

Derecho Penal De Autor Sobreseimiento Nulidad De La Requisa Trato Discriminatorio

JURISPRUDENCIA

AUDIENCIA DE PRUEBA (Art. 73

CPP) VIDEOCONFERENCIA Fecha: 30 de noviembre de 2020 Horario de inicio: 10:05 horas Juez: Pablo Cruz Casas. Prosecretaria Coadyuvante : Lucía Dalmas Fiscal : Juan Rozas, Fiscalía 20. Defensora: María Laura Giuseppucci , Defensoría Oficial 24. La audiencia se registra mediante videograbación y esta acta complementa dicho registro (arts. 42 y 51, último párrafo, CP) . La grabación se encuentra disponible en el link: XX Contraseña: XX DESARROLLO Juez: explica que la presente audiencia fue convocada a fin de resolver el planteo de nulidad interpuesto por la defensa. Le cede la palabra a la defensa. Defensa: efectivamente nos encontrábamos de turno en XX de este año, esa defensa llevó adelante un cuestionamiento de la materialidad de los hechos, y la existencia de los peligros procesales, y cuestionó de alguna forma consideraciones en relación a las circunstancias que se llevó adelante la detención y requisas de su defendido. Es así , que en la apelación fueron recogidos por la Defensoría de Cámara en el incidente de apelación, planteando la nulidad de la detención, requisas y secuestro por los agentes policiales sin que existieran motivos fundados para legitimar tal proceder; lo que consecuentemente acarrea la nulidad de todo lo actuado en consecuencia (arts. 71, 72 y siguientes del CPP). Relata las circunstancias en las que se sucedió el hecho que se le imputa a su asistido, que el día XX, siendo aproximadamente las XX horas, el Oficial Mayor XX, como encargado del operativo División "Quema Coches" de la Policía de la Ciudad, llevando a cabo tareas de investigación y prevención advirtió la presencia del acusado, refirió que prestaba especial atención a las personas que tenían mochilas, y refirió además que observaba en el interior de los rodados estacionados. En el caso de su asistido, fue observado caminando por la XX en sentido contrario al tránsito observando los rodados estacionados y, posteriormente, acercándose a un contenedor de basura del GCBA, por lo que se procedió a demorar su marcha para proceder a su identificación, y en presencia de dos testigos se procedió a la requisas de su mochila, que contenía los elementos secuestrados que obran en el caso. Cabe preguntarnos cuál es la razón por la cual el Oficial XX llevó adelante la requisas y detención de su asistido. Fueron dos, haber parado junto a un contenedor y haber observado al interior de los rodados estacionados. Fueron las circunstancias que lo llevaron a proceder, pero no son circunstancias que se encuentran previstas y reguladas por nuestra normativa nacional e internacional. No se condicen con el art. 78 CPP en cuanto a la flagrancia, ni en cuanto a las circunstancias del art. 112 CPP que regula la requisas, ni en el art. 152 CPP que regula las causales para la detención sin orden judicial. Esto no puede ser convalidado por el hallazgo posterior, en la mochila que portaba XX. Las circunstancias en las que sucedieron la requisas y de tención le permite tener dudas sobre si esos objetos que fueron peritados, encuentran vínculo con el Sr. XX, porque le sorprende a la defensa que las botellas que fueron encontradas dentro de la mochila no tienen las huellas de su asistido. Lo cierto es que en el momento de la requisas, cuando fueron a mirar al interior de la mochila, vieron dos botellas, que tenían una gasa blanca y un retraso de tela. El oficial que detalló los elementos de la mochila, expresó que ésta se encontraba en un grado de conservación lamentable, y los elementos que había en su interior eran de descarte o de poco valor, pero las vistas fotográficas de las botellas permiten observar que las botellas, las gasas y los retazos de tela están impolutas, brillan y resaltan, no tienen una mancha. Tienen una pulcritud que no se condice con la condición de la mochila, las cosas que había en su interior y el estado de su propio defendido. Además, reitera que no tenían huellas de su asistido, porque intervino la División de Rastros. Todo lo que le genera dudas, y se vincula con un procedimiento arbitrario que no se condice con nuestro bloque constitucional. Le parece importante tener en cuenta que el Estado Argentino, en el mes de septiembre reconoció la responsabilidad internacional en el conocido caso Fernandez Prieto y Tumbeiro. Por lo que, la Corte Interamericana recomendó llevar adelante la revisión del accionar policial frente a este tipo de procedimientos. Cuando recordaba los motivos que lo llevaron al Sr. XX a detenerlo, fue mirar autos estacionados, que en el caso citado se asemeja con mirar vidrieras, solo que XX se encontraba mirando autos. Es una circunstancias arbitraria porque no se verificó ninguna circunstancia de flagrancia ni otros elementos objetivos. Es importante, porque a poco que uno lea el sumario policial, el Fiscal le pidió constatar el domicilio de su asistido. Con motivo de esta diligencia el agente XX hizo dos manifestaciones interesantes. Le pregunto a XX, ¿dónde pernoctaba a pesar de su estado de indigencia? . Paralelamente, haciendo las tareas de investigaciones se entrevistó ¿con un drogadicto de la zona que no lo conocía?. Todos del sumario llevan a considerar que se trató de un derecho penal de autor, de prácticas fundadas en criterios que deben ser erradicados para darle vigencia sociológica a las garantías constitucionales y a los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino. No hay dudas de las propias manifestaciones del Agente XX respecto de cuáles son las causales que lo llevaron a intervenir son arbitrarias. Ello, de conformidad con los art. 78, 112 y 152 CPP y la doctrina del precedente de la Corte IDH en

?Fernandez Prieto y Tumbeiro?, por lo que solicita la declaración de nulidad de la detención, requisas y secuestro practicados. Fiscal: la nulidad posee un carácter excepcional, toda declaración debe afectar una garantía constitucional, y así lo ha dicho la Corte en el caso Bianchi. Sino implicaría la nulidad por la nulidad misma. No se ve en el caso ningún perjuicio en el presente caso. Le recibió un testimonio, luego de llevar adelante las actuaciones policiales, al agente XX, quien fue claro y contundente. Fue dispuesto por la superioridad a la prevención de hechos de quema coches y contenedores de basura. Que formó divisiones exclusivamente dedicadas a prevenir los hechos que se habían producido en los últimos tiempos en la zona de XX y XX. Recorriendo el Barrio de XX, vio al Sr. XX con una mochila mirando los autos y cuando se acercó al container con esa mochila, por lo que el oficial tuvo la creencia que el acusado llevaría a cabo un acto delictivo. En cuanto a la mochila indicó que pasaban unos chicos de jugar al fútbol a quienes convocó como testigos, y ante la presencia de ellos se procedió a la requisas y el secuestro de las botellas observadas. Esta nulidad debe ser rechazada por tratarse de una cuestión de hecho y de prueba que debe ser tratada en juicio.

Defensa: la declaración del oficial XX tomado posteriormente ratifican que no había motivos para la requisas. Juez: encontrándose en condiciones de resolver, señala ante todo que comparte el criterio restrictivo que se debe tener al momento de analizar las nulidades. También recuerda que si bien el principio general para las requisas es la exigencia de orden judicial (art. 18 CN y 13.1 CCABA), existen ciertas circunstancias que autorizan a prescindir de ella en caso de flagrancia (art. 78 CPP) o cuando hubiere motivos suficientes de sospecha y urgencia. Este estándar es receptado por el art. 112 CPP para que las autoridades policiales puedan realizar requisas sin orden judicial. El art. 112 señala que: ³ Cuando hubiere motivos urgentes o situaciones de flagrancia que hicieran presumir que una persona porta entre sus efectos personales o adheridas a su cuerpo o en el vehículo en que circula, cosas constitutivas de un delito o que pudieran haber sido usadas para cometer delito, las autoridades de prevención podrán disponer que se efectúen requisas personales. De lo actuado dará inmediata noticia al/la Fiscal, quien lo ratificará o dispondrá la devolución de los efectos incautados. En el curso de una investigación, en casos urgentes, el/la Fiscal podrá disponer, de manera motivada, la requisas de una persona, de los efectos que portare o de su vehículo, para la obtención de elementos probatorios determinados, dando inmediata noticia de lo dispuesto al/la Juez/a competente (?) En el acta deberán constar los motivos que justificaron la actuación bajo consecuencia de inadmisibilidad de la prueba obtenida?. La hipótesis de la flagrancia no entró en juego en el caso, pero sí corresponde analizar si se da la otra hipótesis relativa a la existencia de ?motivos urgentes?. Señala en este punto que ya desde la audiencia de prisión preventiva hizo referencia a la necesidad de profundizar un poco las circunstancias fácticas que habían llevado a la detención. Y en el estado actual de la investigación, considera que todo versa sobre la declaración testimonial del Oficial XX en la Fiscalía (XX), de la que surge que cuando se le preguntó cuál fue la motivación que le dio la persona para proceder a identificarlo, contestó lo siguiente: ?ser indigente y no ser del barrio donde estábamos. Era la zona linda de XX, además la mochila también fue otra pauta. Además me llamó la atención como dije que estaba caminando por la calle mirando los automóviles junto con la mochila. Después se termina acercando al contenedor, y ahí es cuando veo que apoya la mochila sobre el contenedor de basura y lo vemos metiendo la cabeza, por eso me acerqué (...)?. En definitiva, los elementos señalados fueron los siguientes: (a) ser indigente y no ser del barrio; (b) tener consigo una mochila; (c) estar caminando por la calle mirando los automóviles; (d) que hubiera ingresado a revisar un contenedor. A esos elementos se suma otro que el preventor introdujo en otro tramo de su declaración, y sobre el cual hizo hincapié la Fiscalía, vinculado con (e) la existencia de un operativo de prevención contra ?quemacoches? en la zona de XX y XX, por hechos de quema de autos y de contenedores de basura. Para empezar, debo decir que la alegada existencia de un operativo de prevención de una modalidad determinada de delitos (cuya existencia, términos y alcance normativo, por cierto, no fue de ningún modo acreditada), por sí misma, no alcanza para justificar de modo general cualquier intromisión en el derecho a la libertad ambulatoria de las personas que circulan por un lugar determinado. Resulta indispensable que concurren otros motivos distintos, puesto que de lo contrario la policía podría en cualquier caso avanzar sobre los derechos de la ciudadanía por el solo hecho de existir un operativo de prevención. Tampoco, coincidiremos todos y todas, constituyen elementos objetivos que permitan construir un estado de sospecha suficiente para configurar el requisito de la existencia de ?motivos urgentes? previsto por el art. 112 CPP, la circunstancia de que una persona lleve consigo una mochila. Entonces también descarta que este elemento tenga incidencia para justificar la intromisión llevada adelante por personal policial. Otra de las razones expuestas como elemento de sospecha estuvo asociada con que XX estuviera caminando por la calle mirando los automóviles y que hubiera ingresado a revisar un contenedor. En relación a esto último, rescato las apreciaciones realizadas por la defensora desde la audiencia de prisión preventiva, en cuanto a que la forma de vida de XX, por sus precarias condiciones sociales y económicas, depende de lo que encuentra en la basura, en los contenedores y en la calle, porque se dedica a hacer changas y al ?cirujeo? (de acuerdo con las propias palabras del acusado, expresada en el informe social de fecha XX presentado por la defensa como prueba en la audiencia realizada en los términos del art. 173 CPP). El conocimiento personal que tuve del acusado en dicha audiencia, me permitió conocer personalmente las precarias condiciones socioeconómicas de XX, cuyo lugar de

permanencia y centro de vida se encuentra en la calle hace más de 10 años, en la intersección de la XX, de esta Ciudad. La experiencia de cualquier ciudadano autoriza a sostener que es habitual en nuestra Ciudad observar la presencia de personas revolviendo la basura, incluso en el interior de los contenedores como sucedió en este caso, por lo que la presencia de una persona dentro de un contenedor no constituye un elemento que permita generar una sospecha que autorice a proceder a su requisa personal. Y como se dijo, la supuesta existencia de un operativo público destinado a prevenir el incendio de contenedores y de vehículos, tampoco alcanza por sí misma para relajar los estándares de exigencia previstos legal y constitucionalmente. Entonces también debe ser descartada esta circunstancia, asociada en definitiva con la situación de pobreza y necesidad del acusado, como elemento que permita generar un estado de sospecha suficiente que permitiese convalidar la actuación policial. Luego, también hizo referencia el preventor a que XX levantó sospecha del personal policial porque venía caminando por la calle mirando los automóviles estacionados. Pero no puede tenerse por probada esta circunstancia fáctica, porque de la propia prueba agregada al sumario policial la desvirtúa. En las fotografías del tramo de la calle XX que XX habría recorrido a pie, a la vista del personal policial, no se observa la presencia de ningún vehículo estacionado: 3 IMÁGENES Se observan seis fotos, y solo se ven dos automóviles, pero están fuera del recorrido que los policías vieron realizar a XX. Pese al gran dispositivo que se desplegó en virtud de este hecho y que trascendió públicamente, no se pudo determinar siquiera cuáles eran los vehículos que XX estaba observando. Los únicos vehículos que se observan se encontraban estacionados sobre otra calle distinta de la que el acusado venía transitando, cercana a la esquina opuesta por la que XX no llegó a transitar, en tanto, de acuerdo con el croquis confeccionado por la policía, venía caminando en sentido contrario al tránsito: 1 IMAGEN Consecuentemente, únicamente quedan en pie los primeros motivos a los que hizo alusión el Oficial XX cuando declaró ante la Fiscalía: ¿ser indigente y no ser del barrio donde estábamos?. Además, refirió que era una zona linda de XX, es decir había una persona pobre en una zona linda del barrio, por lo que la presencia de un pobre en ese lugar contrastaba en la subjetividad de los funcionarios policiales. De los dichos del oficial, surge que el accionar de la fuerza de seguridad tuvo base en un derecho penal de autor, fundado en criterios y presunciones peligrosistas y discriminatorias, y no de acto, puesto que conforme expresara lo que justificó su intervención fue el aspecto físico del acusado, verse como una persona que viviría en la calle (indigente), y no en un actuar o accionar que hayan despertado la alerta de la policía respecto a encontrarse ante la presencia de una persona que se disponía a cometer un delito, como lo exige nuestra ley y nuestra Constitución. El caso guarda similitud sustancial con la Corte IDH en el caso ¿FERNÁNDEZ PRIETO Y TUMBEIRO VS. ARGENTINA?, sentencia del 1 de septiembre de 2020 (Fondo y Reparaciones), donde recientemente se declaró la responsabilidad del Estado Argentino por las detenciones y requisas ilegales llevadas a cabo sin orden judicial respecto de los acusados: ¿79. (...) el Tribunal considera que ninguna de las razones que dio la policía para retener al señor Tumbeiro y solicitarle su identificación constituían en sí mismas, o en conjunto, hechos o informaciones suficientes y concretas que permitan a un observador razonable inferir objetivamente que probablemente había cometido o estaba por cometer un hecho delictivo o contravencional. Por el contrario, las razones que motivaron la detención con fines de identificación del señor Tumbeiro parecieron responder a preconcepções sobre cómo debe verse una persona que transita en un determinado lugar, cómo debe comportarse ante la presencia policial, y qué actividades debe realizar en ese lugar. 80. (...) La Corte recuerda que los estereotipos consisten en preconcepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado. El empleo de razonamientos estereotipados por parte de las fuerzas de seguridad puede dar lugar a actuaciones discriminatorias y, por consiguiente, arbitrarias. 81. Ante la ausencia de elementos objetivos, la clasificación de determinada conducta o apariencia como sospechosa, o de cierta reacción o expresión corporal como nerviosa, obedece a las convicciones personales de los agentes intervinientes y a las prácticas de los propios cuerpos de seguridad, lo cual comporta un grado de arbitrariedad que es incompatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana. Cuando adicionalmente estas convicciones o apreciaciones personales se formulan sobre prejuicios respecto a las características o conductas supuestamente propias de determinada categoría o grupo de personas o a su estatus socio-económico, pueden derivar en una violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención.¿. En el caso que hoy tenemos ante nosotros se reconocen esos mismos patrones de arbitrariedad y discriminación que llevaron recientemente a la condena internacional del Estado Argentino y que, como dijo la defensora, la Argentina se comprometió a erradicar este tipo de prácticas. No sólo no es posible controlar con debida sujeción al principio de legalidad los términos concretos del operativo público de prevención en el que los funcionarios policiales intentaron justificar su accionar, sino que además, los motivos concretos a los que hizo referencia el preventor que dirigió el procedimiento resultaron arbitrarios y discriminatorios. Se fundó en la existencia de perfiles de ciudadanos más sospechosos que otros, a punto tal que llegó a señalar explícitamente que lo que le llamó la atención era que XX era un indigente transitando por ¿la zona linda de XX?, y ello llamó la atención por estar revolviendo un contenedor de basura. Esto fue, en definitiva, lo que justificó su interceptación y posterior requisa. Conforme el análisis realizado, no existían antes de su detención y requisa, indicios suficientes y razonables de su participación en un hecho delictivo, ni motivos urgentes que justificaran la actuación policial sin orden judicial.

La requisita se fundamentó en la condición de pobreza e indigencia del acusado y en una preconcepción subjetiva sobre la apariencia que debían resguardar los habitantes del área, lo que comporta un trato discriminatorio que torna en arbitraria la detención, de acuerdo con el análisis efectuado por la Corte IDH en el caso de referencia. Se priorizo la exhibición del procedimiento policial en medios de comunicación, de las noticias, antes que la posibilidad de contar rápidamente al Sr. Fiscal lo que estaba sucediendo para que se examinara en ese acto si efectivamente existían elementos suficientes para solicitar judicialmente la orden que autorizara la requisita del acusado. Lo expuesto permite concluir que la requisita y posterior detención de XX no estuvo apoyada en una motivación vinculada con elementos objetivos y urgentes, conforme requiere el art. 112 CPP para que eximir el proceder policial de una orden judicial previa. Consecuentemente, el procedimiento fue incompatible con el principio de legalidad, y violatorio de los arts. 18CN, 13.1 CCABA, y con los art. 7.1 y 7.2 CADH, en relación con el artículo 1.1. De igual modo, el hecho de que la detención no obedeciera a criterios objetivos, sino a la aplicación por parte de los agentes policiales de estereotipos sobre la apariencia del señor XX y su presunta falta de correlación con el entorno por el que transitaba, hacen de la intervención policial una actuación discriminatoria y, por ende, arbitraria que resulta también violatoria de los artículos 7.3 y 24 CADH, que derivó en una ilegítima afectación de la garantía de libertad ambulatoria del acusado y de su privacidad, por lo que sí se verifican los agravios concretos que se exigen para una declaración de nulidad. Entiende, entonces, corresponde declarar la nulidad de la requisita, posterior secuestro de los elementos que servirían como prueba del hecho imputado, detención del acusado y de todos los actos posteriores vinculados, ya que el hallazgo producido con posterioridad no tiene idoneidad para convalidar una actuación viciada en su origen, todo ello conforme lo establecido por el artículos 112 CPP, y a la luz del artículo 13, incisos 1 y 3 CCABA, en función de los artículos 18, 19 y 75 inciso 22 CN. Por lo demás, ante la inexistencia de otra línea de investigación independiente y preexistente que permita vincular válida mente a XX a este proceso, corresponde dictar su sobreseimiento. Por ello, DECIDE:

1. DECLARAR LA NULIDAD de la REQUISITA, SECUESTRO y POSTERIOR DETENCIÓN de XX, y de todos los actos posteriores, y SOBRESER a XX, DNI XX, en relación al hecho que habría tenido lugar el día XX, calificado como incendio doloso en grado de tentativa (artículos 112 CPP; 13.1 y 13.3 CCBA; 18, 19 y 75 inciso 22 CN; 7.1 y 7.2 7.3 CADH, en relación con el art. 1.1).
2. HACER CESAR las medidas restrictivas impuestas a XX. COMUNICAR a las autoridades pertinentes.
3. NOTIFICAR a la Fiscalía y a la Defensoría en este mismo acto, y al acusado a través de su defensa.
4. REGISTRAR, y una vez vencido el plazo para apelar, realizar las comunicaciones pertinentes al Patronato de Liberados, y al Juzgado XX y REMITIR el caso a la Fiscalía para que proceda a su ARCHIVO.

Hora de cierre: 10:40 horas
Correlaciones:
Fernández Prieto y Tumbeiro c/Argentina - Corte Interamericana de Derechos Humanos - 01/09/2020 - Cita digital IUSJU002173F
003144F