley nacional n° 20.785, es dable establecer dicho plazo en un mes.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Fiscal
Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas

Ello es así por cuanto el plazo establecido en dicha norma, seis meses desde el secuestro, ha expirado, corresponde en consecuencia determinar un plazo que aparezca como razonable y adecuado.

Que en razón de lo expuesto,

RESUELVO:

1- **ARCHIVAR** las presentes actuaciones conforme lo normado por el art. 39 inc. 1 de la Ley de Procedimientos Contravencional.

2- **PONER** los elementos secuestrados a disposición de quien ha sido desapoderado de ellos, haciéndole saber que en caso de que no se presentare a retirarlo en el termino de un mes, se procederá a su destrucción, en atención a estado de conservación del elemento en cuestión.

Notifíquese.-

Ante mí:

En la misma fecha se cumplió con lo ordenado. CONSTE.