

## *Poder Judicial de la Nación*

### **PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN**

///Plata, 12 de julio de 2011. R.S. 3 T.83 f\*27

VISTO: Este expte. nro. 6219, "O., S.L. L., H.A. C., A.S.R. s/ Pta. inf. art. 5° "C" de la ley 23.737 y art. 189 bis del C.P.", procedente del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 2, de Lomas de Zamora y

CONSIDERANDO QUE:

#### **El doctor Vallefin dijo:**

##### I. Antecedentes.

1. El día 7 de abril de este año, personal del Escuadrón (...)de la Gendarmería Nacional, en el marco de un operativo de control vehicular (decreto presidencial 2099/10) detuvo un automóvil(...), conducido por A.S.R.C. En los asientos traseros estaban ubicados H.A.L. y S.L.O., en tanto que en el delantero restante, se encontraba la hija menor de edad de la última de los nombrados (...).

La inspección del vehículo dio por resultado el hallazgo de una bolsa de nylon transparente conteniendo dos paquetes confeccionados con cinta de embalar con diez elementos cilíndricos cada uno en su interior; un paquete similar con cinco elementos de idéntica forma; dos elementos cilíndricos envueltos en cinta de color negro; un envoltorio de plástico transparente con sustancia blanca; dinero; un teléfono celular y un tubo metálico similar a una lapicera con mecanismo de disparo y un proyectil calibre .22 en su interior.

2. H.A.L. dijo que luego de cenar salió a fumar un cigarrillo fuera de su casa y en ese momento pasó por su calle "A.", conduciendo su vehículo y lo invitó a acompañarlo. Por ese motivo subió al automóvil, en el

## *Poder Judicial de la Nación*

que ya se encontraba instalada una señora, y fueron (...) a buscar a la hija de ella (...).

También detalló que a la vuelta, fueron hasta (...) lugar este donde la mujer descendió por un lapso de diez minutos, tras lo cual reemprendieron la marcha hasta una estación de servicio en el puente de L.N. donde cargaron gas y la mujer volvió a descender del vehículo.

Siguió su relato diciendo que los detuvo la Gendarmería Nacional y después de verificar la documentación del rodado y de que "A." abriera el baúl, les pidieron a todos que bajaran sus pertenencias del auto y las exhibieran, momento en el cual la señora mencionada bajó una bolsa.

3.A.S.R.C. relató que trabaja desde hace seis años como remisero en la agencia (...), la cual se encuentra ubicada en la calle (...) y aportó el número de teléfono (...).

Explicó que el día de los hechos se encontraba sentado en la puerta de la remisería mencionada y que se hizo presente en el lugar una pareja pidiendo un auto para viajar hasta "L.N.". Ante el pedido, el telefonista de nombre "C.", le asignó el viaje el cual se desarrolló de la siguiente forma: primero fueron a "E.O." y recogieron a la hija de la señora; luego la mujer le pidió que la lleve (...), hacen unas cuadras en dirección a provincia, frenan a mitad de cuadra, la señora se bajó del vehículo y dio vuelta a la esquina; una vez que regresó fueron a cargar combustible a una estación de servicio y reemprendieron la marcha (...) donde fue detenido por la Gendarmería Nacional.

Entre otros detalles mencionó que a la imputada (...) la conoce porque realizó un viaje con ella a V. C.;

## *Poder Judicial de la Nación*

que a L. lo conoce del barrio; que durante el viaje estas personas hablaron entre sí pero no escuchó puntualmente la conversación, sin recordar si la bolsa secuestrada estaba en poder de alguno de ellos.

4. Luego de negarse a declarar, S.L.O. solicitó prestar declaración. En esa oportunidad relató que fue a la remisería que ya se mencionara a pedir un auto para ir a buscar a su hija que estaba en la casa de una compañera de colegio. Así fue como el telefonista fue a la puerta de entrada y le preguntó al chofer si tomaba el viaje y éste contestó que sí. En ese momento el conductor le pidió a otra persona, que estaba con él en la puerta del local junto con otros que tomaban mate, que lo acompañara y el hombre aceptó (...).

Luego de esto, recogió a su hija, hicieron una parada para cargar combustible y emprendieron la vuelta a su domicilio, pero el vehículo fue interceptado por Gendarmería Nacional. En cuanto al procedimiento de requisita en sí mismo, O. relató que primero identificaron al chofer, le pidieron la documentación del auto, le hicieron abrir el baúl y luego los gendarmes le ordenaron a los pasajeros que bajaran del coche para identificarlos y revisarlos, razón por la cual no vio el momento en que encontraron la bolsa que contenía los elementos secuestrados.

5. El testigo C.A.F. relató que el 6 de abril del corriente año estaba trabajando en la agencia de remises (...) y, a las 21:25 horas aproximadamente, llegó una pareja y solicitó un viaje en remis a "L.N.". Ante el pedido, se aproximó a la puerta del local y le preguntó a A. —que era el único chofer en el lugar, pues los demás estaban realizando otros viajes— si

## *Poder Judicial de la Nación*

deseaba tomar el pedido, a lo cual éste contestó afirmativamente (...).

6. De acuerdo con el peritaje (...), el material secuestrado eran 220,5 gramos de sustancia compuesta por un promedio de 21% de cocaína, suficiente para obtener 463 dosis umbrales.

7. El elemento metálico que se describiera como una lapicera era un dispositivo de armado casero apto para producir disparos de cartuchos calibre .22 (...). El proyectil que fuera encontrado en su interior estaba intacto, es decir, en condiciones de ser disparado.

### II. La decisión y los recursos.

1. El magistrado dispuso el procesamiento y prisión preventiva de S.L.O. y de H.A.L., en orden al delito previsto por el artículo 5to., inciso "c" de la ley 23.737, en la modalidad de transporte de estupefacientes; en concurso real con el delito de tenencia de arma de uso prohibido, previsto por el artículo 189 bis, inciso 2do., párrafo 2do., del Código Penal (...).

2. De esa decisión recurrieron los respectivos defensores oficiales.

2.1. La defensora de la imputada O. alegó que no está demostrado que su asistida tuviera en su poder la bolsa en donde se encontraban los elementos prohibidos (...). En abono de esa afirmación, citó las declaraciones efectuadas por los testigos de actuación y cuestionó la declaración del coimputado L. pues, a su entender, sólo quiso mejorar su situación procesal.

En el evento de que su defendida no fuera sobreseída, la recurrente solicitó que se cambie la calificación de la conducta reprochada a O., por la prevista en el artículo 14, primer párrafo de la ley

## *Poder Judicial de la Nación*

23.737. Ello por cuanto no se ha probado el "dolo de tráfico" requerido por el tipo penal aplicado. En ese sentido, destacó que el hallazgo se produjo en flagrancia, razón por la cual no existen tareas previas de investigación que prueben la intención de introducir la sustancia en el circuito comercial ilegal.

Por otra parte sostuvo que la sustancia es escasa y que, al no haberse efectuado el peritaje químico, no se tiene certeza de su cantidad y su calidad.

2.2. El defensor de H.A.L. apeló (...). Sostuvo que no está demostrada la participación de su asistido en los delitos que se le imputan.

2.2.1. El recurrente consideró que los sucesos se produjeron tal como los relatara L. en su declaración indagatoria. También trazó la hipótesis de que C., animado por el temor a perder su trabajo, le asignó el papel de "acompañante" a L., en connivencia con el testigo F., cuando está claro que las directivas para el viaje las daba O.

Para el caso de que el Tribunal considere que la custodia del estupefaciente fue compartida por L. y O., argumentó que no está demostrado en la causa el dolo requerido por la figura penal imputada.

En ese sentido, sostuvo que no está probado que el presunto transporte de la droga estuviera inserto en una cadena de tráfico de estupefacientes. De ello concluyó que, en todo caso, la tenencia de la droga debió encuadrarse en las previsiones del artículo 14, primer párrafo de la ley 23.737.

Por último, el defensor se agravió de la prisión preventiva decretada.

## *Poder Judicial de la Nación*

2.2.2. En la ocasión prevista por el artículo 454 del Código Procesal Penal, la defensora ante esta Cámara planteó la nulidad de la requisa vehicular que diera origen a estas actuaciones por considerar que violó lo dispuesto por el artículo 1 de la ley 23.950 y los artículos 184 inciso 5to., 230 bis y concordantes del CPP (...).

Concretamente, alegó que no existieron motivos para proceder a la requisa vehicular, dado que el rodado circulaba sin impedimento legal alguno y todos sus ocupantes fueron identificados sin inconvenientes. Así pues no existían circunstancias previas o concomitantes que autorizaran a efectuar la revisión sin orden judicial.

Además de desarrollar los agravios ya expresados en la apelación, citó la recomendación efectuada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a la Argentina, en el sentido de que suprima las facultades de intervención policial cuando las mismas persigan únicamente constatar la identidad de las personas.

### III. Consideración de los agravios.

En razón de que se propicia la nulidad tanto del procedimiento policial como de todo lo que es su derivación, por razones de estricto orden procesal el Tribunal se abocará al tratamiento de esa cuestión.

1. De principio y tal como lo viene sosteniendo el Tribunal en numerosos precedentes, cabe recordar que la función primordial que tienen las nulidades en el proceso es la de privar a un acto de eficacia como consecuencia de existir en su conformación un vicio que lo desnaturaliza. Así, la invalidez absoluta de un acto solo puede encontrar motivo en defectos sustanciales y/o

## *Poder Judicial de la Nación*

en irregularidades que conlleven a violaciones de garantías constitucionales de imposible reparación ulterior, por ejemplo, el ejercicio del derecho de defensa en juicio (conf. D'Albora Francisco, *Código Procesal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, tomo I, sexta edición, Buenos Aires, 2003, LexisNexis Abeledo-Perrot, p. 274, nota al art. 140 y sus remisiones).

Aclarado lo anterior y en referencia puntual a la materia traída a debate, su solución está gobernada por los artículos 184, inc. 5°, 230 y 230 bis del Código Procesal Penal de la Nación.

El primero de ellos establece que: "*Los funcionarios de la policía o las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones: (...) 5°) Disponer, con arreglo al art. 230, (...) las requisas e inspecciones del art. 230 bis y los secuestros del art. 231, dando inmediato aviso al órgano judicial competente(...)*". Por su parte, el art. 230 regula los requisitos de la requisita personal y el artículo 230 bis se refiere a las denominadas "requisas urgentes".

Con relación a estas últimas dice: "*Los funcionarios de la policía y fuerza de seguridad, sin orden judicial, podrán requisar a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo, (...) siempre que sean realizadas: a) con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de personas (...); y b) en la vía pública o en lugares de acceso público.*". Señala también, que: "*...La requisita o inspección se llevará a cabo de acuerdo a lo establecido por el art. 2° y 3er párrafo del artículo 230, se le practicarán los secuestros del art. 231, y se*

## *Poder Judicial de la Nación*

*labrará acta conforme lo dispuesto por los artículos 138 y 139 (...)”.*

Es decir, que tales funcionarios pueden realizar requisas urgentes, sin orden judicial (art. 184, inc. 5°) siempre que se den, conjuntamente, los recaudos establecidos en los incisos a) y b) del art. 230 bis. Sobre los límites de la actuación policial esta Sala se ha expedido de modo reiterado (causas N° 3494 “Hizaguirre Pablo Nicolás s/inf. Ley 23.737” resuelta el 14-10-2005 **(1)** y N° 3752, *in re* “Incidente de nulidad”, sent. del 2-5-2006 **(2)**, entre muchas) y también lo ha hecho en lo atinente a los requisitos para validar la inspección de vehículos (expte. N° 3722 “Dra. Condomí Alcorta, María Florencia s/ promueve incidente de nulidad e inconstitucionalidad ley 23.737” **(3)** y sus remisiones, entre otros).

En el último precedente y con remisión a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de los EE.UU., se sentaron las siguientes pautas: a) hay que efectuar una diferencia entre la inspección de un negocio, residencia u otra construcción similar en los que una orden de allanamiento puede ser rápidamente obtenida, y la requisita de un barco, vagón de carga o automóvil con supuesta mercadería en su interior procedente de un delito; b) sin embargo, si bien la reglas que gobiernan la requisita de los automotores constituye una excepción al requisito de la orden judicial, *no es así con respecto a la exigencia de la causa probable* para creer que el vehículo transporta mercaderías ilícitas u otras evidencias similares.

2. Es la interpretación armónica de las normas y principios reseñados y las singulares circunstancias



## *Poder Judicial de la Nación*

fácticas de la causa las que habilitan a anticipar que existen razones fundadas para hacer lugar a la nulidad solicitada.

De acuerdo con el acta que instrumentó el procedimiento efectuado por la Gendarmería Nacional, el conductor del vehículo no opuso resistencia a la orden de detener la marcha ni asumió conducta alguna que pudiera considerarse evasiva.

El chofer presentó la única documentación con la que contaba, y por cierto, los gendarmes a cargo del operativo de control constataron que el dominio del rodado no presentaba ningún impedimento de circulación. Tampoco se observaron alteraciones físicas o morfológicas que indicaran lo contrario. Es decir, no había ningún indicador objetivo que pudiera razonablemente hacer sospechar que el automotor estaba vinculado a una actividad delictiva.

Corroborado ello, el posterior desarrollo del procedimiento tampoco halla justificación alguna. En efecto, las personas que se encontraban en el interior del auto no exhibieron resistencia a su identificación, por el contrario, aportaron sus datos personales cuya veracidad fue corroborada en el desarrollo de la instrucción. No intentaron ocultar elementos o darse a la fuga y obedecieron las órdenes impartidas por la autoridad.

No obstante, el personal preventor decidió discrecionalmente continuar la requisa cuando en realidad ya le estaba vedado porque, para expresarlo con las palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no existía causa probable para hacerlo. Dicho de otro modo, a partir de aquel momento los gendarmes actuaron a voluntad -sin manifestar las razones que

## *Poder Judicial de la Nación*

justifican un comportamiento excepcional y de interpretación estricta- con prescindencia de una atribución que la Constitución Nacional y las leyes procesales confieren sólo a los jueces.

En definitiva y con el giro del Alto Tribunal: "no existen [en el *sub judice*] constancias irreprochables que permitan determinar que nos encontramos ante una situación de flagrancia, o de 'indicios vehementes de culpabilidad' o que concurren 'circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer un hecho delictivo o contravencional' o 'circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de (alguna) persona" (véase *in re* "Peralta Cano", sent. del 3-5-2007, en "La Ley" 2007-D-625).

Por lo expuesto, juzgo que la requisita del vehículo en el cual se transportaban los imputados es nula y como consecuencia de ello, no existiendo otras fuentes distintas que, libres de vicios, permitan continuar la instrucción, corresponde decretar el sobreseimiento de los imputados y por aplicación de lo dispuesto por el artículo 441 del Código Procesal Penal, esa solución alcanzará a A.S.R.C. respecto de quien se declaró la falta de mérito en la causa (...) (cfr. doctrina de *Fallos*, 317:1985).

En virtud del temperamento adoptado, no corresponde el tratamiento de los demás agravios planteados.

Así lo voto.

### **El doctor Pacilio dijo:**

Si bien he sostenido a partir de la causa "Mangone, Ernesto Adrián s/ Falsif. Doc. Público"

## *Poder Judicial de la Nación*

(expte. nro. 5444, rta. el 15 de diciembre de 2009) **(4)** que existiendo determinadas circunstancias alegadas por el personal preventor a los fines de proceder a la detención y requisa del imputado, no resultaría esta la etapa procesal oportuna para decidir cuestiones de esta naturaleza, siendo ella la eventualmente contradictoria del juicio, lo cierto es que en las presentes actuaciones concurren circunstancias excepcionales analizadas en el voto que antecede, -nótese que en el acta labrada (...) no surge motivo alguno que pudiera haber provocado la requisa vehicular por parte del personal actuante- que permiten apartarse de dicha regla.

Con arreglo a ello, adhiero a la solución propuesta por mi colega preopinante.

IV. Por ello, SE RESUELVE: 1) Declarar la nulidad del procedimiento instrumentado mediante el acta (...) y de todas las actuaciones que son su consecuencia; 2) Sobreseer a H.A.L., S.L.O. y a A.S.R.C., por aplicación de lo dispuesto por el artículo 336, inciso 2, del Código Procesal Penal; 3) Disponer que la formación de la presente causa no afecta el buen nombre y honor del que gozaren.

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase. Fdo. Jueces Sala III dres. Antonio Pacilio. Carlos Alberto Vallefín. Ante mí: María Alejandra Martín. NOTA: Se deja constancia que el doctor Carlos Alberto Nogueira no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia. Conste.

**NOTAS: (1) :publicada en el sitio [www.pjn.gov.ar/Fueros Federales/Justicia Federal La Plata/Fallos destacados/carpeta temática PENAL](http://www.pjn.gov.ar/Fueros_Federales/Justicia_Federal_La_Plata/Fallos_destacados/carpeta_temática_PENAL) (FD.127) ;**

# *Poder Judicial de la Nación*

(2) se transcribe a continuación:

## **PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN**

//Plata, 2 de mayo de 2006. R.S. 3 T.46 f\* 72

VISTO: este expediente nro. 3752/III, "Incidente de nulidad", proveniente del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal n° 3, Secretaría n° 8 de La Plata y

CONSIDERANDO:

### I. El caso

1. El 15 de diciembre de 2005 a las 20 y 10 horas personal policial de la Delegación de Investigaciones de Tráfico de Drogas Ilícitas Lomas de Zamora hizo detener a dos individuos que transitaban en bicicleta por considerar que "...podrían estar armados...".

Para ello, requirió el apoyo de otro vehículo que se encontraba en las inmediaciones.

Cuando éste llegó, según el acta, esas personas se hallaban reducidas.

Una escapó corriendo sin que pudieran alcanzarla y la otra fue requisada con dos testigos.

En esa ocasión, sacó del bolsillo de su pantalón 2 cigarrillos de armado casero con sustancia similar a la marihuana, uno de los cuales estaba a mitad de consumir.

Luego los agentes revisaron un bolso azul en el que encontraron comestibles y una bolsa conteniendo un envoltorio compacto con sustancia vegetal similar a la anterior (...).

2. En la causa principal —en trámite ante esta alzada por apelación del procesamiento dictado— declararon quienes participaron en el procedimiento (...), se recibió declaración al imputado (...), se incorporó documentación que aportó (...) y se evacuaron sus citas (...).

(...) el juez dictó su procesamiento como autor del delito de transporte de estupefacientes reprimido por el artículo 5to., inciso c), de la ley 23.737.

### II. La nulidad peticionada:

## *Poder Judicial de la Nación*

En el presente, la defensa (del imputado) cuestiona y solicita la nulidad de las actuaciones que dan inicio a la causa (...).

Corrida la vista de rigor, el fiscal se expide negativamente (...); y el magistrado rechaza la nulidad pedida, con remisión a esos fundamentos, (...).

(...) el defensor apela esa decisión y ello motiva la actuación de ésta alzada.

### III. Los agravios de la defensa.

Los agravios de la defensa, como la nulidad pretendida, se centran en lo infundado del procedimiento de interceptación y requisa (del imputado) respecto a las previsiones del artículo 230 bis del C.P.P. También, menciona algunas diferencias en los relatos de los agentes.

Entiende que éstos actuaron basándose exclusivamente en su "olfato policial", sin que existieran "... circunstancias previas o concomitantes que razonablemente objetivamente (sic) permitan justificar dichas medidas..."

Cabe señalar que, aunque el letrado pide la nulidad de las actuaciones "...de fs. 1, 2, 3, 4 y 5...", siendo la primera de las nombradas una actuación policial de trámite y la segunda la declaración testimonial de uno de los agentes; se entenderá que ella se pretende del acta de procedimiento (...).

### IV. Tratamiento de la cuestión:

Con relación a los agravios planteados se realizarán las siguientes consideraciones:

1. Las normas procesales aplicables a la materia se hallan contenidas en los artículos 184, inciso 5to., 230 y 230 bis del C.P.P.

El primero de ellos establece que: "Los funcionarios de la policía o las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones: (...) 5º Disponer, con arreglo al art. 230, los allanamientos del art. 227, las requisas e

## *Poder Judicial de la Nación*

*inspecciones del art. 230 bis y los secuestros del art. 231, dando inmediato aviso al órgano judicial competente(...)"*.

El art. 230 expone los requisitos de la requisita personal; y el artículo 230 bis se refiere a las denominadas "requisitas urgentes".

Sobre éstas expone que: "Los funcionarios de la policía y fuerza de seguridad, sin orden judicial, podrán requisar a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo, (...) siempre que sean realizadas: a) con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de personas o vehículo determinado; y , b) en la vía pública o en lugares de acceso público.". Señala también, que: "...La requisita o inspección se llevará a cabo de acuerdo a lo establecido por el art. 2º y 3er párrafo del artículo 230, se le practicarán los secuestros del art. 231, y se labrará acta conforme lo dispuesto por los artículos 138 y 139 (...)" y que "...Tratándose de un operativo publico de prevención podrá procederse a la inspección de vehículos".

Es decir, que esos funcionarios pueden realizar requisitas urgentes, sin orden judicial (art. 184, inciso 5º) siempre que se den, conjuntamente, los recaudos establecidos en los incisos a) y b) del art. 230 bis.

2. Sentado ello, se advierte que esos presupuestos faltan en el caso, como se explicará a continuación.

2.1. Más allá de algunas incongruencias, sin trascendencia práctica, en los relatos de los agentes, surge de la causa principal que los hechos sucedieron del siguiente modo.

El día 15 de diciembre, un grupo operativo integrado por el Teniente Primero(...), el Teniente (...) y los oficiales B. y A., a bordo de un vehículo particular con vidrios polarizados —(...)— y una camioneta policial sin identificación, patrullaban con funciones de prevención las calles de Avellaneda.

## *Poder Judicial de la Nación*

El vehículo particular en que iban A. y B. se detuvo (...) en un kiosco.

## *Poder Judicial de la Nación*

A. bajó a realizar una compra y observó que (...)circulaban dos hombres en bicicleta, y uno "...se tomaba la cintura como si tendría (sic) un arma de fuego..." (...).

Ello les llamó la atención por lo que, habiendo resuelto detenerlos, se comunicaron radialmente con sus compañeros de operativo para pedirles apoyo ya que los sujetos "...podrían estar armado (sic)..." (...).

Cuando la camioneta con los otros agentes llegó, ambos individuos estaban reducidos es decir, habían detenido la marcha y bajado de las bicicletas y se encontraban demorados por los policías.

El más delgado —quien se había llevado la mano a la cintura cuando andaban en bicicleta— no obstante ello, huyó corriendo y no pudieron alcanzarlo.

Posteriormente buscaron dos testigos, le pidieron (al imputado) que se identifique y exhiba sus pertenencias, lo requisaron y revisaron el bolso que llevaba.

2.2. De la descripción que antecede surge que la única razón por la que (el imputado) y su compañero fueron detenidos, fue que uno de ambos se tomó la cintura provocándole a A. la "...sospecha de que podría tener un arma..." (...).

Independientemente de que ello sea verosímil, ambos se detuvieron sin resistencia y estaban ahí cuando llegó el otro vehículo, luego de lo cual quien hipotéticamente generó la detención huyó delante de los agentes, sin que pudieran evitarlo.

2.3. Especificado ello, es necesario evaluar si existían o no, en el caso, las circunstancias que razonable y objetivamente, de acuerdo a la ley formal, justificarían excepcionalmente que los agentes procedieran a la detención y requisa (del imputado) y sus pertenencias.

Evidentemente, la escueta referencia al gesto de llevarse la mano a la cintura —que se asoció a la posible portación de un arma— no cumple, siquiera mínimamente, las



## *Poder Judicial de la Nación*

condiciones exigidas para la requisa (artículo 230 bis del C.P.P.).

La interceptación se produjo un día de verano, a poco más de las 20 horas y en una zona en la que había algún comercio y circulación de personas, a juzgar por la compra que realizó A. y por el hecho de que los policías hallaron testigos sin inconvenientes.

(el imputado) y su compañero andaban en bicicleta, no existía respecto de ellos ningún estado de sospecha y su actitud y conducta eran aparentemente corrientes.

En ese marco, no se entiende cómo la realización de un gesto aislado, desvinculada de cualquier otra circunstancia, pudo ser interpretada razonable y objetivamente como una actitud peligrosa o sospechosa que hiciera necesaria la urgente intervención de los policías que, por lo demás, patrullaban de civil y en vehículos no oficiales.

Máxime cuando esa misma presunción se utilizó para requisar y revisar (al imputado) y sus pertenencias luego de que se le detuviera sin resistencia y se le identificara.

2.4. Sentado ello, y asistiendo razón a la defensa respecto al injustificado accionar policial, debe declararse la nulidad del acta (...) de la causa principal y de todos los actos consecutivos que de él dependan (artículo 172 del C.P.P.).

Ello, por otra parte, es consonante con el criterio de ésta sala expuesto en la causa n° 3494, "Hizaguirre Pablo Nicolás s/inf. Ley 23.737" resuelta el 14 de octubre de 2005.

Por ello SE RESUELVE:

1. Revocar la resolución (...) y declarar la nulidad del acta (...) de la causa principal agregada por cuerda y de todos los actos consecutivos que de él dependan.

2. Sobreseer (al imputado) del delito por el que fuera sometido a proceso (artículo 5to., inciso c), de la ley 23.737, en la modalidad de transporte de estupefacientes) en

## *Poder Judicial de la Nación*

los términos del artículo 336, inciso 2, del C.P.P.; disponiendo que la formación de la presente causa no afecta el buen nombre y honor del que gozare.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Fdo. Jueces Sala III Dres. Carlos A. Nogueira. Carlos A. Vallefín.

Ante mi Dra. Sandra María Pesclevi. Secretaria.

**(3) :se transcribe a continuación:**

### **PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN**

///Plata, 13 de Julio de 2006. R.S. 3 T.47 f\* 118

**VISTO:** Este expediente nro. 3722, "Dra. C.A., M. F. s/ promueve incidente de nulidad e inconstitucionalidad ley 23.737", proveniente del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 1 de La Plata, y

#### **CONSIDERANDO QUE:**

**Los doctores Nogueira y Pacilio dijeron:**

##### I. Antecedentes.

1. De acuerdo con el acta (...), del expediente principal, los agentes R.S., D.C. y C.A. se encontraban patrullando la zona de P.I., de esta ciudad.

En esa oportunidad observaron un automóvil que realizaba "maniobras zigzagueantes" y, por ello, lo interceptaron a la altura de las calles 7 y 43. Luego de identificado el único ocupante del vehículo, el personal actuante requirió la presencia de un testigo y procedieron a la requisita corporal de L.J.M., la que dio resultado negativo.

Luego continuaron con la inspección del vehículo y, a simple vista, sobre el asiento del acompañante observaron "una bolsita de nylon color transparente sin inscripciones, y en su interior un envoltorio de plástico color blanco, sin inscripciones atado en una de sus puntas con hilo color blanco, conteniendo en su interior una sustancia color blanco simil cocaína". Inmediatamente de ese hallazgo, prosiguieron con la requisita y encontraron un estuche de lentes con sustancia vegetal parecida a la "marihuana".

2. La defensa de L.J.M. planteó la nulidad del procedimiento policial que diera origen a las presentes actuaciones y del acta que lo instrumentó. Asimismo, cuestionó la constitucionalidad de toda norma penal que incrimine la tenencia de estupefacientes, para consumo personal (...).

3. Luego de que el fiscal dictaminara al respecto, el magistrado rechazó ambos requerimientos (...).

4. La incidentista apeló la resolución, (...).

#### II. Los agravios expuestos.

1. La defensora censuró la decisión por cuanto el magistrado convalidó el actuar abusivo del personal policial, con desconocimiento de los derechos y garantías de su asistido.

Se agravió de que el juez no anuló el acta inicial, a pesar de que esa pieza procesal careció de los elementos esenciales para su validez.

En forma subsidiaria, solicitó que se califique la conducta de su asistido, como la prevista por el artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737 y, luego, declare inconstitucional la mencionada disposición.

2. En el memorial(...), la defensa explicó que el accionar del personal policial fue abusivo, al igual que la detención y la requisita a la fueron sometidos el imputado y sus pertenencias.

Consideró que una maniobra de tránsito cuestionable no puede constituirse en la base de un estado de sospecha, que autorizara la intervención policial.

Agregó que la actuación no puede convalidarse por la verificación *ex post facto* de determinadas circunstancias.

Asimismo, cuestionó la validez del acta(...), del expediente principal, dado que en ella no intervinieron los dos testigos que requiere el artículo 138, del Código Procesal Penal.

Por último, reiteró su solicitud de que la alzada califique la conducta de su asistido, como la prevista por el artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737 y, acto seguido, declare inconstitucional de esa disposición.

## II. Tratamiento del recurso.

### 1. La detención y requisa del imputado.

1.1. La posibilidad de ordenar la detención del imputado, pertenece al juez y tiene la finalidad de que sea llevado ante su presencia para recibirle indagatoria, "siempre que haya motivo" (art. 283, 1er. párr., CPP). Vale decir, un *motivo fundado*.

Las excepciones a estas reglas se refieren a los supuestos de: a) *tentativa delictiva*; b) *fuga* de la persona legalmente detenida; c) al *estado de sospecha*, y d) a la situación de *flagrancia* (art. 284, CPP). Las personas autorizadas a proceder a la detención son los auxiliares de la justicia y, excepcionalmente, los particulares (*vide*: arts. 284 184, incs. 3 y 8 y 287).

1.2. En cuanto a las requisas de personas y lugares, la regla es que sean ordenadas por el juez (art. 230, CPP). Para proceder así, el magistrado debe decretar *fundadamente que existen motivos suficientes* para presumir que la persona oculta en su cuerpo cosas u objetos relacionadas con un delito.

Como excepción, la ley dispone que la requisa de personas y la inspección de los efectos personales en la vía pública, se limita a que concurren "(...)circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de persona o vehículo determinado" (art. 230 *bis*, CPP).

Al igual que en el caso de la detención, la correlativa facultad de ejecución recae en la policía y las fuerzas de seguridad, en su carácter de auxiliares de la justicia (arts. 184, inc. 5 y 186, del CPP).

1.2.1. En la interpretación de la Cámara Nacional de Casación Penal, el auxiliar de la justicia debe hacer explícitas las circunstancias previas o concomitantes que justificaron su intervención: "Cuando el agente de prevención se encuentre ante el supuesto de procedencia previsto por la ley (art. 230 bis del C.P.P.N.), es necesario que pueda describir y fundamentar cuáles fueron las conductas o actos que le generaron sospechas de encontrarse ante un cuadro predelictual." (CNCP, Sala III, registro nro. 730.04.3, "Vega Figueroa, Carlos E. y otra s/recurso de casación", del 30 de noviembre de 2004).

1.2.2. En este aspecto, el personal policial consignó en el acta aquellos datos de la realidad que fundaron su convicción de interceptar y requisar al vehículo y su ocupante.

Resta examinar si los motivos que alegaron fueron suficientes y, razonablemente, podían justificar su actuación.

El modo en que (el imputado) conducía el rodado, tal como se describe en el instrumento, se presenta como una circunstancia adecuada para autorizar la intervención policial.

El argumento de que la forma de desplazarse del imputado sólo podría haber dado lugar a la intervención del personal encargado del control del tránsito (propio del ámbito municipal), no puede ser atendido.

Ello en razón de que una misma conducta —en el caso, el desplazamiento "zigzagueante" por los alrededores de la plaza— puede vulnerar, al mismo tiempo, preceptos de índole municipal, provincial y federal en lo que a cada uno de esos órdenes afecte, sin perjuicio de las facultades concurrentes que desencadene. En consecuencia, no es posible exigir que la policía permanezca indiferente a la forma anormal de conducir un automóvil en la vía pública y se

abstenga de intervenir, so pretexto de que podría tratarse de una infracción de tránsito.

Desde esa perspectiva, el Tribunal entiende que la detención y requisa de la que fueron objeto el imputado y su rodado, se ajustó a las disposiciones legales que reglamentan la materia y el agravio debe rechazarse.

## 2. La nulidad del acta de constatación.

En cuanto a la nulidad del acta inicial por falta de testigos ajenos a la repartición policial, cabe destacar que los preventores pertenecían a la Policía de la Provincia de Buenos Aires y su intervención en el caso se originó en la presunta comisión de un delito cuya naturaleza local o federal era desconocida. Una vez que los oficiales advirtieron la materia federal en juego —derivada del hallazgo de material estupefaciente— procedieron a dar lectura a los derechos contenidos en el Código Procesal Penal de la Nación.

La conveniencia de formular la aclaración que antecede radica en que el ordenamiento procesal de la provincia de Buenos Aires establece que, las diligencias cumplidas por los oficiales o auxiliares de la policía, deberán contar con la presencia de un testigo, pero si ello no es factible, deberán dejar constancia de las razones que impidieron esa asistencia (cfr. art. 117 del CPPBA).

En síntesis, el procedimiento policial glosado(...), del expediente principal, fue realizado de conformidad con los requisitos establecidos por el ordenamiento procesal de la citada provincia y goza de la validez interjurisdiccional que le acuerda el artículo 7 de la Constitución Nacional.

Por lo demás, el Código Procesal Penal federal sólo sanciona con la nulidad la ausencia de la fecha, la firma de los intervinientes o la información prevista en el último párrafo de su artículo 139 (art. 140, del CPP). Tal precepto debe conjugarse con la regla general que en materia de nulidades introducen los arts. 166 y 167 del CPP, en

cuanto establecen que los actos procesales serán nulos solo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad.

Por último, el criterio sustentado en el presente, guarda sustancial analogía con el reiterado en las causas nros. 1208, "Incidente de nulidad Ayala Néstor Eduardo", resuelta por esta sala el 28 de septiembre de 1999; 1214 "Incidente de nulidad promovido por el agente fiscal Gonzalez Rubén Omar" resuelta el 28 de septiembre de 1999; 1394 "Lara Santiago Martín s/inf. Ley 23.737" resuelta el 20 de marzo de 2000; y expte. nro. 1965/III "Dra. Spinetta, María Inés s/promueve nulidad" resuelta el 13 de agosto de 2001, entre otros).

Por todo ello corresponde rechazar el planteo de nulidad impetrado.

3. La declaración de inconstitucionalidad solicitada.

3.1. Al momento de disponer la declaración indagatoria (del imputado), el magistrado precalificó su conducta como la prevista por el artículo 14, primer párrafo de la ley 23.737 (...). Esa imputación se mantuvo en las dos audiencias celebradas (...) y en el auto de falta de mérito, (...).

3.2. Para obtener la pretendida declaración de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737, la defensa pidió a este tribunal que revoque esa calificación, tipifique la conducta (del imputado) en las previsiones del artículo cuya constitucionalidad se cuestiona y, luego de todo ello, declare la inconstitucionalidad de esa disposición.

3.3. El auto de falta de mérito, de fecha 25 de noviembre de 2005 no fue objeto de oportuna impugnación por parte de quien tenía interés en ello.

Siendo así, esta Alzada no tiene competencia para examinar la calificación de la conducta efectuada por el *a quo*, hasta tanto ésta se modifique.

3.4. La declaración de inconstitucionalidad de una disposición que, hasta el momento, no ha sido aplicada implicaría que este Tribunal se pronuncie sin la existencia de un caso judicial concreto.

Debe recordarse que: "La función del Poder Judicial no es la de ejercer un control abstracto de constitucionalidad, sino la de proteger derechos individuales que se encuentren afectados o amenazados." (CSJN, *Fallos*, 311:2088).

Por el momento —y mientras la calificación de la conducta no se modifique en el sentido que pretende la recurrente— el gravamen invocado no es actual y concreto, razón por la cual carece de interés para obtener la pretendida declaración de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737.

Por todo lo expuesto proponemos: Confirmar la resolución(...).

**El doctor Vallefín dijo:**

I. Antecedentes.

1. Los hechos.

1.1. El día 30 de julio de 2005 en horas de la madrugada personal policial se hallaba "recorriendo la jurisdicción en prevención y represión del delito" cuando al acercarse a la P.I. de la ciudad de La Plata observan un automóvil color blanco que "circulaba realizando maniobras zigzagueantes". "Es así que -(...) - procedemos a interceptarlo en las inmediaciones de calle siete y cuarenta y tres de este medio, es así que procedemos a interceptarlo y tras la voz de alto, le solicitamos al conductor del vehículo que descienda y tras nuestra presencia este se torna nervioso y a preguntas que se le formula manifiesta ser y llamarse M., L.J., argentino, soltero y estudiante".



Solicitada la presencia de un testigo "procedemos a requisar al sujeto (...) a fines de hallar elementos prohibidos y/o de peligrosidad, resultando esto negativo". "Posteriormente procedemos siempre en presencia del testigo a requisar el interior del rodado, en el cual a simple vista sobre el asiento del acompañante delantero, observamos una bolsita de nylon color transparente sin inscripciones y en su interior un envoltorio de plástico color blanco, sin inscripciones atado en una de sus puntas por hilo color blanco, conteniendo en su interior una sustancia color blanco simil cocaína, por lo cual procedemos a su inmediata incautación".

"Tras proseguir con la requisa del rodado, siempre en presencia de éste -se refieren al testigo- observamos, en el compartimiento de la puerta del acompañante en un estuche de lentes color negro (...), en color verde e imprenta, constatamos en su interior una bolsa de nylon color transparente y en su interior una sustancia tipo vegetal color pardo verdusca simil marihuana por lo que en forma inmediata procedimos a la incautación".

1.2. Expresaron que luego, procedieron a pesar las sustancias secuestradas. Esta operación arrojó un resultado de dos gramos para el primer caso y de cinco gramos para el segundo. Sometidas las sustancias "a pericia de orientación" arrojaron resultado positivos para la presencia de cocaína y de marihuana, respectivamente.

## 2. La nulidad planteada.

La defensa (del imputado) planteó "la nulidad absoluta de todo lo actuado por los funcionarios policiales por carecer de todo motivo valedero su intervención (art. 230 bis CPPN); y la nulidad también del acta de secuestro (...) por la carencia de dos testigos hábiles" y "consecuentemente la nulidad de todo lo actuado". En forma subsidiaria planteó "la inconstitucionalidad de toda norma penal que incremine la tenencia de estupefacientes para consumo personal".

Con relación al primer argumento dijo que "ningún motivo existió para detener a nuestro defendido, como exige la ley. Las pretendidas '*maniobras zigzagueantes*' no son un indicio serio de ninguna necesidad de intervención en prevención del delito. Tan solo podrían constituir una hipótesis de contravención a las normas que regulan el tránsito vehicular y no pasan entonces de ello. La inclusión de ese burlesco motivo en el acta denota dos cosas: el perfecto conocimiento del personal actuante de la exigencia legal de un motivo que sustente la necesidad de intervención; y la notoria insuficiencia de la causal imaginada".

### 3. La resolución apelada.

En lo que interesa para la decisión de la causa el *a quo* sostuvo que "en relación a la ausencia de motivos serios y razonables que justifiquen el accionar policial, cabe expresar que conforme lo reflejado en el acta (...) el procedimiento impugnado tuvo su origen en la interceptación de un vehículo que circulaba realizando "...maniobras zigzagueantes...", circunstancia que, a mi criterio, lo tornaba peligroso para sí y para terceros y conllevaba un estado de sospecha razonable que resultaba motivo suficiente para interceptarlo". "Por lo demás -añadió- según se indica en el instrumento, al descender del vehículo (el imputado), y notar la presencia policial, se tornó nervioso. Que por todo lo expuesto la prevención entendió que podía estar frente a un hecho delictuoso, motivo por el cual procedieron a la requisa del antes mencionado y del vehículo en cuestión". "Consecuentemente, los motivos que avalaron aquel proceder se presentan como razonables y se condicen con las facultades atribuidas a las fuerzas de seguridad por los artículos 184, inc. 5 y 230 bis del C.P.P.N." (...).

### 4. Los agravios.

Contra esta decisión la defensa dedujo recurso de apelación que fue debidamente motivado (...). En la oportunidad del art. 454 del Código Procesal Penal de la Nación sostuvo,

en sustancial síntesis, que: a) la actuación de la policía fue abusiva e ilegal "la intercepción, requisita y detención"; b) resulta inadmisibles su justificación por el supuesto 'éxito' por haberse hallado, supuestamente, estupefacientes en el interior del automotor; c) el acta (...) está viciada porque "la falta de asistencia de un testigo en el procedimiento de requisita y secuestro anula definitivamente el acta de procedimiento" y d) el *a quo* omitió pronunciarse respecto del planteo de inconstitucionalidad del art. 14, segunda parte, de la ley 23.737.

## II. Consideración de los agravios.

### 1. La actuación policial sin orden judicial.

1.1. La cuestión a decidir, en primer lugar, consiste en determinar si la actuación de la policía - detención, requisita y secuestro de material supuestamente estupefaciente- fue conducida de acuerdo a las normas legales y constitucionales que la rigen. Es que, como ha decidido desde antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca" (Fallos: 191:245, *in re* "Cimadamore" y su cita).

1.2. El artículo 230 bis del Código Procesal Penal de la Nación dice: "Los funcionarios de la policía y las fuerzas de seguridad, sin orden judicial, podrán requisar a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo, así como el interior de los vehículos, aeronaves y buques, de cualquier clase, con la finalidad de hallar la existencia de cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito o de elementos que pudieran ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo de acuerdo a las circunstancias particulares de su hallazgo siempre que sean realizadas: a) con la concurrencia de circunstancias

previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de persona o vehículo determinado; y b) en la vía pública o en lugares de acceso público. La requisita o inspección se llevará de acuerdo a lo establecido por el 2º y 3º párrafo del art. 230, se practicarán los secuestros del art. 231 y se labrará acta conforme lo dispuesto por los arts. 138 y 139, debiendo comunicar la medida inmediatamente al juez para que disponga lo que corresponda en consecuencia. Tratándose de un operativo público de prevención podrá proceder a la inspección de vehículos”.

Pero estas facultades que el Código Procesal Penal confiere a los funcionarios de la policía y fuerzas de seguridad para actuar sin orden judicial, no los autoriza, sin más, a proceder de aquel modo pues, como claramente lo consagra esa misma norma, requiere “la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas”. No es dudoso, entonces, que la determinación de la validez del desempeño policial exige examinar cuidadosamente el cuadro fáctico en que se desarrolló, tarea que el Tribunal efectuará.

## 2. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2.1. A título preliminar debe señalarse que la Corte Suprema se ha expedido en varios casos que establecieron los límites a la actuación policial (véase “Fallos” 317:1985, “Daray”, “Fallos” 321:2947, “Fernández Prieto” y “Fallos” 325:2485, “Tumbeiro”; también el trabajo de Alejandro D. Carrió, “El derecho a la libertad y los “trámites de identificación”. De ‘Daray’ a ‘Fernández Prieto’ a ‘Tumbeiro’”, en “Jurisprudencia Argentina”, 2003-I-729).

Pero en el citado “Fernández Prieto” desarrolló específicamente la cuestión de la requisita de un automóvil que

constituye el supuesto que motiva la intervención de esta Cámara.

2.2. Dijo allí (consid. 12 y 13): a) "en cuanto a los vehículos interceptados para ser requisados, la Suprema Corte de los EE.UU. ha desarrollado la doctrina de la '*excepción de los automotores*', en el caso "Carroll v. United States" 267, U.S., 132 (1925), en el cual se convalidó la requisa de un automóvil sin orden judicial y la prueba obtenida de ese procedimiento, con fundamento en que los oficiales de policía tenían '*causa probable*' para sospechar que había contrabando o evidencia de una actividad ilícita. Para así decidir sostuvo que había que efectuar una diferencia entre la inspección de un negocio, residencia u otra construcción similar en los que una orden de allanamiento puede ser rápidamente obtenida, y la requisa de un barco, vagón de carga o automóvil con supuesta mercadería en su interior procedente de un delito, en los cuales no es factible obtener una orden judicial, porque el rodado puede rápidamente ser sacado de la localidad o jurisdicción en la cual el mandamiento judicial debe ser obtenido. Añadió que la legalidad de esa medida queda supeditada a la existencia de '*causa probable*' para creer que el vehículo transporta mercaderías de contrabando u otras evidencias similares" y b)"el mencionado tribunal sostuvo en '*Chambers v. Maroney*' 399, U.S., 42 (1970), bajo el estándar de "Carroll", que era necesario diferenciar la inspección de una casa, negocio, etc., respecto de los cuales la orden judicial puede ser rápidamente obtenida y la requisa de un vehículo, barco, tren, a cuyo respecto no es factible obtener una orden judicial porque el rodado puede ser rápidamente sacado de la jurisdicción o localidad en la que la orden debe ser obtenida. Destacó que la legalidad de la requisa depende de que el oficial actuante tenga razonable o probable causa para creer que el vehículo que él ha detenido transporta mercadería proveniente de un hecho ilícito. Destacó que las

circunstancias que determinan 'causa probable' de búsqueda son a menudo imprevisibles, además, la oportunidad de inspección es fugaz por la rápida movilidad inherente a un auto. Asimismo, en 'Draper v. United States' 358, U.S., 307 (1959); 'United States v. Ross' 456, U.S., 798 (1982) y 'California v. Acevedo' 500, U.S., 565 (1991), entre varios otros, se reiteró el amplio campo de esfera para las requisas de automóviles, ello basado en la premisa de que los ciudadanos tienen menos expectativa de privacidad en los automóviles que en las casas, habiendo aclarado que la legalidad queda limitada únicamente por la existencia de 'causa probable' para la inspección y la inmediata comunicación al juez".

2.3. Tal como explican los autores, la reglas que gobiernan la requisas de los automotores constituye una excepción solamente al requisito de la orden judicial pero no a la exigencia de la causa probable que permanece firme (Joshua Dressler, *Understanding Criminal Procedure*, tercera edición, LexisNexis, 2002, p. 232, punto "D"). Esta conclusión surge clara del *holding* del citado caso "California v. Acevedo" (1991) y ha sido ratificada en casos posteriores (véase "Maryland v. Dyson" 527 U. S. 465 {1999} y Kamisaar, LaFave, Israel y King, *Basic Criminal Procedure*, West, St. Paul, Minn., 2005, p. 376, punto 1).

### 3. Aplicación al caso de estos principios.

1. La policía en horas de la madrugada observó que un vehículo efectuaba maniobras zigzagueantes. Decidió, entonces, interceptarlo. Al descender -afirmaron los agentes (...) - "se torna nervioso". Procedieron luego, en presencia de un testigo, a requisarlo "a fines de hallar elementos prohibidos y/o de peligrosidad". Su resultado fue negativo. Posteriormente continuaron con la requisas del automóvil, examinando "el asiento del acompañante" y "en el compartimiento de la puerta del acompañante". En el primero hallaron una "bolsita de nylon" y en el segundo "un estuche

de lentes color negro". Ambos, se determinó más tarde, contenían estupefacientes (cocaína y marihuana).

2. La policía, sin dudas, pudo interceptar al vehículo conducido de la manera que se hizo referencia (véase, en igual sentido, *in re* "Lostanau, Juan D." Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, en "La Ley" 1997-F-874). Pudo también ordenar que descendiera del automóvil y, finalmente, pudo practicar una requisa superficial sobre aquél.

La policía, según se advierte, descartó rápidamente que el conductor portara elementos prohibidos o peligrosos. Lo notó nervioso, pero no intoxicado y el informe médico así lo ratifica (...). Nada observó, tampoco, respecto del vehículo, sus patentes identificatorias, etc. (véase *in re* "Jabot, David F. y otros" Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, en "La Ley" 2001-D-246, que declaró legítima la requisa de un automóvil y la detención de sus ocupantes pues aquél se hallaba detenido a la hora de cierre de los comercios de la zona, tenía vidrios polarizados, la placa identificatoria vencida y había descendido una persona y otras permanecían en su interior).

3. Pero la policía decidió continuar su requisa y la extendió hasta el interior de un estuche de lentes. Esta actuación le estaba vedada porque, para expresarlo con las palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no existía causa probable para hacerlo. Dicho de otro modo -y como ha expresado esta Sala en anteriores precedentes- a partir de aquel momento los agentes policiales actuaron a voluntad -sin manifestar las razones que justifican un comportamiento excepcional y de interpretación estricta- con prescindencia de una atribución que la Constitución Nacional y las leyes procesales confieren sólo a los jueces.

### III. Conclusión.

1. Es nulo el procedimiento policial llevado a cabo el día 30 de julio de 2005, sobre la persona (del imputado), el acta (...) que instrumentó ese procedimiento y todo lo obrado en su consecuencia (art. 18 de la Constitución Nacional).



## *Poder Judicial de La Nación*

2. A consecuencia de ello y, no existiendo otras fuentes distintas que, libres de vicios, permitan continuar la instrucción, corresponde decretar el sobreseimiento del imputado.

3. En virtud del temperamento adoptado, no corresponde el tratamiento de los restantes agravios planteados.

Así lo voto.

Por todo lo expuesto el Tribunal, por mayoría, RESUELVE:

Confirmar la resolución (...).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Fdo. Jueces Sala III, Dres. Antonio Pacilio. Carlos Alberto Nogueira. Carlos Alberto Vallefin (en disidencia).

**NOTA (4): se transcribe a continuación:**

### **PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN**

La Plata, diciembre 15 de 2009. R.S. 3 T 69 f\* 155

**VISTO:** este n° 5444/III, caratulado: "M., E. A. s/ Falsif. Doc. Público", procedente del Juzgado Federal de Quilmes.

**Y CONSIDERANDO QUE:**

**El Doctor Pacilio dijo:**

I) Llegan las presentes actuaciones a esta alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto (...) por la defensora oficial contra la resolución (...) que no hizo lugar al planteo de nulidad del acta (...) -que refleja el procedimiento llevado a cabo oportunamente por la autoridad de prevención- y de todos los actos que son su consecuencia (...).

II) La defensa sustenta su afán revocatorio en diversas razones que, a su decir, afectarían la validez del acto cuestionado. En tal sentido, esgrime la inexistencia de motivos suficientes para justificar la requisita realizada sobre el imputado, a lo que se agrega la falta de testigos que hayan presenciado el procedimiento exigido por el art. 138 del CPPN.

III) Un nuevo estudio de la cuestión sometida a conocimiento a la luz del temperamento reiteradamente sostenido por la Sala II de la Cámara Nacional Criminal y

USO OFICIAL

## *Poder Judicial de la Nación*

Correccional Federal (cfr. causa nro 16.651 "Villalba, Viviana N. s/ nulidad", reg. 17.675 del 22/06/2000 y sus citas; causa 18.138 "Torres, L.L. s/ nulidad", del 23/10/01; causa "Castelli, Cristian Javier y otros s/ procesamiento", reg. 22.770 del 07/06/05; causa "Lombardi, Enrique Javier s/ nulidad", reg. 24.833 del 28/02/06), me llevan a variar el criterio que imprimiera al tratamiento del tema, entre otras, en la causa "Incidente de nulidad" (expte. nro. 3887/III, rta. el 28/11/06).

En tal sentido, tengo para mí, que existiendo determinadas circunstancias alegadas por el personal preventor (...) tanto a los fines de proceder a la detención y requisa (del imputado) como para justificar la ausencia de testigos de actuación y no siendo éstas manifiestamente inconducentes para proceder en consecuencia, no resulta esta la etapa procesal oportuna para decidir este tipo de cuestiones, sino el eventual debate a realizarse en autos de acuerdo al panorama completo que allí se colecta.

Sólo cuando en un proceso se evidencia que no se llegará a la etapa del debate, por ejemplo, por resultar procedente la aplicación del instituto previsto por el art. 76 *bis* y siguientes del CPPN o bien cuando el hecho resulte susceptible de ser calificado de acuerdo a lo previsto en el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, deberá sustraerse del ámbito de aquél la discusión de extremos como los ventilados en el presente.

En principio, frente al relato efectuado por el personal policial, en el que se señala haber observado la presencia del imputado y de otro sujeto -en las condiciones que se describen-, que al decidirse a identificar y, por tanto, proceder a la orden de detenerse, previo al hacer saber su carácter de policías, se mostraron evasivos a simple vista con intención de evitarlos, tornándose cada vez más díscolos no comportándose con docilidad a las órdenes impartidas, haciéndose constar que debido a ello y por motivos de seguridad se omitió la presencia de un testigo, como así también que previo a exhibir el DNI que portaba el imputado manifestó llamarse "A." para al instante reaccionar y decir el nombre consignado en dicho documento ("S., L.A.") sin recordar el número correspondiente al mismo, mostrándose

nervioso, titubeante e incoherente en sus dichos, no descarto la posibilidad de que hayan concurrido las circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permiten justificar dichas medidas, en el marco de urgencia regulado por el art. 230 *bis* del CPPN; todo ello sin perjuicio de lo que pueda arrojar sobre el punto el debate a realizarse en la etapa del juicio (en el mismo sentido, ver CSJN "Fallos 326:48").

Igual reflexión cabe, en principio, en orden a los motivos que al decir de los efectivos policiales impidieron la intervención de testigos (arts. 138 y 139 CPPN).

Por lo demás, es dable advertir que la defensora no plasmó una versión alternativa de los hechos reflejados en el acta (...), ni concretó el agravio que le provocó ese acto procesal en la forma en que fue efectivizado, por lo que claramente no acreditó la existencia de un perjuicio más allá del vicio invocado.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo: Confirmar la resolución apelada en todo cuanto ella decide y fuera materia de agravios.

**El doctor Nogueira dijo:**

I. El caso:

Llega la causa para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por la defensora oficial (...), contra la decisión (...) que no hizo lugar al planteo de nulidad del acta inicial, que formulase.

II. La causa.

1. Se inició el 23 de marzo de 2009, a las 12 horas, (...), cuando agentes de la policía que patrullaban en un vehículo particular observaron -(...)-a 2 personas que resolvieron identificar.

Según el acta, se mostraron evasivos y, por eso les realizaron un cacheo preventivo, sin testigos, en busca de elementos peligrosos.

El cacheo preventivo resultó negativo y, por tal razón, los requirieron sobre su identidad. Uno de ellos dijo su nombre (R.A.B.) y el otro dijo uno (A.) para luego corregirse mostrando un documento (a nombre de L.A.S.). Los agentes le preguntaron el nro. de D.N.I. y como no lo recordaba, se veía

## *Poder Judicial de la Nación*

nervioso y no acreditaba "(f)ehacientemente sus motivos en el lugar...", los trasladaron a la seccional.

Allí, aparentemente, quien les había dado el documento, les manifestó que en realidad se llamaba de otro modo (A. E.M.).

El acta concluye refiriendo que su progenitora, que se acercó a la comisaría, confirmó esa identidad y que respecto a ella había un pedido de captura activo, en relación a una causa en trámite ante un tribunal de menores (...).

2. (...)hay fotocopias del documento que tenía M., a nombre de S. y, a continuación, de su documento (...).

3. El fiscal requirió la instrucción (...) y el juez dispuso algunas medidas.

El peritaje del documento que tenía M. determinó que era falso (...) y el magistrado lo llamó a declarar en orden al delito de falsificación de documento público, acto que se concretó (...).

4. Luego de ello, se dictó su procesamiento, como autor del delito referido, previsto en el art. 292, 2do. párrafo, del Código Penal.

5. La defensa planteo la nulidad del acta inicial –por la realización de una requisita sin orden ni urgencia y por la ausencia de testigos, (...)–, la fiscalía se opuso (...) y el juez la rechazó (...).

6. La defensa recurrió ese decisorio y ello motiva la actuación de esta Alzada.

### III. El recurso:

Los agravios planteados son: a) que es nula la requisita realizada sin orden, urgencia ni circunstancias que la justifiquen y b) que el acta, además, es nula por carecer de testigos y no estar fundadas las circunstancias que se invocan para ello.

### IV. Tratamiento de la cuestión:

#### 1. El procedimiento inicial:

1.1. Según el acta los agentes patrullaban en las condiciones descriptas –en un vehículo particular– cuando vieron en una esquina: "(d)os sujetos uno de ellos con el torso desnudo, el cual presentaba como características tatuajes en la espalda refiriendo 'NOELIA', tratándose de una persona de aproximadamente 20 años de edad, pelo castaño

## *Poder Judicial de La Nación*

*claro, mientras el restante misma características, es así que decidimos identificarlos (sic)...” (el subrayado es propio).*

1.2. El relato prosigue diciendo que, al percatarse de la situación “(s)e mostraron (sic) evasivo a simple vista con intenciones de evitar al personal policial, tornándose cada vez más discolos no comportándose con docilidad a las ordenes...” y que “(p)or motivos de seguridad ... se omite la presencia de un testigo (art. 117 del C.P.P.) toda vez que al momento no se halla persona ajena a la institución en la vía pública...”.

1.3. Acto seguido refiere la realización de un cacheo preventivo “(e)n procura de elementos que presenten peligrosidad para si, el personal o terceros...”, con resultado negativo y luego de ello se suscitó el requerimiento de identidad que habría derivado en la exhibición del documento falso (...).

1.4. La simple lectura de las circunstancias mencionadas en el instrumento muestra las falencias que enuncia la defensa, como se desarrollará.

### 2. Las normas aplicables:

Las reglas procesales aplicables a la materia se hallan contenidas en los artículos 184, inciso 5to., 230 y 230 bis del C.P.P.

El primero de ellos establece que “(L)os funcionarios de la policía o las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones: ... 5°) Disponer, con arreglo al art. 230, los allanamientos del art. 227, las requisas e inspecciones del art. 230 bis y los secuestros del art. 231, dando inmediato aviso al órgano judicial competente(...)”.

El art. 230 expone los requisitos de la requisas personal; y el artículo 230 bis se refiere a las denominadas “requisas urgentes”.

Sobre éstas expone que: “(L)os funcionarios de la policía y fuerza de seguridad, sin orden judicial, podrán requisar a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo, ... siempre que sean realizadas: a) con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de personas o vehículo determinado; y , b) en la vía pública o en lugares de acceso público.”. Señala también,

## *Poder Judicial de la Nación*

que: "...La requisita o inspección se llevará a cabo de acuerdo a lo establecido por el art. 2do. y 3er. párrafo del artículo 230, se le practicarán los secuestros del art. 231, y se labrará acta conforme lo dispuesto por los artículos 138 y 139 (...)"

Es decir, que esos funcionarios pueden realizar requisas urgentes, sin orden judicial (art. 184, inciso 5°) siempre que se den, conjuntamente, los recaudos establecidos en los incisos a) y b) del art. 230 bis.

### 3. El ilegal obrar policial:

En éste punto conviene precisar los aspectos cuestionables del obrar policial.

3.1. En primer lugar, la pretendida razón de interceptación no es tal ni puede ser así entendida.

En efecto, no se comprende por qué es extraño, sospechoso o llamativo que un hombre esté con el torso desnudo —a mediados del mes de marzo, a mediodía— cuando muy posiblemente hacía calor.

Tampoco, por qué lo sería que tuviera algún tatuaje —o el contenido o imágenes del mismo— ni, por cierto, el hecho de ser joven.

Ninguna de estas circunstancias hace sospechosa a una persona y, por el contrario, conforman una grosera discriminación.

Así, la primer intervención de los agentes pretendiendo identificarlos, resulta poco fundada.

3.2. En segundo lugar, no se entiende por qué les dieron la orden de detenerse si aparentemente estaban quietos; ni cómo es mostrarse evasivo a simple vista, o tornarse cada vez más discolo, sin docilidad.

Téngase en cuenta que el acta no refiere que hayan caminado, corrido o intentado escapar para evitar a los policías —que pudieron identificarlos, revisarlos, etcétera siendo dos, al igual que los requeridos— y tampoco que se haya suscitado un forcejeo o ningún tipo de agresión física.

En ese marco, la referencia a que se mostraron evasivos posiblemente aluda a que cuestionaron que les pidiesen los documentos o su selección por parte de los agentes, lo que en modo alguno puede entenderse como una razón o circunstancia que justifique mayor intervención sobre ellos.

## *Poder Judicial de La Nación*

3.3. No obstante esto, los policías decidieron requisarlos también hacerlo sin testigos, cuestión que se tratará aparte y, finalmente, pese a lo negativo del cacheo, insistir en identificarlos.

Más absurdo resulta que luego de decir que "(n)o se halla persona ajena a la institución en la vía pública...", se pretenda justificar la requisa en la búsqueda de elementos peligrosos "(p)ara ... terceros ...". La contradicción es notoria.

En torno a esa intervención que se dá la mayor colisión del obrar policial con las normas aplicables.

Nótese que los dos individuos estaban detenidos, no hacían nada indebido ni sospechoso, no ofrecían resistencia ni representaban un peligro –real ni potencial– y nada justificaba, entonces, que se los revisara en su persona y pertenencias, máxime sin orden ni urgencia algunas.

Así, independientemente de la inexistencia de un motivo concreto –que, de existir, debiera haberse podido describir o precisar– para proceder respecto a esos sujetos y aunque hubieran existido razones para su interceptación, la requisa sin orden, urgencia, motivo, ni testigos, resulta absolutamente injustificable y, con ello, ilegal.

Ese proceder, evaluado de acuerdo a las normas aplicables, permite concluir que en el caso no existían las circunstancias que razonable y objetivamente –según la ley procesal– justificarían, excepcionalmente, que los agentes procedieran a la interceptación, identificación, detención y requisa de esos individuos y de sus pertenencias.

### 4. La ausencia de testigos:

4.1. Los artículos 138 a 141, del C.P.P., exponen las reglas que deben contener las actas y deben observar tanto los funcionarios judiciales como los de policía.

Específicamente, el art. 139, establece que las actas deberán contener: "(e)l nombre y apellido de las personas que intervengan; [o] el motivo que haya impedido en su caso, la intervención de las personas obligadas a asistir...", en los términos del art. 138. Y el art. 140 se refiere a los supuestos de nulidad.

## *Poder Judicial de la Nación*

4.2. El art. 117, del C.P.P. de la provincia de Buenos Aires –que expresamente cita el instrumento– contiene disposiciones similares.

Requiere la asistencia de un testigo ajeno a la repartición policial para asistir a los agentes, destaca que “(L)os testigos deberán estar presentes durante todo el trámite del acto...” y que “(l)a imposibilidad de asistencia ... deberá ser expresamente señalada, al igual que sus causas determinantes.” (el subrayado es propio).

4.3. Como se hizo referencia, el acta resulta particularmente contradictoria en ese punto. No sólo porque enuncia dos motivos de ausencia de testigos diversos y opuestos, sino porque ambos, ponderados en conjunto con el resto de las circunstancias relatadas en el acta, resultan poco plausibles.

Primero, luego de referir que los sujetos estaban díscolos, dice que “(p)or motivos de seguridad ... se omite la presencia de un testigo...” –aludiendo a una situación de peligro o urgencia que, como se vió, no se verificó– y, a continuación, dice que “(a)l momento no se halla persona ajena a la institución en la vía pública,...”.

Ambas afirmaciones, por otra parte, resultan cuestionables o dudosas: la ausencia total de personas, porque parece extraña por el horario (12 horas) tratándose de una zona urbana y, la que invoca que no se los habría convocado por un eventual riesgo, porque en función de todo lo desarrollado tal peligro sólo existió como ejercicio de la imaginación de los agentes.

### 5. Las nulidades pedidas:

Lo expuesto hace inferir la razón de la defensa –respecto al injustificado accionar policial– y lleva a declarar la nulidad del acta (...) y de todos los actos consecutivos que dependan de ella.

Ese, por otra parte, ha sido el criterio de la Sala en casos sustancialmente análogos (Conf. causa n° 3752/III, “Incidente de nulidad”, resuelta el 2 de mayo de 2006), con remisión al precedente “Hizaguirre, Pablo Nicolás s/inf. Ley 23.737”, resuelto el 18 de octubre de 2005 (causa n° 3494/III).

Por todo lo expuesto opino que corresponde:



## *Poder Judicial de La Nación*

1. Revocar la resolución apelada, (...).

2. Declarar la nulidad del acta (...) y la de todas las actuaciones posteriores que dependan de ella (art. 172, del C.P.P.) y, consecuentemente;

3. Sobreseer a A.E.M., de demás datos personales obrantes en autos, en orden al delito por el que fuera sometido a proceso en la presente –falsificación de documento público, previsto y reprimido por el art. 292, 2do. párrafo, del C.P.P.–, en los términos del art. 336, inciso 2, del C.P.P.; con la aclaración de que la formación de esta causa no afecta el buen nombre y honor de que gozare.

### **El doctor Vallefín dijo:**

#### I. Adhesión.

Me adhiero a la solución que propicia el señor juez doctor Nogueira y, también, me remito al relato de los hechos que efectúa. En consecuencia, juzgo como él que la apelación debe ser estimada y revocarse la resolución recurrida.

#### II. Los motivos de la adhesión.

1. El caso a decidir requiere determinar la validez de la actuación policial que dio origen a la formación de esta causa. El tema ha sido reiteradamente examinado por este Tribunal, habiéndose precisado, en numerosos precedentes, los requisitos que deben concurrir para permitir la intervención de la policía en casos como el presente.

2. Recordaré inicialmente que gobiernan la solución del asunto los artículos 184, inciso 5to., 230 y 230 bis del Código Procesal Penal de la Nación.

El primero de ellos establece que: *“Los funcionarios de la policía o las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones: (...) 5º) Disponer, con arreglo al art. 230, los allanamientos del art. 227, las requisas e inspecciones del art. 230 bis y los secuestros del art. 231, dando inmediato aviso al órgano judicial competente(...)”*.

El art. 230 regula los requisitos de la requisita personal y el artículo 230 bis se refiere a las denominadas “requisas urgentes”.

Con relación a estas últimas dice: *“Los funcionarios de la policía y fuerza de seguridad, sin orden judicial, podrán requisar a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo, (...) siempre que sean realizadas: a) con*

## *Poder Judicial de la Nación*

la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de personas o vehículo determinado; y b) en la vía pública o en lugares de acceso público.”. Señala también, que: “...La requisa o inspección se llevará a cabo de acuerdo a lo establecido por el art. 2° y 3er párrafo del artículo 230, se le practicarán los secuestros del art. 231, y se labrará acta conforme lo dispuesto por los artículos 138 y 139 (...)” y que “...Tratándose de un operativo público de prevención podrá procederse a la inspección de vehículos”.

3. Es decir, que esos funcionarios pueden realizar requisas urgentes, sin orden judicial (art. 184, inciso 5°) siempre que se den, conjuntamente, los recaudos establecidos en los incisos a) y b) del art. 230 bis. Sobre los límites de la actuación policial, esta Sala, con mi adhesión o con mi voto, se ha expedido de modo reiterado (causas N° 3494, *in re* “Hizaguirre Pablo Nicolás s/inf. Ley 23.737” resuelta el 14-10-2005 y N° 3752, *in re* “Incidente de nulidad”, sent. del 2-5-2006, entre muchas).

4. Ahora bien, son precisamente las circunstancias del caso las que permitirán justificar o no la intervención de la policía. Y en este sentido es claro -a mi juicio- que las que se encuentran comprobadas en la causa y surgen del acta labrada por aquélla, no la habilitaban a actuar como lo hizo. La simple presencia de dos personas en una esquina es todo lo que comprobó la policía para proceder a su requisa. No mencionó ningún otro elemento que se vinculase con aquélla. Es, para decirlo con una expresión ya acuñada, la mera *actitud sospechosa* en la apreciación subjetiva del agente y *nada más*.

5. Con las palabras de la Corte Suprema: “no existen constancias irreprochables que permitan determinar que nos encontramos ante una situación de flagrancia, o de ‘indicios vehementes de culpabilidad’ o que concurren ‘circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer un hecho delictivo o contravencional’ o ‘circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de (alguna) persona” (véase *in re* “Peralta Cano”, sent. del 3-5-2007, en “La Ley” 2007-D-625).

## *Poder Judicial de La Nación*

6. Añadiré, por último, que no encuentro motivos para clausurar el debate de la nulidad planteada en esta etapa preliminar del proceso. Los elementos reunidos permiten, sin más y ahora, su decisión y evita postergar la definición sobre la situación del imputado.

### **Así lo voto.**

Por tanto y en mérito a lo que resulta del Acuerdo que antecede el TRIBUNAL, por mayoría, RESUELVE:

a. Revocar la resolución apelada, (...).

b. Declarar la nulidad del acta obrantes (...) y la de todas las actuaciones posteriores que dependan de ella (art. 172, del C.P.P.) y, consecuentemente;

c. Sobreseer a A.E.M., de demás datos personales obrantes en autos, en orden al delito por el que fuera sometido a proceso en la presente –falsificación de documento público, previsto y reprimido por el art. 292, 2do. párrafo, del C.P.P.–, en los términos del art. 336, inciso 2, del C.P.P.; con la aclaración de que la formación de esta causa no afecta el buen nombre y honor de que gozare.

Regístrese, notifíquese, y devuélvase. Fdo. Jueces Sala III Dres. Carlos Alberto Nogueira. Antonio Pacilio ( en disidencia). Carlos Alberto Vallefín.

USO OFICIAL