

DESISTE RECURSO

Sres. Jueces de Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante esa Cámara Federal de Casación Penal, en la causa Nº1289/2013, del registro de la Sala III, caratulada "Arce, Luis Rodríguez s/recurso de casación", se presenta y dice:

Que en tiempo y forma vengo a desistir el recurso de casación interpuesto por la Fiscal General Adjunta de la Fiscalía ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Capital contra la resolución que declaró la inconstitucionalidad del art. 14, 2º de la ley 23.737, confirmó el sobreseimiento de Arce y dispuso el procesamiento de Rodríguez por considerarlo autor del delito previsto en el art. 14 1º de la ley 23.737.

I.

Surge del acta de fs. 1/2 que se inician las actuaciones el 4/11/12 con motivo de un procedimiento de control de documentación de los pasajeros de la línea 76 por parte del personal de la Unidad Especial de Investigaciones y Procedimientos Judiciales "Cinturón Sur" de la Gendarmería Nacional, ocasión en la que "observan a dos ciudadanos masculinos descender por la puerta trasera hecho que llama la atención del personal interviniente" por lo cual se procede a su identificación y requisa. A Sergio Rodríguez se le secuestró en su poder una mochila negra la cual contenía varios paquetes de una sustancia que resultó ser marihuana con un peso total de 292,19 gramos y a Luis Arce una pastilla y media de clonazepan y un envoltorio con 0,07 gramos de cocaína.

El derecho a la intimidad (arts. 19 y 33 CN, 17, inc. 1° y 2° del PIDCP; 11, incs. 2° y 3° de la CADH; 12 de la DUDH, y V, IX, y X de la DADDH) es un derecho susceptible de restricción.

En lo que aquí interesa el Código Procesal Penal de la Nación regula las requisas a las personas y los efectos personales que llevan consigo en sus arts. 230 y 230 bis.

Para proceder a la injerencia exige la previa orden judicial, fundada en “motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito” (art. 230) y excepcionalmente se faculta a los funcionarios de las fuerzas de seguridad a requisar, para requisar sin previa orden judicial a una persona, a los objetos que lleven consigo “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 siempre que sean realizadas: a) con 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” (art. 230 bis).

La ley procesal penal federal exige siempre una sospecha suficiente.

En el caso de las fuerzas de seguridad es la sospecha previa que lleva ínsita la urgencia de la medida, el riesgo de perder prueba así como la interceptación eficaz de un ilícito, la que habilita, sólo en casos excepcionales la actuación sin orden judicial. La urgencia tiene el propósito de suplir esa orden judicial, pero no la de soslayar la exigencia de causa probable de la comisión de un delito.

La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia exigió siempre la existencia de una sospecha previa como presupuesto habilitante del accionar policial. Si bien esos criterios fueron variando de un estándar más laxo (Fallos 321:2947; 325:2485; 325:3322; 326:41) a uno más estricto (disidencias de Fallos: 327:3829 y 332:2397), lo cierto es que siempre fue requerido algún grado de sospecha objetiva para legitimar un procedimiento policial con o sin previa orden judicial, se trate éste de una detención, una requisa, la inspección de un automóvil, un allanamiento de domicilio, una intervención de las telecomunicaciones, etcétera.

En las disidencias de Fallos: 332:2397 “Ciraolo”, se sostuvo que “...aun después de la reforma legislativa que incorpora el art. 230 bis al mencionado plexo normativo, el legislador ha previsto dicha facultad con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de persona determinada. Que de la normativa examinada surge que el legislador prescribió la existencia previa de determinadas circunstancias, que generan un grado de sospecha para llevar a cabo la detención o la requisa corporal, tales como ‘indicios vehementes’, ‘circunstancias debidamente fundadas’ o ‘motivos para presumir’. De modo que, más allá de la interpretación que se haga del grado de sospecha exigido por esas leyes para autorizar un arresto o una requisa, no hay dudas de que un policía no está autorizado a realizar detenciones indiscriminadas” (disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, considerandos 7º y 8º).

El fundamento constitucional de la necesidad de causas previas y objetivas que justifiquen las requisas, las inspecciones, es que, al no haberlas, se transforman en discriminatorias, porque en lugar de basarse en los criterios de la ley (del soberano), se apoyan en los criterios de selectividad de los propios agentes que, por más buena fe que empleen, terminan operando

como toda burocracia, de acuerdo a sus recursos y capacidades operativas reales, lo cual se traduce en procedimientos dirigidos únicamente contra quienes oponen menor resistencia al sistema.

En el caso, si se confronta las circunstancias descritas en acta de fs. 1/2 con la normativa y jurisprudencia aplicable debe concluirse que de ningún modo el nudo hecho de descender por la puerta trasera de un colectivo cuando el personal de la fuerza de seguridad comenzó la identificación de las personas satisface el requisito exigido para requisar válidamente a una persona o las cosas que lleve consigo. En otros términos no concurren las circunstancias previas o concomitantes que razonablemente permitieran justificar el acto de injerencia por parte del personal de la fuerza de seguridad con el fin de hallar cosas constitutivas o provenientes un delito o elementos que pudieran ser utilizados para su comisión.

El procedimiento que diera origen a los presentes actuados es nulo y como consecuencia de ello también lo es el secuestro del material estupefaciente cuya tenencia se imputa a Rodríguez y Arce.

De acuerdo a la regla de exclusión establecida por la Corte Suprema en “Charles Hermanos”, “Montenegro” y “Florentino”, los medios de prueba obtenidos en violación de garantías constitucionales resultan inadmisibles como prueba de cargo. A su vez, la extensión de tal regla, la doctrina del “fruto del árbol venoso”, establece que siendo el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales, tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia. En “Rayford y otros” (Fallos: 308: 733) se sostuvo que debía considerarse “la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas que las que se tengan por ilegítimas”. La excepción a la regla de la exclusión se verifica cuando hay un cauce de investigación distinto del que culmina con el procedimiento ilegítimo conforme a

lo cual puede afirmarse que existía la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente distinta o autónoma. Tal criterio se reafirmó en “Ruiz” (Fallos: 310: 1847) y se precisó en “Daray” (Fallos: 317: 1985); en este último precedente, la Corte sostuvo que “no es suficiente para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente que, a través de un juicio meramente hipotético y conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio; es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente que habría llevado inevitablemente al mismo resultado.”

En autos no existe curso de prueba independiente del secuestro nulo por lo que corresponde que se dicte, por ante quien corresponda resolución conclusiva del proceso.

Por lo expuesto, y en orden a las facultades que me confiere el artículo 443 del Código Procesal Penal de la Nación, desisto del recurso de casación interpuesto por la Fiscal General Adjunta de la Fiscalía ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Capital

Fiscalía N° 4, 16 de septiembre de 2013.