



239702091000826564



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Reg. N°236

Folio N°833 /842

En la ciudad de Pergamino, a los 26 días del mes de junio de dos mil veinte, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación del Departamento Judicial de Pergamino, para resolver en los **autos N° 6039/2020** caratulados: "*Caraballo, Claudio Daniel s/ Estupefacientes. Tenencia simple (art. 14 primer párrafo ley 23.737)*" del Juzgado de Garantías N° 3 dptal., habiendo resultado del sorteo correspondiente que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: **Dres. Martín Miguel MORALES - María Gabriela JURE - Mónica GURIDI**, estudiados las actuaciones se resolvió plantear y votar las siguientes

### CUESTIONES:

- I.- Es admisible la impugnación deducida?
- II.- Se ajusta a derecho la resolución traída en recurso?
- III.- Qué pronunciamiento corresponde dictar?

### ANTECEDENTES:

Arriba la presente a esta Alzada por vía del recurso de apelación interpuesto a fs. 151/8 por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Estanislao Carricart , contra la resolución obrante a fs. 132/47, en cuanto no hace lugar al cambio de calificación legal, rechaza la oposición a la requisitoria fiscal, no hace lugar al pedido de nulidad interpuesto, ni al cambio de calificación legal, ni a la inconstitucionalidad del art. 14 2° parte de la ley 23.737, y deniega el sobreseimiento de Claudio Daniel Caraballo.-

Se agravia el apelante en primer lugar por la valoración efectuada por el a quo de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió el hecho investigado y de las constancias que lo llevaron a rechazar el pedido de nulidad. En segundo lugar en cuanto denegó el cambio de calificación legal y la declaración de inconstitucionalidad de esa norma (art 14 2° párrafo de la ley 23.737) y el consecuente pedido de sobreseimiento de Caraballo.-



239702091000826564



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

### PODER JUDICIAL

Sostiene que el a quo ha rechazado el pedido de nulidad de la requisita personal efectuada a su asistido y los demás actos que fueron su consecuencia directa, la cual ha sido efectuada menoscabando derechos y garantías constitucionales, el principio de reserva y el derecho a la intimidad. Considera que su asistido no evidenciaba con su actitud signos de que estuviese por cometer un delito para justificar la requisita. Agrega que no había ningún operativo público de control de los que refiere el art. 294 inc. 5 del CPP. Señala que la actitud de dubitación no se debió a la presencia policial y que nada hacía presumir la relación con un ilícito como para justificar la requisita sin autorización judicial, no debiéndose validar el procedimiento por la mera percepción que funde la urgencia para practicarla. Entiende que la norma exige la presencia de motivos suficientes para presumir que una persona oculta cosas relacionadas con un delito para ordenar a requerimiento del fiscal y mediante decreto fundado la requisita de una persona.-

Afirma que la circunstancia de hallarse dubitativo y llevar un objeto de hierro de oxidado de 20 centímetros en su cintura no abastecen los motivos suficientes para presumir que ocultaba en su cuerpo cosas relacionadas con un delito, ni justifican la urgencia para realizar la medida sin orden judicial. Aduce que no ha existido sospecha razonable para habilitar la intromisión estatal en la esfera de la intimidad. Que ni el resultado positivo de la requisita justifica el accionar de la policía, siendo que un acto nulo no puede ser convalidado por su resultado. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura. Concluye que el procedimiento que obra a fs. 7/17 debe ser excluido de valoración, extendiendo su ineficacia a todos los actos procesales realizados como consecuencia de la requisita personal.-

El segundo agravio refiere al encuadre jurídico de la conducta endilgada a Caraballo, no siendo objeto de apelación ni el relato de los hechos, como los ha presentado la fiscalía, ni la participación del mismo.-



239702091000826564



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

### PODER JUDICIAL

Entiende que en la resolución el a quo ha incurrido en un análisis sesgado no teniendo en cuenta la declaración de su asistido quien manifestó que es consumidor de marihuana y cocaína, reconociendo la tenencia de las sustancia, que eran para consumo personal. La tenencia de los estupefacientes considera que no ha trascendido la esfera de custodia personal ni ha afectado a terceras personas y su destino fue aclarado por el imputado. Que la conducta no pasa el filtro de la lesividad que permita justificar la intervención del poder punitivo del estado, siendo que el bien protegido es la salud pública.-

Agrega que la cantidad secuestrada es escasa (13 gs. de marihuana y 4 gs. de cocaína) y que no se han valorado otras circunstancias de tiempo, modo, lugar, en que fue hallada que permitan acreditar la figura de tenencia simple, sino que por el contrario permiten presumir que eran para consumo personal.-

Aduce que la tenencia atribuída a su asistido carece de capacidad para trascender a terceros indeterminados, ya que su finalidad era para consumo personal. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.-

Solicita finalmente se decrete la nulidad de la requisita personal y de todos los actos que fueron realizados como consecuencia de ésta, se disponga el sobreseimiento de Claudio Daniel Caraballo en orden al delito de tenencia simple de estupefacientes. Subsidiariamente se revoque la resolución recurrida disponiendo el cambio de calificación legal como tenencia de estupefacientes para consumo personal, dictando el sobreseimiento en orden a ese delito.-

A la **PRIMERA CUESTION** el Sr. Juez, **Dr. Martín Miguel MORALES** dijo:

El remedio impugnativo del Sr. Defensor Oficial, ha sido deducido en tiempo y forma, se interpuso contra uno de los presupuestos contemplados por la norma a los cuales le habilita la vía recursiva y finalmente se han cumplimentado las formas prescriptas para su



239702091000826564



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

PODER JUDICIAL

articulación.-

En función de ello considero que debe declararse admisible.  
(arts. 337, 421, 439, 441, 442 y ccs. del C.P.P.).-

A la misma cuestión las señoras Juezas, **Dras. María Gabriela JURE y Mónica GURIDI**, por análogos fundamentos votan en igual sentido.-

A la **SEGUNDA CUESTION** el Sr. Juez, **Dr. Martín Miguel MORALES** dijo:

Habiendo analizado los agravios expresados por el Sr. Defensor y las constancias obrantes en autos, propondré al Acuerdo desestimar el planteo impugnativo intentado.-

Avocado en primer término, a analizar el planteo de nulidad del acta de procedimiento, entiendo que no existen motivos para decretarla. No se advierte violación a garantías constitucionales o inobservancia de disposiciones establecidas que conduzcan a confirmar la sanción pretendida, o que se haya vulnerado el derecho de defensa en juicio o debido proceso (arts. 201 y ccs. del CPP), resultando la resolución de la primera instancia, en el punto, ajustada a derecho.-

Se agravia el apelante en el entendimiento que en la resolución apelada el Sr. Juez a quo no hizo lugar al pedido de nulidad incoado respecto del acta de procedimiento de fs. 7/17, dado que no hubo razones de urgencia que justifiquen el accionar policial.-

El planteo defensista debe rechazarse.-

El acta en cuestión resulta acorde con las precisiones del Código de rito (art. 117 y ccs. CPP). En ella figura el lugar, la fecha, nombre y apellido de las personas que intervienen, las diligencias realizadas y su resultado. Mantiene, por lo tanto, su naturaleza de instrumento público plenamente fehaciente.-

Tal como refiere el acta de procedimiento, el personal



239702091000826564



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

### PODER JUDICIAL

policial divisió a un sujeto que se encontraba detenido en el semáforo de Pasaje Juramento y Barrancas del Paraná y que al dar luz verde se quedó detenido, situación que les llamó la atención ya que se encontraba dubitativo y miraba al piso. El personal policial se acercó al masculino a fin de preguntarle si tenía algún inconveniente con su moto, advirtiendo que de su cintura sobresalía un objeto de hierro punzante de unos veinte centímetros, oxidado, motivo por el cual proceden a su secuestro y deciden realizar una requisa de urgencia, dando cuenta del hallazgo de 10 envoltorios de marihuana, con un peso de 13 gramos y seis envoltorios de cocaína con un peso de cuatro gramos.-

El accionar de la fuerza policial en cumplimiento de funciones que le son específicas, resulta acorde con las precisiones del Código de rito en lo que atañe a requisas de urgencia (art. 294 del C.P.P.).-

La existencia de suficientes motivos de sospecha, en quienes resultan idóneos en la materia, no puede al presente objetarse, en modo que inhabilite una diligencia como la de autos. (art. 225 en relac. al art. 294 CPP).

Por cuanto al acercarse al imputado a los fines indicadas precedentemente, a simple vista pudieron observar que llevaba en su cintura un objeto punzante, razón por la cual requirieron la presencia de dos testigos y luego llevaron adelante la medida cuestionada.-

Al respecto se ha expedido la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en la causa Nº 78.003 "... *De todo esto se sigue que si la diligencia policial no es arbitraria, es decir que no responde al capricho de un determinado funcionario policial y tiene motivación suficiente, y si en el caso la obtención de la orden judicial únicamente hubiese implicado prolongar una restricción que de todos modos resulta justificada por motivos de urgencia, al menos en los supuestos de requisas y secuestros, la licitud del procedimiento, en términos constitucionales, queda fuera de toda discusión, admitiendo solamente*



239702091000826564



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

### PODER JUDICIAL

*planteos de índole formal que no conducen a la exclusión de sus resultados como elementos de prueba (arts. 201, segundo párrafo, y 206, CPP). En el caso de autos, en lo que respecta al primero de los requisitos que es común a las diligencias de requisas y secuestro, que es el de motivación suficiente (arts. 219, 226 y 293 inc. 5º, CPP), no es posible afirmar que el obrar de los funcionarios policiales haya sido arbitrario. Tanto la requisas como el secuestro no requieren probatoriamente un estándar de certeza acerca de la existencia o la vinculación de ciertos objetos con un delito, sino tan sólo una sospecha fundada. Solamente se requiere que el funcionario policial o quien lleve a cabo la restricción de derechos con fines preventivos o investigativos no actúen por mero capricho, discriminación o abuso. Esta exigencia de motivación debe ser lo suficientemente estricta para evitar un ejercicio arbitrario de las facultades de requisas o secuestro, pero también lo suficientemente flexible para permitir la prevención e investigación de los delitos. Todo se resume, a fin de cuentas, en un análisis acerca de la razonabilidad del obrar del funcionario interviniendo, tomando como base el panorama completo de los hechos. ... Por tales razones, corresponde considerar que en el caso existían motivos bastantes para llevar a cabo la requisas, en las condiciones ya reseñadas, como así también razones suficientes para prescindir de la previa orden judicial. En consecuencia, considero que el accionar policial cuestionado deviene legítimo y respetuoso de las garantías constitucionales (arts. 225, 226, y 294 inc. 5 del C.P.P. y 18 de la C.N). ...".-*

Ahora bien, en el presente caso debe tomarse como base el panorama completo de los hechos, tal como surge de las constancias glosadas a la causa -por cierto no cuestionadas por la defensa- esto es acta de procedimiento de fs. 7/17, acta de fs. 18/19 y declaración e os testigos del procedimiento Cabalero Luis Alberto fs. 28 y Lopez Sergio Fabián fs. 29..-



239702091000826564



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

A partir de dicho plexo probatorio, encuentro que en el presente caso no se trató de una situación en la que los policías sospecharon de algo, sino que existieron ciertos datos objetivos que llevó a los funcionarios policiales a sospechar, esto es que al acercarse a consultarle si tenía algún inconveniente con el rodado, divisan que en su cintura sobresalía un objeto de hierro punzante de aproximadamente 20 cm y oxidado.

Estas circunstancias de modo, tiempo y lugar, me convencen en el particular que la apreciación del personal policial, no puede decirse que haya sido arbitraria.-

Al respecto, debe recordarse, como ya ha dicho este Tribunal, que la sanción de nulidad resulta ser un remedio extremo, hecho que surge del sistema establecido en el ordenamiento procesal vigente, que articula nulidades que en principio resultan subsanables salvo casos excepcionales.-

Las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de las formas esenciales del proceso, cada vez que esa desviación suponga la restricción de las garantías a que tengan derecho los litigantes.-

*"De incuestionable valor resulta que el derecho prive de efectos a un acto procesal cuando su estructura misma presente vicios formales que lo invaliden, en tanto que es el cumplimiento de las formas lo que perfecciona la secuencia procesal como actividad realizadora del derecho sustantivo, colocándola al amparo del abuso o la arbitrariedad del juez o de las partes. No obstante, tamaña sanción exige la consideración en cada caso de los elementos a los que debe reputarse como esenciales para el acto de que se trate, como también, que la nulidad esté conminada por la ley pues, de no ser así, se vulneraría la regla de taxatividad uniformemente reconocida en los ordenamientos procesales más modernos."* Confr. Sala III



239702091000826564



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

### PODER JUDICIAL

del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa número 2772 (Registro de presidencia nro. 12230) caratulada “S.P.G.s/recurso de casación”.-

Por lo expuesto, corresponde considerar que existían motivos bastantes para llevar a cabo la requisita por los datos percibidos ex ante por los funcionarios policiales estatal, en las circunstancias referenciadas.-

A continuación, procederé a tratar las restantes cuestiones.-

El Sr. Juez a quo luego de examinar los elementos de cargo en los que ha fundado el Ministerio Público su requisitoria, los entiende suficientes para pasar a debate a fin de dilucidar el estado de sospecha verificado en la causa..-

Analizadas las constancias y fundamentos vertidos en la resolución recurrida y en coincidencia con el Juez de Garantías, entiendo abastecidas las exigencias legales al efecto (art. 337 del C.P.P.).-

Contrariamente a lo sostenido por el apelante, se encuentra justificada *prima facie* la materialidad ilícita de los hechos investigados, con el alcance exigible en esta etapa. Ello emerge a través de las siguientes constancias: fs. 7/17, 18/9, 20/2, 28/9, 31/8, 39/40, 44, 97, 107/13, (que por razones de economía procesal se dan por reproducidas) que en lo pertinente, conforman elementos de convicción suficientes en orden a la probable participación de Caraballo en el evento que se le atribuye. Siendo en la siguiente etapa donde se otorgará el mérito pertinente a su declaración en los términos del art. 308 del CPP (fs. 54/6).-

A través de las circunstancias puestas de manifiesto en su escrito recursivo, el Sr. Defensor, basa su queja en una hipótesis controvertida con la sostenida por el a quo en la resolución en crisis, efectuando un análisis de los eventos de manera opuesta, arribando por lo tanto a una conclusión diferente en virtud de lo cual solicita el cambio de calificación legal, rechazando en forma concluyente la impuesta por el a



239702091000826564



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

PODER JUDICIAL

*quo, sin haber aportado elementos contundentes que sirvan a su descargo no logrando conmover -al presente- los elementos que fueran meritados.-*

Se disgusta, en definitiva, con la calificación establecida por la fiscalía y confirmada por el Juez de Garantías por el delito endilgado a su asistido de tenencia simple de estupefacientes, impetrando el cambio por tenencia de estupefacientes para uso personal, según el art. 14 2º párr. de la mencionada ley. En orden a esta queja el reproche se limita a exponer una particular opinión carente de apoyatura en las constancias obrantes en la I.P.P., en tanto hasta aquí no puede afirmarse con la certeza pretendida por el Sr. Defensor, que la droga secuestrada era para consumo personal, desde que como lo señalara precedentemente tal circunstancia no ha sido debidamente acreditada por quien lo alega.-

En punto al pretendido cambio de calificación legal, deviene improcedente, al presente no se aprecia abstracta o arbitraria en razón de la valoración de la prueba realizada por el a quo para arribar al mencionado encuadre, que en esta etapa es esencialmente provisional y mutable. La cuestionada calificación sostenida -tenencia simple de estupefacientes-, se ajusta a las constancias colectadas durante la investigación, no resultando posible encuadrar la conducta en la figura de tenencia para consumo personal (art. 14 2º párr.), como solicita la defensa, sin perjuicio de lo que pueda probarse en el debate.-

Por fuera de ello, el Sr. Defensor no menciona que en el allanamiento de urgencia, con peligro en la demora, realizado en el domicilio del imputado se secuestraron recortes circulares con vestigios de cocaína, una tijera, un envoltorio de nylon contenido sustancia vegetal, dos frascos de vidrio que contenían azúcar reductor, tres plantas de cannabis sativa, cuyo peso arroja un guarismo de 42,2 gramos (al deshoje) (ver fs. 31/4).-

La proclividad específica, en cuanto a la adicción reconocida por Caraballo en su declaración según el art. 308 del CPP, sumado a lo señalado no son datos que puedan definir que se halla despejada toda duda



239702091000826564



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

### PODER JUDICIAL

respecto al hecho materia de imputación.-

Si bien es cierto que no todos los delitos de peligro abstracto conllevan una afectación para el bien jurídico protegido, en el caso la salud pública, que autoricen una consideración general, en las cuestiones de estupefacientes, la posesión dependerá del plan del tenedor o de la decisión de emplear el objeto de modo peligroso o sea, cuando dichos elementos pueden ser empleados delictivamente por alguien. La posesión de drogas pondrá en peligro a la salud pública cuando se advierta la posibilidad de la venta o distribución a terceras personas. En el caso no se puede tener la certeza que la sustancia iba a ser consumida inequívocamente por el tenedor en un ámbito privado, en tanto la cantidad de droga secuestrada, excede las estipuladas para el consumo personal (ver fs. 110 vta./11).-

Por ello, tratándose de cuestiones de hecho, entiendo que requieren una clara elucidación en el en el marco del debate, donde deberá estimar el sentenciante, en pleno ejercicio de los principios de inmediación y contradicción, el mérito de la prueba en su conjunto, valorándolas a la luz de la totalidad de los elementos obrantes en la causa.-

Como ya se ha sostenido desde aquí, las valoraciones sobre las piezas convictivas de éste momento procesal son provisorias, porque la provisoriedad es, justamente, la esencia -meramente preparatoria- de la I.P.P. Muy excepcionalmente hallan cabida en ella conclusiones definitivas que, como eliminan y evalúan las constancias causídicas, deben estar respaldadas por elementos de convicción que permitan la contundente certeza que justifica la supresión del plenario, no siendo ello el caso en tratamiento.-

En este orden, no se aprecia en autos que se configuren las exigencias legales para el dictado de medida de alcance definitivo (art. 322 y ccs. del C.P.P.) como la solicitada, en tanto no puede afirmarse al momento, la ausencia de responsabilidad penal del imputado en autos, ni se advierte el estado de certeza absoluta sobre la causal que lo fundamente.-



239702091000826564



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

PODER JUDICIAL

En consecuencia, voto por la afirmativa.-

A la misma cuestión la señora Jueza, **Dra. María Gabriela JURE**, por análogos fundamentos vota en igual sentido.-

A la misma cuestión la Sra. Jueza **Dra. Mónica GURIDI** dijo:

He de disentir con los colegas preopinantes en tanto, entiendo que no se trata de una nulidad formal, sino que se trata de aquéllas que, por la afectación de derechos constitucionales, amerita se trate bajo el tamiz federal.-

En ese orden, tengo convicción que no reaccionar inmediatamente ante la luz verde de un semáforo, aún cuando se observara que un ciudadano tenía un fierrito oxidado en su cintura, de modo alguno autoriza la intromisión estatal alegando subjetividades que sorprenden por su arbitrariedad.-

En el horario y circunstancias que se mencionan, el accionar policial carece de las condiciones de necesidad, racionalidad y circunstancias justificantes, por lo que entiendo corresponde declarar la nulidad de la requisita sin orden judicial volcada en el acta cuestionada.-

Como ya lo he manifestado precedentemente (causa N° 5759), a partir de la requisita practicada sobre la persona, por la autoridad policial actuante sin la debida orden judicial y sin vislumbrarse ni alegarse razones de urgencia que ameriten la intromisión en la esfera de privacidad de un ciudadano, le asiste razón a la Defensa en cuanto que debe decretarse la nulidad del procedimiento y los actos que son su consecuencia.-

Ello así, en razón que el procedimiento plasmado en el acta de fs. 12 violenta lo normado en los arts. 18, 75 inc. 22) de la C.N. y 15, 16 y 57 de la Constitución Prov. Bs.As., y arts. 201, 203, 204 y 294 inc. 5) en función de lo dispuesto por el art. 225 del C.P.P.-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido



239702091000826564



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

### PODER JUDICIAL

que: “en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia. En efecto, la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público” (S.C.B. 66.XXI -"B.,G.O.s/ defraudación", 27/06/2002).-

Es por ello que debe verificarse *en concreto*, si existieron circunstancias objetivas, reflejadas en conductas o actos del individuo plasmadas en el acta inicial, que demuestren la necesidad de proceder a la requisa personal, sin la correspondiente orden judicial.-

En la referida acta, se da cuenta que encontrándose el personal policial recorriendo la jurisdicción en prevención de delitos y faltas en general, divisan a un masculino que se encontraba detenido en el semáforo de Pasaje Juramento y Barrancas del Paraná, que al darle la luz verde, se queda detenido, situación que llama la atención ya que se encontraba dubitativo y miraba para el suelo, al acercarse a fin de preguntarle si tienen algún inconveniente con su rodado, divisan en su cintura que sobresale un objeto de hierro punzante oxidado que resulta ser de unos 20 cm., por ello descienden de sus motos y proceden a requisarlo, solicitando a dos ciudadanos para que oficien de testigos. Así realizan un cacheo de urgencia, encontrando entre sus ropas varios envoltorios en bolsas verdes y blancas, que contienen una sustancia verde parduzca y polvo blanco, secuestrando de su celular y colocándole las esposas.



239702091000826564



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

### PODER JUDICIAL

Procediendo a su identificación y traslado a la Comisaría Segunda. En presencia de testigo realizan el pesaje y test de orientación de las sustancias incautadas, tratándose de 10 envoltorios de marihuana con un peso de 13 gs. y 6 envoltorios de cocaína con peso de 4 gs., en cual consta en el acta de fs. 18.-

En la misma fecha y en base a la requisita y secuestro sin orden judicial, se libra orden de allanamiento y secuestro, con peligro en la demora, en su domicilio (fs. 30), procediéndose al mismo, cuya acta luce a fs. 31/4.-

De las circunstancias fácticas individualizadas se desprende que la indemostrada actitud dudosa que el personal policial apreció en el imputado Caraballo, no justificaba el posterior procedimiento, por lo que no se encuentra fundada, acreditada o plasmada objetivamente en el acta cabeza de actuaciones, alguna conducta que legitime su accionar. Lo único que advierte la policía en una actitud dubitativa cuando el semáforo se pone en verde y ello claramente no constituye causa suficiente y menos aún aparece plasmada la situación de urgencia necesaria para conculcar derechos constitucionales.-

En efecto, es dable establecer cuál fue el motivo -de naturaleza objetiva- que los preventores sopesaron para practicar la diligencia de requisita.-

Sólo refirieron que: visualizaron a un masculino en su moto que no arrancó cuando lo habilitó el semáforo, al acercarse observan el fierro oxidado en su cintura y deciden iniciar la requisita de urgencia sin fundamentación alguna, tan solo porque habían advertido el estado de duda.-

No puede soslayarse, sin admitir estándares de abuso funcional, que la conducta asumida por los preventores fue excesiva y antinORMATIVA, ya que lo plasmado en el acta resulta arbitrario y no puede fundar razonablemente el acto policial de injerencia en la persona del



239702091000826564



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

### PODER JUDICIAL

ciudadano y de los bienes.-

A esta altura cabe preguntarse ¿qué motivos suficientes existieron para presumir que Caraballo ocultaba cosas relacionadas con un delito? Asimismo dichos motivos objetivos de la realidad debieron existir antes de intervenir, para proceder -como se hizo- a requisar a un sujeto detenido en la vía pública en un semáforo y sin orden judicial.-

Ya me expedido en el sentido de que no existe justificación cuando ni un juez habilitaría tamaño avasallamiento de derechos si ex antes se le hubiera requerido una orden legal.-

En este orden es insoslayable señalar que hasta cuando se trata de un "operativo público de control motivado en políticas tendientes a la prevención de delitos" (art. 294 inc. 5) seg. párr. C.P.P.) -que no es el presente caso-, el mismo posee las restricciones constitucionales que preservan los derechos de los ciudadanos.-

El art. 294 inc. 5) autoriza a los funcionarios policiales a practicar "requisas urgentes con arreglo al art. 225 CPP. Y éste faculta a los jueces a ordenar requisas urgentes "mediante decreto fundado, siempre que haya motivos para presumir que (una persona) oculta en su cuerpo cosas relacionados con un delito".-

La garantía determina que incluso en las requisas urgentes (o sea, aquellas que no pueden esperar la orden judicial) deben estar de todas maneras precedidas de los mismos recaudos que gobiernan aquellas ordenadas por la autoridad judicial, ya que no resultaría razonable que se le otorgue a los funcionarios policiales mayores facultades que los que rigen respecto de los propios magistrados.-

De allí que los procedimientos prevencionales deben analizarse considerando la razonabilidad del acto plasmado, siendo necesario que los policías identifiquen y describan con precisión las referidas circunstancias objetivas que los hicieron presumir la existencia de un estado de sospecha o la inminencia de un ilícito penal.-



239702091000826564



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Así lo entendió el Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs.As., en causa "**Balverdi, Ulises Jesús s/Recurso de casación**" Sala I, fallo del 08/09/2016, causa N° 75.895.-

En el mismo el máximo tribunal provincial estableció que "... *De modo que en el sub judice no existían signos exteriores, objetivamente apreciables o circunstancias que razonablemente justifiquen o puedan explicar satisfactoriamente los motivos por los cuales se actuó sobre Ulises Balverdi. La Constitución Nacional establece en su art. 18 la garantía de toda persona de no ser detenida sin una orden de autoridad competente que así lo disponga, lo cual no es otra cosa que la existencia de una orden jurisdiccional que ordene concreta y fundadamente la privación de la libertad de una persona contra la que pesa una imputación delictiva y en el marco de un proceso penal. De igual modo, se expresa el art. 16 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. También nuestra Ley Fundamental ha reconocido el derecho de toda persona a no sufrir injerencias arbitrarias (arts. 75 inc. 22º C.N.; 11.2 y 3 C.A.D.H.; 17.1 y 2 P.I.D.C.P.), lo cual no puede ser soslayado cuando se dispone la interceptación y requisa de un ciudadano sin una orden expedida por la autoridad judicial a tales fines. Como tiene dicho la Corte Europea de Derechos Humanos, la sospecha será razonable cuando la existencia de hechos o información hagan suponer a "un observador objetivo que la persona involucrada pueda haber cometido el delito" ("Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom", sent. 30/08/1990, y "Cebotari v. Moldova", sent. 13/11/2007), criterio que hemos acogido en la causa nº 57.515, "Maciel, Martín José". De allí que la búsqueda de la verdad histórica posea limitaciones en los derechos y garantías de la persona, para cuya afectación la ley procesal regula toda una suerte de reaseguros y procedimientos. La ejecución de las requisas y registros por los miembros de la fuerza policial para los casos de urgencia encuentran su regulación expresa en el Código Procesal Penal en el artículo 294. Todo debidamente*



239702091000826564



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

### PODER JUDICIAL

*instrumentado mediante acta para permitir el control jurisdiccional posterior, y para su ejecución, los funcionarios policiales, además de cumplir acabadamente la ley ritual bonaerense, deben adecuar su actuación “estrictamente al principio de razonabilidad, evitando todo tipo de actuación abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral contra las personas” (art. 9, ley 13.482 de Unificación de las Normas de Organización de las Policías de la Provincia de Buenos Aires). Como en reiteradas oportunidades se ha explicado desde esta Sala, el “olfato policial” no es suficiente a los fines de una injerencia estatal de tamaña magnitud, sin que se mude originaria la ilegitimidad del accionar del personal policial por el hecho de que, como su directa consecuencia, la requisita haya obtenido un resultado positivo (causa nº 57.515, “Maciel, Martín José”, del registro de esta Sala conforme su anterior integración). El espurio proceder inicial invalida toda la actuación posterior (causas nº 58.142, “Lucero, Carlos Fabián”, cit.; nº 58.263, “Bareiro Quiroz, Pedro José”, entre otras). Es de destacar que la solución propiciada recorre la senda establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Peralta Cano, Mauricio E.” (P. 1666 XLI, sent. 3/5/2007), cuyos fundamentos hago míos. Y tal como se puso de manifiesto en dicho fallo, retomando los lineamientos impuestos en “Daray, Carlos A.” de ninguna manera se avizoran en autos “circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer un hecho delictivo o contravencional”, o que en virtud de las “circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de (alguna) persona”. Deviene, por consiguiente, inválido todo lo actuado a partir del espurio procedimiento policial (arts. 203 y 207 C.P.P).-*

El Derecho de circulación y residencia (art. 22 de la CADH) ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia, como un “precioso derecho individual e importante elemento de libertad” (CSJN,



239702091000826564



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

### PODER JUDICIAL

Fallos 307:1430, "Olmos"). En el punto destaca que como excepción reglamentaria las fuerzas policiales se encuentran autorizadas a prescindir de la orden judicial en casos de flagrancia o cuando las leyes lo habilitan. Mencionan que el artículo 15 de la ley 13.482 de la Policía de la Pcia. De Buenos Aires dispone que el personal policial está facultado para limitar la libertad de las personas únicamente en los siguientes casos: a) En cumplimiento de orden emanada de autoridad judicial competente. B) Cuando se trate de alguno de los supuestos prescriptos por el Código Procesal Penal o la ley contravencional de aplicación al caso. C) Cuando sea necesario conocer su identidad, en circunstancias que razonablemente lo justifiquen, y se niegue a identificarse o no tiene la documentación que la acredita. Notificándose las mismas en forma inmediata a la autoridad judicial. Sintetizan que la actuación policial por averiguación de identidad se asienta en tres pilares: a. Necesidad. b. Razonabilidad. c. Circunstancias que lo justifiquen. En el fallo citado destacan que la razonabilidad excluye todas aquellas restricciones que cabe calificar como arbitrarias o caprichosas, como las que son ineficaces o innecesarias para alcanzar los fines de interés general, o aquellas que se traduzcan en el hostigamiento u opresión de un individuo, correspondiendo al poder judicial dejar sin efecto esas limitaciones.-

En el fallo "Fernández Prieto" (CSJN Fallos: 321:2947), el Dr. Petracchi en su voto señaló que el control judicial es la vía que ha de garantizar al ciudadano frente a toda actuación estatal injustificada.-

En el caso "Daray" (Fallos: 317:1985, 22/12/1994, se estableció que para la suprimir garantías de un ciudadano se requiere que estén reunidas las circunstancias que justifiquen la razonabilidad de la detención, que esta se sustente en una causa razonable que permita fundamentar que es lícito que un habitante deba tolerar dicha medida.-

En autos "Peralta Cano" (causa P.1666.XLI), se argumentó que la policía históricamente ha justificado por el llamado estado de



239702091000826564



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

### PODER JUDICIAL

sospecha su accionar. La Corte sostuvo que la pura subjetividad es el extremo opuesto de los elementos objetivos razonables exigidos por el art. 15 inc. "c" de la ley 13.482 para que cualquier intervención policial de identificación resulte válida y legítima. Todas las apreciaciones o valoraciones personales que no se correspondan con hechos comprobables habrán de caer en el ámbito de la subjetividad y, por lo tanto, en un derecho penal de autor que es incompatible con el derecho penal de acto que debe orientar cualquier intervención policial y judicial en un estado Constitucional de Derecho (CN 18 y 19).-

El Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala I, en fecha 10-12-2013 -MJ-JU-M-83412-AR - MJJ83412, resuelvió, abriendo la queja por apelación denegada, respecto a que la persecución, aprehensión y requisita personal, por parte de la policía, de dos personas que circulaban en moto en horas de la tarde por una zona poblada, que dicha intervención no puede sustentarse únicamente mediante "su actitud sospechosa", sin testigos y ni tan siquiera el hecho de haberles secuestrado un arma de fuego, justifica tal accionar policial. En dicho fallo el Dr. Carral expresó que: "para justificar el actuar policial sin orden judicial, deben verificarse en concreto circunstancia objetivas, reflejadas en conductas o actos del individuo, que demuestren la necesidad de proceder. Con lo cual, la sola mención a una actitud sospechosa, estado de nerviosismo, mirada esquiva o huidiza, y menos aún, actitud llamativa, pueden fundar razonablemente este acto policial de injerencia en la persona de un ciudadano. Para comprobar la razonabilidad del acto plasmado en el acta prevencional, es necesario que los policías identifiquen y describan con precisión las referidas circunstancias objetivas que los hicieron presumir la existencia de un estado de sospecha o la inminencia de un ilícito penal. Lo contrario transluciría un estado de sospecha fundado en meras subjetividades del funcionario policial, que tornaría inútil toda revisión y control por parte de los jueces ...".-



239702091000826564



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

### PODER JUDICIAL

En el caso en particular, no se puede inferir irregularidad alguna en la actitud de Caraballo, en horario vespertino, detenido en un semáforo y con un fierrito oxidado en la cintura, de modo que amerite sospechar la existencia de algún ilícito, ni urgencia para no proceder de acuerdo a derecho, requiriendo la autorización correspondiente.-

Por último debe señalarse que en el caso en tratamiento no existe una fuente independiente con la que suprimiendo hipotéticamente la requisita ilegal que luce en el acta cuestionada, se pueda igualmente arribar a sus consecuencias, lo cual da sustento a la nulidad absoluta que reclama el recurrente y la exclusión probatoria pretendida.-

Por todo lo expuesto entiendo que el acta inicial de procedimiento de fs. 7/17, violenta las garantías constitucionales y el debido procesal legal.-

Tal como prevé el legislador provincial en los arts. 203, 207 y 211, ese efecto fulminante debe ampliarse a aquellos actos en los cuales posea consecuencia lógica, tal lo doctrina establecida por la C.S.J.N. en los renombrados fallos *"Fiorentino"* y *"Montenegro"*, ya que aceptar prueba obtenida en violación a garantías constitucionales equivale a otorgar valor al resultado de un delito y a comprometer la buena administración de justicia (en forma primigenia cfr. Corte Suprema in re *"Charles Hermanos"*, publicado en Fallos 46:36 y luego en *"Rayford"* en L.L. 1986-C 396,etc.).-

Que conforme a lo expuesto, no constatándose los requisitos de necesidad, razonabilidad y circunstancias que justificaran el accionar policial se impone declarar la nulidad de la requisita volcada en el acta de procedimiento de fs. 7/17 y de los actos que son su consecuencia; conforme lo establecen los arts. 203, 207 y 211 del C.P.P.-

En consecuencia debe acogerse el planteo de nulidad traído a tratamiento y revocar la resolución impugnada (Arts. 106, 201, 203, 225, 294 inc. 5), 421, 439, 441, 443 y ccs. del CPP, y art. 18 C.N.).-

Así lo voto.-



239702091000826564



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

PODER JUDICIAL

A la **TERCERA CUESTION** el Sr. Juez, **Dr. Martín Miguel MORALES** dijo:

De conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente, estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Estanislao Carricart y confirmar en todas sus partes la resolución de fs. 139/147.-

Es mi voto.-

A la misma cuestión la Señora Jueza, **Dra. María Gabriela JURE**, por análogos fundamentos votó en igual sentido que el colega preopinante.-

A la misma cuestión planteada, la **Dra. Mónica GURIDI**, dijo:

Conforme votara en la segunda cuestión, estimo que corresponde hacer lugar al recurso de apelación, declarando la nulidad del acta que diera origen a las presentes actuaciones y todos los actos que son su consecuencia.-

Así lo voto.-

Con lo que terminó el presente Acuerdo dictándose la siguiente

**RESOLUCION:**

I.- Declarar admisible el remedio impugnativo intentado.-

II.- Desestimar, **por mayoría**, el recurso interpuesto y en consecuencia confirmar la resolución de fs. 139/47 en cuanto no hace lugar al cambio de calificación legal, rechaza la oposición a la requisitoria fiscal, no hace lugar al pedido de nulidad interpuesto, ni a la inconstitucionalidad del art. 14 2º parte de la ley 23.737, y deniega el sobreseimiento de **CLAUDIO DANIEL CARABALLO**, cuyas demás circunstancias personales son de figuración en autos, y ordena elevar a juicio la IPP N° 6366-19, de trámite por ante la UFI y J N° 2 dptal., por el delito de tenencia simple de



239702091000826564



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

PODER JUDICIAL

estupefacientes en los términos del art. 14 1º párrafo de la ley 23.737 (modif. Ley N° 26.052) en carácter de autor (art. 45 del C.P.). (arts. 323 a contrario sensu, 334, 337 y ccs. del CPP).-

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.-

**REFERENCIAS:**

Funcionario Firmante: 26/06/2020 13:22:03 - MORALES Martin Miguel (martin.morales@pjba.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 26/06/2020 13:22:39 - JURE Maria Gabriela (maria.jure@pjba.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 26/06/2020 13:29:20 - GURIDI Monica Flora (monica.guridi@pjba.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 26/06/2020 13:34:11 - Horacio Daniel Annan (horacio.annan@pjba.gov.ar) - SECRETARIO (Legajo: 715938)



239702091000826564

**CAMARA DE APELACION Y GARANTIAS EN LO PENAL - PERGAMINO**

**NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS**