

Voces: DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ POLICIA ~ DETENCION DE PERSONAS ~ NULIDAD ~ NULIDAD PROCESAL ~ PROCEDIMIENTO PENAL ~ PRUEBA ~ PRUEBA INSUFICIENTE ~ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~ CULPABILIDAD ~ POLICIA FEDERAL ~ COMISION DEL DELITO ~ INDICIO

Título: Detención de personas sin orden judicial: el retorno a la doctrina "Daray"

Autores: Alegre, Juan Ramón Leguizamón, Facundo M.

Publicado en: Sup. Penal2010 (diciembre), 1 - LA LEY2010-F, 1230

I. Criterio sentado en el caso " Daray" . — II. La Corte Suprema vuelve sobre sus pasos: caso " Fernández Prieto" . — III. La confirmación del criterio " Fernández Prieto" ; casos " Tumbeiro" " Monzón" y " Szmilowsky" . — IV. Las críticas a " Fernández Prieto" y el retorno a la doctrina " Daray" .

Una de las tantas cuestiones en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido oscilante es el supuesto de la detención llevada a cabo por la prevención policial sin orden judicial (1). Esta ausencia de línea uniforme en la materia ha provocado en los tribunales inferiores de la Nación -como en los de las provincias- un verdadero desconcierto, existiendo fallos que sientan un criterio u otro aduciendo paradójicamente seguir a las pautas fijadas por el alto Tribunal Federal.

En la presente exposición nos proponemos demostrar que sobre el tema particular, en la composición actual del alto Tribunal, existe una clara senda marcada por la totalidad de sus miembros que evidencian el retorno a la buena doctrina sentada en el caso "Daray, Carlos A." (2) y que tal criterio, aún cuando no haya habido un voto conjunto de todos los ministros en un caso concreto, debe tener fuerza de precedente.-

Sobre la presente cuestión, en donde se discute el alcance de la más preciada garantía constitucional, pretendemos pasar revista de cuál fue el criterio sentado por la CSJN en el referido precedente "Daray", su cambio de postura en el caso "Fernández Prieto" (3) -aunque no lo hayan reconocido los ministros que conformaron la mayoría-, los fallos siguientes que confirmaron ese cambio y aquellos que implicaron el retorno a la buena doctrina.

I. Criterio sentado en el caso "Daray"

En esta causa del año 1994, que tramitó en competencia originaria -en acotada síntesis-, la CSJN declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de una detención policial dispuesta fuera de los supuestos legales, por no haber "indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad" -voto de los ministros Fayt, Petracchi, Boggiano y López.- o "indicio que razonablemente pudiera sustentar la sospecha de su vinculación con la comisión de un delito" -voto de los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y Levene.-

Los últimos jueces nombrados, al referirse a la autorización concedida por el art. 5º, inc. 1º de la ley orgánica de la Policía Federal -dec.-ley 333/58 (4), ratificado por ley 14.467 (Adla, XVIII-A, 94) entonces vigente- señalaron: "Esta norma 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. De lo actuado en la causa nada persuade de que la autoridad policial haya obrado sobre la base del conocimiento de circunstancias que hiciesen razonable conducir (al imputado) a la delegación policial y, en todo caso, si esas circunstancias han existido, los agentes policiales las han mantenido "in pectore", y no han dejado expresión de ellas, lo cual impide disipar toda duda sobre la arbitrariedad del arresto. En esas condiciones, la detención (del imputado) ha contrariado los arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional" (considerando 12).

Tales consideraciones vertidas en relación a la específica facultad que le confería el ordenamiento jurídico a la policía federal para detener por "averiguación de antecedentes" (5), que bien pueden ser aplicadas a cualquier supuesto de detención policial sin orden judicial, dejan a las claras que tal potestad no puede ser ejercida de un modo discrecional y, por el contrario, ella requiere que estén reunidas "circunstancias que justifiquen la razonabilidad de la detención".

Carrió sobre el particular dijo: lo que la Corte en este caso "Daray" ha venido a decir con claridad es que para considerar legítimo un arresto policial es necesaria la presencia de indicios concretos de culpabilidad, tal como lo señala el ordenamiento procesal (6).

Vale decir que, de acuerdo al criterio sentado en este caso por el alto Tribunal Federal, para que sea legal una detención policial directa deben haber circunstancias objetivas de las cuales se puedan deducir la legitimidad del proceder -no bastando una mera sospecha del funcionario policial- para, de ese modo, ser posible el control jurisdiccional de lo actuado.

II. La Corte Suprema vuelve sobre sus pasos: caso "Fernández Prieto"

Lamentablemente, pese a que era de esperar un influjo positivo a raíz de la senda que había marcado el máximo Tribunal de la Nación en las pautas que deben regir al momento que la policía arresta a una persona sin orden de autoridad competente (7) a poco andar aquella se expidió nuevamente echando por tierra la doctrina que había sentado.-

La CSJN en el caso "Fernández Prieto" del año 1998, por mayoría consideró legítima la requisita de un automóvil y detención de los ocupantes practicada por funcionarios policiales que advirtieron que las personas que se encontraban en su interior se hallaban en "actitud sospechosa" de la presunta comisión de un delito, sospecha que fue corroborada con el hallazgo..." (Cons. 15). El Tribunal supremo, para sortear la aplicación del criterio que había sentado en el caso "Daray", previamente había señalado que lo que aquí se cuestiona "no guarda analogía con la presente, pues en ella se imputaba la ilegitimidad de una detención so pretexto de realizar "una mayor verificación de la documentación del vehículo" mientras que en la presente lo que se sostiene es la nulidad de la requisita de un automóvil, de la cual derivó la detención de sus ocupantes" (Consid. 6).

Más allá del eufemismo utilizado por el voto de la mayoría del alto Tribunal para no aplicar su propio precedente -y que implicó un claro retroceso en materia de libertades- (8), lo cierto es que tal criterio no debió ser aplicable a la potestad policial de detención sin orden judicial pues, siguiendo el paradójico criterio sentado por la mayoría del Tribunal -que según sus dichos no contrarió la doctrina "Daray"-, en este se cuestionaba la legalidad de la requisita de un automóvil y no de una detención. Tal interpretación, aunque incomprensible, es lo que surge del voto mayoritario (9).

Es decir que, aún cuando "Fernández Prieto" implicó una clara mengua en materia de libertades, su doctrina -de acuerdo a una interpretación literal del voto de la mayoría- no debió incidir sobre los alcances de la facultad policial de arrestar sin orden judicial que, por el contrario, debió seguirse rigiendo por la regla sentada en "Daray": necesidad de indicios vehementes de culpabilidad.

III. La confirmación del criterio "Fernández Prieto": casos "Tumbeiro", "Monzón" y "Szmilowsky"

Sin perjuicio de lo afirmado en el párrafo anterior, era claro que la Corte Suprema pretendía volver sobre sus pasos y -refiere Carrió- aquellos presagios a partir de "Fernández Prieto" demostraron ser fundados. Con posterioridad a ese caso la Corte Suprema dictó tres pronunciamientos de similares características: "Tumbeiro"(10), "Monzón"(11) y "Szmilowsky"(12) -los primeros del año 2002 y el último del siguiente-. En los tres casos los posibles motivos previos para que la policía actuara de la manera en que lo hizo distaban bastante de satisfacer los requerimientos legales consecuentemente el valor "libertad" sufrió un cercenamiento incompatible con el real goce de la garantía en examen (13).

En ellos claramente se legitimaron detenciones policiales que no reposaban en "indicios vehementes de culpabilidad" sino, que por el contrario, en la mera "actitud sospechosa" que fuera ulteriormente corroborada con el hallazgo de origen delictivo.

IV. Las críticas a "Fernández Prieto" y el retorno a la doctrina "Daray"

Más allá de que los ministros Fayt y Petracchi, únicos jueces en funciones que votaron en "Daray", siempre se mantuvieron dentro de la línea sentada en tal precedente votando en disidencia en las causas "Fernández Prieto", "Tumbeiro", "Monzón" y "Szmilowsky", la nueva integración de la Corte Suprema iba a empezar a marcar el retorno a la buena doctrina.-

En ese sentido, fue el Juez Maqueda quien primero reaccionó en el fallo "Waltta"(14) del año 2004 en donde efectuó las siguientes consideraciones que, por su claridad, resultan oportunas transcribir en su parte pertinente (15):

"7) Que esta Corte en el precedente "Daray" señaló ... 8) Que el Código Procesal Penal, como norma reglamentaria del art. 18 de la Constitución, establece... Por su parte el art. 1° de la ley 23.950 (Adla, LI-C, 2814) modif. del decreto-ley 333/1958 expresa ... 9) Que de dicho plexo normativo surge que el legislador prescribió un determinado grado de sospecha para llevar a cabo la detención o la requisita corporal, así habla de "indicios vehementes" "circunstancias debidamente fundadas" o "motivos suficientes 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 el policía no está autorizado a realizar detenciones indiscriminadas. 10) Que, por otra parte, una vez que el agente de prevención se encuentra con esa hipótesis razonable exigida 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 de encontrarse ante un cuadro predelictual. 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 de urgencia y excepcionales las normas permiten delegarlo en la policía, la única forma de que luego el juez pueda supervisar la legitimidad de la actuación llevada a cabo por aquellos, es que éstos funden circunstanciadamente las razones

del procedimiento... "si esas circunstancias han existido, los agentes policiales las han mantenido in pectore" omisión que impide realizar un juicio de razonabilidad (considerando 12 [del voto de los doctores Nazareno, Moliné O'Connor y Levene (h.) en "Daray"]. 11). Que pese a lo claro que parece ser el axioma de que es competencia del Poder Legislativo precisar en qué casos se puede llevar a cabo una detención ... esta Corte a partir del caso "Fernández Prieto" ... "Tumbeiro" ... "Monzón" ... "Szmilowsky" ... entre otros ... sin decirlo expresamente se apartó del principio de legalidad enunciado en "Daray". Al analizar las circunstancias de esos casos se advertirá que aquéllas distaban de reunir los indicios vehementes de culpabilidad que prevé la ley y, 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 ... 12) Que el efecto práctico ... 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 ... o el caso Rubén Manuel Monzón ... [y] de Tomás Alejandro Szmilowsky. 22) 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. Ello es así pues, de lo contrario, razones de conveniencia se impondrán por sobre los derechos individuales previstos en la ley fundamental".

Las consideraciones expuestas por el doctor Maqueda en el referido caso "Waltta" no solo iban a ser ratificadas por éste en "Ciraolo"[\(16\)](#) -2009- sino también seguidas por los ministros Lorenzetti y Zaffaroni [\(17\)](#) y aunque tal criterio no tiene el rango de precedente [\(18\)](#) pues la mayoría de la Corte Suprema no se pronunció sobre el fondo de la cuestión [\(19\)](#), indudablemente marca el retorno a la doctrina sentada en "Daray".

En efecto, si bien es cierto que los otros integrantes de la Corte Suprema no se han pronunciado expresamente sobre la cuestión, ya en la causa "Peralta Cano"[\(20\)](#) -2007-, además de Maqueda y Lorenzetti, los ministros Highton de Nolasco, Petracchi y Argibay, hicieron suyos los fundamentos del Procurador Fiscal de la Nación que -quíerose o no- implican un retorno a la buena doctrina sentada por el máximo Tribunal de la Nación en el referido precedente "Daray"[\(21\)](#).

En "Peralta Cano" una persona fue condenada a un mes de prisión en suspenso y multa, por haber sido, a raíz de una denuncia anónima, detenida en la vía pública y luego requisada en dependencias policiales, en cuya oportunidad le fue secuestrado un sobre que contenía marihuana.-

Sobre el particular el representante del Ministerio Público dijo:

"...En consecuencia, considero que es improbable que se den aquí las excepciones ... del Código Procesal Penal de la Nación, y del artículo 1° de la ley 23.950, por cuanto no existen constancias irreprochables que permitan determinar que nos encontramos ante una situación de flagrancia, o de "indicios vehementes de culpabilidad", o que concurren "circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer un hecho delictivo o contravencional", o "circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de (alguna) persona" (conforme precedente "Daray"). La mera existencia de una denuncia anónima y la alegación del policía de que uno de los detenidos llevaba en su mano un objeto -en el caso, un destornillador- que no fue secuestrado no son razones suficientes, en este caso, para que nos encontremos dentro de los conceptos de "causa probable", "sospecha razonable" o "razones urgentes", tal como los ha delineado la jurisprudencia del Tribunal, y así se desencadene lícitamente el procedimiento policial. Al contrario de lo resuelto por la mayoría del Tribunal en el precedente "Fernández Prieto", aquí la "totalidad de las circunstancias" nos permiten concluir en que no se respetaron las garantías constitucionales del imputado ... Tampoco puede equipararse este caso al del precedente "Flores Núñez" ... ni al del precedente "Tumbeiro" ... Y lo mismo puede predicarse de los antecedentes "Monzón" y "Szmilowsky"... Por lo tanto, debe aplicarse aquí la conclusión del juez Enrique Santiago Petracchi, en su voto en disidencia del precedente de ["Fernández Prieto"], en cuanto a 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...".

Aun cuando de la lectura del dictamen del Procurador -que, reiteramos, la Corte hace suyo- éste no censura explícitamente las excepciones abiertas en "Fernández Prieto"[\(22\)](#), es claro que sus estándares se aproximan más a "Daray" que a aquel.

Conclusión:

Por ello, teniendo en cuenta que los doctores Fayt y Petracchi únicos jueces en funciones que han formado parte de la mayoría en "Daray" -y nunca se han apartado del criterio sentado en él-; que el ministro Maqueda, en la causa "Waltta" se adscribió al precedente "Daray" cuestionando abiertamente el fallo "Fernández Prieto" -y sus reiteraciones posteriores-; que, a su vez, este criterio fue ratificado por Maqueda en "Ciraolo" y seguido también por los Jueces Lorenzetti y Zaffaroni y, por último, que las Ministras Highton de Nolasco y Argibay

han compartido la tímida aproximación a la doctrina "Daray" que efectuó el Procurador General en el caso "Peralta Cano", no caben dudas que el criterio sentado en "Daray, Carlos A." es el actualmente imperante en el máximo Tribunal de la República y, aunque no ha habido un categórico fallo con voto conjunto de todos los ministros, tales pautas debieran servir de guía para la interpretación de la facultad excepcional de las autoridades policiales de detener sin orden de autoridad competente.

(1) Nos referiremos al supuesto excepcional de la detención llevada a cabo por las fuerzas de seguridad sin orden judicial pues, lo ordinario será que los arrestos sean dispuestos por la autoridad judicial.-

(2) CSJN, Fallos: 317:1985, La Ley, 1995-B, 352.

(3) CSJN, Fallos: 321:2947, La Ley, 1999-B, 284.

(4) Decía el texto original del dec. ley 333/58: "Art. 5°. Son facultades de la Policía federal para el cumplimiento de sus funciones: 1. 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". Tal normativa fue arduamente cuestionada y finalmente derogada a partir del paradigmático caso "Bulacio". La actual norma - que significó un sensible avance en la materia- establece: "Inciso 1. 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, con noticia al juez con competencia en lo correccional en turno y demorada por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad, el que en ningún caso podrá exceder de diez horas. Se le permitirá comunicarse en forma inmediata o con un familiar o persona de su confianza a fin de informar de su situación. Las personas demoradas para su identificación no podrán ser alojadas junto ni en los lugares destinados a los detenidos por delitos o contravenciones" (Ley 23.950, B.O. 11/9/91).

(5) Aun cuando no sea tema del presente trabajo es necesario destacar que la mayoría de los ordenamientos locales conservan una norma similar al derogado art. 5 del decreto-ley 333/58. Más allá de su evidente inconstitucionalidad, cabe tener presente que el Comité de Derechos Humanos, órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dijo recientemente en relación a la Argentina: "El Comité expresa nuevamente su preocupación por la subsistencia de normas que otorgan facultades a la policía para detener personas, incluidos menores, sin orden judicial anterior ni control judicial posterior y fuera de los supuestos de flagrancia, por el único motivo formal de averiguar su identidad, en contravención, entre otros, del principio de presunción de inocencia. (Artículos 9 y 14 del Pacto)" e igualmente señaló: "El Estado Parte debe tomar medidas con miras a suprimir las facultades de la policía para efectuar detenciones no vinculadas a la comisión de un delito y que no cumplen con los principios establecidos en el art. 9 del Pacto". (Comité de Derechos Humanos, 98° período de sesiones, Nueva York, 8 a 26 de marzo de 2010, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos para la Argentina, Observación N° 15).

(6) CARRIÓ, Alejandro, Detenciones arbitrarias y regla de exclusión: Cuando la Corte habla así, da gusto oírlo, La Ley, 1995-B, 349.

(7) En relación a este término señala EKMEKDJIÁN que "la doctrina y jurisprudencia han entendido que se trata del juez de la causa. Únicamente en la situación excepcional del estado de sitio el concepto incluye al presidente de la República. Estas son las únicas "autoridades" constitucionalmente facultadas para ordenar el arresto de una persona". (EKMEKDJIÁN Miguel Ángel, Tratado de derecho constitucional, t. II, Depalma, Buenos Aires 1994, p. 326).

(8) Refirió MORELLO "Lo que se arriesga al cabo en el pendular interpretativo "Daray/Fernández Prieto",... perduran las dudas de si no tendríamos que lamentarnos, en el delicado tratamiento de la libertad, porque en lugar de avanzar, hemos retrocedido" (MORELLO, Augusto M., La "actitud sospechosa" como causal de detención de personas, La Ley, 1999-B, 282).

(9) La disidencia -Compuesta por Fayt, Petracchi y Bossert- señaló precisamente la contradicción de lo que se había resuelto en "Daray" y lo que se resolvía acá.-

(10) CSJN, Fallos: 325:2485, La Ley, 2002-F, 535.

(11) CSJN, Fallos: 325:3322, La Ley, 2003-C, 371.

(12) CSJN, Fallos: 326:41.

(13) Conf. CARRIÓ, (Garantías ..., p 290) quien hace un análisis de cada caso.

(14) CSJN, Fallos: 327:3829, La Ley, 2005-A, 798.

(15) La mayoría de la Corte declaró inadmisibile el recurso extraordinario por aplicación del art. 280, C.P.C.C.N.

(16) CSJN, Fallos: 332:2397, La Ley, 2010-A, 138.

(17) Tales votos han sido recibidos con beneplácito por la doctrina. Ver: KENT, Jorge, Tres votos disidentes que tutelan, encomiásticamente, el debido proceso legal, La Ley, 2010-B, 562.

(18) Para ver los alcances de las sentencias de la Corte Suprema ver: LEGUIZAMÓN, Marcos Facundo, Acerca de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema: Un análisis jurídico-político y su incidencia en las reformas a la Administración de Justicia, Eldial.com, Suplemento de Administración de Justicia y Reformas Judiciales, 18 de marzo de 2008.

(19) Directamente rechazó el recurso de queja por considerar que no cumplía con el requisito de fundamentación autónoma (art. 15 de la ley 48).

(20) CSJN, 03/05/2007, "P. C., M. E.", La Ley, 2007-D, 625.

(21) En "Peralta Cano" si bien no votó Fayt, este como dijimos siempre se mantuvo dentro de la línea "Daray" y el ministro Zafaroni, que tampoco votó, iba a sentar su postura -como vimos- en el fallo "Walitta".

(22) Quizás porque en "Tumbeiro", "Monzón" y "Szmiłowsky" las sentencias absolutorias de las instancias anteriores fueron dejadas sin efecto -precisamente- por apelación del Ministerio Público.