

Causa N° 46.695 “Dora Carlos Yamil y otros s/ infracción ley 23.737”.

Juzgado N° 1 - Secretaría N° 2.

Expte. N° 5143/2011

Reg. Nro: 1423

///nos Aires, 4 de diciembre de 2012.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento y decisión de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fojas 84/85 por el Sr. Fiscal, Dr. Carlos M. Cearras, contra la resolución de fojas 82/83 por medio de la cual la Sra. Jueza a cargo del Juzgado N° 1, Secretaría N° 2 decretó los sobreseimientos de Carlos Yamil Dora, de Cristian Eduardo Carrillo y de Paloma Lutzky Cogan, en orden al hecho por el cual fueron perseguidos.

II. El día 28 de abril del año pasado, personal policial de la Comisaría N° 27 de la P.F.A. detuvo a los nombrados cuando circulaban por la calle Warnes a la altura de su intersección con la Av. Scalabrini Ortiz de esta ciudad en un automotor marca Fiat, modelo Siena y les secuestró, en total, 84,54 gramos de marihuana (ver fs. 78/80).

De acuerdo con el acta de detención de fs. 1/2, los imputados demostraron “una actitud de nerviosismo” al ver el móvil policial, por lo que se les ordenó que detuvieran la marcha del rodado para identificarlos y requisarlos. Ambas medidas se practicaron con normalidad y no se halló en poder de los nombrados ningún elemento vinculado con la perpetración de algún delito. Sin embargo, con posterioridad y “...con anuencia del conductor quien es propietario del rodado, se inspeccionó...el interior del vehículo, hallándose en el interior del cenicero cinco colillas de cigarrillos de armado casero..., luego se halló una campera...conteniendo en el bolsillo derecho una cápsula de plástico de color amarillo...y en el bolsillo izquierdo se halló una bolsa de nylon blanca la cual contenía seis envoltorios de nylon...todos conteniendo sustancia vegetal similar a las anteriores...”.

La Sra. Jueza tuvo por comprobada provisoriamente la

tenencia del material por parte de los imputados y entendió que ella respondía al propósito de consumo personal, por lo cual subsumió sus conductas en el tipo penal del art. 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737. Sin embargo, estimó que las circunstancias del caso impedían tener por configurado, siquiera en forma potencial, un riesgo para el bien jurídico protegido por esa norma, por lo cual y en función de jurisprudencia de la Sala II de este Tribunal, resolvió conforme lo estipulado por el art. 336, inc. 3 del C.P.P.N.

III. El Sr. Fiscal sostuvo que la cantidad de droga secuestrada era suficiente para afirmar la concurrencia de un peligro para la salud pública y que, por ello, la conducta de los imputados había “trascendido a terceros”. Incluso, abogó por la aplicación del art. 14, primera parte de la Ley 23.737.

La Sra. Fiscal de Cámara agregó al dato de la cantidad, la forma en que el material estupefaciente se encontraba distribuido y las circunstancias que rodearon la detención de los imputados.

IV. El Dr. Eduardo R. Freiler dijo:

Ahora bien, considero que se ha configurado un vicio en el procedimiento que, por su carácter general y el compromiso de garantías constitucionales, exige la declaración de nulidad, aun en forma oficiosa, y la exclusión de la prueba obtenida en consecuencia (arts. 166, 168, 170 y cctes. del C.P.P.N.).

Antes de la sanción de la ley 25.434 la controversia en torno a la inspección de automóviles radicaba en dilucidar si era necesaria una orden de allanamiento o una orden de requisas para proceder. Tal cuestión ha quedado zanjada luego de la reforma. En este sentido, el art. 230 bis del CPPN refiere: *“...Los funcionarios de la policía y fuerza de seguridad, sin orden judicial, podrán requisar...vehículos...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...”*.

Es preciso, en consecuencia, analizar ahora si el procedimiento que dio inicio a la presente se ajustó al modo reglamentado por la ley procesal penal para las requisas sin orden judicial. A tal efecto, cabe recordar que en esta dirección el art. 230 bis del CPPN establece los siguientes requisitos:

Poder Judicial de la Nación

“...a) 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...”

De tal forma, la urgencia y las circunstancias previas que objetiva y razonablemente justifiquen la requisita representan la única vía de excepción para prescindir de la orden judicial.

En el caso *sub examine*, el preventor refirió que los imputados al ver el móvil policial mostraron *“una actitud de nerviosismo”* y que *“...ni bien libera el semáforo en luz verde aceleran la marcha del rodado en una actitud llamativa...”* y es por ese motivo que se los detiene para identificarlos.

No se verifican, en consecuencia, las razones de carácter objetivo que permitan arribar a una sospecha concreta de la concurrencia de los presupuestos legales. Si esto se observa a la luz de los parámetros apuntados, es evidente que tanto la detención como la requisita practicada sobre los imputados excedieron las facultades del personal policial pues tuvieron lugar sobre la base de un juicio subjetivo que, como tal, no es posible controlar jurisdiccionalmente.

En este sentido, cabe destacar que los hechos tuvieron ocasión en un lugar muy concurrido de esta Ciudad –intersección de la calle Warnes y la Av. Scalabrini Ortiz- y durante la tarde –a las 16 horas-, lo que robustece la hipótesis planteada, ya que ni siquiera el contexto en que se encontraban los encausados era *“sospechoso”*.

Se ha dicho que: *“...como paso previo y concomitante, la detención de una persona no sólo requiere cumplir con los recaudos que prevee esa norma [art. 230 CPPN], sino también con aquellos abarcados por el artículo 284 del código de rito. En los supuestos que estamos abordando no se trata de personas que son aprehendidas y conducidas sin más en presencia de la magistratura sino que, inmediatamente después de lo primero son sometidas a una segunda injerencia: la requisita e inspección de los efectos personales que cargan. Por ello, estamos ante la sumatoria de dos situaciones que han sido concebidas como excepciones”* (Cfr. causa n° 39.912 *“Silverizzo, Sebastián s/ inf. ley 23.737”* rta. el 03/07/07, reg. 696, de esta Sala).

Aquí justamente los imputados fueron detenidos sin un motivo válido que lo habilite.

A la luz de todo lo expuesto, en autos no se advierte que se hayan configurado los extremos exigidos por el artículo 284 del C.P.P.N. para proceder a la detención ni por el art. 230 bis del mismo cuerpo legal para efectuar la requisa. De tal forma que lo así actuado ha importado la afectación de derechos constitucionales.

En efecto, más allá de las específicas palabras empleadas por el art. 18 de la Constitución Nacional, no puede negarse que el automóvil se encuentra comprendido dentro de la protección constitucional del derecho a la intimidad.

Atenemos a una interpretación restrictiva nos llevaría a sostener que no se encuentran bajo la protección constitucional una serie de ámbitos privados. Por ello, concuerdo con Alejandro Carrió, respecto de que: *“...El problema con esta interpretación es que deja sin tutela constitucional cosas tan trascendentes como las conversaciones telefónicas, un portafolio, o el armario que una persona pueda tener asignado en un club. La consecuencia sería que un policía puede husmear legítimamente en tales ámbitos, sin necesidad de recurrir a un juez, y sin importar la razonable expectativa de privacidad que un habitante pueda haber exhibido al respecto...”*. Asimismo agrega que: *“...Dentro de los derechos de una persona, ya sea como derivación del de la propiedad o como un derecho autónomo a la intimidad, creo podría incluirse sin esfuerzo el derecho a que se respeten por el Estado aquellos ámbitos privados donde sus titulares han exhibido un interés en que así se mantengan...”* (Carrió, Alejandro, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pág. 436/7).

Aplicadas aquellas consideraciones a la delimitación del ámbito de intimidad protegido por el artículo 18 C.N. en relación al automóvil donde viajaban los imputados, no puede rehusarse el que estos conservaran una razonable expectativa de privacidad sobre él.

De ahí que la requisa del vehículo practicada sin orden y por fuera del marco legal supuso ingresar en un ámbito privativo de su intimidad y esta conclusión no varía ante el resto de las particularidades de la causa.

En este procedimiento la policía solicitó a los imputados sus documentos de identificación y luego los invitó a que exhibieran sus

Poder Judicial de la Nación

pertenencias, sin hallar elementos relacionados con la comisión de un delito. Por ello, “*con anuencia del conductor*” procedió a requisar el vehículo, habiendo encontrado en dicha oportunidad el material estupefaciente que luego incautó.

La cuestión radica aquí en dilucidar si el “consentimiento” prestado por el conductor del rodado permite prescindir de las formalidades que la ley exige para intervenir en la intimidad de los ciudadanos o, por el contrario, si aquél carece de ese efecto legitimante.

Sostiene Maier que: “...*nuestras leyes procesales se han referido al consentimiento del agredido por el allanamiento sólo para otorgarle efecto autorizante del horario nocturno, ordinariamente excluido para practicar esa medida; no otorgan al consentimiento otro valor, por lo que resulta sencillo formular la regla de que el consentimiento carece de valor para prescindir de las formalidades previstas por la ley reglamentaria, salvo el efecto de excepción mencionado...*” (Julio B. J. Maier, “Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, pág. 685). Es decir, únicamente para autorizar el allanamiento con orden nocturno el legislador le ha dado validez al consentimiento, lo cual no resulta aplicable al caso, ya que se trataba de la requisa de un automóvil, realizada sin orden judicial y durante el horario diurno.

Asimismo, el hecho de que la requisa se haya realizado con “*anuencia*” del conductor no significa que se trate de un consentimiento válido, ya que la sola presencia de la fuerza pública podría implicar coacción suficiente para producir una aquiescencia viciada o, cuanto menos, basada en un error acerca de las facultades del requirente.

“La Constitución contiene, al lado del derecho a la intimidad, como posibilidad de exclusión de terceros de ciertos ámbitos privados, una garantía frente al poder estatal, que reside en prohibir la injerencia de los órganos del Estado, por regla general, y sólo permitirle en los casos y bajo la observancia estricta de las formalidades que la ley prevé al reglamentar racionalmente la garantía...De esta manera, la ley aclara que el consentimiento carece de valor legitimante, que no es cuestión de pedirle permiso al interesado para eludir la decisión y la orden judicial, sino, por el contrario, de recabar previamente la autorización de un juez, como regla, antes de visitar o molestar a los particulares...” (Julio B. J. Maier, conforme obra citada anteriormente, pág. 686/7).

Ante este escenario es que no puede conservarse la validez de lo actuado. Pues cuando ciertos requisitos legales son reclamados “...no es admisible que la práctica desnaturalice el instituto legal y convierta lo excepcional en regla. Cuando así sucede los tribunales tienen la misión de apuntar o corregir lo actuado por fuera de los lineamientos normativos invalidando si es necesario aquello que no se compadezca con la ley y su base constitucional” (conf. C.Nº 37.727, “Sidero Fernando s/proc. y embargo”, rta. el 29/6/05, reg. 640 y sus citas; Cnº 41.413, Cabrera, Pablo s/sobres., rta. el 14/11/06, reg. 1240).

En consecuencia, y de acuerdo a lo señalado en los párrafos que anteceden, considero que la requisa practicada sobre el automotor marca Fiat, modelo Siena, dominio CXV 524, resulta nula. En tanto no existe una fuente independiente que pueda mantener el resultado al que mediante ella se arribó es que corresponde sobreseer a Carlos Yamil Dora, a Cristian Eduardo Carrillo y a Paloma Lutzky Cogan (arts. 336, inc. 2º del C.P.P.N.).

El Dr. Jorge L. Ballesterio dijo:

Coincido con la lectura que de los hechos hace el Dr. Freiler y con las consecuencias que de allí se derivan. En ese sentido, y, en tanto no advierto que las circunstancias en que se produjera la requisa hayan sido habilitantes para proceder sin orden judicial, considero que corresponde anularla y, en consecuencia, sobreseer a los imputados. Así voto.

El Dr. Eduardo G. Farah dijo:

Considero que la declaración de nulidad a la que arriban mis colegas preopinantes resulta prematura, pues en casos análogos al presente he venido sosteniendo que: “el juicio contradictorio resulta la etapa procesal indicada para develar con mayor claridad qué fue lo que sucedió realmente (...) y, una vez aclarado el panorama, reeditar el pedido de nulidad del procedimiento. Sin estos elementos [haciendo referencia a las futuras declaraciones de los agentes preventores], tem[o] que emitir una opinión en esta instancia resultará prematura y conspirará contra uno de los fines del proceso penal, el descubrimiento de la verdad, reglada por el artículo 280 del Código Procesal Penal de la Nación” (c.nº 45.745 “Ricosta, Alejandro s/ nulidad”, reg. nº 945, rta. El 25/08/11; c.nº 46.312 “N.N. s/ nulidad”, reg. nº 208, rta. El 20/03/12,

Poder Judicial de la Nación

entre otras). Ello me conduce a ingresar en el análisis del fondo del asunto que aquí se plantea.

A la luz de las circunstancias fácticas que caracterizaron el evento, encuentro acertado el significado jurídico otorgado por la Sra. Jueza de la anterior instancia al suceso materia de investigación.

En ese sentido, me remito al análisis que hiciera con amplitud en el precedente “Velardi” (c. 41228, rta. 22/4/08, reg. 400) y, en tanto no advierto de las circunstancias en que se produjera la tenencia imputada en autos, una situación de daño -o siquiera peligro concreto- a derechos o bienes de terceros (CSJN, A. 891. XLIV. “Arriola”, rta. 25/8/09) -pues no es sinónimo de ello la mera exteriorización de la conducta-, considero que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, para el caso concreto, y confirmar los sobreseimientos. Así voto.

En virtud del resultado del acuerdo que antecede, el Tribunal
RESUELVE:

DECLARAR LA NULIDAD de la detención de Carlos Yamil Dora, de Cristian Eduardo Carrillo y de Paloma Lutzky Cogan y posterior requisa practicada sobre el automotor marca Fiat, modelo Siena, dominio CXV 524 y de todo lo actuado en consecuencia y por ello, **SOBRESEER** a los nombrados en orden al hecho por el que fueron perseguidos, dejando constancia de que el procedimiento no afecta el buen nombre y honor del que hubieren gozado (art. 336, inc. 2, C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber al señor Fiscal de Cámara y devuélvase a primera instancia a fin de que se practiquen allí las notificaciones pertinentes.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

Fdo: Freiler. Ballesteros. Farah

Ante mi: Quinteros