

Mar del Plata, 01 de julio del 2014.-

AUTOS Y VISTOS:

Esta Causa n° 6.175 (IPP N° 08-00-011507-14) caratulada "**PEREYRA CRISTIAN DARIO S/RESISTENCIA A LA AUTORIDAD**", de trámite por ante éste Juzgado de Garantías N° 5 Deptal., Secretaría única a cargo del Dr. Christian Javier Rajuan;

Y CONSIDERANDO:

POSTULACIONES DE LAS PARTES. AMICUS CURIAE.

Que el Sr. representante del Ministerio Fiscal peticiona el **sobreseimiento de Cristian Dario Pereyra**, por entender que su situación se ve enmarcada dentro de lo estipulado en el art. 323 inc. 2° del C.P.P.-

La hipótesis de hecho que fuera motivo de imputación es la siguiente:

"El día 10 de mayo de 2.014 siendo aproximadamente las 00:10 hs. en el marco de un operativo de control de colectivos de línea, en la intersección de la Avda. Independencia y Juan B. Justo de Mar del Plata, una persona luego identificada como Cristian Darío Pereyra, en circunstancias de ser identificado por personal policial se resistió al legítimo accionar del mismo aplicándole un golpe de codo en el rostro al oficial Walter Daniel Bernardis ocasionándole un corte en la nariz".-

El episodio indicado hubo sido "*prima facie*" calificado como "**RESISTENCIA A LA AUTORIDAD**" (art. 239 del CP) y se le atribuye al nombrado en calidad de **autor penalmente responsable** (art. 45 del CP).-

En esa dirección, el representante del Ministerio Público Fiscal ha tenido en consideración la declaración

del testigo de actuación **Mauricio Oscar Orellano** (de fs. 8) que omite efectuar referencias a la conducta del encausado o la presencia de lesiones en la persona del Oficial Bernardis, como así también en la ausencia de otros testigos presenciales ajenos a la repartición policial interviniente. Por último, menciona que: "...Bien es sabido que en gran parte de los casos toda orden de la autoridad policial -aún plenamente legitimada para impartirla- genera un cierto y especial estado de ánimo para quienes son los destinatarios de dicho imperativo, por el solo hecho de provenir de funcionarios policiales..." (v. presentación de fs. 24/25).-

Que corrida la vista respectiva al Sr. Defensor Oficial Dr. Mauro Ariel Giacomasso, ha adherido al sobreseimiento solicitado por el Sr. Agente Fiscal, por compartir los fundamentos de hecho y de derecho allí expuestos. (fs. 26).

Ulteriormente, se presenta la Dra. Carolina Ciordia, invocando su carácter de delegada del Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria, como *Amicus Curiae*, solicitando que al momento de decidir sobre la petición fiscal incoada se resuelva la nulidad del procedimiento llevado a cabo por los funcionarios policiales actuantes, en razón de estimar que la requisita y aprehensión del imputado se realizó mediante una orden ilegal y arbitraria, enmarcada en una grave afectación a la libertad personal con violación a normas contenidas en diversos Pactos internacionales: art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17 inc. 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones

Unidas, art. 11 inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

**DECLARACION DE OFICIO DE NULIDAD DEL
PROCEDIMIENTO INICIAL**

Que, luego de analizar detenidamente el contenido de las constancias que han sido incorporadas al presente legajo, y sin perjuicio de la viabilidad de la pretensión esbozada por el Ministerio Público Fiscal, estimo que corresponde decretar la nulidad del procedimiento que ha dado inicio a las presentes actuaciones.-

En ese sentido y como *cuestión preliminar*, debe considerarse que la intervención jurisdiccional oficiosa en el control de legalidad de las diligencias llevadas a cabo durante el desarrollo de la investigación, encuentra sustento a partir de lo pautado en los arts. 1, 3, 23 incs. 4° y 9°, 201, 203 y ccdtes. del CPBA, arts. 18 CN.-

En efecto, tal como lo estipula el artículo 203 del ritual: *"...Deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades que impliquen violación de normas constitucionales, con obligación de fundar el motivo del perjuicio..."*.-

En este caso particular, independientemente del imperativo legal, la necesidad del pronunciamiento se sustenta en diversas razones que, a su vez, dejan traslucir el *perjuicio concreto derivado de la actuación en cuestionamiento*.-

En primer lugar, debe tenerse en consideración que otorgar tratamiento a la pretensión fiscalista en los términos en que ha sido formulada, importaría reconocer como presupuesto la legalidad del procedimiento practicado en autos, el que -tal como se verá- no se

ajusta a las cláusulas constitucionales y legales que rigen en la materia.

A su vez, en mérito a la imputación que se le formulara a Pereyra en los términos del *artículo 239 del Código Penal Argentino*, la misma presupone la existencia de una orden legalmente impartida por los funcionarios encargados del orden público, situación que, es menester aclarar, no se presenta en el caso.

Finalmente, no puede dejar de advertirse el perjuicio que podría derivarse de omitir abordar la cuestión constitucional anunciada, toda vez que, por fuera de la imputación que conforma el presente objeto procesal, en el marco del procedimiento policial llevado a cabo se ha secuestrado una escasa cantidad de material estupefaciente, otorgando intervención a la fiscalía especializada departamental, resultando por tanto, necesario el pronunciamiento sobre la legalidad de tal proceder.-

III. RELATO DEL PROCEDIMIENTO CUESTIONADO

Así las cosas, y tal como se desprende del recuento efectuado de las diligencias policiales protocolizadas a fojas 1/2, la presente investigación ha tenido inicio a partir de la intervención de los funcionarios policiales Oficial Principal Miguel Gómez, el Oficial Subayudante Walter Daniel Bernardis, y el Oficial Rodrigo Centeno; quienes han invocado para justificar su proceder una *"orden emanada por superioridad en operativo de control de colectivos de línea"* (v. acta de fs. 01/02).-

En efecto, se ha dejado constancia en el acta cabeza de las actuaciones lo siguiente:

"...En la ciudad de Mar del Plata, Partido de General Pueyrredón, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a los 10 días del mes de MAYO del año dos mil CATORCE, siendo las 6:10 hs., el suscripto OFICIAL PRINCIPAL GOMEZ MIGUEL, y el Oficial Centeno Rodrigo, en el marco de la orden emanada por superioridad en operativo control de colectivos de línea, más precisamente emplazados en la intersección de Avenida Independencia y Juan B. Justo de este medio, es que observamos que por la Primera avenida nombrada se desplazaba el colectivo de la línea 552, en dirección hacia donde nos encontrábamos y es por tal motivo y conforme a ordenes impartidas se dispone a detener el mismo, el cual hace caso a las ordenes. A esta altura, se puede identificar que se trata del colectivo de la empresa 25 de Mayo, Línea nro. 522, interno 22 e inmediatamente se hace descender a la totalidad de los masculinos que se trasladaban en el interior del mismo. Que al colocarse todos contra el colectivo se comienza a identificar y a llevar a cabo una revisión superficial entre las ropas a los masculinos, fines determinar si entre las mismas portaban algún elemento que pueda atentar contra la integridad física de los efectivos intervinientes, de ellos mismos, o de terceros, diligencia que da como resultado negativos, salvo al momento que el Oficial Subayudante Bernardis Walter Daniel, se apersona ante un sujeto del sexo masculino, quien se trasladaba en el interior del colectivo, siendo este sujeto de unos 1,75 mts. de estatura, de tez trigueña, buzo de color azul y chaleco de nylon de color negro, pantalón de jean y zapatillas deportivas ambas de

color blanca, quien portaba en su hombro un bolso. Que al observar esto se lo invita al sujeto a que exhiba lo que llevaba en el interior del bolso, constatando en el mismo se encontraba un elemento en forma de rombo, de material plástico, de color azul, de dos piezas, donde en cada uno de ellas posee unos pequeños dientes, elemento que se utiliza para moler la marihuana, comúnmente conocido como "picachu", ante esta circunstancia se le ordena nuevamente al sujeto que coloquen las manos en el colectivo para llevar a cabo la revisión entre las ropas por haber indicios que entre las mismas pudiera llevar elementos de dudosa procedencia a los que en ese momento este sujeto comienza a denotarse nervioso y con movimientos con el cuerpo intentaba que no se lleve a cabo el procedimiento pero al revisar sobre el bolsillo derecho de pantalón y denotar que en el interior del mismo se sentía un bulto cuadrado, este sujeto gira su cuerpo y le propina un golpe con el codo al Oficial Subayudante Bernardis Walter Daniel, ocasionando un corte en la nariz y posterior sangrado; ante esta circunstancia y utilizando la fuerza mínima e indispensable se reduce al sujeto esposándolo en el piso. A esta altura y ante la premura del caso se le ordena al chofer del colectivo que continúe su recorrido y se solicita la presencia de un testigo hábil ... donde en presencia del mismo se lleva a cabo una requisita de urgencia y se constata efectivamente que en el interior del bolsillo izquierdo del pantalón llevaba un envoltorio plástico de color negro, el cual en su interior poseía un bagullo de sustancia vegetal compacta, de color verde pardusca y de olor nauseabunda, *símil marihuana...*"; procediendo finalmente a identificar

al nombrado como Pereyra Cristian Darío, a quien le notificaron el contenido del art. 60 del CPP y que se encontraba aprehendido por Infracción a la ley de drogas y resistencia a la autoridad (v. acta de procedimiento de fs. 01/02).-

IV. CUESTIONES CONSTITUCIONALES ADVERTIDAS

Que desde esta óptica el procedimiento aludido debe ser declarado nulo en función de contravenir expresamente la normativa procesal regulatoria de la actividad policial y violentar garantías constitucionalmente tuteladas (CN: 14, 16, 18, 19, 28 y 31; DADH: I, II, VIII, XXV, XXVIII; DUDH: 1, 2, 3, 7, 9, 12, 13; CADH: 1, 7.1, 7.6, , 11, 22. 1 y 3, 4 y 24; PIDCP: 2.1, 3, 9, 12.1 y 3, 17; CPBA: 10, 11, 16, 17, 22, 25 y 26; CPP: 1, 3, 201, 203 y 294 inciso 5 en función del artículo 225).-

En efecto, en este sentido se advierten diversas irregularidades que conllevan esa fatal consecuencia procesal, a saber:

a) La existencia de la "orden emanada por superioridad en operativo de control de colectivos de línea" invocada en el acta aludida por el personal policial como motivación de su actuar, no fue suficientemente acreditada en autos por el Titular de la acción penal pública (CPP, 294 inc. 5 segundo y tercer párrafo, 5, 56 y 267 del CPP), con lo cual no puede conocerse la finalidad y/o extensión de la misma para valorar su eventual *legalidad y razonabilidad* en el caso concreto (CADH: 22. 1, 3 y 4; PIDCP: 12. 1 y 3; CN: 18 y 28)

b) La forma de practicar la diligencia aludida, concretada *exclusivamente* sobre las personas de sexo masculino que se encontraban en el transporte público de pasajeros en esa ocasión -a quienes además se hizo descender y colocar contra el colectivo-, ha resultado indudablemente *selectiva*, sin que se hubieran plasmado razones suficientes que justificaran tal proceder sólo sobre ese grupo de pasajeros (CN: 16; CADH: 1; PIDCP: 2; CPBA: 11).-

c) La requisita sin orden judicial encabezada respecto del encausado Pereyra y fundada en la sola razón de portar "*en su hombro un bolso...*" sin otros motivos que la justificaran en el caso concreto, resulta una extralimitación en el actuar policial reñido con las exigencias constitucionales en materia de medidas coercitivas, sin que la mera invocación a un operativo público de control o de prevención, importe la extensión absoluta e ilimitada en sus facultades de injerencia en desmedro de los derechos y libertades individuales de los ciudadanos (CN: 14 y 18; CPBA: 10, 11; CPP: 294 inciso 5° en función del 225).

Con el fin de justificar la decisión, procederé seguidamente a analizar con brevedad el marco normativo que regula las atribuciones policiales en la materia, para posteriormente evaluar en el supuesto de marras cada una de las cuestiones referidas y en el orden propuesto precedentemente.

V. MARCO NORMATIVO RELATIVO A LAS ATRIBUCIONES POLICIALES EN LA MATERIA

Que así encuadrada la cuestión, debe señalarse que si bien en el marco de la labor de prevención general de

delitos el legislador provincial ha considerado pertinente otorgar atribuciones específicas a las agencias policiales para la realización de operativos públicos de control, esas facultades -como toda autorización para el uso de la fuerza del Estado- están sujetas a las limitaciones propias de las formas del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.-

De este modo, la adopción de ese modelo de organización social y política (CN: 1; CPBA:1) impone el adecuado equilibrio entre las medidas conducentes a los fines de garantizar la seguridad pública (CADH: 22.3 y 4; PIDCP: 12.3; ley 12154: 2; ley 13482: 13.a) y la preservación de las libertades individuales.

En concreto, la regulación de aquellas atribuciones -aunque indebidamente incluidas en un código procedimental en la medida en que resultan propias del derecho policial (conf. **Irisarri**, "Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires, Comentado, Anotado y Concordado, Editorial Astrea, Tomo 2, pág. 60; o **Silvestrini**, La Investigación Penal Preparatoria en **Bertolino-Silvestrini**, Proceso y Procedimientos Penales de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pág. 369)-; contempla una serie de exigencias normativizadas (CPP: 294 inc. 5 segundo y tercer párrafo) como modo de satisfacer el requisito de legalidad demandado en el ordenamiento internacional para la legítima limitación a la libre circulación de los ciudadanos y la eventual afectación a su intimidad personal (CN: 18; CADH: 22.3; PIDCP: 12.3).-

En este sentido, la reforma de la ley 12.405, introdujo al artículo 294 inciso 5to. del Código Procesal

Penal -que ya facultaba a los agentes policiales a:
"...Disponer los allanamientos del artículo 222 y las requisas urgentes, con arreglo al artículo 225, con inmediato aviso al juez o tribunal competente y al Ministerio Público Fiscal..."-; los párrafos segundo y tercer que estipulan:

"...Cuando se trate de un operativo público de control motivado en políticas tendientes a la prevención de los delitos, podrán proceder a la revisión de los efectos que porten las personas en sus ropas o que lleven en su poder de otra manera o tengan en los vehículos en que se movilizan, procediendo a secuestros en los casos sumamente graves o urgentes o cuando peligro el orden público, de todo aquello que constituya elemento del delito o instrumento de un delito o sea producto de él, con la observancia de lo establecido en el título VII, capítulo IV de este Código bastante inmediata comunicación al Ministerio Público Fiscal y al juez de Garantías.

En cualquier circunstancia podrá requisar el transporte de cargas y/o el transporte público de pasajeros, cumplimentando lo dispuesto en el párrafo primero in fine del presente inciso...".-

Como se advierte, por fuera de la hipótesis del párrafo primero, que contempla una verdadera habilitación de la excepcional facultad policial de requisar sin orden judicial siempre y cuando se acreditan de *motivos suficientes para presumir que se oculta, en su cuerpo, cosas relacionadas con un delito* (CPP, 225 por remisión del 294 inciso 5 1er párr.) y una situación de urgencia

(CPP,294 inciso 5 1er párr.); el artículo en tratamiento distingue dos supuestos diversos:

a) la autorización para *proceder a la revisión de los efectos que porten las personas en sus ropas o que lleven en su poder de otra manera o tengan en los vehículos en que se movilizan* **exclusivamente** en el caso que se trate de una intervención enmarcada en un *operativo público de control motivado en políticas tendientes a la prevención de los delitos* (segundo párrafo)

b) la autorización para *requisar de transporte de cargas y/o transporte público de pasajeros*. (tercer párrafo)

Esta distinción permite visualizar distintas consecuencias, con directa aplicación al caso.

Veamos cada uno de ellos.

a) Para poder llevar adelante alguna intervención **sobre las personas** (los bienes que porten consigo en sus ropas o en sus vehículos), es menester:

i. desde el punto de vista de la **legalidad**: contar con una orden operacional superior de una instancia policial con competencia para decidir políticas de prevención de delitos.

ii. desde el prisma de la **proporcionalidad**: la intromisión admitida debe resultar *limitada tanto en su temporalidad como en su intensidad*, por lo que no se admite la requisa (reservada para los supuestos de sospecha delictual y urgencia) sino sólo se admiten revisiones *fugaces* (que no importen, por ejemplo, la posibilidad de trasladar a la persona a un patrullero o a una comisaría) y *superficiales* dependiendo de la finalidad de la orden (como la práctica de cacheos, para la preservación de la integridad física, utilización de

detectores de metales -si la finalidad de la orden está orientada específicamente a la búsqueda de armas- o de perros entrenados -si se orienta a la detección de estupefacientes, por ej.-).

Con relación al primer aspecto, sin evaluar el mérito, conveniencia o eficacia de las medidas adoptadas -cuestión en principio ajena a la órbita de injerencia jurisdiccional y propia del debate político-criminal- la existencia de la orden superior a partir de la satisfacción formal del requisito normativo aludido, permite conocer el objetivo, finalidad y extensión temporal, territorial y/o subjetiva de la medida de prevención general de delitos adoptada, y por ende, los límites concretos de la intervención habilitada.

Con relación a este punto, la jurisprudencia nacional ha sentado estándares de enorme valor para la evaluación *mutatis mutandi* de la normativa provincial.

En esa senda, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en la *Causa n° 15.723 "MACHADO, Aníbal Ismael S/ recurso de casación"*, al analizar en forma pormenorizada similar atribución conferida por el artículo 230 bis del Código de Procedimientos Penal de la Nación, a las fuerzas policiales, distingue entre **requisas realizadas con fines de averiguación de los delitos** en el marco de una actuación como policía auxiliar de las autoridades de persecución penal y regida por las leyes procesales, y lo que ha denominado **inspecciones sistemáticas que se realizan con fines de policía general preventiva** (seguridad, sanitaria,

económica) sobre lugares de acceso restringido, o como control público de una actividad reglamentada.

Ahora bien, respecto de este segundo supuesto, se formularon precisiones en torno al alcance de los requisitos legales de las expresiones: "**prevención**", "**operativo**", y de carácter "**público**".

Con relación al término "prevención", se afirmó que comprende *"...las actividades generales de policía de seguridad de evitación de la comisión de delitos, o de la frustración de aquellos que se encuentren en curso de ejecución, como finalidad general de protección de bienes jurídicos, del orden, de la seguridad y de la paz públicos..."* agregando que, incluso abarca los casos de *"...evitación o detección de infracciones que no constituyen delitos, o de conductas o actividades, en el campo anterior a la infracción, que constituyan riesgos para bienes jurídicos de terceros, el orden, la salud y la seguridad públicos..."*. Desde dicha concepción, es decir, persiguiendo tales finalidades, se pueden legitimar, eventualmente, *"...ciertas restricciones de derechos, bajo ciertas condiciones (arg. art. 19 CN, y art. 32.2 CADH)..."*. De lo expuesto se deriva como necesario *"...indagar si el operativo público de prevención tenía por objeto la prevención de delitos, infracciones, conductas o actividades sujetas a control comprendidas en la legislación que define la competencia material de su función de prevención, y si además, fue emplazado y ejecutado en el marco de competencia territorial fijado por ley..."*.

En segundo lugar, la expresión "operativo" de prevención *"...denota un carácter general para actos de*

cierta especie, un actuar conforme a un patrón o protocolo de inspección establecidos, denota también la definición previa del objeto del operativo, y requiere, por su carácter general, una cierta duración (...)y un emplazamiento localizado, aunque estos no necesariamente deben ser permanentes..." agregando incluso que *"...también implica que el operativo haya sido dispuesto por un agente estatal que tenga ciertas facultades de mando y organización sobre sus subordinados, y la actuación coordinada de varios agentes..."* en definitiva *"...debe examinarse si la finalidad de prevención pertenece a la competencia de prevención de la agencia que se trata..."*.-

En tercer orden, la acepción "público", implica *"...no sólo que el operativo está limitado, a determinados lugares (...) sino que el operativo debe ser público en el sentido de ostensible, y que queda excluida la actuación secreta o encubierta (...) la ley proporciona una garantía adicional contra el uso arbitrario, desviado, desproporcionado o discriminatorio de la facultad de inspección (...) un operativo público, en el sentido indicado (...) permite a cualquier individuo percibir que se trata de un dispositivo organizado de una fuerza de seguridad, y "ostensible", esto es reconocible por los uniformes, la forma y lugar de emplazamiento, y eventualmente, los medios empleados..."*.-

De la reseña del fallo citado, es fácil percibir que la exigencia de tales requisitos es sustantiva para la determinación concreta de la validez de la actuación llevada a cabo en la medida en que al satisfacer la manda de legalidad (CADH: 22. 1, 3 y 4; PIDCP: 12. 1 y 3),

cualquier extralimitación importaría la asunción de una facultad impropia para el funcionario que la encabezara.

Este razonamiento resulta plenamente acorde con lo normativizado en la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto en su artículo 22 incisos 1 y 3 estipulan que "...1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene el derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales ... 3. **El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley,** en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertad de los demás..." en consonancia con lo dispuesto en el artículo 12 incisos 1 y 3 de la PIDCP que regla en forma similar "... 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia... 3. **Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley,** sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud pública o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto..."-.

Y su ratio legis también resulta evidente, en tanto prescindir de tales exigencias que dan contorno a la legalidad de la medida, importaría emparentar de facto la vida cotidiana de los ciudadanos a una especie de estado de sitio policial permanente en el cual, en cualquier

momento cualquier funcionario policial podría -sin más invocación que la mera necesidad de prevención general de delitos- avanzar sobre espacios de libertad individual con altos costos para la convivencia democrática y el Estado de Derecho.

Resume el lineamiento esbozado lo afirmado en un conocido precedente jurisprudencial en el que se concluyó: "... Una práctica ilegal de la policía o el abuso sobre un interno, constituyen potenciales ataques sobre los derechos de todos los ciudadanos, porque cada uno de nosotros está únicamente protegido en la medida en que los demás lo están..." (conf. CNFed. CCorr., Sala I causa "Monticelli de Prozillo", L.L. 1984-D-387).-

En lo que hace estrictamente a la exigencia de proporcionalidad (CN 19), a mayor abundamiento de las postulaciones contenidas en el fallo precitado, su proyección relaciona directamente el grado de intromisión admisible con la sospecha de la comisión delictiva, de modo que, admitir legítimos procedimientos generales, no signifique despojar a los ciudadanos en forma absoluta de sus derechos individuales.

Es decir, frente a la sospecha delictiva suficiente es admisible proceder a la requisa -tal como es admisible para un magistrado- siempre que se trata de una intervención impostergable en el tiempo (CPP, 294 inciso 5 1er párrafo).

Por el contrario, cuando se trate de medidas de prevención general de delitos, la intromisión admisible en la esfera de libertad e intimidad de las personas, es proporcionalmente menos intensa.

En este sentido, **Maximiliano Hairabedián**, en su específica y enjundiosa obra sobre la materia ("*Requisas y otras inspecciones personales*", Buenos Aires, Editorial Astrea), soporta esa distinción en que se trata "...*primordialmente tareas administrativas, de prevención, sin sospecha previa y de carácter general...*", por lo que en los operativos públicos preventivos, la habilitación de la injerencia policial se reduce exclusivamente formas **superficiales** de revisión, tales como el "...*cacheo, palpado corporal externo o inspección mediante rayos u otros medios detectores...*", caracterizadas por su **fugacidad**, en cuanto "no se puede demorar a la persona" (**Hairabedián**, cit. 118).-

Es útil en este sentido, traer a colación la distinción propuesta, entre otros, por **Villar** para quien: "...*el cacheo, se reitera, no debe confundirse con la requisas, ya que tiene una finalidad defensiva o protectora (verificar la portación de armas, por ejemplo) ante la indagatoria o investigadora de la última; el cacheo es eminentemente externo, superficial, mientras la requisas es un verdadero registro personal por el que se buscan objetos prohibidos en el interior del cuerpo o en la vestimenta del sujeto: en conclusión la afectación de los derechos interferidos es menor en el primero que en la segunda...*" (**Ariel H. Villar**, Medidas de coerción policiales. Nuevos principios y facultades de las policías. Buenos Aires: Omar Favale Ediciones Jurídicas: pág. 278 y ss.).-

En definitiva, en sentido similar y a modo de recapitulación de lo hasta aquí dicho, conviene adherir al pensamiento de **Herbel-Granillo Fernandez** en cuanto

consideran que: "...la índole e intensidad del control debe ser proporcional al motivo de seguridad que lo justifique y en ningún caso puede resultar vejatorio para las personas. La prevención de hechos delictivos en lugares de importante concentración de personas justifica ciertas medidas de seguridad respecto de quienes pretenden ingresar a ellos, que no pueden ser aplicadas indiscriminadamente en otras circunstancias. La existencia de un operativo, no puede, por sí sólo, facultar al personal policial para requisar discrecionalmente a los transeúntes; lo contrario permitiría que un órgano administrativo tuviera en sus manos el cercenamiento de garantías individuales por el fácil expediente de disponer esta actividad de control. Con ello no se obstaculiza la facultad policial de solicitar, por ejemplo, los documentos correspondientes a quien guía un rodado; si en dicho contexto surgieran datos objetivos que hagan sospechar la relación del conductor o de los pasajeros de su automotor con un delito, habrá fundamentos para un registro preventivo. En definitiva, las requisas deberán ser justificadas en la existencia de circunstancias previas o concomitantes que objetiva y razonablemente justifiquen la diligencia y en la medida que ellas sean realizadas en lugares de acceso público. Una extensión de la facultades policiales que exceda estos parámetros, confrontaría con la garantía constitucional que prohíbe al Estado injerencias arbitrarias en los derechos de las personas (arts. 11.2 y 3 CADH y 17. y 1 PIDCP)..." (conf. su "Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires.

Comentado y Anotado". Buenos Aires, La Ley, 2005, pág. 603).

Para el caso de **transportes** tanto de **cargas** como los **públicos de pasajeros**

Por fin, para estos supuestos, las atribuciones policiales se restringen a la requisa de las cargas y los vehículos de transporte, más no a las personas que viajen en ellos o los elementos que porten consigo, o los lugares de privacidad dentro de aquellos. Este es el criterio interpretativo uniforme en la doctrina local.

En esa línea de razonamiento, **Herbel - Granillo Fernández** proponen un restringido alcance del tercer párrafo del inciso 5 del artículo 294 del CPP, al indicar: *"...No parece tan problemático el tercer párrafo del inciso 5 de este artículo, dado que sólo habilita a la revisión de cargas y transportes de pasajeros ya que, en todo caso, la requisa sobre las personas o sus pertenencias deberá cumplir con los estándares citados anteriormente. Es decir, podrá justificarse el control de la carga transportada en la vía pública y la inspección de transporte de pasajeros, más con ello no queda habilitada la revisión de las personas que en ellos se encuentren, salvo claro está, que haya circunstancias que objetiva y razonablemente lo justifiquen..."*. (ob. cit. pág. 603).-

En similar sentido, se expresan **Falcone-Madina** cuando concluyen que: *"...Este inciso en modo alguno puede desconectarse de las exigencias previas a la adopción de la requisa... Existen casos en el que un vehículo de carga o de pasajeros podrá ser inspeccionado*

pero solo con las partes relacionadas con el destino del rodado. Un camión que transporta ganado no puede ser inspeccionado en la cabina o debajo del asiento del conductor. En esa dirección cabe interpretar este inciso..." (ob. cit.: 229).-

En definitiva, como conclusión de lo reseñado en este apartado, es conveniente subrayar dos aspectos centrales.

En primer lugar, el alcance interpretativo reseñado no resulta sino la traspolación a estos supuestos de los estándares normativos asequibles en general en materia de medidas de coerción personal que, desde este punto de vista, deben regirse por la existencia de previsión normativa precedente (CN, 18: legalidad), su adopción suficientemente asentada en razones válidas para actuar (CN 1 y 28: motivación) y su mínima intensidad posible en la medida de su estricta necesidad e idoneidad (CN 18 y 19: proporcionalidad). (conf. **Gonzalez-Cuellar Serrano, N.** Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal, Madrid, Colex, 1990; **Queralt, J.J.**, El Policía y la Ley, Madrid: Plaza & Janes, 1986).

Y en segundo orden que proponer una hermenéutica diversa -que se sustrajera a tales principios limitadores- provocaría la apertura indefinida de un ámbito de discrecionalidad y arbitrariedad policial (**Borda, R.** en "Ampliación de las facultades policiales. Aspectos inconstitucionales de la ley 25.434. modificatoria del Código Procesal de la Nación, publicado en La Ley 2001-E, 1150, comentando el artículo similar contenido en el Código Procesal Federal: 230 bis) inclusive más allá de aquellas facultades con que cuenta

una autoridad judicial (conf. CPP, 225, **Falcone - Madina** "**El proceso penal en la provincia de Buenos Aires**", 3a edición actualizada y ampliada, Edit. Ad-Hoc, 2013), y por ende, significaría la violentación de principios constitucionales básicos y se constituiría en la vía para remozar cuestionadas prácticas autoritarias como las **razzias o las redadas policiales** que, en particular para el caso Argentino, ya han significado un severo reproche y condena en el orden internacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el conocido caso "Bulacio".-

Veamos ahora, como se plasma tal interpretación normativa en el caso concreto.

VI. VALORACION DE LO ACTUADO EN EL CASO CONCRETO

a) La falta de acreditación de la orden de la superioridad con relación al **operativo de control de líneas de colectivos que se invoca como motivación de la diligencia.**-

Ahora bien, del cotejo de los estándares normativos exigibles con lo actuado en concreto en el caso en estudio, emergen serios contrastes que tienen como consecuencia su fulminación nulificante.

En particular, el repaso de la totalidad de las actuaciones incorporadas a la investigación penal preparatoria por el Sr. Fiscal interviniente permite percibir la ausencia absoluta de cualquier referencia, constancia o documentación que pudiera identificar o acreditar la existencia de la orden de la superioridad invocada por el personal policial.

Esta falencia amén de dubitar su existencia, impide determinar en el caso la eventual extensión y/o alcance de días y horarios, lugares o zonas, personal designado para su implementación, objetivos o finalidades, u otras circunstancias que hayan motivado su dictado; y desde ese punto de vista, hacer factible cualquier intento de contralor jurisdiccional en orden a corroborar la presencia de las exigencias constitucionales y legales antedichas (CPP, 294 inc. 5 segundo y tercer párrafo; CN: 18 CADH: 22. 1, 3 y 4; PIDCP: 12. 1 y 3).-

En este mismo sentido, se ha indicado que "...el operativo debe estar documentado en el registro pertinente de la autoridad policial...", (**Irisarri**, "Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires", Comentado, Anotado y Concordado, Editorial Astrea, pág. 61), carga probatoria que recae ineludiblemente sobre quien moviliza el accionar del Estado -como representante de los intereses colectivos.- (arts. 6, 56, 267 y 367 del CPP).

Como destaca el destacado penalista **Joan Josep Queralt**, en su obra específica sobre "El policía y la ley": "...Los derechos y libertades fundamentales son absolutamente vinculantes para todos los agentes públicos; su vulneración, aun pretendidas por satisfacciones del orden público o del interés general, sólo puede proceder de la Ley, y nunca del criterio del funcionario actuante, salvo muy excepcionales supuestos de estados de necesidad en los que se trate de preservar otro derecho fundamental que se encuentre más protegido en concreto..." (ob. cit. 106).-

Esa ausencia condiciona decisivamente la legalidad del proceder policial resultando, por ende, inviable sostener que se trató de un actuar legítimo en los términos en que lo exige el reproche inicialmente adjudicado (art. 239 del CP), proyectándose, sin perjuicio de otras irregularidades que serán objeto de análisis infra, sobre la totalidad de la actuación policial ulterior.-

b. Selectividad subjetiva injustificada en la forma de practicar la diligencia.

Como segundo aspecto controversial del accionar policial, directamente vinculado a la deficiencia apuntada en ítem precedente, corresponde destacar la no justificada forma *selectiva* de llevar a cabo la diligencia en cuestión.

En efecto, como se ha hecho notar y surge del documento que encabeza estas actuaciones la forma de practicar la diligencia aludida, concretada *exclusivamente* sobre las personas de sexo masculino que se encontraban en el transporte público de pasajeros en esa ocasión -a quienes además se hizo descender y colocar contra el colectivo-, ha resultado indudablemente *selectiva*, sin que se hubieran plasmado razones suficientes que justificaran tal proceder sólo sobre ese grupo de pasajeros.

En efecto, al analizar el contenido del acta en cuestión, se deja asentado que en circunstancias en que los nombrados funcionarios policiales, se encontraban ubicados en la intersección de las avenidas Independencia y Juan B. Justo de este medio, y luego de dar la orden de detener la marcha del colectivo correspondiente a la

línea 552, interno 22 de la empresa 25 de mayo, "se hace descender a la totalidad de los masculinos que se trasladaban en el interior del mismo" (v. acta de fs. 01/02).-

Desde esta perspectiva, la ausencia de la orden aludida sumada a la de cualquier referencia en el acta en cuestión, impide conocer cuáles fueron las motivaciones policiales para concretar la diligencia aludida del modo antedicho.-

En este sentido, lo acontecido tampoco se ajusta a la literalidad de la normativa antes mencionada, en la medida en que, el texto legal refiere a un "operativo público de control motivado en políticas tendientes a la prevención de los delitos" (art. 294 inc. 5°, segundo párrafo del CPPBA), noción que lejos de resultar compatible con "revisiones "especiales" o "particulares" o con destino de "determinadas personas", a la luz del principio de igualdad ante la ley, supone una implementación "erga omnes" (**Irisarri**, "Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires", Comentado, Anotado y Concordado, Editorial Astrea, pág. 60).-

En suma, la tradicional característica de selectividad de las agencias penales (**Zaffaroni et. al.** Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000) se traduce en el caso concreto en una actuación carente de motivación alguna que la sustente, por lo que importa en la práctica un tratamiento desigual ante la ley, expresamente prohibido por las cláusulas constitucionales que intentan evitar cualquier atisbo subjetivo de discriminación, y por tanto reñida con el principio

constitucional de igualdad ante la ley (CN: 16, 75 inc. 22; DADDH: 2; DUDH: 1; CADH: 1; PIDCP: 2; CPBA: 11).-

c. La falta de motivación suficiente para requisar la persona, el bolso y las prendas de vestir de Cristian Dario Pereyra en el contexto reseñado.-

En efecto, el tercer aspecto decisivo para la nulificación de lo actuado, está centrado en la requisa personal sin orden judicial practicada sobre Cristian Darío Pereyra y el bolso que portaba consigo.

Como se advierte, del acta transcripta, la requisa sin orden judicial encabezada respecto del encausado Pereyra y fundada en la sola razón de portar "en su hombro un bolso..." sin otros motivos que la justificaran en el caso concreto, deviene nula.

Sobre este particular, el acta aludida consigna que *"se comienza a identificar y a llevar a cabo una revisión superficial entre las ropas a los masculinos, (...) diligencia que da como resultado negativo, salvo al momento que el Oficial Subayudante Bernardis Walter Daniel, se apersona ante un sujeto del sexo masculino, quien se trasladaba en el interior del colectivo (...) quien portaba en su hombro un bolso. Que al observar esto se lo invita al sujeto a que exhiba lo que llevaba en el interior del bolso, constatando en el mismo se encontraba un elemento en forma de rombo, de material plástico, de color azul, de dos piezas, donde en cada uno de ellas posee unos pequeños dientes, elemento que se utiliza para moler la marihuana, comúnmente conocido como "picachu", ante esta circunstancia se le ordena nuevamente al sujeto que coloquen las manos en el colectivo para llevar a cabo la revisión entre las ropas por haber indicios que entre*

las mismas pudiera llevar elementos de dudosa procedencia a los que en ese momento este sujeto comienza a denotarse nervioso y con movimientos con el cuerpo intentaba que no se lleve a cabo el procedimiento pero al revisar sobre el bolsillo derecho de pantalón y denotar que en el interior del mismo se sentía un bulto cuadrado, este sujeto gira su cuerpo y le propina un golpe con el codo al Oficial Subayudante Bernardis Walter Daniel, ocasionando un corte en la nariz y posterior sangrado (v. acta de procedimiento de fs. 01/02).-

Ante, ello se deja constancia que se procedió a inmovilizar al sujeto y en presencia de un testigo individualizado como Mauricio Oscar Orellano, se llevó a cabo la requisita del mismo y se constata que "en el interior del bolsillo izquierdo del pantalón llevaba un envoltorio plástico de color negro, el cual en su interior poseía un bagullo de sustancia vegetal compacta, de color verde pardusca y de olor nauseabunda, *símil marihuana*"; procediendo finalmente a identificar al nombrado como Pereyra Cristian Darío, a quien le notificaron el contenido del art. 60 del CPP por infracción a la ley 23737 y resistencia a la autoridad(v. acta de procedimiento de fs. 01/02).-

Retomando los lineamientos esbozados en el considerando IV de este resolutorio debe concluirse:

a) que no existió ninguna circunstancia fáctica que permitiera deducir al personal policial la presencia de *motivos suficientes para presumir que se oculta, en su cuerpo, cosas relacionadas con un delito* (CPP, 225 por remisión del 294 inciso 5 1er párr.) y una situación de urgencia (CPP,294 inciso 5 1er párr.), resultando que el

mero hecho de portar consigo un bolso es razón evidentemente insuficiente para soportar tal estándar.

Así lo ha establecido la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en el paradigmático caso "Daray" (**Caso "Daray", CSJN - Fallos, 317:1985, LL, 1995-B-349**), al sentar tales exigencias, resultando que *"...los motivos que sustentan tal estado deben ser objetivos y plasmarse en el acta de detención, ya que no es suficiente la mera actitud sospechosa, ello en la medida en que impide el control judicial sobre los motivos que llevaron a las fuerzas del orden a intervenir sobre el derecho locomotivo básico de los ciudadanos..."*, acorde con el art. 18 de la CN y en conjunción con las normas procesales que determinan las exigencias convictivas para proceder de este modo (CPP, 153) (conf. **Falcone-Madina**, cit.: 108).-

b) Que el hecho de invocarse una orden de la superioridad para realizar operativos de prevención de delitos en líneas de colectivos -no acreditada en autos- o tratarse simplemente de una diligencia de un transporte público de pasajeros, no habilita a la práctica de la diligencia en los términos expuestos, toda vez que acorde con las exigencias legales y constitucionales explicitadas, en tal contexto tan sólo se permiten intervenciones superficiales y fugaces según la índole del operativo (CPP, 294 inc. 5 segundo párrafo) o bien el registro general de transporte (CPP, 294 inc. 5 tercer párrafo), más no directamente y sin motivación alguna, la requisita inmediata del ciudadano (CPP, 294 inc. 5 primer párrafo en función del 225).

En efecto, ello es así toda vez que amén de las consideraciones ya efectuadas (punto V), como ha dicho

Alejandro Carrió: *"...si la policía tuviera un estándar de exigencia menor, o sea, si se le permitiera actuar en áreas restrictivas de derechos constitucionales en condiciones en que eso mismo le estuviera vedado a un juez, es notorio que el principio básico de la preferencia por la intervención de un magistrado se vería notoriamente desdibujado. En ese esquema indeseable, es claro que la policía carecería de todo incentivo para buscar la orden judicial de allanamiento, detención, registro, etcétera, puesto que la policía sentiría que es más lo que puede hacer sin orden judicial que actuando con ella..."* (conf. "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", Buenos Aires Editorial Hammurabi, 5ta. Ed. Actualizada y ampliada, 4ta. Reimpresión, 2012: pág. 254).-

Para intentar ser más claro, otra interpretación de las atribuciones policiales harían inocua la exigencia de orden judicial para la limitación de los derechos individuales, dejándolos expuestos frente a la nuda voluntad policial, esquema intolerable a los ojos del Estado Constitucional y democrático de derecho.

Por ende, la actuación policial en el caso, procediendo a la requisita directa del nombrado Pereyra por su sólo portar un bolso consigo, sin otro dato objetivo que lo alimente, resulta una extralimitación intolerable reñida con las exigencias constitucionales en materia de medidas coercitivas, sin que la mera invocación a un operativo público de control o de prevención -insisto- importe un salvoconducto generalizado como modo de extender absoluta e ilimitada sus facultades de injerencia en desmedro de los derechos y libertades

individuales de los ciudadanos (CN: 14 y 18; CPBA: 10, 11; CPP: 294 inciso 5° en función del 225).

Como ha sido apuntado, la secuencia que se infiere del contenido del acta de procedimiento transcripta, consiste en haber llevado a cabo una primer revisión del interior del bolso que el encausado llevaba consigo, sin motivos fundantes de esa intervención y haber hallado un elemento denominado "*picachu*", comúnmente utilizado para la picadura de marihuana. Luego, alegando la existencia de "*indicios que (entre sus ropas, el encausado) pudiera llevar elementos de dudosa procedencia*", se llevó a cabo una segunda intromisión consistente en "*revisar sobre el bolsillo derecho del pantalón*", a raíz de la cual se desató la conducta que constituye el objeto de la presente e incluso, y finalmente se llevó a cabo el secuestro de "*un bagullo de sustancia vegetal compacta, de color verde pardusca y de olor nauseabunda, simil marihuana*".-

Que, en ambos casos, es decir tanto en la actividad policial desplegada en torno al bolso que llevaba consigo el encausado en primer orden, como así también aquella realizada sobre las prendas del mismo en segundo lugar, se advierte la falta de configuración de un estado de motivación suficiente, que hubiera permitido a los funcionarios actuantes, proceder del modo legalmente estipulado.-

En definitiva, si bien es perfectamente legítima la actividad de prevención estatal del delito en el marco de un Estado Democrático de Derecho, en su concreción práctica, para evitar desajustes y abusos, es

imprescindible el respeto equilibrado de los ámbitos de libertad e intimidad de los ciudadanos.

En ese sentido, se concluye que toda medida que suponga una injerencia en derechos de las personas, tales como su libertad de circulación y su intimidad, debe resultar sujeta a limitaciones o restricciones para tornarse válida y legítima desde esa óptica constitucional; y que tratándose de un operativo público de prevención de delitos sobre vehículos o transportes de carga o pasajeros (CPP, 294 inciso 5 segundo y tercer párrafo), estas limitaciones se plasman en las exigencias legalidad y motivación (CN, 1, 18 y 28), e importan la habilitación de prácticas mínimamente intrusivas en las libertades públicas (CN, 19), a excepción de que en su contexto los funcionarios intervinientes aprecien circunstancias objetivas que permitan inferir la comisión de un hecho delictivo, caso en el cual si la actuación no puede posponerse en el tiempo (urgencia), se habilitan en forma excepcional medidas coercitivas más severas, tales como la requisita personal (art. 294 inciso 5to 1er párrafo en función del 225 del CPP).-

Por tanto, en función de los argumentos vertidos, corresponde disponer de oficio la nulidad del acta de procedimiento en la que se documentan las diligencias descriptas precedentemente, y de todos los actos que resulten ser consecuencia de la misma (**arts. 203, 207 CPPBA**). -

VII.- A partir del temperamento que ha sido adoptado en el considerando que antecede, teniendo en cuenta que la conducta que ha sido objeto de la presente, "*prima facie*" calificada como constitutiva del delito de **Resistencia a la autoridad (art. 239 del CP)**, se desprende del contenido del acta de procedimiento y de las declaraciones del personal policial interviniente en las que se ratifica el contenido de aquella, (*v. acta de procedimiento de fs. 01/02, declaración de Orellano de fs. 08/vta., de Bernardis de fs. 09/vta., de Centeno de fs. 10*); y en especial consideración a la inexistencia de un caudal investigativo independiente al indicado, que permita sostener la acreditación suficiente del hecho objeto de la presente, corresponde disponer el sobreseimiento del encausado en los términos solicitados en el art. 323 inc. 2° del CPPBA.-

Por ello, de conformidad con lo reglado por el art. 323 y ctes. del CPP; **RESUELVO:**

I. DECLARAR LA NULIDAD DEL ACTA DE PROCEDIMIENTO INICIAL, y de todos los actos que son su consecuencia, por encontrar vulnerados preceptos de raigambre constitucional (CN: 14, 16, 18, 19, 28 y 31; DADH: I, II, VIII, XXV, XXVIII; DUDH: 1, 2, 3, 7, 9, 12, 13; CADH: 1, 7.1, 7.6, , 11, 22. 1 y 3, 4 y 24; PIDCP: 2.1, 3, 9, 12.1 y 3, 17; CPBA: 10, 11, 16, 17, 22, 25 y 26; CPP: 1, 3, 23 incs. 4 y 9, 201, 203 207, y 294 inciso 5 en función del artículo 225).-

II.- HACER LUGAR AL SOBRESEIMIENTO de Cristian Dario Pereyra, D.N.I. 29.206.069, nacido el 13 de diciembre de 1981 en Mar del Plata, a quien se le recibiera declaración a tenor del art. 308 del CPP, por el delito

"prima facie" calificado como Resistencia a la autoridad (art. 239 del C.P.) por encontrarse su situación dentro de los supuestos establecidos en el art. 323 *inc.* 2° del C.P.P.-

Regístrese. Notifíquese.-