



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

Dictamen N° 9660
“Metrevichi, Eduardo Daniel s/
recurso de casación”. Sala IV.
Fiscalnet: 146688/10

Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, titular de la Fiscalía N° 4, en el expediente N° 12000194/2010/TO1/CFC1 del registro de la Sala IV, caratulado: “METREVICHI, Eduardo Daniel s/recurso de casación”, me presento y digo:

1). Llegan a esta instancia las presentes actuaciones en virtud del recurso de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Corrientes que rechazó los planteos de nulidad de la defensa y condenó Eduardo Daniel Metrevichi como autor del delito de transporte de estupefacientes, previsto en el artículo 5 inciso “c” de la ley 23.737, a la pena de cuatro años de prisión, más accesorias legales y costas.

La defensa cuestionó el procedimiento inicial de la causa por entender que no estaban reunidos los requisitos exigidos por el artículo 230*bis* del Código Procesal Penal de la Nación para proceder a la requisa del imputado, por cuanto no había habido una situación de flagrancia o la presencia de indicios vehementes de culpabilidad que hicieran presumir la comisión de un hecho delictivo.

2). La causa tuvo su origen por “prevención policial” el 4 de julio del 2010, cuando personal de la Dirección de Investigación Criminal de la Policía de Corrientes recorría distintos lugares de la ciudad en un vehículo particular y con vestimenta de civil. Al pasar por la intersección de las calles Wenceslao Domínguez y Nariño del Barrio 237 Viviendas, observaron a dos hombres desplazándose a pie, uno de los cuales llevaba una bolsa en el hombro. Intentaron identificarlos dándoles la voz de “alto policía”, lo que originó que uno de ellos arrojara la bolsa que portaba y que ambos salieran corriendo. Como consecuencia de ello se inició su persecución que finalizó con la detención de Eduardo Daniel

Metrevichi (que era la persona que portaba la bolsa), mientras que el otro sujeto se dio a la fuga y no pudo ser habido. En la bolsa arrojada, se encontraron cinco paquetes con forma de ladrillo, envueltos en cinta color marrón, los que resultaron contener marihuana en un peso total de 5.065 gramos.

Conforme surge de la sentencia, el Tribunal consideró legítimo el procedimiento porque entendió que sí estaban reunidos los requisitos de “circunstancias previas y/o “motivos suficientes” (artículo 230bis del CPPN) que habían habilitado a los preventores a perseguir y aprehender a los sospechosos y, luego, a revisar la bolsa que uno de ellos había tirado al piso.

Estos datos objetivos, en palabras del Tribunal fueron: *“el propio contexto del lugar (calles de un barrio de la periferia de la ciudad, de viviendas familiares) el horario nocturno y lo peligroso que resulta por los hechos de delitos contra la propiedad que se producen, referenciado por los testigos y que por otra parte, es de dominio público, habilitan el accionar de las fuerzas policiales que, en su labor de prevención del delito pretenden identificar a dos transeúntes, ya que uno de ellos portaba o llevaba una bolsa al hombro, legitimando la actuación posterior al intentar escapar, arrojando la bolsa que portaba”*

3). En mi función de contralor de la legalidad de los procesos (artículo 120 CN) y ante el expreso planteo de nulidad de la defensa que en este recurso debo abordar, advierto que le asiste razón. Ninguno de los datos mencionados, desde el sentido y entendimiento común, permiten a cualquier persona inferir la comisión de un ilícito cometido o en ejecución.

Debo aclarar que el análisis de la situación se debe realizar colocándonos en la situación de un observador común *ex ante* porque, como es sabido, el resultado exitoso no legitima un procedimiento inconstitucional. 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. (Fallos: 332:2397 “Ciraolo”, disidencias de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, ya citado).

Así, el hecho de que dos hombres se encuentren caminando de noche por un barrio residencial, portando uno de ellos una bolsa en el hombro, no es indicio o sospecha de la comisión de un delito, ni de qué clase de delito. Es más, con ese razonamiento, y colocándonos en la situación de análisis *ex ante* del procedimiento, quienes sí podrían haber sospechado que iban a ser víctimas de un delito contra la propiedad eran los perseguidos, ya que se trataba de un barrio donde



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

—según los jueces— se producían delitos contra la propiedad, y dos personas sin identificación alguna y desde un vehículo particular pretendían interceptarlos. Claro está, que les hayan gritado “alto policía” no cambia la cuestión, porque como es obvio, los ladrones no están obligados a decir la verdad. Luego, que esas personas salgan corriendo en tales circunstancias, tampoco constituye una sospecha razonable de la comisión de un delito, que habilite la inspección de la bolsa que portaba uno de ellos.

Caminar en horario nocturno con una bolsa en el hombro, donde se pueden guardar infinidad de objetos de procedencia lícita, no permite fundar la “sospecha razonable” que exige el código ritual para realizar una injerencia en los derechos de las personas sin orden judicial. El propio razonamiento del Tribunal Oral pone de manifiesto la falta de conexión causal entre los pre-juicios de los juzgadores y el resultado obtenido, porque ellos fundamentaron las sospechas de algún delito contra la propiedad (no dijeron cuál), pero no la de uno contra la salud pública relacionado con los estupefacientes. No hay explicación alguna respecto de esto último. Lo que en realidad han habilitado, es una expedición de pesca, prohibida en el estado de derecho.

La ley procesal penal federal remite a pautas objetivas, como la concurrencia *ex ante* de circunstancias previas y concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar que la persona lleva consigo cosas que probablemente provienen o constituyen un delito o de elementos que pudieren ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo. Son estas pautas las que llevan ínsita la urgencia de la medida, el riesgo de perder prueba así como la interceptación eficaz de un ilícito, las que habilitan la actuación sin orden judicial, sólo en casos excepcionales.

La exigencia de que en el caso existan circunstancias objetivas de la comisión de un delito es la salvaguarda necesaria contra un actuar arbitrario de las fuerzas policiales. Es por ello que se debe ser muy estricto en el control de esas razones que motivan la requisa, porque su observancia es la llave de corroboración

de su legalidad. De otra manera se corre el riesgo de que por la sola voluntad de los funcionarios encargados de la prevención y represión del delito, la restricción de la libertad física de los individuos y de su intimidad quede librada a su arbitrio, bajo cualquier pretexto. Como fue destacado en el voto en disidencia del juez Petracchi en Fallos: 321:2947 “Fernández Prieto”, “el control judicial es la vía que ha de garantizar al ciudadano frente a toda actuación estatal injustificada. Los jueces están obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido de las autoridades administrativas y no se encuentran facultados a ordenar medidas coercitivas sin expresar sus fundamentos. Como correlato, ello supone que los funcionarios que han de ser controlados especifiquen su actuación de forma tal que dicho control pueda ser efectivamente ejercido” (considerando 6°).

La Corte Suprema delineó ciertas pautas acerca de lo que debe entenderse por sospecha previa, ya sea para la detención como para la requisa de un individuo. En “Daray” (Fallos: 317:1985) los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y Levene (h.) sostuvieron que normas como la del artículo art. 5, inc. 1°, de la Ley Orgánica de la Policía Federal -decreto-ley 333/58, ratificada por ley 14.467, entonces vigente- que permitía a sus agentes ‘detener con fines de identificación en circunstancias que lo justifiquen y por un lapso no mayor de 24 horas, a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes’... no constituye una autorización en blanco para detener a los ciudadanos según el antojo de las autoridades policiales, ella requiere que estén reunidas circunstancias que justifiquen la razonabilidad de la detención. Esta exigencia de que la detención se sustente en una causa razonable permite fundamentar por qué es lícito que un habitante de la Nación deba tolerar la detención y, al mismo tiempo, proscribir que cualquier habitante esté expuesto, en cualquier circunstancia y momento de su vida, sin razón explícita alguna, a la posibilidad de ser detenido por la autoridad”. Y concluyeron que en esa causa nada persuadía de que la autoridad policial hubiera obrado sobre la base del conocimiento de circunstancias que hiciesen razonable conducir al imputado a la delegación policial y que, en todo caso, si esas circunstancias hubieran existido, los agentes policiales las mantuvieron ‘in pectore’, y no dejaron expresión de ellas, lo cual impedía disipar toda duda sobre la arbitrariedad del arresto, por lo cual violaba los arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional (considerando 12).

Posteriormente, en Fallos: 321:2947 “Fernández Prieto”; 325:2485 “Tumbeiro”; 325:3322 “Monzón” y 326:41 “Szmilowsky”, se sentó un criterio más laxo, en donde se convalidaron las detenciones basadas en un supuesto “estado de nerviosismo” o “actitud sospechosa” sin exigir ninguna descripción sobre



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

alguna pauta objetiva que permitiera corroborar tal extremo. Es el criterio empleado aquí por la mayoría del Tribunal.

Sin embargo, este criterio fue perdiendo autoridad. Así, en “Peralta Cano” (causa P.1666 -XLI-, del 3 de mayo de 2007) en el mismo sentido que el dictamen del Procurador General, se declaró inválida la detención y requisa del acusado basada en la solitaria versión del policía que había realizado el procedimiento, quien refirió que había recibido un llamado anónimo que alertaba acerca de la presencia de un sujeto que se comportaba en forma sospechosa. Allí se valoró que el agente “no dio cuenta de las circunstancias objetivas del procedimiento, atestando las comprobaciones y relatando los hechos a medida que ocurren, sino que transformó (las actuaciones) en una transcripción a posteriori de la versión brindada (por él mismo)”.

Ello es así por la sencilla razón de que el nerviosismo no es una actitud inequívoca de la comisión u ocultamiento de las cosas de un delito, de la cual se pueda derivar una sospecha objetiva de ello.

En Fallos: 327:3829 “Walta”, disidencia del juez Maqueda; Fallos: 332:2397 “Ciraolo”, disidencias de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni y conforme el Dictamen del Procurador General de la Nación, y más recientemente en “Munch”, Fallos: 333:1235, disidencia de los jueces Maqueda y Zaffaroni y conforme el Dictamen del Procurador General de la Nación, se vislumbra el retorno a los criterios clásicos mediante el retorno a la interpretación expresada en “Daray”.

En “Wallta” sostuvo en disidencia el juez Maqueda que “Al analizar las circunstancias de esos casos (haciendo referencia a “Tumbeiro”, “Monzón” y “Szmilowsky”) se advertirá que aquéllas distaban de reunir los indicios vehementes de culpabilidad que prevé la ley, y, pese a ellos, la Corte legitimó los procedimientos...el efecto práctico de esos últimos precedentes de nuestra Corte 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... Es difícil, sino

imposible, imaginar qué detención sería ilegítima a luz de esa jurisprudencia”. En consecuencia, sostuvo que el hecho de que varias personas estén sentadas en el umbral de una vivienda “amparados por la penumbra de la noche, en actitud sospechosa” no constituía un indicio vehemente de culpabilidad.

En “Ciraolo”, los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, votaron en coincidencia con lo expuesto por el Procurador General y remitieron a la disidencia de “Wallta”. En el considerando 10), se remitieron a la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre sospecha razonable en “Fox, Campbell y Hartley” del 30 de agosto de 1990, A, N°182, pág. 16. Se sostuvo 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”.

En el caso, se sostuvo que no se pudo corroborar si existieron “indicios vehementes de culpabilidad” por cuanto el policía actuante no había fundamentado la sospecha para identificar, requisar e interrogar al acusado.

Finalmente en “Munch” la disidencia conformada por los jueces Maqueda y Zaffaroni remitieron al dictamen del Procurador General de la Nación. Aquí se sostuvo que no constituía un indicio vehemente de culpabilidad “el movimiento de una persona de sexo masculino, en actitud sospechosa” por cuanto no se expresaron las circunstancias o la existencia de elementos objetivos que fundamentaran esa atribución. “Entre otras omisiones del relato, ni siquiera se describe saber cuál fue el comportamiento que se consideró sospechoso y qué es lo que cabía sospechar”.

Esta breve reseña jurisprudencial ilustra acerca de que en la actualidad se está intentando retornar al criterio clásico de interpretación de la fórmula legal, de modo de exigir pautas objetivas estrictas en cuanto a la sospecha de la comisión de un ilícito para permitir la detención sin previa orden judicial.

La idea básica que subyace a estas normas y principios es la del estado de derecho, que asegura un ámbito de libertad a los habitantes (exento de la autoridad de los magistrados, art. 19 CN) por el cual los habitantes no tienen la obligación de andar dándole explicaciones a las autoridades sobre sus actividades (como caminar por la vía pública con una bolsa en el hombro), a menos que de manera objetiva, previa y razonable, surja la sospecha del comisión de un delito. Recuérdese que en nuestro sistema, la ilicitud es un discontinuo, y no al revés, como en el estado autoritario, donde sólo es lícito lo que la autoridad nos permite hacer.



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

A fuer de ser reiterativo, debo recalcar que el respeto del principio constitucional mencionado tiende a evitar que se vulneren los derechos a la libre circulación y privacidad de miles de personas interceptadas todos los días sin razón alguna (respecto de las cuales no se forma actuación alguna) y que con este modo de actuación policial se refuerce de la selectividad en la aplicación del sistema punitivo, porque procederes semejantes terminan recayendo sobre los más torpes y de menos recursos en la comisión de los delitos, en tanto las fuerzas de orden sólo detectan casos de tenencias flagrantes de estupefacientes, sin investigación previa y posterior que permita conocer la procedencia y destino de las sustancias lesivas de la salud pública y, con ello, descubrir y reprimir a las organizaciones que a ello se dedican.

Retomando el caso en cuestión, los funcionarios policiales no lograron explicar cuál era la sospecha que se cernía sobre las dos personas que estaban caminando en la vía pública con una bolsa.

En consecuencia, los datos aportados por la policía de actuación no permitirían a un observador objetivo formarse razonablemente la sospecha de que en esos momentos el imputado pudiese estar cometiendo un delito, o que en el bolso llevara elementos concernientes a un delito, o el objeto de un delito, salvo que el observador conociese de antemano otros datos o elementos que hiciesen cobrar sentido a esa conducta neutral.

En conclusión, entiendo que en el caso no existieron “indicios vehementes de culpabilidad” que permitieran restringir la libertad ambulatoria del acusado.

4). Así las cosas, el procedimiento que diera origen a los presentes actuados es nulo por violación a la Constitución y la ley (arts. 18 y 19 CN, arts. 166 y ss. CPPN, y los citados más arriba que exigen sospecha previa) y, como consecuencia de ello, también lo es el secuestro del material estupefaciente cuya transporte se imputa a Eduardo Daniel Metrevichi (art. 172 CPPN).

De acuerdo a la regla de exclusión establecida por la Corte Suprema en “Charles Hermanos”, “Montenegro” y “Florentino”, los medios de prueba obtenidos en violación de garantías constitucionales resultan inadmisibles como prueba de cargo. A su vez, la extensión de tal regla, la doctrina del “fruto del árbol venoso”, establece que siendo el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales, tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia. En “Rayford y otros” (Fallos: 308:733) se sostuvo que debía considerarse “la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas que las que se tengan por ilegítimas”. La excepción a la regla de la exclusión se verifica cuando hay un cauce de investigación distinto del que culmina con el procedimiento ilegítimo conforme a lo cual puede afirmarse que existía la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente distinta o autónoma. Tal criterio se reafirmó en “Ruiz” (Fallos: 310:1847) y se precisó en “Daray” (Fallos: 317: 1985, ya citado); en este último precedente, la Corte sostuvo que “no es suficiente para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente que, a través de un juicio meramente hipotético y conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio; es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente que habría llevado inevitablemente al mismo resultado.”

En consecuencia, la invalidación del procedimiento conlleva la nulidad del secuestro y de las pruebas obtenidas (art. 172 CPPN). Además, no existe un curso de investigación válido independiente que permita mantener la incriminación.

Lo dicho torna innecesario el tratamiento de los restantes agravios.

5). Por todo lo expuesto, solicito que se haga lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa.

Fiscalía n°4, 27 de febrero de 2015.

L