

Buenos Aires, 20 de octubre de 2009

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Jorge Ramón Daniel Ciraolo en la causa Ciraolo, Jorge Ramón Daniel s/ estafa en forma reiterada encubrimiento y hurto —causa n° 7137—", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el recurso extraordinario cuyo rechazo originó esta queja, no cumple con el requisito de fundamentación autónoma (art. 15 de la ley 48).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Intímese al recurrente a que dentro del quinto día efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales. RICARDO LUIS LORENZETTI (en disidencia)- ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA (en disidencia)- E. RAÚL ZAFFARONI (en disidencia)- CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

DISI-//-

-//-DENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI Y DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1°) La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el recurso de casación en favor de Jorge Ramón Daniel Ciraolo, a quien el Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 de esta ciudad condenó a tres años de prisión por encubrimiento, hurto y estafas reiteradas —cuatro hechos— y le impuso una pena única de cinco años y seis meses de prisión comprensiva de ésta y la de tres años dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 del Departamento Judicial de San Isidro, provincia de Buenos Aires, por los delitos de estafa en grado de tentativa y uso de documento público y privado falso, en concurso ideal.

2°) Que contra dicha sentencia la defensa presentó recurso extraordinario federal que declarado inadmisibile por el a quo, originó la presente queja.

La apelante invocó arbitrariedad en lo resuelto por el a quo, ante la falta de fundamentación en cuanto a su pedido de nulidad de la sentencia condenatoria, ya que a su criterio, fue producto de pruebas ilegalmente obtenidas por el personal policial en virtud de una requisita, interrogatorio —sin orden judicial— y posterior detención policial de Ciraolo, inobservando las garantías constitucionales que preservan la intimidad, la libre circulación, el debido proceso y la defensa en juicio, como asimismo el art. 230 del Código Procesal Penal de la Nación.

También alegó la afectación al principio de ne bis in idem, porque en un proceso sustanciado en paralelo, pero resuelto con anterioridad, y que tendría el mismo origen que

el presente, esto es, la diligencia cumplida por el personal policial antes mencionada, se dictó absolución porque el fiscal de juicio no acusó alegando la nulidad del procedimiento antes cuestionado.

3°) Que, arribados los autos a esta Corte Suprema, se dispuso correr vista a la Procuración General que emitió su dictamen a fs. 149 a 152, en el que sostuvo que correspondía hacer lugar a la queja y al recurso extraordinario planteado por la defensa.

Precisó que "...el procedimiento impugnado comenzó cuando el oficial Pietra, que estaba investigando un homicidio en ocasión del asalto a un camión que transportaba correspondencia y recorría lugares donde se negociaría con documentación robada entró, con algunos subordinados, a una confitería L'Aiglón y se dirigió directamente a una de los parroquianos, 'procediendo a identificar a quien dijo llamarse Jorge Ciruolo ...domiciliado en Bartolomé Mitre 1840 Hotel Oriental Hab. 3000', momento en el cual éste 'se mostró ofuscado y nervioso y de una forma impropia dijo que no tenía documentos porque los había extraviado'. Ante ello el personal policial le requirió la exhibición de sus efectos personales entre los que se observaron cheques y fotocopias de cartulares, asimismo en forma espontánea refirió que eran cheques que le daban sus clientes en razón de que era asesor financiero y para, posteriormente, manifestar que eran de una asesora de Ing. Insurance de nombre Adriana Elizabeth Morales exhibiéndole una tarjeta personal.

También consideró que surgía de autos que Ciruolo fue remitido a la dependencia policial para su identificación en presencia de testigos "(Acta de fs. 64/65, testimonial del policía de fs. 62 a 63, y su ampliación en juicio tal como lo transcriben en la sentencia a fs. 1318 vta./1319.)" (fs. 150 y

vta.).

Por todo ello considera necesario el control constitucional en tanto Ciraolo fue condenado por la detentación de uno de esos cheques, y que además, con datos que recabara la policía en oportunidad de su detención, y luego de obtenida una orden judicial, se allanó e inspeccionó su domicilio, secuestrando documentación que le habían entregado las víctimas de sus engaños.

En cuanto a la cuestión planteada, el señor Procurador Fiscal sostuvo que "... no se trató de un 'procedimiento de identificación personal en lugares públicos o de acceso público, en ejercicio del poder de policía estatal, por razones de seguridad general o con miras a la prevención de contravenciones y delitos', según la correcta definición del a quo, operativos generales que no merecen, en principio, reproche alguno, sino de uno dirigido de manera directa, expresa y personal contra el imputado, sin saberse muy bien por qué".

Entiende que si bien de las constancias de autos surge que el objetivo de Pietra era identificar a Ciraolo, al mantener éste in pectore los motivos de su proceder quedó frustrado el análisis de constitucionalidad adecuado. Por lo cual, precisó, que en virtud de la doctrina de esta Corte en materia de exclusión de prueba, cabe declarar que ni la detención, ni la requisa, ni los elementos secuestrados como consecuencia, debieron haber dado origen a la instrucción de la causa (fs. 151 vta. y 152).

4°) Que los agravios invocados por el apelante suscitan cuestión federal bastante para habilitar la vía del art. 14 de la ley 48, pues, si bien atañen a aspectos de hecho y derecho procesal penal, ellos conducen, en definitiva, a determinar el alcance de las garantías constitucionales reconocidas en el art. 18 y, por otra parte, la resolución

impugnada aparece como contraria al derecho federal invocado (art.14 inc. 3° de la ley 48).

5°) Que, este Tribunal en el precedente "Waltta, César y otros s/ causa n° 3300" (Fallos: 327: 3829) —disidencia del juez Maqueda— ha precisado que nuestros constituyentes, al formular el art. 18 de la Constitución Nacional no siguieron los antiguos proyectos constitucionales —como el Decreto de Seguridad Individual de 1811 y de Constitución Nacional de los años 1819 y 1826— que incluían expresas referencias acerca del grado de sospecha exigible para llevar a cabo una detención (voto del juez Bossert en Fallos: 321:2947), así como también se diferenciaron de la Constitución de los Estados Unidos que en la Cuarta Enmienda prescribe el estándar de "causa probable" para autorizar arrestos o requisas. En nuestro país aquella tarea quedó delegada en el legislador.

6°) Que esta Corte en el precedente "Daray" (Fallos 317:1985) señaló que "...la 'competencia' para efectuar arrestos a que se refiere la norma constitucional sólo puede provenir de un expreso mandato legislativo y debe, además, ejercerse en las formas y condiciones fijadas por esa disposición legal. Tal requisito surge claramente del principio constitucional de legalidad, respecto del cual el Tribunal ha dicho: 'Toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca'".

7°) Que el Código Procesal Penal de la Nación, como norma reglamentaria del art. 18 de la Constitución Nacional,

establece que la autoridad "competente" para llevar a cabo un arresto o requisa es el juez, sin perjuicio de que admite excepcionalmente delegar esa facultad en la autoridad de prevención.

Tanto las normas de procedimiento que invoca el recurrente como las que fueron materia de análisis por el a quo establecen ciertas precisiones. El artículo 284 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que "los funcionarios...de la policía tienen el deber de detener aún sin orden judicial ...3) Excepcionalmente, a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y ...a quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad". Asimismo el art. 184 inc. 8 faculta a la policía a aprehender a los presuntos culpables, en los casos y formas que autoriza el mismo código.

Por su parte el art. 1° de la ley 23.950 modificatorio del decreto-ley 333/1958 dispone que "fuera de los casos establecidos en el Código de Procedimientos en Materia Penal, no podrá detenerse a las personas sin orden de juez competente. Sin embargo, si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer un hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad, podrá ser conducido a la dependencia policial que correspondiese...para establecer su identidad" .

En cuanto a las requisas corporales, el art. 184 inc. 5 del Código Procesal Penal de la Nación autoriza a los funcionarios policiales a llevarlas a cabo en los casos de urgencia a que se refiere el art. 230 del mismo código el cual dispone que las mismas se realizarán "...siempre que haya

motivos suficientes para presumir que [una persona] oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito".

Que tal como lo señala el representante del Ministerio Público Fiscal, cabe tener presente que aún después de la reforma legislativa que incorporara el art. 230 bis al mencionado plexo normativo, el legislador ha previsto dicha facultad con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de persona determinada (ver ley 25.434).

8°) Que de la normativa examinada surge que el legislador prescribió la existencia previa de determinadas circunstancias, que generen un grado de sospecha para llevar a cabo la detención o la requisita corporal, tales como "indicios vehementes", "circunstancias debidamente fundadas" o "motivos para presumir".

De modo que, más allá de la interpretación que se haga del grado de sospecha exigido por esas leyes para autorizar un arresto o una requisita, no hay dudas de que un policía no está autorizado a realizar detenciones indiscriminadas.

9°) Que, por otra parte, una vez que el agente de prevención se encuentra ante alguna de esas hipótesis exigidas por la ley para proceder, es necesario que describa fundadamente cuáles son las conductas u actos —en especial actitudes del imputado— que generaron sus sospechas.

En efecto, si la autoridad para llevar a cabo la requisita o la detención, conforme a la ley, es el Juez y sólo en casos excepcionales y de urgencia las normas permiten delegarlo en la policía, la única forma de que luego el Juez pueda supervisar la legitimidad de la actuación policial, es que estos funcionarios funden circunstanciadamente las razones del procedimiento. En el presente caso —tal como lo reconoce

el señor Procurador Fiscal ante esta Corte— hubo varios actos de prevención: identificación, requisita, interrogatorio, secuestro de documentación, conducción a la comisaría, en los cuales, desde su inicio cuando el oficial Pietra una vez adentro del local se dirige directamente a requerirlo, quedó Ciraolo con su libertad restringida, sin poder retirarse o desplazarse libremente, debiendo cumplir con las órdenes que se le imponían susceptibles de comprometerlo penalmente. Ello surge de las constancias de autos, así el oficial Pietra declaró que "...se le pidió que exhibiera sus efectos personales, tarea que cumplió Ciraolo a disgusto...", "...frente a simples preguntas que le fueran formuladas, referidas a la tenencia de los cartulares exhibidos dijo ser comercializador...", "...que sólo pidió su identificación a Ciraolo...", circunstancia ésta que fue corroborada por otro testigo del procedimiento (fs. 1318/1319 vta.).

Ahora bien, tal como surge de la sentencia recurrida ni del acta de detención y secuestro (fs. 64/5 y 66) ni de la prueba producida en el debate oral surgen los motivos o las razones de sospecha del oficial Pietra de modo que "si esas circunstancias existieron, los agentes policiales las han mantenido in pectore" omisión que impide realizar un juicio de razonabilidad (Fallos: 317:1985, considerando 12 del voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y Levene).

10) Que, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que la sospecha tiene que apoyarse en hechos o informaciones que alcancen a convencer a un observador objetivo de que la persona de que se trata puede haber cometido la ofensa (TEDH "Fox, Campbell y Hartley" del 30 de agosto de 1990, A, N° 182, pág. 16).

11) Que, no se deja de apreciar que la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal se apoyó en la doctrina

elaborada por esta Corte a partir del caso "Fernández Prieto" (Fallos: 321:2947) y reiterada en "Tumbeiro" (Fallos: 325:2485), mantenida también en los precedentes "Monzón" (Fallos: 325:3322), "Szmilowsky" (Fallos: 326:41), entre otros.

Que, como se dijera en el ya citado precedente "Waltta" —disidencia del juez Maqueda— a través de dicha doctrina jurisprudencial la Corte —sin decirlo expresamente— se apartó del principio de legalidad ya enunciado en "Daray" y transcripto precedentemente.

Que, al analizar las circunstancias de esos casos se advierte que aquéllas distaban de reunir los indicios vehementes de culpabilidad que prevé la ley, y, que pese a ello, la Corte legitimó los procedimientos; pero parecería que se vio obligada a sustentarlos en algo más que la cita de la ley procesal y del precedente "Daray", para ello recurrió a una confusa hermenéutica de distintos fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en especial "Terry v. Ohio" (392 US 1), precedente éste que autoriza a la policía de ese país a llevar a cabo requisas corporales aun cuando exista una situación menos comprometida que la de "causa probable" que es el estándar previsto en la Cuarta Enmienda de la Constitución de aquel país (Fallos: 327:3829, considerando 11 de la disidencia del juez Maqueda).

12) Que el efecto práctico de esos últimos precedentes de nuestra Corte es que a través de un estándar confuso desdibujó el alcance de los poderes de la autoridad de la prevención, así toda detención pudo ser convalidada, de hecho han sido legitimadas detenciones como la de Carlos Alejandro Tumbeiro donde la supuesta actitud sospechosa surgía porque su vestimenta era inusual para la zona y porque no obstante acreditar debidamente su identidad ante su nerviosismo se lo condujo al vehículo policial; o el caso de Rubén Manuel Monzón

quien según la autoridad policial estaba frente a la "...entrada del estacionamiento del Ferrocarril Mitre, oportunidad en la que notó que además actuaba con cierto nerviosismo" por lo cual fue requisado y se le encontró marihuana, circunstancias similares fueron también suficientes para convalidar la detención de Tomás Alejandro Szmilowsky (Fallos: 327:3829, considerando 11 de la disidencia del juez Maqueda).

13) Que, al elaborar dicha doctrina jurisprudencial la Corte hizo una interpretación forzada de la jurisprudencia de su par norteamericana. Así el precedente "Terry v. Ohio" (392 U.S. 1; 1968) autoriza a la policía que está investigando un delito —aun cuando las circunstancias no hayan llegado al punto de causa probable que exige la Cuarta Enmienda— a "cachear" al sospechoso para quitarle el arma y de este modo preservar su seguridad física o la de un tercero en el curso de una investigación. Para ello el policía debe demostrar cuáles eran las circunstancias sospechosas y que además el individuo podía tener un bulto entre las ropas o en otro lugar donde ocultaba un arma. Pero en modo alguno "Terry v. Ohio" otorga el poder a la policía para llevar arrestos al mayoreo al margen de la ley. Incluso en ese precedente se dijo claramente que para determinar si un oficial actuó razonablemente en tales circunstancias, se debe otorgar el peso debido no a su sospecha inicial y no particularizada o su corazonada, sino a las inferencias razonables específicas que debe describir a partir de los hechos. En otras palabras, la Corte de los Estados Unidos fue más que clara en enfatizar que el propósito de la búsqueda queda limitado a encontrar un arma (Harvard Law Review. Notes. Custodial Engineering: Cleaning Up The Scope Of Miranda Custody During Coercive Terry Stops. Vol.108 Parágr. 666/682).

Venticinco años después, en el fallo Minnesota v.

Dickerson (508 US 366, 1993) aquel tribunal ratificó la vigencia de ese precedente y recordó que si la búsqueda de protección supera la necesaria para determinar si un sospechoso está armado, esto no es válido si se aplica la doctrina de "Terry v. Ohio". En aquel caso se discutió si cuando un policía, en base a inferencias razonables y demostrables, sospecha que un individuo podría portar un arma que pone en peligro su vida y —en el transcurso de la investigación— lo palpa y, del tacto advierte que no posee un arma, sino algún elemento vinculado con un delito, como por ejemplo droga, aún continúa estando autorizado a avanzar en la requisa o no (Fallos: 327:3829, considerando 14 de la disidencia del juez Maqueda).

14) Que, en el presente caso jamás fue mencionada una situación de peligro para la integridad física de los agentes policiales o de un tercero circundante, y tampoco puede considerarse que hubiera indicios vehementes de culpabilidad de la comisión de un delito por parte de Ciraolo, que, como ya se precisó al transcribir las constancias de la causa, se encontraba sentado en una confitería.

15) Que el Tribunal Constitucional español acertadamente ha expresado que "... la interpretación y aplicación legislativa de los conceptos constitucionales definidores de ámbitos de libertad o de inmunidad es tarea en extremo delicada, en la que no se puede ...disminuir o relativizar el rigor de los enunciados constitucionales que establecen garantías de los derechos, ni crear márgenes de incertidumbre sobre el modo de afectación. Ello no sólo es inconciliable con la idea misma de garantía constitucional, sino contradictorio incluso, con la única razón de ser...de estas ordenaciones legales, que no es otra que de procurar una mayor certeza y precisión en cuanto a los límites que enmarcan la actuación del poder público..."(TCE Sentencia 341/1993 del 18 de

noviembre de 1993, BOE, n° 295 del 10 de diciembre de 1993, Madrid, España).

16) Que esta Corte tiene dicho que no cabe "...apartarse del principio primario de la sujeción de los jueces a la ley ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por éste, pues de hacerlo así olvidaría que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y que cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación la norma debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en aquella" (Fallos: 313:1007, entre otros).

17) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos al considerar, el caso de Walter Bulacio, señaló que el art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos que protege el derecho a la libertad personal puede ser limitado con recaudos "...materiales y formales que deben ser observados al aplicar una medida o sanción privativa de la libertad: nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio Vs. Argentina, 18 de septiembre de 2003, Serie C, n° 100, párr.125). También sobre la cuestión expresó que "...las razas son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener —salvo en hipótesis de flagrancia.."(idem paragr. 137).

Finalmente le recordó al Estado argentino que "de conformidad con el art. 2 de la Convención Americana, los Estados Partes se encuentran en la obligación de adoptar, con

arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la misma Convención" (idem parágr. 141) y que "el deber general establecido en el artículo 2 ...implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías" (idem parágr. 143).

18) Que de todo lo expuesto surge que la detención y requisa que sufrió Ciruolo se apartó del marco legal y en esas condiciones, es forzoso concluir que la misma ha sido dispuesta a extramuros del art. 18 de la Constitución Nacional y del art. 7 de la Convención Americana .

19) Que, además, la inexistencia de fundamentos para proceder en el modo cuestionado no puede legitimarse por el resultado obtenido pues, obviamente, las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo la medida. Ello es así pues, de lo contrario, razones de conveniencia se impondrán por sobre los derechos individuales previstos en la Ley Fundamental.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos

-//-

C. 224. XLIII.

RECURSO DE HECHO

Ciraolo, Jorge Ramón Daniel s/ estafa en forma reiterada encubrimiento y hurto —causa n° 7137—.

-//-al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y remítase. RICARDO LUIS LORENZETTI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por **Jorge Ramón Daniel Ciraolo**, representado por **la Dra. Graciela Achabal**.

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal n° 20**.