

Detención, requisita personal y sistema penal

Por Carlos A. Bellatti

El hombre cuando sobre él recae la sospecha de haber cometido un delito es dado *ad bestia*, como se decía en un tiempo de los condenados ofrecidos como pasto a las fieras. La fiera, la indomable e insaciable fiera, es la multitud. El artículo de la Constitución, que se hace la ilusión de garantizar la incolumidad del imputado, es prácticamente inconciliable con aquel otro artículo que sanciona la libertad de prensa. Apenas ha surgido la sospecha, el imputado, su familia, su casa, su trabajo, son inquiridos, requeridos, examinados, desnudados a la presencia de todo el mundo. El individuo de esta manera es convertido en pedazos. Y el individuo, recordémoslo, es el único valor que debería ser salvado por la civilidad.

1. Garantías del imputado en el proceso penal

Sabido es que en el marco histórico de realización del derecho penal, el conflicto entre la arbitrariedad de la autoridad civil y el acatamiento por el respeto de las garantías individuales resulta de muy larga data.

Invariablemente este conflicto ha formado parte sustantiva de la lucha del hombre por mantener su dignidad frente al repetido arbitrio de la autoridad, quien desde tiempos inmemoriales no ha reverenciado en considerables ocasiones el delicado equilibrio entre el interés público en la persecución de los delitos y las conquistas propias de la sociedad en su conjunto, en la búsqueda del respeto por las garantías individuales.

La hipótesis que proponemos se integra directamente en el debate que se presenta, en principio, como irreconciliable, donde los intereses fundamentales de la sociedad y del Estado por descubrir la “verdad correspondencia” o “verdad real”, por una parte, y el de los individuos, que en aras del axioma reseñado procuran que sus derechos y garantías no se vean conculcadas so pretexto de la averiguación de la verdad –por cierto deberíamos decir “verdad inquisitiva”– y la investigación de los delitos.

Un aspecto debatido está dado por el alcance otorgado a las garantías constitucionales en materia penal, contenidas en el art. 18 de la Const. nacional y en los pactos regionales e internacionales, que amplían considerablemente el plexo garantista, que resultaron incorporados por nuestra carta magna en el art. 75, inc. 22, luego de la reforma de 1994 y que tal como expresamos ha diseñado un esquema garantista en materia penal, que abreva en la filosofía liberal de los países anglosajones.

Tal esquema no condice con nuestro sistema procesal penal nacional teñido aún hoy de un fuerte contenido inquisitivo –la afirmación tiene un sólido fundamento entre quienes sostienen una práctica judicial en la que el acusado resulta ser un objeto más que un sujeto de derecho– lo que ha dado lugar a una copiosa doctrina y hasta, en muchas ocasiones una contradictoria creación pretoriana.

Dentro de este esquema, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido una antigua y pródiga doctrina en el sentido “que no resulta posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales”¹.

“El delito es una conducta que afecta de modo grave la convivencia social, por ello el Estado debe tratar de prevenirlo, o cuando ocurra, esclarecer lo sucedido e imponer pena a su autor para que no vuelva a delinquir”.

Sin embargo existen límites a la persecución penal.

“El descubrimiento de la verdad debe ser efectuado en forma lícita, no sólo porque hay de por medio un principio ético en la represión del delito..., sino porque la tutela de los derechos del individuo es un valor más importante para la sociedad que el castigo al autor del delito. El respeto a la dignidad del hombre y a los derechos esenciales que derivan de esa calidad, constituyen el vértice fundamental sobre el que reposa la existencia misma de todo Estado de derecho”².

Empero, la naturaleza de la cuestión en estudio nos lleva fatalmente a señalar que los jueces a diario, frente a un determinado texto legal, formulan disímiles apreciaciones, originando soluciones radicalmente diferentes.

Cabe entonces concluir que la estructura del Código Procesal Penal de la Nación en lo referido al tratamiento de medidas de coerción personal, no obstante resultar su fundamentación del denominado “bloque de constitucionalidad” denota que en su misma esencia no ha superado aún los caracteres más notorios de tinte inquisitivo, por lo que es de esperar que futuras reformas lo sitúen a la altura del referido orden normativo, por ahora, en cambio la realidad nos muestra que gran parte de su articulado compromete los postulados mismos de nuestra Constitución nacional.

Respecto de las garantías del imputado, afirma Cafferata Nores: “tradicionalmente se ha distinguido entre garantías penales y garantías procesales, aunque en la actualidad crece la tendencia a considerarlas como un todo, agrupadas por su común finalidad, de limitar el poder penal del Estado.

Es que ambas clases funcionan como directivas (y prohibiciones) hacia el Estado, indicándole cuándo y cómo podrá condenar a una persona a cumplir una pena, y cuándo y cómo no podrá”.

Continúa diciendo el autor que “hay que destacar que como el derecho penal vive y encarna en su actuación judicial, todas esas garantías procesales se combinan con las penales, influyéndose recíprocamente y estableciendo unas los alcances y contenidos de otras, para el más pleno efecto garantizador de cada una y del conjunto”³.

Entonces resulta, que jamás debemos anteponer la llamadas razones de Estado por encima del reconocimiento de garantías individuales de rango constitucional, que se han visto enriquecidas por los instrumentos que han resultado incorporados a nuestra ley fundamental por el art. 75, inc. 22.

¹ *Fallos*, 303:1938; 306:1732; 311:2045, entre otros.

² CNCrimCorrFed, Sala 1, 10/8/84, “Monticelli de Prozillo, Teresa B.”, LL, 1984-D-384.

³ Cafferata Nores, José I., *Garantías y sistema constitucional*, en “Revista de Derecho Penal”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001.

Al contrario se vería comprometida la responsabilidad del Estado argentino, al incursionar más allá de los límites admitidos por la propia Constitución nacional, y los tratados internacionales a los cuales el Estado federal se ha adherido.

Compartimos la afirmación de Blando en el sentido que “Aun en democracia pues, la policía goza de poderes francamente excesivos a veces incontrolados e incluso utilizados en forma ilegal que inducen a mayores abusos de poder”⁴.

En este sentido –continúa el autor– podemos señalar la permanente –y por múltiples razones– delegación de funciones por parte del Poder Judicial, a favor de la policía. Otorga mayores atribuciones a ésta e induce al abuso de poder. La trilogía sería la siguiente: a) delegación permanente de funciones del Poder Judicial a la policía y en consecuencia, mayor campo de acción y espacio de poder; b) imposibilidad de controlar judicialmente múltiples actos policiales, y c) fomento de la corrupción y de la violencia. Todo ello se trasunta en una de las formas de abuso de poder y de lesión de los derechos fundamentales de los habitantes. Esto puede advertirse claramente en los diferentes –y agregamos casi permanentes– proyectos presentados por el Poder Ejecutivo promoviendo la modificación del Código Procesal Penal de la Nación, lo que significa en los hechos aumentar las atribuciones policiales con serio riesgo para las libertades y derechos ciudadanos, y que forman parte de los llamados discursos coyunturales de emergencia.

Nos interesa destacar la investigación de Kessler, en la que el autor centra su atención sobre la estructura y rol de la Policía Federal, expresando que resulta ser ésta sin duda una de las cuestiones más conflictivas, ya que desde su nacimiento, la Policía experimenta una confusión de roles, tanto en lo relativo a su faz preventivo, como en lo relativo a su accionar concreto frente al ilícito en los que puede actuar por iniciativa propia, y al mismo tiempo resulta ser auxiliar del Poder Judicial. Refiere a la cuestión planteada en estos términos: “Justamente la pérdida de sentido de la verdadera dependencia o subordinación, tal como lo afirma Arslanián..., *pasó a tener un valor puramente simbólico toda vez que la progresiva delegación de la labor instructoria por parte de los jueces en la policía, convirtió a éstos en los verdaderos jueces...*, y precisamente el carácter definitivo de la actividad probatoria inicial en cualquier proceso..., *determinó también la progresiva inobservancia de las garantías constitucionales en el proceso, una creciente corrupción en la institución policial y una permeabilidad del secreto o reserva de las actuaciones frente al Poder Ejecutivo, fruto de aquella doble dependencia*”⁵.

Continúa el autor diciendo que: “es así que debe quedar bien en claro cuál es el tipo de subordinación que debe tener la policía en función judicial, ya que si bien tendría una doble dependencia, es decir orgánica y jerárquica respecto del Poder Ejecutivo, no menos cierto es que respecto del Poder Judicial debe serlo en carácter funcional y operativo.

Sin embargo, se debe remarcar que, si bien existen fundamentos legales, además de los eminentemente prácticos y hasta económicos para fortalecer la adopción de esta postura, no menos cierto es que las fuerzas de seguridad, tal como lo prescribe el art. 183 del Cód. Proc. Penal de la Nación, deben propender en su

⁴ Blando, Oscar, *Detención policial por averiguación de antecedentes*, Bs. As., Juris, 1995, p. 23.

⁵ Kessler, Miguel A. R., *Algo más sobre la Policía Judicial*, ED, 197:871.

actividad a cimentar las bases de la investigación en miras a sostener una acusación.

En realidad lo que ha sucedido es que ha habido una clara detracción del Poder Judicial en estos años del rol que le compete y que aparece ahora subsanada por un nuevo rol dado no sólo en el proceso al Ministerio Público, sino en que a partir del reconocimiento constitucional de su independencia y autarquía, con la ley orgánica del Ministerio Público, arts. 25 y 26, como también en las resoluciones de la Procuración General de la Nación 63/98 y 64/98 se avanzó muchísimo a nivel nacional sobre la dependencia y subordinación que la Policía de Investigaciones debe tener respecto del Ministerio Público Fiscal”.

Y continúa: “sobre esta premisa entonces, no debe olvidarse que la actividad reglada y legalmente mandada a la policía lo es siempre en función de un proceso que se encuentra en manos de un juez o un fiscal”.

En síntesis, especulamos que los magistrados de la Nación poseen amplísimas facultades a fin de dejar de aplicar, y por ende, apartarse de supuestos establecidos por las leyes de rito, cuando conforme las circunstancias del caso particular traído a juzgamiento resulte posible una solución menos embestida, respecto de la tutela de los derechos de las personas, que en última instancia resultan del propio texto constitucional, y que indudablemente devienen de la resultante y la propia vigencia de lo que significa el marco político criminal de justicia del Estado de derecho.

Bajo esta óptica, nuestro ordenamiento judicial le atribuye a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la mayor y más delicada función que es la de velar por el respeto de los derechos constitucionales de los ciudadanos en su carácter de “supremo custodio de las garantías individuales”.

De tal manera, en cuanto al acatamiento de las sentencias de la Corte Suprema, resulta de interés recordar que si bien es cierto que éstas sólo deciden en los procesos concretos que sean traídos a su juzgamiento, y no resultan aplicables a casos análogos, los tribunales inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a las sentencias del más alto tribunal de la Nación.

Así, carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte Suprema, sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones adoptadas por la Corte Suprema, atento que ella reviste el carácter de intérprete supremo de la Constitución nacional, y de las leyes que en su consecuencia se dicten⁶.

De tal manera, corresponde revocar la sentencia que se aparte del criterio adoptado por la Corte Suprema, en su carácter de intérprete máximo de la Constitución nacional, sin proporcionar nuevos argumentos que justifiquen tal apartamiento⁷.

La asistencia y solución efectiva de la problemática que genera la criminalidad requiere resultados irrefutables y no está demás afirmar nuestra firme convicción en el sentido de que toda persona cuya culpabilidad resulta acreditada en juicio previo, merece y debe ser castigada, empero esto no significa que debamos dejar de lado ni

⁶ Fallos, 312:2007, entre otros.

⁷ CSJN, 24/10/95, “Caporale, Susana y otros”, LL, 1996-D-534.

por un momento los derechos y garantías establecidos por la Constitución nacional y los pactos internacionales con similar jerarquía.

Desde este ángulo es indudable que el Estado cuenta con los medios necesarios a fin de procurar el esclarecimiento de los delitos sin necesidad de incurrir en ilicitudes, y precisamente aquí reside el gran desafío de adquirir la verdad, respetando el esquema garantizador establecido por la Constitución nacional, en otras palabras buscar la verdad con el consabido respeto a la dignidad humana y a las garantías individuales con rango constitucional.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia son coincidentes en el sentido de señalar la búsqueda de la verdad como uno de los fines del proceso penal, la cuestión se centra entonces en dilucidar la verdad pretendida, respecto de la hipótesis histórica que resulta ser el objeto del proceso penal.

Coincidimos con Ferrajoli, quien introduce el concepto de “verdad procesal”, como una suerte de verdad aproximativa respecto del modelo de verdad correspondencia, esta verdad procesal resulta, según el autor, una verdad suficiente para alcanzar los fines del proceso penal, receptando las garantías de los individuos y distanciándose de la verdad material, la que resulta propia de los sistemas inquisitivos de los que al menos pretendemos estar cada día más alejados⁸.

Por otra parte, la doctrina más calificada ha reconocido que en materia criminal “el esclarecimiento de los hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado”⁹.

En reiterada doctrina la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la búsqueda de la verdad resulta esencial para un adecuado servicio de justicia¹⁰. Cabe recordar que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en juicio ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos, la verdad y la justicia¹¹. En el mismo sentido, en las causas “José Tibold” y “Fiscal c/Fernández”, se estableció que es deber de los jueces resguardar *dentro del marco constitucional estricto* la razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios¹².

Carrara escribía: “La finalidad de la autoridad civil es frenar la violencia de los individuos, la del derecho penal es frenar la violencia del legislador, la de los ordenamientos procesales frenar la violencia de los magistrados”.

⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2001.

⁹ Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, citado por Bertoni, Eduardo A., “Cámaras ocultas y grabaciones subrepticias: su validez como prueba en el proceso penal”, *LL*, 2000-D-259.

¹⁰ *Fallos*, 307:622; 308:1790, entre otros.

¹¹ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, “Stone vs. Powell”, 428 US 465, 1976, p. 488, con cita de D. H. Oaks, citados en *Fallos*, 313:1305.

¹² La bastardilla es nuestra (“José Tibold”, *Fallos*, 254:320, consid. 13 y “Fiscal c/Fernández”, *Fallos*, 313:1305).

A modo de síntesis, no podemos dejar de señalar con un significativo dejo de abatimiento, nuestro convencimiento vinculado con el rol que le cabe cumplir a la autoridad estatal en el cumplimiento de mandatos legales, que casi invariablemente denotan una fuerte tendencia al ejercicio de una aptitud autoritaria que no condice con los principios y convicciones que corresponden mantener en alta estima.

Enseña Carrara que “si reconocemos en la necesidad de la defensa del derecho la única fuente legítima de los poderes de que está dotada la autoridad social, por consecuencia lógica tenemos que aceptar los corolarios siguientes:

a) Lo que llamamos derechos de la autoridad social no es otra cosa que el cumplimiento del deber en ella persistente y que es la razón de su existencia, o sea el deber de mantener la protección del derecho.

b) Este deber es ilimitado y universal en todos los ciudadanos, y la autoridad tiene que cumplirlo, tanto respecto a las personas honradas aterradas por el delito, como respecto de los buenos que hayan incurrido injustamente en sospecha de culpabilidad siendo inocentes, como también respecto a los culpables mismos, cuando se hallen en peligro de una imputación y de una pena que excedan la verdad y la justicia.

c) Por consiguiente, tanto la obligación que tiene la autoridad de proveer a la acusación, como la que tiene de proveer a la defensa, son dos contenidos inseparables del deber de mantener la tutela del derecho”¹³.

Ya en la parte que más nos interesa, sigue diciendo el insigne pisano: “Como la autoridad social ha sido investida de poderes con el único fin de proteger el derecho, no puede sin traicionar su propio cargo, dictar directamente ordenes que lo conculquen, y por lo tanto, tampoco puede conferirle a los delegados [hoy las llamaríamos en el lenguaje de Zaffaroni agencias del Estado] facultades que conduzcan a ese efecto, pues sería absurdo que el delegado tuviera mayores poderes que el delegante y que la autoridad social pudiera hacer por medio de otros lo que le está vedado hacer directamente por sí misma.

Todo el conjunto de ordenamientos procesales tiene que estar siempre subordinado a estos principios; y el código de procedimiento que, en uno u otro sentido los olvide o los viole, será tiránico y la autoridad que los haya dictado no usa, sino abusa de su cargo”.

Por último excluir prueba ilícita no resulta ser una posibilidad con la que podría resultar beneficiado el justiciable, muy por el contrario se trata por cierto de un imperativo constitucional, por lo que invariablemente resulta de real y concreta aplicación, tan solo lo debemos hacer posible.

2. La requisita personal. Su regulación normativa

Dentro de la tarea de investigación, en el marco del proceso penal, y a fin de procurar la indagación relativa a la realización de un tipo de injusto, no podemos dejar de mencionar la realización de diligencias que invariablemente importan la intro-

¹³ Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, t. II, Bs. As., Depalma, 1977, § 817.

misión del poder estatal en el ámbito de intimidad del que gozan todos los habitantes de la Nación y que resulta amparado constitucionalmente.

De aquí que la realización de tales diligencias deba resultar rodeada de las máximas garantías a fin de no vulnerar el delicado equilibrio entre la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso y el respeto por las garantías individuales.

La requisita personal constituye una medida de coerción permitida por el ordenamiento jurídico, quien a su vez reglamenta la forma y condiciones dentro de la cual procede, resultando un medio, para el logro de otra medida de coerción que es el secuestro de objetos relevantes para la actuación del poder penal del Estado.

Nos referimos concretamente a la requisición dentro del ámbito de custodia de quien resulte requisado, esto es, lo que lleve consigo o tenga en su posesión dentro de su esfera personal.

En otras palabras, se trata de un acto de instrucción penal a cargo de la autoridad competente mediante el cual se examina el cuerpo de la persona o todo lo que lleva sobre sí, con el fin de encontrar y secuestrar elementos que puedan servir para la investigación.

Una cuidadosa comprensión del termino la proporciona Clariá Olmedo, conceptualizándola como “una medida de coerción previa al secuestro de objetos u otros materiales que pueden encontrarse dentro del ámbito inmediato de custodia de una determinada persona, sea en su cuerpo, en sus trajes, en cualquier continente (maleta, bolso, paquete, etc.) que tenga con él o en el vehículo en el cual se transporta”. Y agrega el citado jurista que debe tratarse de una posesión dentro de la esfera personal, y no ambiental de la cosa cuya obtención se persigue¹⁴.

En contra, Cafferata Nores, para quien el ocultamiento debe ser “en el cuerpo”, expresión que comprende tanto el cuerpo en sentido estricto, como las ropas. No abarca las cosas que el sujeto lleva con sus manos y por separado (v.gr., portafolios).

Respecto de quien puede resultar sujeto pasivo de esta medida, la Cámara Nacional de Casación Penal estableció: “Resulta suficiente para practicar una requisita personal que la persona revista el grado de sospechosa, aunque no existan respecto de ella indicios vehementes de culpabilidad”¹⁵.

Siguiendo tal lineamiento, la Sala IV determinó el alcance de la referida norma al dictaminar que “según el art. 230 del Cód. Proc. Penal de la Nación será la autoridad judicial la que deberá juzgar la existencia de los motivos suficientes para sospechar que una persona oculta cosas relacionadas con un delito para ordenar una requisita, y en casos de excepción los funcionarios de prevención o fuerzas de seguridad quienes evaluarán tales requisitos en casos de urgencia (art. 184, inc. 5°) circunstancias –motivos suficientes y urgencia– que se fundaran en razones objetivas que deberán finalmente quedar sujetas al control de los jueces. Aquí entra en juego el concepto de causa probable, conforme lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos al decir cuando se trata de una causa probable... como el nombre mismo lo implica lidiamos con probabilidades. No tienen carácter téc-

¹⁴ Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de derecho procesal penal*, t. V, Bs. As., Ediar, p. 407.

¹⁵ CNCasación Penal, Sala II, 14/6/94, JA, 5925-44.

nico; son las consideraciones concretas y prácticas de la vida cotidiana en cuyo contexto se desempeñan los hombres razonables y prudentes, no los técnicos de la legalidad” (voto del doctor Hornos en minoría)¹⁶.

El Código Procesal Penal de la Nación trata la requisita personal primordialmente en los arts. 230 y 184, inc. 5°, en el primero de ellos, establece como línea directriz que el juez será siempre el que ordenará la medida, mediante el dictado de un decreto fundado y siempre que existan motivos suficientes para presumir fundadamente que el sujeto pasivo de la requisita oculta en su cuerpo cosas relacionadas con el delito.

De aquí que la correspondiente orden judicial, con más la llamada sospecha razonable, al menos en un plano teórico neutralizaría los abusos en los que podría incurrir la autoridad preventora, la mayoría de la jurisprudencia de nuestros tribunales se ha pronunciado en el sentido indicado.

Del texto de la norma procesal deviene lo antes expresado, en efecto legisla el precepto citado: “El juez ordenará la requisita de una persona, mediante decreto fundado, siempre que haya motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito. Antes de proceder a la medida podrá invitársela a exhibir el objeto de que se trate.

Las requisitas se practicarán separadamente, respetando el pudor de las personas. Si se hicieran sobre una mujer serán efectuadas por otra.

La operación se hará constar en acta que firmara el requisado; si no la suscribiere, se indicará la causa. La negativa de la persona que haya de ser objeto de la requisita no obstará a ésta, salvo que mediaran causas justificadas”.

Al respecto, la autorizada opinión de D’Albora quien enseña que “esta diligencia apunta al cercioramiento sobre la posesión de la cosa cuya obtención se persigue siempre que esté vinculada con el hecho objeto del proceso y se presume está oculta en el cuerpo”. Y agrega “la requisita no resulta ser prueba autónoma, es una modalidad del llamado reconocimiento judicial”.

Respecto al art. 184, inc. 5°, del Cód. Proc. Penal de la Nación –en su anterior redacción– autoriza a la autoridad preventora en forma absolutamente excepcional a disponer requisitas urgentes, siempre dentro de lo normado por el art. 230, avisando inmediatamente al órgano jurisdiccional competente.

Así, en el precedente “Palacios, Gustavo M. S. s/recurso de casación”, se estableció que: “El juez no puede transformarse en un automático expedidor de órdenes de allanamiento, pues debe subordinar su emisión al examen racional de la justificación y necesidad de la medida, tampoco puede convalidar el apresuramiento policial y respaldar requisitas, cuando la prisa no aparece expuesta en el proceso penal (voto del doctor Fégoli)”¹⁷.

Del análisis de la normativa procesal ponemos especial énfasis en la conservación del principio constitucional que requiere orden judicial como elemental garantía para el justiciable.

¹⁶ CNCasación Penal, Sala IV, 30/11/99, “Ponce, Diego G. y otro s/recurso de casación”.

¹⁷ CNCasación Penal, Sala II, 11/10/96, “Palacios, Gustavo M. s/recurso de casación”.

Aun el juez no puede disponer derechamente y sin otro recaudo, la orden de requisar una persona, para ello requiere invariablemente motivos suficientes que deben ser volcados en el decreto que la ordena (art. 230, Cód. Proc. Penal de la Nación).

Esta esencial noción nos lleva a no convalidar la omisión de recaudos garantistas por el resultado, lo que encerraría un desmedido riesgo que se debe evitar formulando un cuidadoso análisis del plexo fáctico traído a juzgamiento.

Nuestra legislación establece como presupuesto para la procedencia de la requisita que se encuentren reunidos motivos suficientes para presumir que alguien oculta cosas relacionadas con un delito (art. 230, Cód. Proc. Penal de la Nación), la que será ordenada por un juez o en casos de urgencia las llevara a cabo directamente el funcionario policial interviniente.

Tal autorización a la policía presupone la concurrencia de las condiciones, que según la norma específica, deben hallarse presentes, es decir los motivos suficientes para presumir que se ocultan cosas relacionadas con un delito, sólo se prescinde de la necesidad de orden judicial cuando existan razones de urgencia que aconseje no postergar el acto. Tal es el sentido que debe darse a la expresa disposición del art. 184, inc. 5° acerca de que funcionarios policiales deben actuar en los casos de requisas urgentes con arreglo del art. 230 de la ley adjetiva.

Resulte por lo tanto contundente que la decisión de detener y requisar a una persona no debe quedar sujeta a la absoluta discrecionalidad del personal policial sino al contrario, deben mediar ciertas circunstancias que habiliten tal proceder.

De tal forma será menester a fin de obstruir una persona, a los fines de practicar una requisita personal, el hecho que se hayan obtenido previamente datos objetivos y serios que induzcan a presumir que existe motivo suficiente para proceder a cumplir con dicha medida, así una requisita no queda validada por su resultado.

Resulta ilustrativo el fallo de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal cuando estipula: “De ninguna manera corresponde en virtud del resultado incriminatorio de una diligencia probatoria convalidar lo actuado al margen de la autorización judicial necesaria, puesto que una aprehensión o requisita ilegal a su inicio no puede quedar validada por el resultado”¹⁸.

Consecuentemente, la procedencia de esta medida queda subordinada a los siguientes requisitos:

- a) Motivos suficientes para presumir que el sujeto lleva sobre su persona, cosas que puedan ser útiles para la investigación de un presunto tipo de injusto.
- b) Una razón de urgencia que aconseje la no postergación del acto.
- c) La comunicación inmediata al órgano jurisdiccional competente.

De lo expuesto afirmamos, el Código Procesal Penal de la Nación autoriza una requisita siempre que existan motivos suficientes para presumir que la persona oculta cosas relacionadas con un delito (art. 230, Cód. Proc. Penal de la Nación) la que debe ser ordenada por un juez competente, la excepción está dada por los casos de urgencia en que puede ser llevada a cabo directamente por el personal policial inter-

¹⁸ CNCasación Penal, Sala II, causa 1296, registro n° 2028.

viniente (art. 184, inc. 5°, Cód. Proc. Penal de la Nación –en su anterior redacción–). Sin embargo estas razones de urgencia deben tener tal entidad que hagan claramente aconsejable no postergar el acto durante el tiempo necesario para que el juez emita la orden que lo autorice.

Teniendo siempre presente que la búsqueda de cosas relacionadas con el delito en el cuerpo o ropas de una persona se halla sujeta a importantes restricciones, en virtud de que como quedó dicho se halla en juego el ámbito de intimidad personal protegido constitucionalmente (art. 18, Const. nacional; art. 12, Declaración Universal de Derechos Humanos –incorporada a nuestra Constitución nacional a través del art. 75, inc. 22– el que ha de interpretarse como complementario del art. 18 de aquélla, ya que dispone que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada).

3. Del cumplimiento de la diligencia

Tal como lo adelantamos, acerca de cómo debe cumplirse la diligencia existen posiciones encontradas, un sector doctrinal y jurisprudencial interpreta, a nuestro entender equivocadamente, que la orden judicial de requisa se cumple exclusivamente en el caso de que el sospechado lleve cosas sobre sí, esto es en su cuerpo (art. 218, Cód. Proc. Penal de la Nación), por lo tanto no resultaría necesaria la orden judicial en la búsqueda de elementos o cosas que el sospechoso lleve consigo, somos de la opinión que el personal policial deberá *siempre* requerir la correspondiente orden judicial a menos que concurran los supuestos que convalidan la requisa personal sin orden, esto es motivo suficiente y razones de urgencia.

4. El llamado “motivo suficiente”

Si constituye exigencia ineludible para la judicatura la presencia de motivos suficientes a fin de proceder a ordenar una requisa, con mayor razón debe existir el motivo en el caso de que la diligencia resulte cumplida por el personal preventor en función de lo dispuesto por la norma procesal que excepcionalmente lo autoriza (art. 184, inc. 5° –en su anterior redacción–) con el agregado del aviso inmediato a la autoridad judicial.

A fin de una más elaborada explicación recurrimos en ayuda de la doctrina de la “minoría” en la causa “Fernández Prieto y otro” que dispone: “Toda medida de coerción en el proceso penal, en tanto supone una injerencia estatal en derechos de rango constitucional, se encuentra sometida a restricciones legales destinadas a establecer las formas y requisitos que aseguren que esa intromisión no sea realizada arbitrariamente”.

“Los jueces están obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido de las autoridades administrativas y no se encuentran facultados para ordenar medidas coercitivas sin explicar sus fundamentos. Como correlato ello supone que los funcionarios que han de ser controlados especifiquen su actuación de

tal forma que dicho control pueda ser efectivamente ejercido” (voto en disidencia del doctor Petracchi)¹⁹.

De tal forma queda expresado el principio según el cual se requiere motivación de los actos jurisdiccionales, constituyendo una garantía cuya finalidad no es otra que el control de legalidad del acto respecto de la persona afectada por la medida.

También en “Fernández Prieto” el más alto tribunal de la Nación expresó que a fin de tener en cuenta la existencia de causa probable se debe tomar en consideración la totalidad de las circunstancias del caso, y destaca como relevante la actitud sospechosa del requisado que legitimaría el cumplimiento de la diligencia. Esto generó importantes y fundadas críticas de la doctrina, fundamentalmente en virtud de la imprecisión y vaguedad que conlleva la frase.

Respecto de la llamada “actitud sospechosa” el doctor Petracchi dijo: “El control judicial acerca de la razonabilidad de la medida [detención y posterior requisa] se convierte en poco más que una ilusión” si fueron fundadas en la supuesta actitud sospechosa de los detenidos sin expresar cuales fueron las circunstancias que en concreto llevaron a los funcionarios policiales a llegar a esa conclusión.

Continúa en su voto diciendo que “el recurso a una fórmula estereotipada como la ‘actitud sospechosa’ remite a una opacidad indescifrable que no satisface la exigencia de la debida fundamentación de los actos estatales, y, por lo tanto, carece de relevancia cuál sea la autoridad de la que éstos emanen”²⁰.

Bossert, con voto en disidencia, expuso su doctrina, la que a nuestro entender resulta la más adecuada, en función de la correcta hermenéutica que la Corte Suprema debe otorgar en respeto de las garantías individuales.

El citado magistrado señala, con cita en la doctrina de la Corte de los Estados Unidos, que en el caso se debe acreditar, para convalidar la excepción, la demostración del peligro inminente hacia la integridad física del personal preventivo de tal forma que la exigencia de sospecha razonable resulta suficiente cuando la autoridad administrativa entiende que una persona a la que investiga está armada y resulta peligrosa para su propia seguridad o de las personas que lo rodean. Fuera de la hipótesis propuesta exige causa probable, que implica un estándar superior al concepto de sospecha razonable, en otras palabras, este último concepto resulta de menor confiabilidad que el de aquél.

La Corte de Estados Unidos de América formula una excepción en el caso “Terry v. Ohio” fundada en razones de protección de la vida del policía y no en prevención del delito. En efecto, en el caso citado, la Corte estadounidense señaló que cuando un policía cree que un individuo al que investiga está armado y es peligroso para la seguridad física del funcionario o de un tercero que se encuentran cerca de aquél, parecería claramente irrazonable negar el poder de tomar medidas necesarias para determinar si la persona está llevando armas y que también la policía demorara el procedimiento hasta el momento en que la situación evoluciona a un punto donde hay causa probable para arrestarlo, en tal situación basta la sospecha razonable de parte de la autoridad preventiva.

¹⁹ Fallos, 321:2947.

²⁰ CSJN, “Fernández Prieto, Carlos A. y otro”, LL, 1999-B-284.

En dicho fallo también se expresa que la sensatez de alguna búsqueda y el ataque a particulares se debe valorar en vista de las circunstancias particulares, contra el estándar de si un hombre del cuidado razonable es justificado a creer que la acción tomada era apropiada.

Resulta ilustrativa la mención que hace la sentencia de la Corte de los Estados Unidos cuando refiere que la búsqueda del oficial fue limitada a lo que era mínimamente necesario determinar si los hombres fueron armados, y la intrusión, que fue causada con el único propósito de protegerse él y a los que estaban cerca y limitada a acertar acerca de la presencia del arma. El revolver del peticionario se admitió apropiadamente en la evidencia contra éste, desde que la búsqueda se dirigió a su ataque era razonable bajo la IV enmienda.

De meridiana claridad resulta el consid. 17. del voto del doctor Bossert, quien afirma: “la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad de defenderse contra el delito sea conjugado con el derecho del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro”.

Tal como adelantáramos, la sospecha razonable impone un estándar inferior del de causa probable ya que puede provenir de información que *a priori* aparece como menos confiable, que la que requiere el concepto de causa probable, empero, en ambos supuestos, la validez de la información depende del contexto en que la información es obtenida, como asimismo del grado de credibilidad de la fuente.

La exigencia de “causa probable” está prevista en la IV enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y su significado denota la existencia de que frente a la posibilidad de una requisa, allanamiento u orden de detener personas se presenten ciertas condiciones que se exteriorizan como hechos o circunstancias conocidos al tiempo de cumplir la diligencia y resultan suficientemente aptos para convencer a un hombre prudente de que la persona, sujeto pasivo de la medida, ha cometido o estaba cometiendo un delito.

Lo expuesto no significa que nuestra pretensión resulte ser la de reducir las facultades de la preventora a una interpretación reducida que prácticamente signifique su eliminación, muy por el contrario, no pretendemos negar bajo ningún aspecto el legítimo derecho de los funcionarios de la prevención a resguardar sus vidas y la de quienes los rodean al momento de realizar la diligencia, con mayor razón esta tesis se refuerza con el considerable aumento de delincuencia violenta de los últimos tiempos, por lo que un estado de sospecha razonable, de que el prevenido puede ocultar entre sus ropas elementos aptos para generar agresión, tanto a quien tenga a cargo el cumplimiento de la diligencia, como para los terceros que lo rodean, el palpado resultara más que legítimo, y no vulnerará de tal manera garantía individual alguna.

Naturalmente, ello no importa que la autoridad preventora bajo el pretexto de protección de su integridad física tenga facultades para actuar sobre el cuerpo del requisado en forma arbitraria.

De lo dicho nos resulta una inagotable fuente de arbitrariedades otorgar a la autoridad preventora, en función de lo normado por el art. 183 del Cód. Proc. Penal de la Nación, la facultad de llevar adelante una requisa personal sin la correspondiente orden judicial orientada como medida cautelar a fin de impedir la comisión de

delitos. Por lo que deberá analizarse desde una óptica particular en que se desenvuelve cada caso.

En minoría casi absoluta entendemos que la concurrencia de sospecha suficiente y urgencia sólo convalidan el accionar policial, en caso de que la misma se fundamente en la sospecha de que el requerido oculta entre sus ropas elementos que resultan aptos para generar agresión. Fuera de este supuesto creemos que sólo cabe exigir causa probable.

En el voto de la mayoría, con amplia cita en precedentes de la Corte de Estados Unidos, se indicó que las especiales circunstancias en las que se desarrolló el acto atacado resulta prioritario a fin de considerar la legitimidad de la detención y requisita de las personas involucradas por parte de las fuerzas de seguridad.

Se adujeron razones de urgencia en la detención del automotor circulando, así como también, que el acto resultaba válido en atención a la presunta conexión de los pasajeros del automotor con el hecho criminal en análisis, y fundamentalmente se pone especial énfasis en que la declaración de nulidad desconocería la verdad material revelada en el proceso (consid. 19 del fallo).

Compartimos la opinión de los comentaristas del fallo en el sentido de considerar que la limitación a la libertad ambulatoria surge en el momento en que se ordena detener el rodado, cuestión ésta que impide a los ocupantes alejarse del lugar. Más tarde y logrado este objetivo tiene lugar la requisita cuyo resultado deviene en la aparición de sustancias prohibidas.

Asimismo, a todas luces surge del correlato fáctico la falta de motivos fundados, exigencia ineludible conforme el art. 230 del Cód. Proc. Penal de la Nación. En lo que aquí respecta, tal como lo advierte el voto en disidencia, resulta insuficiente la información que posibilite el control judicial posterior, de manera tal que una detención ilegal no puede resultar convalidada en función del resultado logrado.

5. El estado de nerviosismo

La noción que refiere al estado de nerviosismo debe necesariamente ser evaluada con suma prudencia a fin de no avalar situaciones que pudieran conducir a limitar arbitrariamente el derecho a la libertad y seguridad personal.

En el sentido indicado, la Cámara de Casación Penal en autos “Monzón, Rubén M.” estableció que la requisita requiere motivación suficiente, recaudo que no se satisface con una escueta referencia a la percepción de un “cierto estado de nerviosismo”, máxime si del relato prevencional no se logra inteligir acabadamente si aquel estado era previo a la interceptación de los jóvenes o si se originó a partir de ese acto. Por eso y mal puede hablarse de flagrancia cuando la verificación del hecho ilícito ha sido posterior al acto de coerción cuya validez se analiza²¹.

El decisorio consagra la inviolabilidad implícita del derecho a la libertad ambulatoria, y establece con meridiana claridad la correcta hermenéutica que corresponde atribuir al llamado “estado de nerviosismo”, consagrando la necesidad de que el mismo debe resultar anterior a la intervención de las fuerzas de seguridad.

²¹ CNCasación Penal, Sala I, 16/3/99, “Monzón, Rubén M.”, LL, 2000-B-627.

En “Duzac”, el juez David en minoría se inclina por la validez de la requisita, señalando, que si bien el nerviosismo no constituye aisladamente un criterio de razonabilidad, y debe necesariamente integrarse con las concretas circunstancias del caso, concluye que en el sub-examine el “estado de nerviosismo” que demostró el imputado produjo en los preventores una sospecha razonable de que se encontraba en posesión de elementos que indicaban la comisión de un ilícito²².

La mayoría en cambio entendió “que las actitudes nerviosas de los imputados, posteriores a la interceptación del vehículo constituyen fundadas razones de sospecha para detener a una persona y requisarla sin orden judicial”.

El razonamiento de la mayoría resulta más que objetable ya que aparece como amenazador del respeto por garantías individuales, el hecho de que tan solo fundado en una actitud de nerviosismo, sin circunstancia coadyuvante alguna que represente objetivamente el estado de sospecha requerido.

De tal manera, no vacilamos en afirmar que el estado de nerviosismo considerado por si solo no resulta motivo suficiente, a fin de convalidar una detención y posterior requisita, sin orden del órgano jurisdiccional competente.

Deberá estar acreditado motivo suficiente, al momento de la intromisión y permitírsela en un nivel mínimo e imprescindible a fin de disipar toda duda sobre la conducta futura del requisado.

6. La requisita personal sin orden judicial

De la valoración que formula Jauchen se extrae una suerte de máxima en las legislaciones procesales que autorizan a la autoridad prevencional a practicar requisitas personales sin orden judicial²³.

En tal sentido, enseña el distinguido autor, que a fin de plasmar la situación reseñada será necesario, que se den motivos suficientes, ya que resultaría una incongruencia que este recaudo resulte exigido al propio juez y no a la autoridad de prevención.

De aquí que el juez deberá analizar la presencia de motivos suficientes y la urgencia en la demora de proceder a la realización de la diligencia, como también, el modo en que el acta fue labrada –esto es en debida forma– la presencia de los llamados testigos de actuación, la firma del requisado o en su caso indicar los motivos de su negativa.

Cuestiones éstas que hacen al control judicial posterior que no hacen más que revalidar la doctrina que indica que “una requisita ilegal a su inicio no puede quedar validada por el resultado”²⁴.

Además, debe existir “urgencia” que se considerará conforme las particularidades del caso concreto traído a juzgamiento, la urgencia se dará excepcionalmente

²² CNCasación Penal, Sala I, 5/3/99, “Duzac, Fabián A. y otro”, LL, 2000-C-270.

²³ Jauchen, Eduardo M., *Tratado de la prueba en materia penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.

²⁴ Doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos “Byars v. United States”, 273 US 28, 1927.

en los supuestos en que de no proceder inmediatamente, resulte objetivamente probable que la investigación se frustrara.

Enseña D'Albora que "la urgencia es un concepto relacionado con el apremio, para decidir algo".

La Cámara Nacional de Casación Penal ha valorado la legitimidad del término y considera, en general, que la urgencia que autoriza la requisa en estas condiciones debe estar guiada por la posibilidad de descubrir pruebas que ante la demora, la espera de la orden judicial pudieren llegar a desaparecer.

Así, la normativa procesal requiere que cumplimentada la diligencia, la autoridad preventora deberá dar inmediato aviso al juez competente a fin de cubrir el necesario contralor judicial.

Naturalmente, en buena doctrina, la falta de comunicación inmediata generaría una causal de nulidad absoluta por afectación de garantías constitucionales.

No debe resultar ajeno al análisis del título el criterio seguido en esta cuestión por la Cámara Nacional de Casación Penal.

Ante todo debemos afirmar respecto de la cuestión tratada que la casación se alinea en un continente acorde a los principios generales ya enunciados. En efecto, pueden destacarse fallos en los que se exige a los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad, a fin de proceder excepcionalmente requisas urgentes, motivos suficientes. Dicha urgencia debe fundarse en circunstancias objetivas que en definitiva quedarán sujetas al control judicial, para lo cual se establece la necesidad de comunicarlas de inmediato al juez competente (art. 184, inc. 5°, Cód. Proc. Penal de la Nación).

Otros fallos han validado requisas sin orden judicial si ella se originó en estado de sospecha razonable previa, que animaba a los preventores y en circunstancias en que resultaba imposible obtener la orden judicial sin riesgo en la demora.

En tal situación cabe ponderar la existencia de fallos que han llegado aún más lejos, confirmando esta facultad, así se ha entendido que la exigencia de orden judicial para proceder a la requisa en todos los casos constituye un exceso ritual manifiesto dirigido a cuestionar la legítima posibilidad de la autoridad policial de revisar a quienes resultaron sospechosos en comprobadas circunstancias de urgencia y a rechazar la consecuente incorporación de esa prueba válidamente recogida.

Tampoco resultan ausentes los fallos que han considerado que la concurrencia de sospecha suficiente y urgencia que legitiman el accionar del personal preventor constituyen extremos de hecho y prueba que regularmente encuentra su ámbito de discusión en la etapa de debate.

No concordamos con este razonamiento, en efecto, en materia de reglas que regulan la admisión de la vía casatoria, las partes pueden demostrar que no existe otra oportunidad que resulte útil a fin de reparar el agravio de derecho común.

Cuestión esta última que resulta íntimamente relacionada con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Giroldi" en el que se estableció que la Cámara Nacional de Casación Penal debe intervenir a fin de concretizar o mejor dicho hacer realidad el derecho a la doble instancia, no pudiendo restringir

excesiva o arbitrariamente la admisibilidad del recurso, en tanto resulta la última instancia del imputado a efecto de revisar cuestiones regidas por el derecho común, actuando la casación como órgano unificador de derecho penal.

Otras salas del Tribunal de Casación han equiparado el concepto de urgencia al de flagrancia sosteniendo el principio de que si bien es cierto que por regla general la competencia para disponer una requisita pertenece al juez, el Código Federal le otorga por excepción dicha facultad a la autoridad preventora en el supuesto en que se den determinadas circunstancias entre las que estaría incluida la flagrancia.

“Serán procedentes las medidas que dispongan el secuestro y custodia de objetos que *prima facie* integran el cuerpo del delito... Existe habilitación legal para detener y requisar cuando se tengan motivos racionalmente bastantes para creer que está pasando o está a punto de pasar algo criminalmente relevante”²⁵. El arresto no resulta abusivo siendo que la situación de flagrancia lo justifica al tener impuesto la policía el deber de actuar, aun sin orden judicial (art. 284, inc. 4° del Cód. Proc. Penal de la Nación).

En otras ocasiones, la casación, al expedirse en relación a la urgencia que se requiere necesariamente para practicar la diligencia sin orden judicial ha recurrido a la fórmula del caso en que ello no resultará práctico a fin de obtener la imperiosa orden judicial precedente.

En este orden de ideas resultan de claridad meridiana las reflexiones de Jauchen cuando enseña que “Estando comprometida una garantía individual de rango constitucional, resulta insostenible pretender que la misma pueda ser soslayada por simples razones de ‘practicidad’”²⁶.

Continúa el autor diciendo: “no es sensato extender a tan amplia posibilidad la legitimidad para poder requisar sin orden judicial previa. Pues tampoco es esta la razón legal reglamentaria, desde que la urgencia refiere a la inminencia de que pueda frustrarse la investigación con la desaparición de los elementos de prueba que pudieran ser objeto de secuestro mediante la requisita”.

Resulta interesante ponderar que no deviene de normativa alguna la identificación de los conceptos de flagrancia con el de urgencia ya que resulta a todas luces factible que este presente la una sin la otra, en otras palabras puede haber flagrancia sin que ello implique necesariamente el hecho de que en las circunstancias particulares del caso exista la urgencia que autoriza la requisita sin orden judicial previa, debiendo concluir entonces que conforme las circunstancias particulares del caso habrá supuesto de flagrancia en los cuales deba obtenerse la correspondiente orden judicial a fin de practicar la requisita.

De lo dicho debe necesariamente colegirse que en la actualidad no existe un concepto unívoco de lo que se debe entender por urgencia, cuestión que por cierto no resulta menor, atendiendo a la concreta posibilidad de que se apliquen disímiles criterios a cuestiones afines.

²⁵ CNCasación Penal, Sala III, 3/3/95, “Romero Saucedo, Carlos A.”, JA, 1995-III-553.

²⁶ Jauchen, *Tratado de la prueba en materia penal*, p. 137.

Por el contrario, consideramos loable el fallo “Martínez Smerdel, José R.”²⁷ en el que se establece que la búsqueda de cosas relacionadas con un delito en el cuerpo o ropas de la persona se halla sujeta a limitaciones en virtud de hallarse en juego el ámbito personal de intimidad de sustento constitucional (art. 18, Const. nacional) tratándose sin lugar a dudas de un acto gravemente restrictivo de la libertad personal²⁸ conforme la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 12; en idéntico sentido el art. 17, inc. 1° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y el art. 11, inc. 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “nadie puede inmiscuirse en la vida privada de las personas ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por una ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o en la persecución del crimen”²⁹. Tal ley debe establecer las formas y los recaudos para que esa intromisión no sea arbitraria. Reiteramos que nuestra legislación establece como presupuesto para la procedencia de la requisa que se encuentren reunidos motivos suficientes para presumir que alguien oculta cosas relacionadas con un delito (art. 230, Cód. Proc. Penal de la Nación) la que será ordenada por un juez o en casos de urgencia las llevará a cabo directamente el funcionario policial interviniente (art. 184, inc. 5°, Cód. Proc. Penal de la Nación –en su anterior redacción–).

Por más que resulta sobreabundante señalarlo, tal autorización a la policía presupone la concurrencia de las condiciones que, según la norma específica, deben hallarse presentes, es decir los llamados motivos suficientes para presumir que se ocultan cosas relacionadas con un delito a lo que ya hiciéramos referencia, sólo que se prescinde de la necesidad de la orden judicial cuando además existen razones de urgencia que aconsejen no postergar el acto. Tal es el sentido que debe darse a la expresa disposición del art. 184, inc. 5° del Cód. Proc. Penal de la Nación de que los funcionarios policiales deben actuar en los casos de requisas urgentes con arreglo al art. 230 del Cód. Proc. Penal de la Nación³⁰.

De lo hasta aquí expuesto resulta contundente que la decisión de detener y requisar a una persona no queda sujeta a la absoluta discrecionalidad policial, sino que deben mediar ciertas circunstancias que habiliten tal proceder.

Entendemos que esta jurisprudencia y su progenie afianzan la garantía constitucional del debido proceso en su más exacta dimensión, debiendo además expresarse como juicio previo y legal, lo que invariablemente supone el respeto a las formalidades establecidas por la ley para que el proceso concluya con una sentencia válida.

Es por medio de las formas establecidas por la ley procesal como se aseguran los derechos de las partes, así como la rectitud del juicio.

²⁷ CNCrimCorr, Sala I, 20/3/98, “Martínez Smerdel, José R.”, LL, 2000-A-569, 42.337-S.

²⁸ Causa “Francisconi”, 12/4/95, reg. 11.902.

²⁹ Fallos, 306:1892.

³⁰ Conf. causa 11.080 “Carbonero”, 30/5/95, reg. 12.019 y sus citas.

Por otra parte, un tribunal de la jerarquía de la Cámara Nacional de Casación Penal, al que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, le adjudicó en la doctrina de fallos “Giroldi” con cita de “Strada” y en “Álvarez”³¹ el carácter de tribunal intermedio, con el argumento de asegurar que su intervención serviría para que a ella le llegara un producto más elaborado, debería invariablemente operar sobre pautas más estables acerca de cuáles resultan ser las condiciones que habilitan que se pueda interceptar a una persona y revisarla en la calle y con fines de practicar sobre ella una requisa personal, en todo momento debe tomarse en consideración que estamos en presencia de un acto gravemente restrictivo de la libertad personal que invariablemente exige un análisis minucioso de los motivos que autorizan su realización.

Más adelante analizamos un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que convalidó como único justificativo para interceptar y requisar personas en la vía pública, el llamado por los medios de comunicación “olfato judicial”, a nuestro juicio, en claro detrimento de las garantías individuales con rango constitucional.

Empero, indudablemente la mayor novedad la incorporó el Ministerio Público Fiscal al introducir el argumento que quedaría así resumido “la incitación de determinadas personas que por sus características son pasibles de ser requisadas por las fuerzas de seguridad”.

7. La sanción de la ley 25.434

La ley 25.434 modifica los arts. 184, 186 y 224; incorpora el art. 230 *bis*; sustituye el art. 231, y modifica el art. 392, según texto anterior de la ley 23.984.

Podría afirmarse que la nueva legislación, producto de los actuales niveles de criminalidad, amplía considerablemente las facultades policiales y de las fuerzas de seguridad.

En efecto, en lo que aquí interesa destacar, el nuevo art. 184, inc. 5° establece como atribuciones de la policía y fuerzas de seguridad, el disponer con arreglo al art. 230 –motivo suficiente– las requisas e inspecciones del art. 230 *bis* y los secuestros del art. 231 dando inmediato aviso al órgano judicial competente.

Así, resulta más que ilustrativo el art. 230 *bis* del Código de rito al establecer la facultad de la policía y fuerzas de seguridad para requisar personas e inspeccionar los efectos que lleven consigo sin orden judicial, así como el interior de vehículos, aeronaves y buques de cualquier clase, con la finalidad de hallar cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito o elementos que pudieran ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo, con la exigencia de que en el caso concreto:

- a) Concurran circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de la persona o vehículo determinado, y
- b) Se encuentre en la vía pública o en lugares de acceso público.

³¹ LL, 1996-D-524.

Estableciendo la necesidad de realizar la diligencia conforme lo establecido por el art. 230, párrs. 2° y 3°, practicando el secuestro del art. 231, labrando el acta conforme los arts. 138 y 139 del Cód. Proc. Penal de la Nación y comunicando inmediatamente a la autoridad judicial a fin de que resuelva en consecuencia.

En este contexto, el control judicial posterior, debe ceñirse necesariamente no sólo a la existencia de motivos suficientes, urgencia, la presencia de los llamados testigos de actuación en la realización del acta de requisa (si se tratara de una persona de sexo femenino debe ser practicada por persona del mismo sexo) asimismo, los jueces deberán verificar que la existencia de motivos suficiente haya resultado previa a la realización de la diligencia, tal como expresáramos, una requisa ilegal no puede ser validada por el resultado incriminante obtenido.

En tal sentido, no nos seduce la doctrina de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal quien en breve reseña admite que el resultado de la requisa no debe dejar de evaluarse como dato *ex post* a favor de la verosimilitud o suficiencia de motivo suficiente.

Entendemos que el legislador obró aquí con cierta influencia de creación pretoriana, especialmente de la Cámara Nacional de Casación Penal que ha formulado ingentes esfuerzos por justificar –con pocas excepciones– procedimientos policiales de dudosa constitucionalidad, en este sentido, fallos como el de “Vicente, Ana M.”³², resuelto por la misma Sala I de la Cámara de Casación que confieren mayores facultades a la policía que a los mismos jueces, ya que mientras éstos sólo pueden disponer requisas frente a la existencia de motivos suficiente, aquéllos podrían realizar el cumplimiento de la diligencia sin razón previa alguna.

Por otra parte, obsérvese que el art. 230 *bis* del Cód. Proc. Penal de la Nación requiere a fin de practicar una requisa sin orden judicial “la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas”.

Dichas circunstancias serán resueltas *prima facie* por la autoridad preventora con posibilidad cierta de vulnerar garantías constitucionales.

Como regla general hubiera resultado ajustada a derecho establecer como excepción la posibilidad de requisar sin orden judicial, tomando en consideración el momento y lugar en que se realizó el procedimiento, con más las razones urgentes para corroborarlo.

En lo que hace a los vehículos interceptados para ser requisados, la Corte de Estados Unidos ha desarrollado la doctrina de la excepción de los automotores, en cuanto convalidó la requisa de un automóvil sin orden judicial, así como la evidencia obtenida a consecuencia de esa requisa, el fundamento se basó en que los oficiales tenían causa probable para sospechar la existencia de una actividad ilícita³³.

Asimismo, el citado fallo sostuvo la necesidad de efectuar una diferencia entre la inspección de un negocio, residencia u otra construcción similar en la que la orden de allanamiento puede ser obtenida rápidamente y la requisa de un automóvil con supuesta mercancía en su interior procedente de un delito, en los cuales no resulta

³² CNCasación Penal, Sala I, 2/11/95, “Vicente, Ana M.”, JA, 1995-II-569.

³³ “Carrol v. United States” 267, US 132, 1925.

factible la obtención de una orden judicial en función de que el rodado puede ser rápidamente retirado de la jurisdicción donde el mandamiento judicial debe ser obtenido.

También el fallo destaca que la cuestión queda supeditada a la existencia de “causa probable”, la que consideramos una base más sólida o de estándar superior a la razonabilidad objetiva que permita justificar la requisita.

8. El fallo “Tumbeiro”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Tumbeiro, Carlos A. s/recurso extraordinario” declaró que se “considera legítimo el trámite de identificación llevado a cabo por los funcionarios policiales a la luz de las normas que regulan su accionar”³⁴.

Ello es así, toda vez que éstos han sido comisionados para recorrer el radio de jurisdicción en la específica función de prevenir el delito y, en ese contexto, interceptaron al encartado en actitud sospechosa, que fue ulteriormente corroborada con el hallazgo de estupefacientes y comunicaron de inmediato la detención al juez.

En estas condiciones, no se advierte ninguna irregularidad en el procedimiento del cual pueda inferirse violación alguna al debido proceso legal. Es más, el pronunciamiento impugnado no sólo ignora la legitimidad de lo actuado en prevención del delito y dentro del marco de una actuación prudente y razonable del personal policial en el ejercicio de sus funciones específicas, sino que, además, omite valorar juntamente el nerviosismo que mostraba el imputado.

Por lo expuesto, no se advierte en el caso una violación a la doctrina del tribunal, según la cual, no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales³⁵.

a) El ámbito de la cuestión planteada

Justo resulta destacar que el alto tribunal se aparto de su doctrina, en relación al “estado de sospecha” conformando un nuevo estándar.

A tal efecto, alcanza traer a colación la doctrina de la Corte en la causa “Daray Carlos A.”³⁶, a fin de corroborar este nuevo estándar que antes aludimos, el criterio seguido por el alto tribunal establece:

1) Todo proceso penal debe ser tramitado de conformidad con una ley preexistente, que al mismo tiempo faculte y limite al Estado en el ejercicio de la coacción procesal, respetando las libertades individuales aseguradas por la Constitución nacional (del voto de los doctores Nazareno, Moline O’Connor y Levene).

2) La competencia para efectuar arrestos a que se refiere el art. 18 de la Const. nacional, sólo puede provenir de un expreso mandato legislativo y debe ejercerse en

³⁴ Fallos, 135:35.

³⁵ Fallos, 303:1938; 306:1752; 311:2045; 321:2947, consid. 18, entre otros.

³⁶ CSJN, “Daray, Carlos A.”, 22/12/94, LL, 1995-B-352 con nota de Carrió, Alejandro, *Detenciones arbitrarias y reglas de exclusión: Cuando la Corte habla así, da gusto oírlo*.

la forma y condiciones fijadas por esa disposición legal (del voto de los doctores Belluscio y Bossert).

3) La detención de un ciudadano sin que exista flagrancia o indicios de que sea responsable de delito alguno, hace nulo el procedimiento y lo actuado en su consecuencia (voto de los doctores Belluscio y Bossert).

4) Corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento si se ha violado el art. 18 de la Const. nacional, según el cual la detención de los habitantes de la Nación requiere la existencia de una orden de autoridad competente (del voto de los doctores Belluscio y Bossert).

5) Las disposiciones que facultan a la Policía Federal a detener personas con fines de identificación, no pueden ser utilizadas para legitimar arrestos cumplidos fuera de los casos indicados por la ley (del voto de los doctores Belluscio y Bossert).

6) Si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél (del voto de los doctores Belluscio y Bossert). Se citó jurisprudencia de la Corte³⁷.

Las consideraciones hasta aquí efectuadas nos llevan al convencimiento que en el fallo en análisis se ha formulado una interpretación *in malam parten*, sustentado en un esquema de “control del delito” caracterizado por reprimir el crimen como su máxima aspiración, eliminando cualquier intento que obstaculice el logro de la verdad, que actúa con la presunción de culpabilidad como predicción de resultado³⁸.

En apretada síntesis, Tumbeiro se hallaba ubicado en un sitio de la ciudad en el que suele darse este tipo de ilícitos, con vestimenta poco apropiada, y mostrándose nervioso frente a la autoridad preventora, de tal forma ésta procedió a constatar su identidad encontrándose la documentación en regla, a continuación el encartado es ingresado al móvil policial a fin de constatar la presencia de algún pedido de captura, por el sistema digito radial, la que arrojó resultado negativo.

En ese momento y antes de recibir respuesta, la autoridad policial le hace abrir a Tumbeiro un diario que se encontraba en su poder, encontrando una bolsa de nailon conteniendo clorhidrato de cocaína.

El Tribunal Federal Oral n° 1 condenó al encartado a la pena de un año y medio de prisión en suspenso y multa, teniendo por acreditada la tenencia simple de estupefacientes.

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió por mayoría dejar sin efecto la condena impuesta al encartado y absolverlo por el delito de tenencia de estupefacientes, por el que había resultado condenado, consecuentemente se declaró la nulidad de la diligencia de secuestro practicada por personal policial, argumentando los camaristas Basavilvaso y Bisordi que la detención de Tumbeiro no resultaba ajustada a derecho.

³⁷ CSJN, “Raiford, Reginald”, *Fallos*, 308:1847 y “Francomano”, *Fallos*, 310:2384, *LL*, 1995-B-349 a 373.

³⁸ Packer, Herbert citado por Bohmer, Martín, *La celada legal y los fundamentos del proceso penal*, en Cafferata Nores, José I., en “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”, Bs. As., Editores del Puerto, 2000.

Los magistrados sostuvieron que, para la realización de una detención ajustada a derecho, la autoridad prevencional debió haberlo encontrado en la acción misma de cometer el delito, cuestión que no acaece en el sub-examine en virtud de que el encartado caminaba por la calle. Asimismo, agregaron, el hecho de que no se trató en el caso de una demora que puede dar a lugar a la averiguación de antecedentes, en función de que la normativa establece que la misma se lleve adelante sólo en el caso de existir motivos fundados.

Consideraron que la interceptación de una persona en la vía pública con fines de identificación y su posterior alojamiento en el móvil policial a la espera de la recepción de antecedentes que pudiera registrar constituye una verdadera detención que no encuadra en ninguno de los supuestos del art. 284, inc. 3° del Cód. Proc. Penal de la Nación, sin que pueda invocarse una hipótesis de flagrancia.

En este sentido, los integrantes de la Sala I de la Cámara de Casación Penal entendieron “que la detención por averiguación de antecedentes prevista en el de-cr.ley 333/58 –texto del art. 1°, ley 23.950– no se justifica en la especie, en la medida en que no mediaron circunstancias debidamente fundadas que hicieran presumir que alguien hubiese cometido algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase su identidad”.

Respecto del estado de nerviosismo del encartado juzgaron que el mismo resultaba una circunstancia equívoca y como tal no susceptible de habilitar la detención, también descartó la aplicación del art. 1° de la ley 23.950 en virtud de no mediar las circunstancias requeridas para la aplicación de esta norma.

En virtud de tales circunstancias la Sala I de la Cámara de Casación Penal resolvió absolver de culpa y cargo al encartado en cuanto a la imputación que pesaba sobre él.

b) Los fundamentos del fallo de la Corte

En fallo dividido el más alto tribunal de la Nación abrió el recurso extraordinario con el argumento de que en la sentencia que resulta materia de impugnación se ha efectuado una interpretación arbitraria de los arts. 284 y 285 del Código de rito, así se declara admisible el recurso ante la posibilidad de resultar afectada la garantía del debido proceso y revocó la sentencia apelada, con base en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, el voto de la mayoría señaló “que la cuestión federal planteada por el Ministerio Público no se refiere a la discusión sobre los hechos probados de la causa, sino al alcance de las garantías constitucionales que el *a quo* juzgó afectadas a partir de la inteligencia que asignó a normas procesales que guardan estrecha relación y dependencia con aquéllas”³⁹.

La cuestión se centraliza en determinar si la mera actitud sospechosa o el nerviosismo que exterioriza una persona en la vía pública ante la presencia de funcionarios de la policía, autoriza a averiguar si registra pedido de captura aun cuando pueda acreditar su identidad con la exhibición del documento respectivo, o si esa

³⁹ Fallos, 311:836; 317:956.

diligencia afecta la garantía que consagra el art. 18 de la Const. nacional frente al arresto arbitrario.

Asimismo, el planteo conduce a establecer la validez del secuestro del material incriminante que llevaba la persona mientras se establecía si registraba antecedentes.

El voto mayoritario de la Corte precisó que el art. 18 de la Const. nacional al establecer que la orden de arresto debe provenir de autoridad competente, presupone una forma previa que establezca en qué casos y bajo qué condiciones procede una privación de libertad.

Afirmó que el art. 284 del Cód. Proc. Penal de la Nación reglamenta el citado art. 18 de la carta magna. Agregando que también debe considerarse reglamentario de la garantía señalada el art. 5°, inc. 1° del *decr.ley* 333/58 ratificado por la ley 14.467 y modificado por la ley 23.950 en cuanto da facultades a los funcionarios policiales para proceder a la demora de las personas por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad, cuando existan circunstancias debidamente fundadas que permitan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acredite fehacientemente su identidad.

En el *consid.* 6° del fallo el máximo tribunal de la Nación afirma “que resulta conveniente precisar que el art. 18 de la Const. nacional, al establecer que la orden de arresto debe provenir de autoridad competente, presupone una norma previa que establezca en qué casos y en qué condiciones procede una privación de libertad. El art. 284 del Cód. Proc. Penal de la Nación reglamenta el citado art. 18 de la carta magna, al establecer el deber de los funcionarios y auxiliares de la policía de detener, aun sin orden judicial, a las personas que se encuentren en los diversos presupuestos que dicha norma establece.

Asimismo, también debe considerarse reglamentario de la garantía señalada al art. 5°, inc. 1° del *decr.ley* 333/58, ratificado por la ley 14.467 y modificado por la ley 23.950, en cuanto faculta a los funcionarios policiales para proceder a la demora de las personas por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad cuando existan circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acredite su identidad”.

En el *consid.* 7° afirma el tribunal “que a los efectos de determinar si resulta legítima la medida cautelar de prevención que tuvo por sustento la existencia de un estado de sospecha sobre la verdadera conducta del imputado, ha de examinarse aquel concepto a la luz de las circunstancias en que tuvo lugar su interceptación”.

Respecto de la cuestión cabe señalar que la Corte Suprema realiza un cúmulo de actitudes del encartado, así el nerviosismo de Tumbeiro ante la presencia de la fuerza preventora, su vestimenta y comportamiento denotaban que no se trataba de un lugareño.

El fallo recuerda precedentes de la Corte de los Estados Unidos de América, aunque es sabido que los fallos de la Corte de dicho país han constituido permanentemente una fuente de inspiración para la Corte nacional.

En cuanto a los conceptos de causa probable, sospecha razonable, situaciones de urgencia y la totalidad de las circunstancias del caso, así también el precedente “Terry v. Ohio” “en el cual la Suprema Corte de los Estados Unidos convalidó la requisita y detención sin orden judicial efectuada por un policía al advertir que extraños actuaban de manera sospechosa, ocasión en que se les aproximó y luego de identificarse y girar alrededor, palpó sus ropas y encontró una pistola en el bolsillo del accionante, habiendo sido condenado y admitiéndose el arma como prueba”.

Toma en consideración el hecho que la autoridad preventora había sido comisionada para recorrer el radio de jurisdicción en la específica función de prevenir el delito, contexto en el que fue interceptado el encartado en actitud sospechosa que resultó corroborada con el hallazgo de estupefacientes.

Frente a estas consideraciones no advierte el tribunal violación al debido proceso legal, por lo que acuerda legitimidad al procedimiento policial en ejercicio de sus funciones específicas.

Por su parte, Fayt, Petracchi y Bossert, quienes por la minoría votaron por el rechazo del recurso extraordinario en razón de considerarlo inadmisibles conforme el art. 280 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación.

c) Comentario del fallo

En una primera aproximación, resulta sumamente cuestionable, que en referencia a los criterios reseñados por la Corte Suprema en cuanto alude a causa probable, sospecha razonable, o condicionamiento de las circunstancias que rodean la aprehensión, la autoridad preventora pueda valorar esas premisas con la necesaria prudencia y equidad que le permitan interceptar a una persona en la vía pública, restringiendo su ámbito de libertad.

Con claridad meridiana lo enseña Carrió, quien menciona el caso “Barbeito”⁴⁰ en el que la policía lo único que alcanzó a divisar fue una persona, quien ante la presencia policial comenzó a apurar su marcha, portando una bolsa de nylon en su mano.

Resultó ser que ante la interceptación del encartado y la posterior requisita de la citada bolsa, se procedió al secuestro de un arma, consecuentemente la autoridad preventora, con esta base fáctica tuvo motivo suficiente para proceder a la detención de Barbeito.

Otros fallos de la misma Sala resultan de gran utilidad para el investigador con el fin de desglosar la hermenéutica legal que un tribunal de la jerarquía de la Casación le otorga a la facultad policial de detener y requisar personas sin orden judicial, en este sentido, se podrá citar la causa “Ayunes, Horacio y otros s/recurso de casación” de la Sala II, del 11/3/96; en sentido similar “Rodríguez, Leonardo A. S. s/recurso de casación” de la misma Sala, 14/4/96, entre otros.

Sin embargo, creemos que en “Tumbeiro” la Corte Suprema llegó más lejos aún que en “Fernández Prieto”, en efecto aquí el más alto tribunal de la Nación –con cita en la Corte de Estados Unidos de América– estableció: “para determinar si exis-

⁴⁰ CNCasación, Sala II, JA, 1995-I-581.

te causa probable o sospecha razonable se debe considerar la totalidad de las circunstancias del caso, bastando a fin de justificar procedimientos policiales la actitud sospechosa de los requisados, cuestión esta última que fue objeto de no pocas críticas de parte de la doctrina nacional, en virtud de lo ambiguo e impreciso que resulta esta expresión”.

Empero, cierto es que en “Tumbeiro” la detención se produce sin orden judicial, cuestión que no plantearía objeción alguna conforme la normativa procesal vigente, en tanto y en cuanto se cumplimenten determinados requisitos que la ley indica, sin embargo resulta ilustrativo señalar:

1) La aprehensión de Tumbeiro se produce como consecuencia de un procedimiento policial, sin causa motivante alguna.

Así, pensamos que el más alto tribunal de la Nación no consideró en el caso las limitaciones a las que se halla sujeta la búsqueda de cosas relacionadas con un delito en el cuerpo o ropas en el ámbito personal, por tratarse de un acto gravemente restrictivo de la libertad.

En el citado fallo no se verifican circunstancias de flagrancia que autoricen al personal policial a proceder tal como lo hicieron, en efecto, la flagrancia que permite omitir la orden judicial tiene lugar sólo, en tanto y en cuanto la comisión del delito sea exteriormente reconocible, por lo que no cabe hablar de flagrancia cuando el reconocimiento del ilícito surge como consecuencia de la requisa.

2) Surge la necesidad de volver al precedente “Daray”. En este análisis la Corte Suprema estableció que la detención de un ciudadano sin que exista flagrancia o indicios de que resulte responsable del delito nulifica el procedimiento y por tal circunstancia todo lo actuado en su consecuencia.

Así, “corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento si se ha violado el art. 18 de la Const. nacional, según el cual la detención de los habitantes de la Nación requiere la existencia de una orden judicial competente... las disposiciones que autorizan a la Policía Federal a detener personas con fines de identificación no pueden ser utilizadas para legitimar arrestos cumplidos fuera de los casos que la ley indica. Toda medida restrictiva de la libertad debe ajustarse a lo que dispone la ley”.

“Es ilícita la detención de quien no fue visto cometer delito alguno por el personal policial, ni surge indicio alguno que razonablemente pudiera sustentar la sospecha de su vinculación con la comisión de un delito”.

Sin duda lo trascendente del fallo antes indicado resulta ser que nuestro máximo tribunal había establecido la doctrina por la cual para la detención de personas sin orden judicial el estándar requerido para legitimar esta detención no podía resultar inferior a indicios vehementes de culpabilidad.

3) En particular la Corte Suprema cita como referente el estado de sospecha, que acontece en el precedente “Terry v. Ohio” de la Corte de Estados Unidos.

Es útil recordar que en el precedente señalado, el oficial McFaden, mientras patrullaba el centro de Cleveland vestido de civil, puso atención en dos personas que mostraban actitudes sospechosas, se acercó a ellas preguntando sus nombres.

Palpó de ropa a Terry y encontró un arma, en el caso, la Corte dijo que si un oficial de policía observa una conducta sospechosa que lo lleva a concluir a la luz de su experiencia que se puede tratar de actividades criminales, se identifica y realiza razonables averiguaciones de las que nada sirve a fin de hacer desaparecer sus sospechas, resulta autorizado a registrar la vestimenta exterior de los sospechosos en busca de armas.

Tal búsqueda resulta razonable bajo la IV enmienda y las armas encontradas pueden ser utilizadas como evidencia.

A mayor abundamiento el consid. 6° del fallo señala: “El ataque protector del oficial de peticionario y sus compañeros y de la búsqueda limitada que él hizo eran razonables, en su principio y como conducidos”.

La búsqueda del oficial era limitada a lo que era mínimamente necesario para determinar si los hombres estaban armados, y la intrusión tuvo el único propósito de protegerse él y a los otros que estaban cerca, y limitada a acertar la presencia de armas.

El examen complejo del fallo de la Corte de Estados Unidos nos lleva a sostener que la interpretación que realiza la Corte Suprema de la Nación de este fallo resulta forzada, en efecto no debe dejar de tenerse presente que el centro de la cuestión resuelta en “Ferry v. Ohio” se funda en que la persona que tiene el oficial frente a él se encuentre armada.

En cambio, en el análisis del fallo “Tumbeiro” se trata de una situación completamente diferente, sólo basta señalar para comprobar nuestra tesis que el imputado poseía su documentación en regla y no existía causa probable conforme los dichos de la autoridad policial para sospechar que estuviese armado.

A todo esto, justo es decir que el motivo de sospecha surge tan solo de su vestimenta, la que no resulta habitual conforme el lugar por el que se desplazaba, sumado esto a una suerte de estado de nerviosismo conforme los dichos de la autoridad policial.

4) Así formulado el planteo existen razones valederas para considerar que con la detención y posterior requisa de Tumbeiro se violentan los arts. 14 y 19 de la Const. nacional.

En efecto, del primero de los preceptos citados surge el derecho de todo habitante de la Nación conforme las leyes de reglamentación de permanecer y transitar en territorio argentino.

El mismo también por imperativo constitucional no puede ser alterado por las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28).

En esta situación la conducta que se asume frente a un hecho que puede resultar susceptible de provocar responsabilidad debe necesariamente ser única y no contradictoria, no debe escindirse conforme los intereses de política criminal que pueden ejercerse en los diferentes ámbitos y conforme a criterios de conveniencia que optimizan los principios fundamentales del Estado de derecho.

De la regla del art. 19 de la Const. nacional deviene el axioma que impone la inexistencia de lesividad en tanto no resulte la afectación de otro.

Por lo que consideramos que Tumbeiro no debía dar razón alguna en lo que se refiere a su presencia en el lugar ni en lo que respecta a la vestimenta con la que cubría su cuerpo.

Por otra parte, si bien es cierto que el principio de libertad no resulta ser absoluto, sino que se goza de él conforme las leyes que reglamentan su ejercicio, no por ello las reglas procesales que establecen diferentes medios de coerción como excepción al mandato constitucional del art. 18 deben necesariamente ser interpretados en el marco de una política restrictiva a fin de que los derechos de los habitantes no resulten menoscabados por metodologías manifiestamente arbitrarias.

5) En lo que respecta al art. 5° del decr.ley 333/58, ratificado por la ley 14.467 y modificado por el art. 1° de la ley 23.950, resulta a nuestro modo de ver una facultad que se confiere a la autoridad preventora que no aventa de ningún modo los criterios de razonabilidad o proporcionalidad de cualquier acto procesal.

6) Lo expresado nos permite considerar que Tumbeiro fue objeto de una detención arbitraria a fin de acreditar su identidad. Una vez introducido en el móvil policial se le detectaron sustancias estupefacientes que dieron origen a la imputación delictiva, por la que finalmente resultó condenado.

Para D'Albora⁴¹ la sospecha del delito no debe derivar de la anfilofobia. El criterio censurado corresponde a la Cámara Nacional de Casación Penal en un fallo en que se permiten detenciones y requisas sobre la base de motivos inaceptables (con precisión procesal inadmisibles). Concluye Herrendorf, al comentar dicho fallo: "yo voy a decir qué cosa es una señal: tal vez estar mal vestido a causa de la desocupación, andar vagando por falta de vivienda, mendigar por falta de recursos mínimos, holgazanear en una plaza o en un baldío porque la pobreza no permite diversiones más sofisticadas. Estas son señales, y que lo compruebe cualquiera mirando el aspecto de las personas a las cuales los agentes de seguridad solicitan documentos en la vía pública. Esto sería equivalente a instaurar el delito de aspecto, delito jurisprudencialmente en potencia"⁴².

"En definitiva, concluyente resulta la imposibilidad de hablar de flagrancia cuando la comisión del hecho sólo pudo ser advertida como consecuencia de la requisa"⁴³.

De lo expuesto se puede colegir que la sentencia anotada no se inscribe en la línea de un fallo respetuoso del Estado de derecho, que no logra reconocer derechos y garantías con jerarquía constitucional que protegen a todos los habitantes de la Nación.

d) El fallo y los pactos internacionales incorporados por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional

Controvertido es el problema tratado por el fallo bajo comentario y polémica la solución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la luz de los principios sentados por la legislación supranacional que tienen rango constitucional.

⁴¹ D'Albora, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación*, Bs. As., Abeledo Perrot.

⁴² CNCasación Penal, Sala III, 5/5/95, "S. S., J. G. s/recurso de casación", con nota de Herrendorf, Daniel E., *El delito de aspecto*, ED, 163-470.

⁴³ D'Albora, *Código Procesal Penal de la Nación*.

En efecto, es principio constitucional el imperativo que establece “no podrá detenerse a personas sin orden judicial”.

La excepción a la regla estaría dada en el caso de la existencia de circunstancias, que fundadas debidamente, permitan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer un hecho delictivo o una contravención y no acredite fehacientemente su identidad.

Del análisis de la situación fáctica surge el reconocimiento de la misma fuerza policial de que Tumbeiro fue detenido sin la correspondiente orden judicial y pudo acreditar debidamente su identidad conforme se desprende claramente del fallo.

Conforme el reconocimiento de la situación fáctica antes narrada, la detención de Tumbeiro aparece como arbitraria, en franca violación del art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos que expresamente establece: “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada”.

Del mismo modo, a nuestro modo de ver, fue violentado su derecho a la libertad y seguridad personal. En tal sentido, ambos derechos se encuentran garantizados por el art. 7º, inc. 3, de la Convención Americana de Derechos Humanos: “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”, y el art. 9º, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta”.

Consideramos que la finalidad perseguida por los tratados internacionales está dada no sólo en desterrar el arbitrio del legislador en cuanto a proyectar normas que restrinjan la libertad física de las personas, sino además y fundamentalmente los procedimientos arbitrarios de las autoridades encargadas de la represión y prevención del delito.

Es que, digámoslo sin rodeos el control judicial posterior en la mayoría de las veces no alcanza a evitar el riesgo de que por la acción de las fuerzas de seguridad se restrinja la libertad física de las personas.

Con meridiana claridad señala Ipohorski-Lenkiewicz: “Semejante grado de discrecionalidad en la determinación de esta situación, por las graves consecuencias que trae aparejada para la libertad física de las personas, requiere algo más que una sospecha fundada en impresiones o pálpitos de que alguien intentó o pudo haber cometido un hecho delictivo”.

Y continúa el autor “al margen de que los pálpitos o impresiones son de imposible comunicación al juez o funcionario encargado del control posterior de la detención, no puede saberse si ellos obedecieron a móviles ilícitos o bien permitidos no por la norma que autoriza la restricción de la libertad con fines de prevención o persecución del delito, por lo que la libertad de las personas puede verse seriamente amenazada, frente a detenciones inmotivadas o persecutorias”⁴⁴.

De mayor importancia resulta de lo hasta aquí expresado señalar que conforme el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al Estado le está vedado res-

⁴⁴ Ipohorski-Lenkiewicz, José M., *Los derechos humanos en el proceso penal*, Bs. As., Ábaco, 2002.

tringir todo tipo de libertades y en el caso de restringirlas deberá cuidar que estas limitaciones a la libertad de las personas no asuman formas arbitrarias o antojadizas.

En esta inteligencia de nada serviría la inclusión de los derechos fundamentales en el texto de la Constitución sin el establecimiento de las herramientas procesales necesarias a fin de reparar la violación de estos derechos.

Enseña Hassemer que “las modificaciones del procedimiento penal que resultan de la jurisprudencia y de la práctica se orientan hacia la desformalización, a la eliminación de las formalidades”⁴⁵.

Tal como quedó expresado, de gran importancia resulta la interpretación de la normativa referente a la adecuada protección de los derechos fundamentales, a fin de no incurrir en responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de obligaciones emergentes de los pactos supranacionales de derechos humanos. En “Velásquez Rodríguez” la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó claramente el deber de todo Estado parte de prevenir, investigar y sancionar cualquier violación a los derechos humanos que resultan reconocidos por la Convención, estableciendo además que el incumplimiento de este deber podía tener como consecuencia la responsabilidad del Estado por las violaciones en cuestión, que se originaran en la infracción de las obligaciones impuestas por el art. 1.1 que consiste en el deber de cada Estado parte en asegurar los derechos consagrados en la Convención.

Así, está muy claro que las leyes deben respetar el nuevo orden de prelación, a fin de conformar un esquema normativo –tanto federal como local– que respete el Estado de derecho.

La Constitución nacional, en primer lugar, y luego los tratados incorporados a ella por el art. 75, inc. 22, con rango constitucional, son la ley suprema de la Nación.

En este orden de prelación, el rol del Poder Judicial resultará relevante a fin de construir una verdadera cultura donde la defensa de los derechos humanos no se convierta tan solo en un principio abstracto, sino por el contrario se priorice en la solución del conflicto y constituya las bases sobre las que resulte una sociedad más justa e igualitaria.

Sin perjuicio de tal afirmación, consideramos la trascendente tarea que en pos de los objetivos señalados le cabe cumplir tanto el Ministerio Público en su función de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad” –art. 120, Const. nacional– integrado por la Defensoría General de la Nación y la Procuración General de la Nación, como así también los defensores particulares quienes con alto grado de motivación deben abocarse a esta tarea.

9. Los tratados de derechos humanos y los sistemas procesales locales

La incorporación de los pactos regionales e internacionales a las legislaciones locales produjo en mayor o menor medida una transformación de estas últimas a fin de adecuarlas a sus premisas y postulados fundamentales.

⁴⁵ Hassemer, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, tr. P. Ziffer, Bs. As., Ad-Hoc, 1998.

Así, surge la imperiosa necesidad de adoptar un sistema de enjuiciamiento que otorgue un estándar de protección de los tratados de derechos humanos, que debe ser respetado por los Estados signatarios y que no representa obstáculo alguno a los fines de lograr una mayor protección por parte de los derechos nacionales.

Desde esta perspectiva se han establecido herramientas o mecanismos procesales a fin de proteger estos derechos fundamentales.

Estos mecanismos encuentran su ubicación sistemática en las mismas legislaciones locales a través de las llamadas garantías penales y procesales las que en la actualidad resultan materia de control supranacional en cuanto a su cabal cumplimiento, fundamentalmente en base a la mecánica establecida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de derechos Humanos.

Es importante conforme lo hasta aquí expresado establecer la consagración de principios fundamentales de un proceso justo, propio de un Estado de derecho, cuya realización en cuanto a su aplicación en la solución del conflicto penal no siempre resulta acorde al principio de razonabilidad.

De la realización del debido proceso resultan entonces, la llamada garantía de defensa en juicio, la presunción de inocencia, la celeridad del proceso, el contradictorio, la publicidad, el derecho del imputado a no declarar en su contra, la asistencia del defensor técnico, la imparcialidad del juzgador y la garantía de la doble instancia –el llamado doble conforme– entre los más importantes, sin olvidarnos de mencionar el recurso contra la sentencia como garantía del imputado que ostenta en la actualidad el rango de garantía fundamental de los derechos de la persona sometida a proceso, que no debería emplearse como una facultad bilateral, de la que puede valer-se especialmente el acusador público para recurrir de la sentencia en perjuicio del imputado.

Asimismo y aun cuando deban respetarse las situaciones de complejidad de cada conflicto a resolver, particular importancia adquiere la adopción de un sistema que no resulte obstaculizado por un exceso de rigor formal en la realización de los actos procesales, y no afecte el derecho de defensa en juicio del imputado, particularmente en lo que se refiere a la adopción de un sistema de enjuiciamiento que permita ejercer con plenitud el derecho de refutar prueba de cargo en todas las fases del proceso.

Finalmente, es posible afirmar, que tanto la Constitución nacional como los pactos internacionales que adquieren este rango, se acomodan a un modelo acusatorio, en el que entre otras consideraciones, resulte perfectamente escindida la función requeriente de la decisoria –en este sentido obsérvese el álgido debate que proviene de la aplicación del art. 348 del Cód. Proc. Penal de la Nación– el juicio oral público y contradictorio, y la esperada incorporación del juicio por jurados, tal lo exige la manda constitucional.

Más allá de estas consideraciones lo trascendente es la adopción de sistemas de enjuiciamiento en los que el imputado resulte un sujeto del procedimiento y no sólo un objeto del mismo.

En este sentido sabido es que el aparato judicial de América latina requiere de una profunda transformación que la sociedad toda reclama a viva voz y que se viene postergando desde hace demasiado tiempo.

© Editorial Astrea, 2003. Todos los derechos reservados.

