



%o7_!+R!<y+3S

**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Causa nº 59881, Caratulada "HERRERA
ADRIAN ABEL S/RECURSO DE QUEJA
ART 433 CPP"

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, sede de la sala I del Tribunal de Casación Penal (cf. Ac. 1805 de la S.C.J.B.A.), el 10 de diciembre de dos mil trece se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Daniel Carral y Benjamín Ramón María Sal Llangués (art. 451 del C.P.P.), con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de resolver la **Causa N° 59.881** caratulada "**HERRERA, Adrián Abel s/ Recurso de Queja (art. 433 C.P.P.)**", conforme al siguiente orden de votación: CARRAL - SAL LLARGUÉS.

ANTECEDENTES

La Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Lomas de Zamora declaró inadmisible el recurso de casación

interpuesto por la Defensa Oficial de Adrián Abel Herrera contra la resolución de ese órgano que revocó el decisorio del Juez de Garantías que no hizo lugar a la orden de detención peticionada en su contra al nulificar el procedimiento policial inicial.

Contra dicho pronunciamiento acude en queja ante estos estrados la Sra. Defensora Oficial del nombrado, señalando que este Tribunal es el convocado a salvaguardar la garantía del doble conforme jurisdiccional respecto de una resolución equiparable a definitiva por importar un gravamen de imposible reparación ulterior que pone en jaque la libertad de su asistido y, por consiguiente, prevista por el art. 450 del Código Procesal Penal.

En el recurso de casación, la impugnante critica el decisorio de la Cámara departamental en relación a la fundamentación que se hizo de la existencia de sospecha razonable para proceder a la interceptación de Herrera y posterior secuestro de un arma de fuego, señalando que no hubo persecución alguna ni intento de fuga por parte de su pupilo procesal, ni dato alguno del cual emerja la mentada sospecha. Alega que los preventores no actuaron conforme con el art. 294

inc. 5º del C.P.P. Solicita, por ende, se revoque el fallo, se mantenga la nulidad decretada por la Jueza garante y hace expresa reserva del caso federal.

Con la radicación del recurso en la Sala, se notificó a las partes.

Así, el Tribunal se encuentra en condiciones de resolver, decidiendo plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

Primera: ¿Es admisible y procedente la queja formulada? En su caso, ¿es procedente el recurso de casación deducido?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **primera** cuestión el señor juez doctor **Carral** dijo:

I.- La queja es admisible y procedente, habiéndose cumplido acabadamente con los recaudos del art. 433 y ccdtes. del ceremonial.

Este Tribunal se ha pronunciado en esta senda en similares planteos contra decisarios de la

Cámara departamental de igual especie, toda vez que este Tribunal es el órgano que en definitiva permite dar cumplimiento a la garantía fundacional del doble conforme jurisdiccional (arts. 8.2.h) C.A.D.H. y 75 inc. 22 C.N.).

En tal contexto, siendo que la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Lomas de Zamora no fue confirmatoria de la dictada por la Juez de garante que dispuso la nulidad de lo actuado y no hizo lugar a la conversión de aprehensión en detención de Adrián Abel Herrera peticionada por el Ministerio Fiscal, es que entiendo admisible la apertura de los estrados casatorios. Máxime cuando se han puesto en crisis garantías constitucionales de los justiciables, como el debido proceso, la defensa en juicio, la inviolabilidad de la persona y el resguardo ante injerencias arbitrarias de los órganos del Estado, lo que impone el conocimiento de esta Sede de conformidad con los lineamientos expuestos por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re "Strada, Juan L."* (*Fallos* 308:490), "*Christou, Hugo y otros*" (*Fallos* 310:324) y "*Di Mascio*" (*Fallos* 311:2478) (cfme., causa nº 58.142, "*Lucero, Carlos Fabián*", del registro de esta Sala).

III.- No puedo dejar de recordar - cuestión que *per se* pondría una solución final al entuerto-, que las resoluciones judiciales son impugnables por los medios y en las oportunidades previstas por las disposiciones rituales, tal como lo establece el art. 421 C.P.P. Así, decisiones como las referidas no pueden ser apeladas por carecer de gravamen irreparable su peticionante (art. 421 cit.) y por haberse vedado expresamente esta forma de embate.

Ni el art. 151 ni el 164 del ceremonial contemplan la apelación con la denegatoria de detención decretada por el Juez de Garantías. Es más, dicha posibilidad fue expresamente excluida por el decreto 2.793/04 al promulgarse la reforma de la ley 13.252. La voluntad legislativa expresada en la norma es, precisamente, circunscribir el ámbito de las posibilidades impugnativas del Ministerio Público Fiscal.

Tal como lo ha puesto de relieve nuestra Corte Suprema de la Nación en el fallo "Arce, Jorge D." (Fallos 320:2145), "el fiscal debe ejercer su pretensión en los términos que la ley procesal le

concede", lo cual significa que las limitaciones o requisitos impuestos al pretensor público para el ejercicio de la acción penal no son inconstitucionales sino legítimos, porque es el propio Estado el que ha puesto límites a su accionar. Tal es lo que sucede en este trámite incidental.

De allí que no debió la Cámara departamental acoger el recurso de apelación deducido por la Fiscalía y menos aún revocar la decisión del inferior para lo cual no debió abrir su jurisdicción.

Corresponde, por ende, revocar la resolución en crisis devolviendo la vigencia a la decisión revocada por el *a quo*.

III.- Más allá de lo expresado en el acápite precedente, es menester incursionar en los planteos de la parte recurrente en atención a que se ponen en juego garantías de raigambre constitucional que merecen, como he afirmado *supra*, el conocimiento de estos estrados casatorios.

Como introito, debe recordarse que la Carta Magna federal 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.

Este reaseguro de la libertad de los ciudadanos, se vio potenciada a partir de la reforma constitucional de 1994 al incorporarse al denominado bloque constitucional por la vía del art. 75 inc. 22º C.N., distintos tratados internacionales de Derechos Humanos, entre los que cabe mencionar las normas de los arts. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De manera que no tengo duda alguna que la intromisión estatal que implique privar de la libertad a una persona, se halla sujeta a fuertes y precisas restricciones por afectar la libertad ambulatoria entre otros derechos.

Por otra parte, 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.

Ello así por cuanto en el proceso penal de un Estado de Derecho, el respeto por las garantías constitucionales del justiciable, revisten igual importancia que la realización del Derecho Penal material como fin al que se dirige la consecución de actos procesales. 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.

De allí que las requisas personales encuentren su regulación expresa en el art. 225 del Código Procesal Penal, exigiendo una orden judicial fundada en "*motivos suficientes para presumir que [la persona] oculta, en su cuerpo, cosas relacionadas con un delito*"; y su ejecución por los miembros de la fuerza policial, ha sido contemplada para los casos de urgencia (art. 294 inc. 5º C.P.P.). Todo debidamente instrumentada mediante acta (art. 225, párr. 3º, C.P.P.) para permitir

el control jurisdiccional posterior. Y que 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 Policias de la Provincia de Buenos Aires).

IV.- Los Sres. Magistrados de la Sala I de la Cámara departamental, luego de precisar que, según el fallo dictado por la Corte nacional en la causa “*Fernández Prieto*”, puede validarse un procedimiento policial de aprehensión y requisa con fundamento en una “causa probable” o “sospecha razonable”, estándar inferior y menos confiable que lo exigido por la ley ritual bonaerense, señalan que: “*es dable advertir que los funcionarios policiales, en razón de verificar la existencia de dos sujetos de sexo masculino a bordo de una motocicleta, los cuales al advertir la presencia de los preventores procuraron darse a la fuga, tuvieron*

motivos suficientes para presumir que los mismos podían ocultar cosas relacionadas con un delito, situación que en definitiva determinó su interceptación".

"En definitiva, las circunstancias concretas y prácticas que se produjeran permitieron establecer la existencia de causa probable que justificó la identificación y requisa del imputado".

"Del mismo modo, la urgencia exigida legalmente (art. 294 inc. 5º del C.P.P.) se desprende del peligro de que desaparezcan los elementos de prueba, siendo además imposible o impráctico requerir una orden judicial previa en las circunstancias de autos" (v. f. 86 vta. de este legajo recursivo).

V.- De la lectura del decisorio puesto en crisis surge claramente que, con aplicación del precedente *"Fernández Prieto, Carlos A."* (*Fallos* 321:2947) del Superior Nacional, se validó la actuación policial considerando los Sres. Camaristas que existió "causa probable" en el *sub judice* que autorizada la aprehensión y posterior requisa.

Empero, incurre en un error evidente el a quo en la interpretación del citado fallo de la Corte Suprema de la Nación. Me explico:

En el fallo mencionado, la Corte realiza una explicación de lo que ha de considerarse "causa probable" siguiendo en ello a la Suprema Corte de los Estados Unidos en "*Terry v. Ohio*" (392, U.S., 1, 1968): "cuando un oficial de policía advierte una conducta extraña que razonablemente lo lleva a concluir, a la luz de su experiencia, que se está preparando alguna actividad delictuosa, y que las personas que se tiene enfrente pueden estar armadas y ser peligrosas..." (consid. 9°).

En el mismo precedente se conceptualiza a la "sospecha razonable" en la senda demarcada por la Corte de los Estados Unidos en "*Alabama v. White*" (496, U.S., 325, 1990) como "un estándar inferior al de 'probable causa', ya que la primera puede surgir de información que es diferente en calidad -es menos confiable- o contenido que la que requiere el concepto de 'probable causa', pero que en ambos supuestos, la validez de la información depende del contexto en que la información es obtenida y el grado de credibilidad de la fuente" (consid. 10°). No obstante, la

porosidad del concepto pone en peligro cualquier reaseguro contra la arbitrariedad policial por los cuales la jurisprudencia de aquél país adiciona, como directriz, que debe analizarse la totalidad de las circunstancias del caso ("the whole picture", in re "United States v. Cortez", 449, U.S., 411 y 417, 1981; "Illinois v. Gates", 462, U.S. 213, 1983, entre otros), (consid. 14º).

Así las cosas, debe observarse que el a quo estimó la presencia de "causa probable" para la interceptación de la motocicleta, lo que hubiera existido si emergieran elementos claros y concretos de la posible comisión de un delito, conforme la explicación de la Corte antes citada.

VI.- Según resulta del acta de fs. 1/1 vta., luciente en idéntico lugar de este incidente impugnativo, los funcionarios policiales intervenientes "observa[ron] la presencia de dos personas del sexo masculino que se encontraban desplazando en una moto color negra, haciéndolo en actitud llamativa, siendo que al notar la presencia del Móvil Policial los mismos y sin razón alguna aparente acelera su marcha y trata de darse a la fuga del lugar, por lo que se comienza un seguimiento discreto de la mencionada moto...".

Como puede advertirse de lo transcripto, nada hay que ponga de manifiesto cuál ha sido la “*actitud llamativa*” pregonada de la manera de conducir la motocicleta que los policías mantuvieron *in pectore*. En un orden lógico y cronológico, algo debió llamar exageradamente la atención de los funcionarios, algo que no resulta del acta que instrumenta el procedimiento policial y que no puede ser un presunto intento de huir del lugar como estima el *a quo*, puesto que ello es posterior.

El acta de procedimiento es sumamente clara en este aspecto y nada aparece como sospechoso en el conducir de la motocicleta. Repárese que se dice que quienes iban en el rodado intentan darse a la fuga “*por lo que se comienza un seguimiento discreto de la mencionada moto...*”. Es decir, nada hacía presumir ninguna relación con un ilícito, y menos aún se apreciaba una urgencia en la detención del motociclo; de lo contrario, no se justifica “*un seguimiento discreto de la mencionada moto*”, sino que debió interceptarse inmediatamente su marcha.

Ahora bien, la exposición de las razones que justificaron el actuar sin orden judicial no puede ser obviadas, trasluciendo un estado de sospecha fundado en meras subjetividades del funcionario policial, que tornaría inútil toda revisión y control por parte de los Jueces (CSJN, "Daray, Carlos A.", *Fallos* 317:1985). Por el contrario, deben verificarse *in concreto*, circunstancias objetivas, reflejadas en conductas o actos del individuo, que demuestren la necesidad de proceder a la aprehensión y posterior requisa personal. 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. Todo lo cual, no se concretó en autos, ni puede colegirse de las declaraciones testimoniales prestadas por los preventores

a fs. 3/4 vta., donde reproducen sin agregados lo expresado en el acta de procedimiento de fs. 1/1 vta.

Incluso más: la intención de huir tampoco aparece con la claridad que se pretende, ni como la verifica el a quo. Si no, no resulta comprensible cómo, si el seguimiento era "discreto", es decir, sin hacer manifiesto el mismo, cuando se "comienza a darle 'toques' de sirena para que detuviese la marcha", no hubieran acatado la orden. Que fue, justamente lo que sucedió, demostrando por el contrario, que nunca existió la mencionada actitud de fuga.

De acuerdo con el relato del hecho efectuado por Herrera en los términos del art. 308 del ritual -v. fs. 8/11 vta.-, fue del bolso del restante sujeto que se dio a la fuga de donde se secuestró el arma. Herrera fue quien conducía la motocicleta y nunca intentó huir, ni siquiera estando frente al personal policial, como lo hizo el otro individuo. Amén, de los vejámenes y maltratos sufridos de parte de los policías oportunamente denunciados.

Analizando la totalidad de las circunstancias del caso, como lo postula la Corte, no puedo dejar de señalar -como se indica en el remedio impugnativo-, que a las diecinueve horas con diez minutos en un lugar urbanizado como el que sucedió la aprehensión, resultaba más que razonable maniobras de conducción como acelerar y desacelerar la marcha, sin que ello impidiera una discreta persecución por parte de los efectivos policiales. Aduno para ello, además, el croquis ilustrativo de fs. 5.

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 Adrián Abel Herrera. O, 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".

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 requisa haya obtenido un resultado positivo (causa nº 57.515, "Maciel, Martín José", del registro de esta Sala). 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).

VII.- Por último, el a quo sostuvo que los policías actuaron amparados por la urgencia del caso y conforme con el art. 294 inc. 5º C.P.P.

Pero, a pesar de esta afirmación, como ya se mencionó, la urgencia no existió -se desarrolló "un seguimiento discreto" que así lo demuestra- y menos aún las circunstancias del art. 225 del C.P.P., a la que el precepto arriba citado remite. Ello así, debido a que no resultaron -según se explicita

en el acta prevencional- "motivos suficientes para presumir que oculta, en su cuerpo, cosas relacionadas con un delito" que era desconocido. Salvo la "actitud llamativa" -sumamente incierta, por lo demás-, nada se observó en el sentido exigido por la disposición formal.

VIII.- Convocado al conocimiento de estos autos, no puedo soslayar, como elemento no analizado por el impugnante ni por la Cámara departamental, que el procedimiento policial adolece de una carencia que lo pone aún más en crisis.

De su sola lectura de aprecia que el accionar de los funcionarios policiales careció de la intervención de un testigo de actuación como lo establece el art. 117 del Código Procesal Penal, que dé fe de los hechos acaecidos en su presencia.

Es más, tampoco se hace mención en el acta que dio origen a estos actuados, los motivos de su ausencia a los fines de su consideración por el órgano jurisdiccional de control, lo que la torna nula absolutamente por afectación del principio de debido proceso y de la garantía de defensa (art. 119 y 203 C.P.P.). Repárese que el procedimiento policial en el que fuera aprehendido Adrián Abel Herrera se llevó a cabo a

las 19,10 hs. del día 9 de mayo de 2012, en una zona poblada de la localidad de Avellaneda, lo cual, permite fácilmente dar con una persona que oficie de testigo del mismo.

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.*", citado *supra*, 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.).

La resolución en crisis debe revocarse y recobrar vigencia la nulidad primigeniamente declarada por la Jueza de Garantías interveniente.

En tal inteligencia, con los alcances indicados en los acápite que anteceden, a esta primera cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la **primera** cuestión el señor juez doctor **Sal Llangués** dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, a lo expresado por el doctor Carral y a esta cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la **segunda** cuestión el señor juez doctor **Carral** dijo:

En atención al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente corresponde declarar admisible y procedente la queja formulada y el recurso de casación deducido por la Defensa Oficial de Adrián Abel Herrera, sin costas; revocar la resolución en crisis en cuanto ha sido motivo de agravio y mantener vigente la decisión nulificante de la Sra. Jueza de Garantías interveniente. Asimismo, y en atención al contenido del informe actuarial obrante a fs. 122 y a las constancias de fs. 123/127, a partir de las cuales se

desprende que con fecha 13/09/2013 se ordenó la detención del acusado, librese oficio al Juzgado de Garantías N° 10 de Lomas de Zamora a fin de poner en conocimiento lo aquí resuelto, a sus efectos (arts. 18 y 75 inc. 22 C.N.; 8.2.h C.A.D.H.; 421, 433, 448, 450, 451, 454 inc. 4°, 456, 460, 530, 532 y ccdtes. del Código Procesal Penal).

ASÍ LO VOTO.

A la **segunda** cuestión el señor juez doctor **Sal Llangués** dijo:

Voto en igual sentido que el doctor Carral, por sus fundamentos.

ASÍ LO VOTO.

Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente

RESOLUCION

I.- DECLARAR ADMISIBLE y PROCEDENTE la queja formulada y el recurso de casación deducido por la Defensa Oficial de Adrián Abel Herrera, sin costas

II.- REVOCAR la resolución en crisis en cuanto ha sido motivo de agravio, y MANTENER vigente la decisión nulificante de la Sra. Jueza de Garantías

interviniente. Asimismo, y en atención al contenido del informe actuarial obrante a fs. 122 y a las constancias de fs. 123/127, a partir de las cuales se desprende que con fecha 13/09/2013 se ordenó la detención del acusado, LIBRESE oficio al Juzgado de Garantías N° 10 de Lomas de Zamora a fin de poner en conocimiento lo aquí resuelto, a sus efectos.

Rigen los artículos 18 y 75 inc. 22 C.N.; 8.2.h C.A.D.H.; 421, 433, 448, 450, 451, 454 inc. 4°, 456, 460, 530, 532 y ccdtes. del Código Procesal Penal.

Regístrate, librese oficio al Juzgado de Garantías N° 10 de Lomas de Zamora, notifíquese y remítase a la Mesa Única General de Entradas para su devolución a origen.

Ante Mí:

