



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6

CCC 42112/2022/3/CA1

GASTIAZORO, L. S.

Nulidad

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 45

(MIO)

///TA: se deja constancia por medio de la presente de que el recurrente presentó, a través del sistema judicial “Lex100” el memorial sustitutivo de la audiencia oral, conforme fuera intimado oportunamente. Por su parte, la Fiscalía de Cámara N° 1, hizo lo propio en ejercicio de su derecho a réplica. Secretaría, 29 de septiembre de 2022.

María Inés Otero

Prosecretaria de Cámara “Ad-Hoc”

///nos Aires, 26 de octubre de 2022.

Y VISTOS; Y CONSIDERANDO:

I.- Intervenimos en la presente en virtud de la apelación deducida por la Defensa Pública Oficial, por la asistencia técnica de L. S. Gastiazoro, contra el auto dictado el 26 de agosto de 2022, en cuanto dispuso **“NO HACER LUGAR A LA DECLARACIÓN DE NULIDAD de la detención de L. S. Gastiazoro, de la requisita mediante la cual se secuestrara el teléfono celular marca “Samsung”, modelo A10, de color negro, con tarjeta SIM marca “Personal”, IMEI (...) y de lo actuado en consecuencia, promovida en la causa n° 42.112/2022 por el Dr. Juan Martín Vicco, interinamente a cargo de la Defensoría Pública Oficial n° 13”**.

II.- A criterio del recurrente, tanto la detención como la posterior requisita de L. S. Gastiarozo fueron arbitrarias y, como tales, no pueden ser convalidadas por la magistratura.

Para sostener su postura, puso especial acento en que, según dejó asentado el oficial mayor Diego Alejandro Duarte, la detención del nombrado estuvo motivada en que lo vio *“corriendo en contra al tránsito por la vereda sacándose a la veloz carrera un buzo gris que vestía”*. Y ello, evidentemente, no puede ser entendido como

los indicios vehementes de culpabilidad a los que se refiere el inciso 3° del artículo 284 del Código Procesal Penal de la Nación.

También cuestionó que, una vez que ya lo había interceptado, le preguntara por qué se hallaba corriendo. Pues, en ese contexto, no estaba habilitado a realizarle preguntas de esas características. Ello, no sin destacar la siguiente contradicción: si su actitud era suficientemente solvente fundamentar su detención sin una orden judicial, ¿por qué habría de requerirle otras explicaciones?.

En esa misma lógica, sostuvo que la posterior requisita no tuvo basamento legal alguno. Solamente se fundó en la valoración personal de la respuesta del imputado a una pregunta que, en realidad, nunca debió hacerle en esas circunstancias.

En virtud de todo ello, siendo que no existe un cauce independiente de investigación, solicitó la anulación de aquel procedimiento policial y, en consecuencia, el sobreseimiento de su representado.

En contrapartida, el representante de la acción pública, replicó aquellas críticas y requirió la convalidación de lo decidido. Pues, desde su óptica, el accionar del personal policial estuvo justificado en criterios objetivos suficientes. Conforme destacó, el funcionario policial explicó que Gastiazoro fue observado corriendo velozmente en un lugar con gran afluencia de gente, mientras se quitaba una de sus prendas de vestir.

Por otro lado, sostuvo que aquello que el recurrente pretende presentar como una indagación indebida por parte del preventor, no fue más que una sencilla pregunta realizada en el marco de sus legítimas funciones y que, por cierto, no demuestra amenaza o intimidación de ninguna índole.

III.- La jueza Magdalena Laíño dijo:

El detenido análisis de las actuaciones demuestra que asiste razón a la defensa en su planteo, dado que el personal policial no estaba habilitado a actuar del modo en que lo hizo.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6

CCC 42112/2022/3/CA1

GASTIAZORO, L. S.

Nulidad

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 45

(MIO)

Inicialmente corresponde dejar en claro que, conforme la doctrina, *“lo no preocupante sería que los tribunales entendieran que no se puede parar a una persona por la calle por una mera intuición, y que si eso ocurre estaremos ante una actuación policial viciada. (...). Lo preocupante, en cambio, sería que se entendiera que para practicar una detención válida alcanza con una simple sospecha subjetiva, no referible a ninguna pauta comprobable”* (CARRIÓ, Alejandro D. ‘Garantías Constitucionales en el Proceso Penal’, 5ª edición, actualizada y ampliada, 4ª reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pág. 236).

En el caso, evidentemente, la situación fáctica descrita por el funcionario no permitía inferir, objetiva y razonablemente, que el imputado estuviera en alguna situación que hiciera suponer fundadamente que había cometido un hecho ilícito.

Simplemente se dijo que lo vio *“corriendo en contra al tránsito por la vereda sacándose a la veloz carrera un buzo gris que vestía”*, sin ninguna otra precisión. No surge de allí que hubiera hecho alguna maniobra para deshacerse de la prenda de vestir -lo cual podría sugerir un acto elusivo-. Tampoco que fuera mirando recurrentemente hacía atrás –actitud que, sumada a la otra, podría indicar que escapaba de algo-; mucho menos, que alguien lo persiguiera o sindicara.

En el análisis de la cuestión necesariamente debe tenerse presente que el estado de sospecha no puede proceder del instinto del funcionario policial (el llamado "olfato policial"), sino que, como ya se dijera, debe responder a circunstancias razonables y objetivas, debidamente explicitadas, que posibiliten luego el control de su legalidad.

Sobre el particular, recientemente sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máximo intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos, que: *“... aún en el supuesto de que la acción policial se hubiera enmarcado en los*

*supuestos de excepción de detención sin orden judicial en la normativa vigente, la forma genérica e imprecisa en que estaban contemplados al momento en que ocurrieron los hechos permitía que cualquier tipo de ‘sospecha’ de la autoridad fuera suficiente para requisar o detener a una persona. De esta forma, el Tribunal observa que el artículo 4 del Código de Procedimiento, **el artículo 284 del Código Procesal Penal de la Nación, y el artículo 1 de la Ley 23.950, son normas significativamente ambiguas en lo que respecta a los parámetros que permiten detener a una persona sin orden judicial ni estado de flagrancia. En definitiva, la ausencia de parámetros objetivos que legítimamente pudiesen justificar una detención sobre la configuración de los elementos previstos por la normativa, y la inexistencia de una obligación posterior de justificar un registro o una requisita con independencia de los resultados obtenidos por la misma**, generaron un espacio amplio de discrecionalidad que derivó en una aplicación arbitrarias de las facultades en cabeza de las autoridades policiales, lo cual además fue avalado mediante una práctica judicial que convalidó dichas detenciones sobre la base de criterios generales como la prevención del delito o ex post por las pruebas obtenidas”* -el destacado no pertenece al original- (cfr. Corte IDH, caso “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, sentencia del 1 de septiembre de 2020, párrafo 97).

De allí se deriva, necesariamente, la obligación de extremar la rigurosidad en el análisis de casos como el presente, donde se invoca la violación de garantías fundamentales. En este sentido, en respuesta a lo postulado por el representante del Ministerio Público Fiscal, es preciso aclarar que con ello no se pretende acotar la posibilidad policial de ejercer las facultades de prevención que son inherentes a los funcionarios policiales, sino simplemente a la obligación de analizar su proceder conforme a las normas consagradas en el Bloque Constitucional (cfr. CFCP, voto del juez González Palazzo al que adhirió el juez Diez Ojeda en causa n° 9948 “Parrado, P. S. s/recurso de casación”, Reg. 14426.4 del 4/2/2011).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6

CCC 42112/2022/3/CA1

GASTIAZORO, L. S.

Nulidad

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 45

(MIO)

Finalmente, aunque se deriva de manera necesaria de lo reseñado hasta aquí, es preciso aclarar de forma expresa que la posterior requisa y secuestro de las pertenencias de Gastiazoro serán también alcanzados por la misma sanción. En tanto no se aprecia que, concomitantemente con la detención, hubiera surgido algo que pueda interpretarse como un cauce independiente de la investigación.

Muy por el contrario, el hallazgo del celular estuvo motivado únicamente en que el nombrado, según refirió el preventor, no logró explicar su accionar cuando le preguntó por qué corría –lo cual, evidentemente, reforzó sus sospechas-. Pero además, tampoco se advierte –ni se consignaron siquiera a título formal- cuáles fueron las razones de urgencia que, en el caso concreto, habilitaban a realizar una requisa sin orden judicial (cfr. las previsiones del art. 230bis CPPN).

Sobre el punto, debe tenerse en cuenta necesariamente que *“Estando comprometida una garantía individual de rango constitucional, resulta insostenible pretender que la misma pueda ser soslayada por simples razones de ‘practicidad’. No es sensato extender a tan amplia posibilidad la legitimidad para poder requisar sin orden judicial previa. Pues tampoco es ésta la razón legal reglamentaria, desde que la urgencia refiere a la inminencia de que pueda frustrarse la investigación con la desaparición de los elementos de prueba que pudieran ser objeto de secuestro mediante la requisa”* (JAUCHEN, Eduardo M., “Tratado de la Prueba en Materia Penal”, 1ª edición, 2ª reimpresión, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, página 137, a propósito de la crítica al fallo “Barbeito”, actual CFCP, Sala II, rta. el 14/6/94, causa 122, Reg. 179).

En función de lo expuesto, concluyo que el oficial mayor Diego Alejandro Duarte se excedió en sus funciones en la detención y posterior requisa del imputado (cfr. arts. 18 y 75 inc. 22

de la CN; 9 DUDH; 7.1, 7.2, 11.2 y 11.3 de la CADH; 9 y 17.1 del PIDyP y 284 y 230bis del CPPN).

Por consiguiente, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de apelación y declarar la nulidad de la detención y posterior requisita y secuestro practicados en la presente y de todo lo obrado en consecuencia. Ello, en base a la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "Rayford" (Fallos: 308: 733), en el que se estableció que si en el proceso existe un sólo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél (considerando 6º; doctrina reiterada en los casos "Ruiz", Fallos: 310:1847; "Francomano", Fallos: 310:2384 y "Daray" Fallos 317:1985).

Tal es mi voto.

IV.- El juez Ricardo Matías Pinto dijo:

Luego del análisis de las constancias del sumario se considera que corresponde homologar la decisión adoptada en la instancia de origen.

El principio contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional relativo a que "(...) *nadie puede ser (...) arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente (...)*" se encuentra reglamentado por el artículo 284 del CPPN y por la ley 23.950, que establecen un catálogo de excepciones entre las que se prevé un tiempo mínimo para verificar la identidad de la persona o ante la presencia de "indicios vehementes de culpabilidad", que permitan presumir la comisión de un hecho de entidad delictiva o la posibilidad de su producción para poder proceder de esta manera.

En el presente caso se verificaron datos objetivos que habilitaron al funcionario a interceptar al imputado, para identificarlo, cuando notó que corría a gran velocidad por la vereda, a contrario del tránsito, al tiempo que se quitaba el buzo que llevaba puesto. Ello demuestra la razonabilidad del accionar del Oficial Mayor Diego Alejandro Duarte por cuanto de su relato de momento es dable



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6

CCC 42112/2022/3/CA1

GASTIAZORO, L. S.

Nulidad

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 45

(MIO)

considerar que existían datos objetivos que lo llevaron a evaluar en forma plausible que se encontraba ante una situación que posiblemente era delictiva y que requería que inicie una mínima investigación (ver, en similar sentido, de la Sala V, la causa nro. 49353/2021/5, “**Arturi**”, rta. el 23/12/21).

A estos efectos la primera intervención en la cual el preventor se acerca al imputado para dilucidar esa cuestión no puede ser evaluada como una detención en el sentido propio, sino como una mínima restricción de su libertad ambulatoria para dilucidar si se presentaba en el caso una actividad criminal, para ello el personal policial brindo explicaciones detalladas y posibles.

Esta mínima restricción de la libertad, interpretada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el fallo “*Terry vs. Ohio*” como “*stop and frisk*” (interceptación con fines investigativos), requiere un grado probatorio menor que el de “*causa probable*”, que permite una detención o requisa (ver *Código Procesal Penal de la Nación. Comentado y Anotado*. Miguel A. Almeyra, Director; Roque Funes, coautor, Ed. LL. p.277 y siguientes, y CSJN Fallos: 332:2397 “**Ciraolo**” del 20/10/09 del voto de la disidencia, considerando 13°).

En esta senda, debe distinguirse una interceptación -*stop*- de un arresto -detención propia- y entre el cacheo -*frisk*- y un registro -*search*-. Los policías están facultados para interceptar a una persona en la vía pública, por un breve lapso, si se presume que podría estar vinculada con un delito y, eventualmente estar armada, lo que habilitaría, a su vez, un cacheo para despejar su duda.

Luego se produjo la requisa del imputado quien exhibió un celular sin poder explicar su titularidad por ello el personal policial realizó la consulta judicial, y, en ese contexto, el magistrado de turno, ordenó la detención.

Finalmente, toda vez que en ese contexto se encontraba detenido el imputado conforme la manda judicial, al recibir un

llamado el celular el personal policial lo atendió. Este accionar, al estar detenido el imputado, demuestra que no existió afectación a su intimidad ni privacidad porque su detención ya había sido ordenada por la magistrada, basándose precisamente en la presunta ajenidad del dispositivo. Con lo cual, el haber atendido la llamada entrante, nuevamente aparece como un actuar razonable en miras a la posterior individualización de su propietario (ver, en similar sentido, Sala V, causas nro. 37366/2018/3, “**Grandes Martínez**”, rta. el 1/11/18, entre muchas otras).

Por lo tanto, al compartir los sólidos fundamentos de la jueza de grado, voto por confirmar el rechazo del planteo de nulidad formulado por la asistencia técnica del imputado.

Tal es mi voto.

V.- El juez Ignacio Rodríguez Varela dijo:

He sido convocado para intervenir en la presente en virtud de la disidencia suscitada entre mis colegas.

Confrontadas todas las constancias de las actuaciones y habiendo participado de la deliberación, adhiero al voto del juez Ricardo Matías Pinto, dado que comparto en lo sustancial los fundamentos allí expuestos, los cuales, por cierto, se ajustan a los parámetros que fijara en la causa -de la Sala IV- nro. 12115/2021, “Spadoni”, del 30/4/21, entre muchas otras.

VI.- En consecuencia, este Tribunal RESUELVE:

CONFIRMAR el auto dictado el 26 de agosto de 2022, en todo cuanto fuera materia de recurso.

Regístrese, notifíquese y devuélvanse las actuaciones digitalmente al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de muy atenta nota.

Se deja constancia de que los jueces Ricardo Matías Pinto e Ignacio Rodríguez Varela intervienen en la presente en su carácter de subrogantes de las Vocalías N° 8 y 9, respectivamente.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6

CCC 42112/2022/3/CA1

GASTIAZORO, L. S.

Nulidad

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 45

(MIO)

Magdalena Laíño

-en disidencia-

Ricardo Matías Pinto

Ignacio Rodríguez Varela

Ante mí:

María Inés Otero

Prosecretaria de Cámara “Ad-Hoc”