

  
MARIA JIMENA MONSALVE  
SECRETARIA DE CAMARA

REGISTRO N° 2189/13

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 6 días del mes de diciembre del año dos mil trece, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez doctor Alejandro W. Slokar como presidente y los jueces Angela Ester Ledesma y doctor Pedro R. David como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso interpuesto en la presente causa N° 15.608 del registro de esta Sala, caratulada: "S \_\_\_\_\_ H \_\_\_\_\_, L \_\_\_\_\_ E \_\_\_\_\_ y otros s/recurso de casación", encontrándose representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Javier Augusto De Luca y la defensa a cargo del Defensor Público Oficial *ad-hoc* doctor Nicolás Ramayón.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Alejandro W. Slokar y en segundo y tercer lugar los jueces Angela Ester Ledesma y doctor Pedro R. David, respectivamente.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

-I-

1º) Que por decisión de fecha 15 de marzo de 2012, la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, en la causa n° 20/2012 de su registro, resolvió -en lo que aquí interesa-: "I.) Revocar el auto de fs.8/11 y declarar la nulidad del acta de fs. 1/2, de las detenciones de fs. 4, 5, y 6 y del secuestro de fs.7 y de todos los actos posteriores que fueran una consecuencia inmediata. II.) Disponer los sobreseimientos de \_\_\_\_\_

." (fs. 95/96vta).

Contra esa resolución, el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación (fs. 111/117), que fue concedido (fs. 119/vta.) y mantenido en esta instancia (fs. 128/131).

2º) Que el recurrente encarriló su presentación en el segundo supuesto previsto en el art. 456 del rito, alegando una errónea aplicación e interpretación de las normas que regulan el régimen de nulidades.

En primer lugar, señaló que: "...las circunstancias de hecho observadas por los preventores generó la sospecha de que los imputados habrían cometido un delito relacionado con el teléfono celular que se pasaron entre ellos. Si bien no se reflejó en el acta de forma explícita, es plausible sostener que la mención sobre la discusión y el posterior traspaso del celular generó en los policías la razonable sospecha de que los imputados acababan de sustraérselo a otra persona, percepción calificada por su oficio en tareas de prevención".

En este sentido, consideró que: "Repárese en que nadie cuestionó la finalidad de la presencia policial en el teatro de los hechos, pues no se puso en duda el hecho de que los preventores, sin perjuicio de estar vestidos de civil, se encontraban allí por haber dado cumplimiento a su servicio en el marco del acto presidencial que había tenido lugar en Plaza de Mayo".

Asimismo, refirió que: "...en este caso particular, aparece evidente que la atención del personal policial -que se hallaba retirándose de su servicio en función de prevención del delito- fue captada por la actitud de los imputados, quienes se hallaban en la vía pública discutiendo entre sí. En virtud de ello, observaron el traspaso del celular, el resguardo en la mochila y la vuelta sobre sus pasos".

Agregó que: "En tal escenario, los preventores solicitaron la exhibición de las pertenencias donde encontraron el teléfono celular cuya procedencia ilícita se sospechaba. La explicación de uno de los imputados se vio refutada por el mensaje de texto en el teléfono y el posterior llamado realizado por los policías que confirmó que el celular era de otra persona a quien en forma reciente se lo habían sustraído".

En estas condiciones, sostuvo que: "...yerra la opinión de V.E. en la resolución que se cuestiona, pues deslegitima un

procedimiento construido sobre la base de comportamientos que conformaron, desde su inicio y en el devenir de los sucesos, un cuadro de sospecha que concluyó con el hallazgo del teléfono celular ajeno".

Finalmente, estimó que: "...los criterios restringidos sobre la sospecha razonable expuestos en la decisión de V.E., tienden [a] compartimentar y graduar la sospecha delictiva de tal manera que la sospecha debe ir necesariamente en aumento para autorizar la requisita tras una primigenia y válida interceptación. Sin embargo la realidad no se presenta siempre así. Como ya se dijo, la sospecha sobre la procedencia ilícita del teléfono estuvo desde el comienzo, circunstancia que autorizaba con ello no sólo la interceptación sino la lógica requisita que tenía como propósito verificar la procedencia del objeto del sospechado delito".

En definitiva, solicitó que se haga lugar al recurso y se deje sin efecto la decisión recurrida.

3°) Que a fs. 135 se pusieron las actuaciones en término de oficina. A fs. 136 se presentó el señor Fiscal General remitiendo a su presentación de fs. 128/131.

Allí, sostuvo que: "...la declaración de nulidad deviene prematura, porque las razones que tuvieron los policías para intervenir, podrán ser reveladas con un exhaustivo interrogatorio en lo que reste de la etapa de instrucción [...] o en el debate oral correspondiente".

Asimismo, resaltó que no podría invocarse la garantía de inviolabilidad de los datos y comunicaciones privadas, teniendo en cuenta que el derecho de exclusión del conocimiento de terceros sólo protege al titular de los mensajes, no a quien posee los datos de manera ilícita; y que dicho titular habría otorgado un consentimiento tácito para que revisasen sus comunicaciones y datos personales obrantes en el aparato celular con el fin de que la ubiquen y poder recuperarlo.

En la misma oportunidad, la Defensa Pública Oficial presentó escrito a fs. 138/143, solicitando se rechace el recurso incoado por el representante del Ministerio Público

Fiscal.

En efecto, la Defensa Oficial señaló que: "...el Ministerio Público Fiscal no puede ahora invocar que la declaración de nulidad es prematura, cuando el Sr. Fiscal de instrucción fue quien convocó a los imputados a la audiencia establecida por el art. 353 bis del C.P.P.N. Si dicho órgano acusador tenía dudas acerca del contenido de las actas labradas por la prevención, debería haberlas aclarado antes de haber citado a los imputados. Ahora bien, esa omisión del director de la investigación no puede utilizarse en perjuicio de los justiciables...".

Por último, consideró que: "Si bien el planteo de nulidad de la detención fue rechazado por la cámara de apelaciones, es[a] defensa no pudo recurrirla por falta de agravio (por el sobreseimiento dictado), por lo que si se hiciera lugar al recurso del órgano acusador, solicit[a] se declare la nulidad absoluta de la detención de los nombrados y del interrogatorio que le realizaron los policías previo a la realización de la requisita".

4º) Que a fs. 149 se dejó constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 CPPN, por lo que las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

**-II-**

Que el recurso de casación presentado es formalmente admisible, toda vez que el pronunciamiento atacado es recurrible a tenor del art. 457 CPPN, la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarlo (art. 458) y se han invocado agravios fundados en la inobservancia de la ley procesal (art. 456, inc. 2º).

**-III-**

Que, liminarmente, corresponde realizar una breve referencia de vicisitudes de las presentes actuaciones.

En ese sentido, cabe reparar que el acta inicial de fs. 2 -declaración del subinspector Nicolás Silva- da cuenta que los preventores: "...pudieron observar y escuchar a tres personas dos del sexo masculino y una del sexo femenino quienes

mientras caminaban en dirección hacia la calle Tacuari discutiendo entre ellos, siendo que en un momento dado el masculino que caminaba en el medio vestido con ropas de color negra, le pasa un teléfono celular al masculino restante quien caminaba contra la línea de identificación vistiendo camisa de color clara, siendo que al tomarlo, este ultimo, lo introduce en la mochila que portaba, pasando en esos momentos la boca de subte de la línea A de la estación Piedras, regresando las tres personas en sus pasos para descender a la misma".

Se desprende asimismo de esta actuación que: "...invit[ó] a la[s] personas a exhibir sus pertenencias, donde al extraer de sus pertenencias de la mochila que portaba el masculino que vestía camisa clara, se observa un teléfono celular manifestando en ese momento de forma espontánea, el masculino, ser técnico de telefonía celular y que el propietario era un cliente, para luego referir que se lo habían entregado hacia unos instantes, tratándose de un teléfono marca Blackberry de color negro, con funda de goma".

Así también, se dejó sentado que: "Ante tal circunstancia quien depone toma el teléfono celular observando un mensaje abierto que decía por favor te doy la plata el celular lo necesito. Ante ello, y las razones no valederas manifestadas por el masculino, quien declara se comunico telefónicamente al numero de abonado 5491164573778 del cual provenia el mensaje de texto, siendo atendido por una voz femenina, donde al presentarse el deponente esta le refirió que el celular se lo habían robado momentos antes a su amiga en la plaza de mayo...".

Como observación preliminar, cabe destacar que las circunstancias plasmadas en la constancia prevencional referida encuentran su correlato en el testimonio del cabo Nicolás Avena documentado en el acta de fs. 12/vta., como así también en las actas de detención de fs. 4/6vta. y el acta de secuestro de fs. 7.

-IV-

Que anticipo que la presentación casatoria no puede tener acogida favorable, habida cuenta que en mérito de cuanto resulta de las constancias del legajo y del episodio generador de la causa, se evidencia que la detención de los encausados no se corresponde con una actuación del personal policial verificada de manera regular.

En cuanto aquí interesa, el art. 284 del rito regula la facultad de la policía para proceder a la detención sin orden judicial en los siguientes términos: "...1°) Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo. 2°) Al que fugare, estando legalmente detenido. 3°) Excepcionalmente 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 al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención, y 4°) A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad".

Ahora bien, descartada la posibilidad de subsumir el caso en la hipótesis del inciso 4º, solamente podría invocarse el supuesto del inciso 3º, que se caracteriza por su especial excepcionalidad y por la necesidad de individualizar indicios vehementes de culpabilidad.

Sobre este marco, cabe observar una manifiesta ausencia de datos objetivos ("indicios vehementes de culpabilidad") que hubieran permitido al personal policial proceder por esta vía de excepción a la aprehensión de los individuos.

En tales condiciones, corresponde señalar que la mera invocación de la situación de "observar dos personas del sexo masculino" y que una de ellas "le pasa un teléfono al masculino restante", quien "al tomarlo, este último, lo introduce en la mochila que portaba", no pueden ser suficientes para justificar intromisiones drásticas en los derechos de una persona, tales

como detenerla y requisarla. Es que, las referencias a elementos objetivos deben ser concretas y circunstanciadas, y se debe explicar qué conductas concretas fueron percibidas como constitutivas de "indicios vehementes de culpabilidad", para así fundamentar la urgencia de la detención y el peligro de fuga exigido por la norma.

Más allá de lo expuesto, cabe resaltar que la invocación del precedente "Terry v. Ohio" de la Corte de los Estados Unidos en el decisorio en crisis no resulta aplicable al *sub examine* para considerar válida la detención, pues magüer no guardar identidad fáctica alguna, cabe traer a colación lo sostenido en el caso "Ciraolo" del cimero tribunal: "...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 esta modo preservar su seguridad física o la de un tercero en el curso de una investigación. Para ello la 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 el poder a la policía para llevar arrestos al mayoreo al margen de la ley" (Fallos: 332:2397, disidencia de los ministros Maqueda, Lorenzetti y Zaffaroni; el resaltado no es del original).

Por lo demás, retomando las particulares circunstancias del caso, no es dable soslayar que tampoco luego del arresto se cumplió con la disposición procesal, puesto que aquel procedimiento no se realizó "al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención" (art. 284 inc. 3º del rito), toda vez que en lugar de dar noticia al magistrado, recibir instrucciones y conducirlo ante él, se procedió a requisarlo, secuestrar el teléfono celular, corroborar el mensaje, llamar al número del que provenía, dialogar con la interlocutora y, finalmente, recibir y contestar un llamado de la dueña del teléfono.

De este modo, ante la ausencia de comunicación de la *notitia criminis* a las autoridades correspondientes, el personal preventor actuó por fuera de los procedimientos que imponen que frente a la sospecha de la comisión de un delito por parte de una persona determinada deben intervenir el Ministerio Público Fiscal y el juzgado instructor correspondiente (cfr. causa n° 13.193, caratulada: "Heer Luque, J. A. y otros s/recurso de casación", reg. n° 20.195, rta. 5/7/2012, causa n° 7841, caratulada: "Villagra, Diego Fernando s/recurso de casación, reg. 9/13, rta. 6/2/2013; causa n° 11.216, caratulada: "Lemos, Ramón Alberto s/ recurso de casación", reg. 20.828, rta. 19/11/12).

Cabe memorar lo sostenido en el precedente "Ciraolo" ya invocado *ut supra* (disidencia de los ministros Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni) cuando —en tanto resulta pertinente— sostuvo: "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 esas 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...".

Por todo lo expuesto, se impone también declarar la nulidad de la aprehensión de los encausados y de todos los actos que de ella se han derivado (arts. 166, 167, 168 y 172 CPPN) lo que en definitiva lleva a mantener el temperamento adoptado respecto de

\_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ bajo los términos del 336 inc. 2° CPPN.

De tal suerte, entiendo que corresponde rechazar, sin costas, el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 471 a *contrario sensu* y



532 CPPN).

Así lo voto.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

Adhiero en lo sustancial al voto del doctor Slokar y emito el mío en ese sentido.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Pedro R. David** dijo:

En las especiales circunstancias del caso, adhiero en lo sustancial a la solución propuesta por el doctor Slokar.

Por lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:**

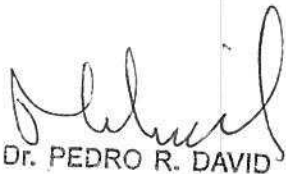
**I. DECLARAR LA NULIDAD** de la detención de

Y

y de todos los actos que de ella se han derivado y, en consecuencia, **CONFIRMAR** el sobreseimiento pronunciado en el punto II de la resolución recurrida (arts. 166, 167, 168, 172 y 336 inc. 2º CPPN).

**II. RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, **SIN COSTAS** (arts. 471 a *contrario sensu* y 532 CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase a la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

  
Dr. PEDRO R. DAVID

  
ALEJANDRO W. SLOKAR

  
ANGELA ESTER LEDESMA

  
MARIA JIMENA MONSALVE  
SECRETARIA DE CAMARA

