

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 21 de septiembre de 2004.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa Waltta, César Luis y otros s/ causa n° 3300", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina esta queja, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y oído el señor Procurador General, se desestima la queja. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - CARLOS S. FAYT - ANTONIO BOGGIANO (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA (en disidencia)- E. RAUL ZAFFARONI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO.

ES COPIA

VO-//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-// - TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1°) Que el recurso extraordinario, cuya denegación motiva la queja en examen, se interpuso contra la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal que rechazó el recurso de casación deducido contra el pronunciamiento de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario que, al revocar lo resuelto en primera instancia, declaró la nulidad del acta de procedimiento policial y de todo lo obrado en su consecuencia.

2°) Que las normas que regulan el accionar de los funcionarios policiales (arts. 183, 184 inc. 5°, 230 y 284 del Código Procesal Penal de la Nación) conforman una razonable reglamentación de la garantía de debido proceso reconocida por el art. 18 de la Constitución Nacional.

3°) Que, por lo tanto, no es posible prescindir de los citados preceptos sin que medie debate y declaración de inconstitucionalidad y los agravios del apelante se circunscriben a la exégesis y aplicación de aquéllos en virtud de las concretas particularidades de la causa, por lo que conducen al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal.

4°) Que, a juicio de esta Corte, no se advierte un caso de arbitrariedad que justifique su intervención en materias ajenas a su competencia extraordinaria.

Por ello, y oído el señor Procurador General se desestima la queja. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese. ANTONIO BOGGIANO.

ES COPIA

DISI-// -

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-// -DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que las presentes actuaciones se originaron luego que personal policial interceptó a Andrea Noelia Pérez, Silvio Muzzioli, César Luis Waltta, Rómulo Alberto Calderón y a Ramón Ferreyra, en el que se procedió a requisarlos con excepción de Pérez, por su parte al nombrado Waltta se le secuestró dos cigarrillos de marihuana y una bolsita de nylon transparente con restos de dicha sustancia, en el procedimiento también se encontró papel para armar cigarrillos (fs. 4).

2°) Que la Cámara Federal de Rosario declaró la nulidad del procedimiento llevado a cabo por la policía por considerar que lo señalado por los preventores, en cuanto a que al llegar a la intersección de las calles Alberdi y Av. Roca observaron la presencia de varias personas que se hallaban sentadas en el umbral de una vivienda "amparados por la penumbra de la noche, en actitud sospechosa" —razón por el cual se procedió a la identificación— constituían motivos insuficientes para legitimar la detención, y que ni siquiera de las actuaciones posteriores se infería "...cuál fue el hecho concreto que motivó el proceder policial, más allá de que se alegue la circunstancia de la nocturnidad y la 'actitud sospechosa'", y que tampoco se justificaron las razones de urgencia para actuar sin orden judicial (fs. 55/59).

3°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró mal concedido el recurso de casación deducido por el Ministerio Público Fiscal contra declaración de nulidad dispuesta por la Cámara Federal de Rosario. Para así resolver señaló que el impugnante no se hizo debidamente cargo de rebatir "los acertados argumentos dados por el *a quo* para fundar su postura en el sentido de que en autos no hubo

motivos de sospecha para proceder a la requisa", lo cual obstaba a la admisibilidad de la vía intentada a la luz de la minuciosa fundamentación requerida por el art. 463 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 76/77). Contra dicho pronunciamiento el fiscal general ante la Cámara Nacional de Casación Penal interpuso recurso extraordinario (fs. 78/85) cuya denegación dio origen a la presente queja.

4°) Que en la presente apelación el fiscal se agravia de que el *a quo* omitió realizar una armónica interpretación de los arts. 168, 172, 184 y 230 del Código Procesal Penal de la Nación, y que el pronunciamiento impugnado carece de fundamentos para tenerlo como acto jurídico válido. En cuanto al procedimiento policial señala que el mismo fue legítimo por cuanto se basa en el "conocimiento práctico, [y] pautas informales de la experiencia profesional en la prevención del delito" y que los arts. 184 inc. 5° y 230 del código de rito deben "ser interpretados de modo que sus limitaciones no traben el eficaz y justo desempeño de los poderes atribuidos al Estado", luego de citar en apoyo a su tesitura los precedentes "Romero Saucedo" y "Tumbeiro" de la Cámara de Casación Penal y los de esta Corte *in re*: "Fernández Prieto", (Fallos: 321:2947) y "Flores Núñez" (Fallos: 321:3663), así como jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, concluye que "en el caso de autos el personal preventor tuvo motivos suficientes para percibir de parte de Muzzioli, Walta, Calderón, Ferreyra y Pérez una actitud sospechosa que justificara el accionar impugnado (fs. 78/85).

5°) Que en autos el pronunciamiento impugnado resulta equiparable a sentencia definitiva por cuanto la declaración de nulidad de las actuaciones implica la extinción del proceso, y por provenir de la Cámara Nacional de Casación

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Penal cumple con el requisito de superior tribunal de la causa (Fallos: 318:514). Por otra parte existe cuestión federal bastante para su tratamiento en la instancia extraordinaria, pues los agravios del recurrente remiten, en definitiva, a determinar el alcance de las garantías constitucionales consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional, y si bien la resolución impugnada no aparece como contraria al derecho federal impugnado (art. 14 inc. 3° de la ley 48), cabe tener presente que el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación permite a la Corte ejercer su jurisdicción extraordinaria en casos de trascendencia, aún cuando existiera algún obstáculo formal para acceder a ella (Fallos: 316: 1141; 1213; voto del Juez Boggiano en Fallos: 323:86, entre otros).

6°) Que, nuestros constituyentes, al formular el art. 18 de la Constitución Nacional no siguieron los antiguos proyectos constitucionales —como el Decreto de Seguridad Nacional de 1811 y de Constitución Nacional de los años 1819 y 1826— que incluían expresas referencias acerca del grado de sospecha exigible para llevar a cabo una detención (disidencia del juez Bossert en Fallos: 321:2947), así también se diferenciaron de la Constitución de los Estados Unidos que en la Cuarta Enmienda prescribe el estándar de "causa probable" para autorizar arrestos o requisas. En nuestro país dicha tarea quedó delegada en el legislador.

7°) Que esta Corte en el precedente "Daray" señaló que "...la 'competencia' para efectuar arrestos a que se refiere la norma constitucional sólo puede provenir de un expreso mandato legislativo y debe, además, ejercerse en las formas y condiciones fijadas por esa disposición legal. Tal requisito surge claramente del principio constitucional de legalidad, respecto del cual el Tribunal ha dicho: '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: 317:1985).

8°) Que el Código Procesal Penal de la Nación, como norma reglamentaria del art. 18 de la Constitución, establece que la autoridad "competente" para llevar a cabo un arresto o requisas es el juez, sin perjuicio de ello admite excepcionalmente delegar esa facultad en la autoridad de prevención.

El art. 284 dispone que "los funcionarios...de la policía tienen el deber de detener, aún sin orden judicial...a la persona contra la cual hubiere **indicios vehementes** de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación...[y] a quien sea sorprendido en **flagrancia** en la comisión de un delito..." [énfasis agregado].

Por su parte el art. 1° de la ley 23.950 modif. del decreto-ley 333/1958 expresa que podrá disponerse la detención "si existiesen **circunstancias debidamente fundadas** que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional **y** no acreditase fehacientemente su identidad" [énfasis agregado].

En cuanto a las requisas corporales, el art. 184 inc. 5° autoriza a los funcionarios policiales a llevar en caso de urgencia las requisas corporales, a que se refiere el art. 230 del Código Procesal Penal de la Nación el cual dispone que las mismas se realizarán "...cuando haya **motivos suficientes para presumir** que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito..." [énfasis agregado].

Corte Suprema de Justicia de la Nación

9°) Que de dicho plexo normativo surge que el legislador prescribió un determinado grado de sospecha para llevar a cabo la detención o la requisa corporal, así habla de **"indicios vehementes" "circunstancias debidamente fundadas" o "motivos suficientes para presumir"**.

De modo que más allá de la interpretación que se haga del grado de sospecha exigido por esas leyes para autorizar un arresto o una requisa, no hay dudas de que el policía no está autorizado a realizar detenciones indiscriminadas.

10) Que, por otra parte, una vez que el agente de prevención se encuentra con esa hipótesis razonable exigida por la ley para proceder, es necesario que describa fundadamente cuáles son las conductas u actos —en especial actitudes del imputado— que generaron sus sospechas de encontrarse ante un cuadro predelictual. En efecto, si la autoridad para llevar a cabo la requisa o la detención, conforme a la ley, es el juez y sólo en casos de urgencia y excepcionales las normas permiten delegarlo en la policía, la única forma de que luego el juez pueda supervisar la legitimidad de la actuación llevada a cabo por aquellos, es que éstos funden circunstanciadamente las razones del procedimiento. En el presente caso esas razones no sólo no fueron volcadas en el acta, sino que luego ante el juez, los agentes de la prevención tampoco pudieron darla, de modo que "si esas circunstancias han existido, los agentes policiales las han mantenido *in pectore*" omisión que impide realizar un juicio de razonabilidad (considerando 12 del voto de pág. 2013 en Fallos: 317:1985).

11) Que pese a lo claro que parece ser el axioma de que es competencia del Poder Legislativo precisar en qué casos se puede llevar a cabo una detención, el reclamo del fiscal general no resulta caprichoso, o carente de sustento como lo

señaló el *a quo* al desestimar su apelación, sino que, se apoyó en la doctrina elaborada por esta Corte a partir del caso "Fernández Prieto" ya citado y reiterada en "Tumbeiro" (Fallos: 325:2485) "Monzón" (Fallos: 325:3322), "Szmilowsky" (Fallos: 326:41), entre otros.

A través de dicha doctrina jurisprudencial la Corte sin decirlo expresamente se apartó del principio de legalidad ya enunciado en "Daray" y transcripto en el considerando 7°.

Al analizar las circunstancias de esos casos se advertirá que aquéllas distaban de reunir los indicios vehementes de culpabilidad que prevé la ley, y, pese a ello, la Corte legitimó los procedimientos; pero parecería que se vio obligada a sustentarlos en algo más que la cita de la ley procesal y del precedente "Daray", para ello recurrió a una confusa hermenéutica de distintos fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en especial Terry v. Ohio, precedente este que autoriza a la policía de allí a llevar a cabo requisas corporales aun cuando exista una situación menos comprometida que la de "causa probable" que es el estándar previsto en la Cuarta Enmienda de la Constitución.

12) Que el efecto práctico de esos últimos precedentes de nuestra Corte es que a través de un estándar confuso desdibujó el alcance de los poderes de la autoridad de la prevención, así toda detención pudo ser convalidada, de hecho han sido legitimadas detenciones como la de Carlos Alejandro Tumbeiro donde la supuesta actitud sospechosa surgía porque su vestimenta era inusual para la zona y porque no obstante acreditar debidamente su identidad ante su nerviosismo se lo condujo al vehículo policial; o el caso Rubén Manuel Monzón quien según la autoridad policial estaba frente a la "...entrada del estacionamiento del Ferrocarril Mitre, oportunidad en la que notó además actuaba con cierto nerviosismo" por lo

Corte Suprema de Justicia de la Nación

cual fue requisado y se le encontró marihuana, circunstancias similares fueron también suficientes para convalidar la detención de Tomás Alejandro Szmilowsky.

Así a modo de *clichés* frente a diferentes situaciones el Tribunal hizo uso del confuso *holding* cuya columna vertebral es el caso "Terry v. Ohio". Es difícil, sino imposible, imaginar qué detención sería ilegítima a la luz de esa jurisprudencia.

13) Que el Tribunal Constitucional Español acertadamente ha expresado que "...la interpretación y aplicación legislativa de los conceptos constitucionales definidores de ámbitos de libertad o de inmunidad es tarea en extremo delicada, en la que no se puede...disminuir o relativizar el rigor de los enunciados constitucionales que establecen garantías de los derechos, ni crear márgenes de incertidumbre sobre el modo de afectación. Ello no sólo es inconciliable con la idea misma de garantía constitucional, sino contradictorio incluso, con la única razón de ser...de estas ordenaciones legales, que no es otra que de procurar una mayor certeza y precisión en cuanto a los límites que enmarcan la actuación del poder público..." (TCE Sentencia 341/1993 del 18 de noviembre de 1993, BOE, n° 295 del 10 de diciembre de 1993, Madrid, España).

14) Que, al elaborar dicha doctrina jurisprudencial la Corte hizo una interpretación forzada de la jurisprudencia de su par norteamericana. Así el precedente "**Terry v. Ohio**" (392 U.S. 1; 1968) autoriza a la policía que está investigando un delito —aun cuando las circunstancias no hayan llegado al punto de causa probable que exige la Cuarta Enmienda— a "cachear" al sospechoso para quitarle el arma y de este modo preservar su seguridad física o la de un tercero en el curso de una investigación. Para ello el policía debe demostrar

cuáles eran las circunstancias sospechosas y que además el individuo podía tener un bulto entre las ropas o en otro lugar donde ocultaba un arma. Pero en modo alguno **Terry v. Ohio** otorga un poder a la policía para llevar arrestos al mayoreo fuera de la ley. Incluso en ese precedente se dijo claramente que para determinar si el oficial actuó razonablemente en tales circunstancias, se debe otorgar el peso debido no a su sospecha inicial y no particularizada o su corazonada, sino a las inferencias razonables específicas que debe describir a partir de los hechos. En otras palabras, la Corte de EE.UU. fue más que clara en enfatizar que el propósito de la búsqueda queda limitado a encontrar el arma (Harvard Law Review. Notes. *Custodial Engineering: Cleaning Up The Scope Of Miranda Custody During Coercive Terry Stops*. Vol. 108 Parágr. 666/682).

Veinticinco años después, aquel tribunal ratificó la vigencia de ese precedente y recordó que si la búsqueda de protección va más allá de lo necesaria para determinar si el sospechoso está armado, esto no es válido bajo "Terry". En este caso se discutió si cuando el policía, en base a inferencias razonables y demostrables, sospecha que un individuo podría portar un arma que pone en peligro su vida —en el transcurso de la investigación— lo palpa y, del tacto advierte que no es un arma, sino algún elemento vinculado con el crimen, como por ejemplo droga, si, ya en esa instancia, aún continúa estando autorizado a avanzar en la requisa o no (508 U.S. 366; 1993).

15) Que, más allá de la sutileza de la jurisprudencia norteamericana en la materia, en el presente caso jamás fue mencionada una situación de peligro para la integridad física de los policías o de un tercero circundante, y tampoco puede considerarse que hubieran indicios vehementes de culpa-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

bilidad de la comisión de un delito por parte de los requeridos y detenidos. En efecto, de lo poco que aportaron los policías surge que se trataba de un grupo de jóvenes, constituido por una mujer y cuatro hombres que a las 2.45 de un día domingo estaban sentados en el umbral de una vivienda, y que luego de que se procedió a su identificación se determinó que sus edades rondaban entre los 19 y 22 años, uno era de profesión operario, otro changarín, la mujer y uno más de los jóvenes declararon estar desempleados (fs. 1 vta.), en dicho procedimiento también dieron la dirección de sus domicilios particulares. En otras palabras, la situación descrita era la de "cualquier hijo de vecino".

16) Que en este punto es interesante recordar un célebre caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos donde se impugnaba la constitucionalidad de una ordenanza de Jacksonville que convertía en delictivas actividades que, conforme a estándares modernos, son por lo general inofensivas. "Caminar de noche" era una de ellas. El tribunal consideró que la ordenanza fomentaba arrestos arbitrarios, por cuanto muchas personas caminan de noche, así como aquellos que tienen dificultad para dormir, aquellas personas desempleadas que están fuera del mercado, ya sea por la recesión o en razón de desplazamientos tecnológicos o estructurales. Y que ese tipo de normas abiertas eran redes que permitían atrapar fácilmente a los llamados indeseables. Pero recordó que el estado de derecho implica igualdad y justicia en su aplicación. Y que las leyes sobre vagancia de tipo de Jacksonville enseñan que las balanzas de la justicia están tan inclinadas que hacen imposible una aplicación equitativa de la ley. Recordó además que aplicar la ley equitativamente tanto a las minorías como a las mayorías, a los pobres como a los

ricos, es el cemento que mantiene unido a la sociedad (Papachristou v. City of Jacksonville, 405 U.S. 156 1972).

En el mencionado precedente norteamericano el tribunal analiza la influencia del derecho inglés en ese tipo de normas y recuerda que luego de la ruptura del estado feudal en Inglaterra mucha gente quedó desempleada y hubo estatutos que prohibieron el movimiento de trabajadores en el área de sus casas buscando por las ciudades mejores oportunidades.

17) Que en nuestro país también desde sus comienzos han existido mecanismos para llevar a cabo ese tipo de detenciones sin sustento legal o manipuleando las normas. En este sentido es elocuente la carta enviada por el jefe de la Policía de Buenos Aires el 26 de enero de 1885 al intendente D. Torcuato de Alvear donde lo notifica que dando cumplimiento a su pedido fueron llevados a la comisaria todos los mendigos encontrados en la ciudad "y que aquellos 'que han resultado ser pobres de solemnidad' fueron enviados al Asilo de Mendigos, quedando detenidos aquellos que eran sólo vagos, recordando el jefe de Policía que no existía 'ley que pene la vagancia ni por consiguiente Juez a quien puedan ser sometidos'" [sic]. La municipalidad respondió dictaminando que "los individuos que han esplotado la caridad pública, bajo la calidad falsa de mendigos, han cometido una infracción de policía, contra el decreto de 28 de febrero de 1823 que prohíbe la mendicidad sin un certificado del gefe del departamento que acredite la indigencia; y han cometido además el delito correccional previsto en el art. 33 del Código Civil, defraudando a otros bajo calidades imaginarias y empleado la mendicidad como un ardid o engaño" [sic]. (Memorias de la Intendencia Municipal de la Ciudad de Buenos Aires, 1884, t. II, págs. 100/101, Impr. Biedma).

18) Que esta Corte tiene dicho que no cabe

Corte Suprema de Justicia de la Nación

"...apartarse del principio primario de la sujeción de los jueces a la ley ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por éste, pues de hacerlo así olvidaría que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra y que cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación la norma debe ser aplicada directamente con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en aquella" (Fallos: 313:1007, entre otros).

19) Que la presente decisión no implica desconocer la preocupación existente por la seguridad pública que vive nuestra sociedad, en efecto, si las herramientas de prevención que nos da el Poder Legislativo resultan desacertadas para algunos o para muchos, ello debe ser debatido y resuelto en dicho ámbito, y no derogadas pretorianamente por los magistrados, de lo contrario además de leyes cuestionadas nos apartaríamos del principio fundante del Estado de Derecho que es el de legalidad. Los jueces debemos acompañar a los legisladores a través de una interpretación armónica de la ley, pero no desconocerla.

20) Que, ello no implica que los legisladores puedan avanzar indiscriminadamente sobre derechos individuales. En efecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos al considerar, en reciente data, el tristemente resonante caso de Walter David Bulacio, señaló que el art. 7° de la Convención Americana que es el que proclama el derecho a la libertad personal puede ser limitado con recaudos "...materiales y formales que deben ser observados al aplicar una medida o sanción privativa de la libertad: nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero,

además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)" (parágr. 125). También sobre la cuestión expresó que "...las razzias son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener —salvo en hipótesis de flagrancia—..." (parágr. 137).

Finalmente le recordó al Estado argentino que de conformidad "con el artículo 2 de la Convención Americana, los Estados Parte se encuentran en la obligación de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la misma Convención" (parágr. 141) y que "El deber general establecido en el artículo 2...implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías" (parágr. 143) (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bulacio vs. Argentina, —serie C n° 100— sentencia del 18 de septiembre de 2003).

21) Que de todo lo expuesto surge que la detención de Waltta se apartó de las previsiones de los arts. 184 y 230 del Código Procesal Penal, en esas condiciones, es forzoso concluir que la misma ha sido dispuesta a extramuros del art. 18 de la Constitución Nacional y del art. 7° de la Convención Americana.

22) Que además la inexistencia de fundamentos para proceder en el modo cuestionado no puede legitimarse por el resultado obtenido —el hallazgo de dos cigarrillos de ma-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

rihuana— pues, obviamente, las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo. Ello es así pues, de lo contrario, razones de conveniencia se impondrán por sobre los derechos individuales previstos en la ley fundamental.

Por ello, oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase. JUAN CARLOS MAQUEDA.

ES COPIA