



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

I

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso de casación del fiscal general, interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná que declaró la nulidad de los procedimientos documentados a fs. 3/5 y de todos los actos consecuentes y absolvió a Leonardo Alexis M en orden a los hechos por los que fue acusado, calificados como tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Contra esa decisión interpuso recurso extraordinario el representante del Ministerio Público ante el *a quo* que, también por mayoría, fue declarado inadmisibile por no cumplir con los recaudos establecidos por los artículos 14 y 15 de la ley 48 y 3°, incisos d) y e), de la Acordada 4/2007. Ello dio origen a la presente queja.

II

Al declarar inadmisibile el recurso de casación, la mayoría del *a quo* señaló que la juez anuló los procedimientos tras el debate donde los policías y los testigos de actuación detallaron las circunstancias previas, concomitantes y posteriores a las requisas practicadas. Así, con relación al primero y a partir de los dichos de los preventores, estableció que el motivo de la requisita del imputado fue “un actuar sospechoso de su parte, consistente en mirarlos, caminar rápido, no era de la ciudad, uno de ellos indicó que tenía el pelo largo y se presentaba sucio”. Agregó que los funcionarios declararon que cuando lo detuvieron lo palparon y no tenía armas; que estuvo tranquilo y mostró lo que llevaba en la bolsa; que era habitual, cuando la persona no

era conocida en la localidad (María Grande), que se le requiriera la exhibición de sus pertenencias y destacó que los testigos fueron convocados dos horas más tarde. En virtud de lo cual concluyó la magistrada que la aprehensión de M “ocurrió sin tener un motivo ocularmente conectable, una causa que denote un delito en curso, un indicador de que haya intervenido en un hecho delictuoso; o que sus pertenencias hubieran desprendido efluvios característicos de la marihuana, fácilmente percibibles; pues el caminar rápido, mirando al móvil policial puede ser una actitud estereotipada de un ciudadano humilde, desaliñado, pelo largo, que no era del lugar”. Estimó que la segunda requisita (en Paraná) fue realizada en circunstancias similares y por ello también la anuló.

Consideró la mayoría que los agravios del fiscal de juicio se remitían a la valoración de los testimonios que condujeron a la juez a concluir que los dos procedimientos fueron irregulares, por arbitrariedad y convocatoria tardía de los testigos, y que el tribunal no podía evaluar los relatos oídos de manera inmediata por la magistrada, ya que la función de revisión se limita a controlar la logicidad del razonamiento que dio sustento a las conclusiones fácticas y jurídicas. Desde esa perspectiva, observó que el recurrente sólo expresó una mera opinión discrepante sin lograr conmover el temperamento adoptado en tanto de la sentencia surgían los fundamentos mínimos, necesarios y suficientes que impedían su descalificación como acto jurisdiccional válido.

El juez que quedó en minoría, si bien adhirió a la solución alcanzada respecto del primer hecho, disintió en relación con el segundo pues estimó que el fiscal recurrente había demostrado que, en ese aspecto, la sentencia carecía de fundamentación.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

III

En su apelación federal, el representante del Ministerio Público fundó su agravio en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia.

En ese orden expuso que en el recurso de casación el fiscal de juicio había alegado arbitrariedad por haber omitido la juez examinar los argumentos que formuló al replicar en el debate, relativos a la sesgada valoración de la prueba, a la inaplicabilidad de los precedentes invocados por la defensa y a la validez de los procedimientos a la luz de la jurisprudencia del propio tribunal, de V.E. y de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.

Sostuvo que el *a quo* no dio una real respuesta a ese agravio ni a la arbitrariedad por desconocimiento de lo normado en los artículos 184, inciso 8°, 284, inciso 3°, y 230 bis del Código Procesal Penal de la Nación y por la valoración parcializada de la prueba, lo cual configura una cuestión federal.

A ese respecto, señaló que el artículo 230 bis del código de forma faculta a la policía a requisar sin orden judicial cuando concurren circunstancias previas o concomitantes que permitan razonable y objetivamente sospechar que se está frente a la comisión de un delito. Afirmó que el fiscal de juicio acreditó que aquellas circunstancias concurrían en el procedimiento del 7 de julio de 2017 (en María Grande, en el que se secuestraron 29 envoltorios con un total de 99 grs. de marihuana) pues antes de proceder a la identificación, la policía observó que M descendió de un colectivo y cambió de actitud al advertir su presencia y luego comenzó a correr cuando se le solicitó que detuviera la marcha. El magistrado recurrente postuló que esa acción de huir, soslayada por la juez y el *a quo*, satisface sobradamente el estándar legal para habilitar la injerencia en el ámbito personal; que la policía estaba facultada para proceder como lo hizo y negarlo, cuando existía una sospecha razonable de

entidad objetiva suficiente, implicaría desconocer sus funciones investigativa y preventiva.

Así, postuló que al omitir pronunciarse sobre las cuestiones oportunamente propuestas por el fiscal en su recurso, tendientes a la correcta solución del caso, el *a quo* dictó una decisión carente de fundamentación y basada en una parcializada valoración de los elementos incorporados a la causa. Remarcó que no se cuestionó el grado de convicción otorgado a los testimonios sino la falta de valoración de algunos aspectos, que habrían conducido a la solución contraria a la adoptada. También contravirtió la afirmación de que los funcionarios “obligaron” al encartado a exhibir sus pertenencias por carecer de respaldo probatorio.

En relación con el segundo procedimiento del 8 de agosto de 2017 (en Paraná, en el que se incautaron 69 envoltorios con 198 grs. de marihuana) consideró que ni las declaraciones de los policías que detuvieron y requisaron a M del testigo de actuación e incluso los dichos del imputado, permitían sostener que los hechos ocurrieron de una forma distinta a la que constaba en las actas. Agregó que la juez tampoco refirió la existencia de una cierta animosidad por parte de los preventores, por lo cual no se justificó porqué no se consideró cierto lo plasmado en las actas. Citó jurisprudencia que establece que la falta de testigos no determina la nulidad del acto sino que remite a una cuestión probatoria; que la eficacia probatoria de las actas depende de su autenticidad y de la veracidad de las declaraciones en ellas contenidas y que hacen plena fe de la existencia material de los hechos que el oficial público expresa que ha cumplido o que han sido realizados en su presencia hasta que sean redargüidas de falsedad por acción civil o criminal; que son una probanza más que el juez debe apreciar en consonancia con los restantes elementos.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

En definitiva, sostuvo que la sentencia impugnada incurrió en falta de fundamentación y omisión de tratamiento de cuestiones conducentes, lo cual la torna arbitraria y descalificable como acto jurisdiccional válido.

Las especiales características del planteo han persuadido a este Ministerio Público de la conveniencia de acompañar ante V.E. el escrito de interposición del recurso de casación cuya apertura se reclama, de donde surgen de modo cabal las relevantes circunstancias que el *a quo* declinó conocer al resolver en los términos dogmáticos reseñados.

IV

Si bien los agravios remiten, en principio, al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal, ello no es óbice para que la Corte pueda conocer con base en la doctrina de la arbitrariedad, ya que con ésta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 331:583), garantías que también amparan al Ministerio Público Fiscal (Fallos: 338:1284).

De otra parte, la apelación también resulta formalmente procedente pues los agravios suscitan cuestión federal suficiente para habilitar la instancia del artículo 14 de la ley 48. Si bien atañen a aspectos de hecho y derecho procesal, la naturaleza del planteo conduce a determinar el alcance de la garantía del debido proceso y la que establece que nadie puede ser arrestado ni requisado sino en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente, además de existir relación entre la actuación del

procesado y la validez de constancias probatorias obtenidas a partir de actuaciones supuestamente nulas (Fallos: 325:3322).

Advierto, en consecuencia, que existe conexión entre la interpretación del derecho federal —que además involucra la ley de estupefacientes— y las causales de arbitrariedad invocadas y que a ese respecto V.E. ha establecido que es adecuado el tratamiento de ambos aspectos sin disociarlos (Fallos: 308:1076; 322:3154; 323:1625 y 327:5640), como se hará a continuación por tratarse de ese supuesto.

V

La mayoría del *a quo* rehusó examinar los agravios del fiscal de juicio porque —según su criterio— conducían a la valoración de los testimonios que fueron recibidos de manera inmediata por la juez y que por ello eran inaccesibles para el tribunal, limitándose su función al control de logicidad del razonamiento que sustentó las conclusiones fácticas y jurídicas.

Observo que en el *sub judice* no se verifica la imposibilidad alegada, en tanto resultaba asequible para el tribunal el contenido de las declaraciones en las que la juez fundó la nulidad de los procedimientos y consecuente absolución del imputado, que fueron transcriptas en el recurso del fiscal que se acompaña y que ofrecían claras referencias en abono de la validez de lo actuado. En el punto, es pertinente recordar que V.E. ha sostenido —como principio que entiendo aplicable a todas las partes pues se vincula con la garantía del debido proceso que ampara tanto al imputado como al acusador— que en modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación, ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la inmediación, es decir, en la medida en que se realiza el máximo de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

que de hecho sea posible revisar (conf. Fallos: 328:3399). Asimismo, que la revisión en casación, también reconocida a este Ministerio Público, tiene como único límite aquéllo que surja directa y únicamente de la inmediación –principio inseparable de la oralidad y publicidad del juicio– es decir, se exige el análisis de cuanto no esté exclusivamente reservado a la experiencia perceptiva de quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral, limitación fáctica impuesta por la naturaleza de las cosas y que debe apreciarse en cada caso (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 329:5115).

Despejado ese obstáculo, en tanto el *a quo* no tenía ningún impedimento para emprender la revisión planteada por el fiscal de juicio en su recurso, coincido con el aquí recurrente en punto a que la sentencia impugnada es arbitraria porque convalidó la decisión que valoró en forma parcializada la prueba, anuló los procedimientos de detención y requisa pese a ser conformes a derecho y no trató los argumentos expresados por aquel magistrado en la réplica. Respecto de este agravio, V.E. ha sostenido que son descalificables por arbitrariedad las sentencias que omiten el examen de alguna cuestión oportunamente propuesta, siempre que así se afecte de manera sustancial el derecho del impugnante y lo silenciado pudiere resultar conducente para la adecuada solución de la causa (Fallos: 312:1150, 323:3196 y 326:4541), extremo que se verifica en el *sub lite*.

A esta altura estimo necesario hacer una breve referencia a los hechos de autos, pues de ese modo se advierte con mayor claridad esa omisión que descalifica lo resuelto. Surge de las actuaciones que mientras realizaba una recorrida por la localidad de María Grande en función de prevención del delito, la policía vio a una persona que no era del lugar descender de un colectivo, que al notar su presencia aceleró su marcha y cuando se pretendió identificarlo intentó fugarse; luego de aprehen-

derlo se constató que tenía en su poder 29 envoltorios con un peso total de 99 grs. de marihuana (primer hecho). En otra ocasión mientras recorría la ciudad de Paraná con la misma función, la policía observó a una persona que al advertir su presencia trató de alejarse y al intentar los preventores identificarlo quiso huir; se lo requisó y se hallaron 69 envoltorios con un peso de 198 grs. de aquella sustancia (segundo hecho).

En opinión del Ministerio Público, las circunstancias de hecho reseñadas eran suficientemente válidas para desencadenar los procedimientos examinados, a la luz de las normas que regulan la actividad de la policía y la doctrina del Tribunal sobre la materia. Si el personal policial no hubiera actuado al advertir tales situaciones en la vía pública, habría incumplido su función de prevención, omisión que reprime el artículo 274 del código de fondo.

En lo atinente a los arrestos, la Corte ha sostenido que la competencia para efectuarlos a la que alude el artículo 18 de la Constitución Nacional sólo puede provenir de un expreso mandato legislativo y debe ejercerse en las formas y condiciones fijadas por esa disposición legal (Fallos: 317:1985). El Código Procesal Penal de la Nación, como reglamentario de la norma constitucional, establece que la autoridad competente es el juez, aunque excepcionalmente admite la delegación de esa facultad. Así, luego de disponer que la policía o las fuerzas de seguridad deben investigar por iniciativa propia los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la acusación, las faculta para aprehender a los presuntos culpables en los casos y formas que autoriza el código y a detener, aun sin orden judicial, cuando hubiere indicios vehementes de culpabilidad y exista peligro procesal o



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

a quien sea sorprendido en flagrancia (arts. 183, 184 inc. 8º, 284 incs. 3º y 4º, y 285 del código procesal).

El mismo ordenamiento autoriza a la policía o las fuerzas de seguridad a practicar requisas en la vía pública, sin orden judicial con la finalidad de hallar cosas constitutivas o provenientes o que puedan ser utilizadas para la comisión de un delito cuando concurren circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente justifiquen esa medida (art. 230 bis, ídem).

En esa materia, V.E. señaló en Fallos: 325:2485, 3322, y 326:41 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 aquella tuvo lugar y recordó lo expuesto en Fallos: 321:2947, donde se precisaron los conceptos de “causa probable”, “sospecha razonable”, “situaciones de urgencia” y la “totalidad de las circunstancias del caso”.

Según mi parecer, la situación suscitada en el *sub lite* exhibe puntos de contactos con las examinadas en esos precedentes y por ello resulta aplicable lo allí resuelto. En efecto, los hechos fueron detectados en ocasión en que la policía recorría el radio jurisdiccional en función de prevención del delito. En el primero de esos casos la policía interceptó al imputado a los fines de su identificación en virtud, entre otros, de su actitud ante la presencia del móvil policial (que en el dictamen de describió como “evasiva”) y mientras se desarrollaba la medida se advirtió que tenía material ilícito y se procedió a su detención (Fallos: 325:2485). Los otros dos son similares, cuando procedió a identificar al encausado la policía notó que actuaba con nerviosismo por lo cual solicitó que exhibiera sus efectos personales constatándose entre sus pertenencias la tenencia de una sustancia similar a la marihuana.

En esos precedentes V.E. estimó que las pautas descriptas en Fallos: 321:2947 resultaban decisivas para considerar legítimos los procedimientos del personal policial a luz de las normas que regulan su accionar toda vez que éstos han sido comisionados para recorrer el radio de la 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 del material prohibido. Concluyó que no sólo no se advertía ninguna irregularidad en los procedimientos de la que pudiera inferirse violación alguna al debido proceso legal, sino que los pronunciamientos impugnados ignoraban la legitimidad de lo actuado en prevención del delito, en circunstancias de urgencia y dentro del marco de una actuación prudente y razonable del personal policial en el ejercicio de sus funciones específicas.

VI

Las referencias jurisprudenciales que anteceden, no pasan por alto que recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia de 1º de septiembre de 2020, Serie C n° 411) ha declarado –reconocimiento del Estado mediante– la responsabilidad internacional de nuestro país por las condenas oportunamente aplicadas a Carlos A. Fernández Prieto y Carlos A. Tumbeiro, a quienes se refieren los aludidos casos de Fallos: 321:2947 y 325:2485, respectivamente. Allí consideró –en síntesis– que se violaron sus derechos a la libertad personal, garantías judiciales, honra y dignidad, y protección judicial, a partir de las detenciones de que habían sido víctimas (párr. 19 a 22 y puntos resolutivos 2 a 4 del pronunciamiento).

Sin embargo, estimo que esos criterios interpretativos de V.E. –al igual que los restantes citados en el apartado anterior– no han perdido vigencia *per se* en tanto se ajustan a lo que el propio legislador reguló al incorporar con posterioridad a los



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

hechos de esos precedentes en el artículo 230 bis del Código Procesal Penal de la Nación, que ha sido invocado por el recurrente en su impugnación, donde se determinaron los recaudos que deben existir para que la policía y las fuerzas de seguridad puedan proceder a una requisa sin orden judicial en la vía pública. En efecto, esa jurisprudencia contribuye a definir las “circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas” que la norma requiere.

Por lo demás, el tribunal regional se abstuvo allí de expedirse sobre la solicitud de la Comisión Interamericana y de “los representantes” (la Defensoría General de la Nación) para que ordenara la adecuación de la normativa actualmente vigente en la materia, y valoró para ello que el Estado argentino sostuvo que “ya se adecuó la legislación para regular la facultad de requisar personas en la vía pública sin orden judicial, sobre la base de razones objetivas y exigencias de justificación en cada caso”, con referencia, incluso, a la jurisprudencia de V.E. y a la sanción del nuevo régimen procesal penal (ley 27.063). No obstante, la Corte consideró que “dentro de un plazo razonable” la República Argentina debe adecuar su ordenamiento jurídico al respecto (párr. 118 a 123).

En esa inteligencia, pienso que bajo esa perspectiva convencional aún resulta procedente el examen que el Ministerio Público reclama en el *sub judice* en cuanto a los procedimientos que fueron anulados, máxime teniendo en cuenta que al resolver en Fallos: 338:1504 V.E. juzgó –con remisión al dictamen de esta Procuración General– que la valoración de las constancias del legajo en cuanto a las condiciones en que el hecho tuvo ocurrencia y bajo las reglas de la experiencia y la sana crítica, son relevantes en orden a la acreditación de los recaudos del artículo 230 bis citado.

VII

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, en cuanto a la ausencia de testigos invocada por la juez como uno de los motivos que fundamentó la anulación de los procedimientos —y fue convalidado por el *a quo*— creo oportuno recordar, en línea con el fiscal recurrente, que en la medida en que el acta sea extendida por un funcionario público en las formas que las leyes determinan (arts. 138 y 139 del Código Procesal Penal de la Nación) es un instrumento público (art. 289, b, del Código Civil y Comercial de la Nación) y hace plena fe de los actos realizados por él o cumplidos en su presencia hasta tanto no sea argüida de falsa por acción civil o criminal, sin perjuicio de la libre valoración que le corresponda al tribunal respecto de su fuerza de convicción. En todo caso, lo que se sanciona con nulidad es el instrumento y no el acto que se pretendió documentar a través de él; aun cuando se admitiese que ostenta algún defecto en las formalidades exigidas en la ley, éste tendría incidencia en su eficacia probatoria sobre la existencia del acto, sus circunstancias o su resultado, pero no acarrearía por sí la invalidez del acto. Ello es así por cuanto las actas son un medio de prueba documental en la medida en que se hayan realizado con arreglo a las disposiciones que las rigen, pero no son un medio privilegiado o preeminente (conf. art. 392 del código procesal). Así, a los fines probatorios, es pertinente destacar que en los procedimientos del *sub lite* no se advierte que la intervención policial estuviera afectada por interés, afecto u odio, capaz de influir en la investigación (Fallos: 342:624), circunstancia que aleja la controversia sobre la veracidad de lo consignado en las actas extendidas por los funcionarios intervinientes.

En esas condiciones la declaración de nulidad desatiende el criterio de interpretación restrictiva que rige en esa materia. El Tribunal ha establecido que en atención al carácter accesorio e instrumental del derecho procesal se exige, como presu-



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

puesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho, porque “de otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público” (Fallos: 323:929 y 325:1404). La idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de modo que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro, y tan delicado equilibrio se malogra cuando la facultad de anular actos procesales excede la finalidad que ésta protege, lo que se manifiesta evidente en aquellos casos en que su ejercicio resulta innecesario para preservar la garantía de la defensa en juicio, lo que puede tornar en la práctica, estéril, la persecución penal de graves delitos (Fallos: 323:929).

VIII

En síntesis, el declarar inadmisibile el recurso de casación el *a quo* convalidó la anulación de dos procedimientos policiales que culminaron con el secuestro de estupefaciente en poder de M pese a que fueron desarrollados en cumplimiento de la función de prevención del delito y bajo el amparo de la reglamentación procesal vigente y la doctrina del Tribunal en la materia, lo cual descalifica el pronunciamiento impugnado como acto judicial válido.

La decisión restringió una vía apta para el examen de la cuestión federal que había sido desarrollada de modo suficiente en el recurso para que la cámara de casación pudiera asumir el conocimiento propio de su competencia. Al rehusar dogmáticamente pronunciarse frente a planteos de aquella naturaleza, bajo la excusa de la inmediatez, el *a quo* la magnificó pues la juez no fundó la nulidad en aspectos re-

servados a la experiencia perceptiva de quienes estuvieron presentes en el debate, sino en el contenido de las declaraciones que eran accesibles para el tribunal revisor. Al resolver de ese modo se apartó del criterio fijado en el precedente “Di Nunzio” (Fallos: 328:1108) conforme al cual siempre que se invoquen en los planteos recursivos una cuestión federal o la arbitrariedad del pronunciamiento, deben ser revisados previamente por la cámara de casación en su carácter de tribunal intermedio.

Esa deficiencia descalifica lo resuelto y determina que corresponda devolver las actuaciones para que el *a quo* habilite su instancia revisora y analice la cuestión de fondo alegada.

IX

Por ello y los demás fundamentos desarrollados por el señor fiscal general, solicito a V.E. que haga lugar a la queja, declare procedente el recurso extraordinario interpuesto, deje sin efecto la sentencia apelada y ordene el dictado de una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, 28 de octubre de 2020.