

CASO 1 \_En primer lugar, entiendo que nos encontramos en un estadio procesal posterior a la audiencia prevista en los términos del art. 294 del CPPN (indagatoria), dando por hecho que como defensor ya mantuve una entrevista previa (derecho previsto en nuestra Constitución Nacional en el art. 75, inc. 22 y en los pactos internacionales en los arts. 8.2 d) y e) de la CADH y art. 14.3.b) del PIDCyP) siendo la primera oportunidad para comenzar una defensa. Habiendo dicho esto, frente al dictado del procesamiento del Sr. Juan, dentro del plazo de tres días y cumpliendo con las formalidades pertinentes para este recurso (art. 450 CPPN), interpondría recurso de apelación en los términos del art. 449 del CPPN en virtud de los argumentos que expondré a continuación:

De las nulidades advertidas en el caso: En primer lugar, si bien la detención del camión por parte del gendarme Perez estaba dentro sus funciones por estar apostado en la ruta dedicado al control de la velocidad de los vehículos y Juan había excedido en 50 km/h el máximo permitido, resulta lógico esperar que un funcionario apostado con ese propósito detenga la marcha del camión a los efectos de informar la infracción, realizar la correspondiente multa y solicitar la documentación pertinente a los fines de corroborar que no haya mas infracciones de transito. En este contexto, entendiendo que esa primera detención es válida, no se podrá ir mas allá, sin orden judicial, si las irregulares detectadas no son acordes al procedimiento de control vehicular, como por ejemplo detectar que la documentación del rodado es apócrifa. Todo lo que pase después, sin orden del Juez competente, es ilegal.

En el caso, vemos como el gendarme solicita a Juan la documentación del rodado y como este se la exhibe, no habiendo irregularidad alguna que habilite el actuar policial, razón por la cual entiendo que es a partir de ahí, a partir que el control de la documentación no tiene problema alguno que todo lo ocurrido con posterioridad deviene nulo. **Hay una nulidad en la detención.**

Siguiendo ese norte, es claro que la detención de Juan pasa de ser normal, por las tareas que desempeñaba el policía, a ser ilegal, por el exceso en el actuar de este. Seguramente, si Juan le hubiera preguntado a Perez si podía retirarse este hubiera respondido que no, estando en ese momento ilegalmente detenido por no tener la orden necesaria del juez para hacerlo afectando a su vez su derecho a la libertad ambulatoria, a la intimidad y al debido proceso contemplados en los arts. 14 y 18 de la CN y en el art. 7.2 y 7.3 CADH, art. 9 DUDH y art. 9.1 PIDCyP.

En este sentido, el hecho de que el funcionario haya percibido en Juan “cierto nerviosismo” claramente no configura un supuesto que habilite a la detención ni una posterior requisa sin orden judicial como se expusiera en el caso “Navarro” (CNCP S. IV, 15/10/08). Tampoco el funcionario expreso que haya una causa probable o sospecha razonable de algo o una situación de urgencia que lo eximieran de detener a Juan sin dar previo aviso y conseguir la orden judicial para poder hacerlo (fallos de la CSJN “Fernández Prieto” (321.2947), “Tumbeiro” (325.2485), “Monzon” (325.3322). Si los hubiera habido, tampoco fueron exteriorizados por el gendarme Pérez, quedando en su fuero intimo, *in pectore*, no fundamentado por que actuó alejándose de todo tipo de legalidad, ignorando por completo

el principio de legalidad constitucionalmente previsto y la doctrina sentada por el precedente “Ciraolo” (332.2397) de la CSJN.

Siguiendo esa línea, no se ve justificado el actuar del funcionario para continuar su actividad sin orden judicial, no se advierte en el caso algún dato objetivo que le permita presumir al gendarme que en el camión había elementos constitutivos de ilícito alguno o la existencia de circunstancias previas o concomitantes que justifiquen la detención y posterior requisa del camión sin orden judicial alguna, siendo solo el juez el habilitado por la ley para efectuar el control de legalidad correspondiente, no bastando el *test subjetivo* que haga el funcionario (Fallo “Fernández” CNCP S.III27/10/10) , aunque sea de buena fe, no debiéndonos *“preguntar si el policía sospecho algo, sino, antes bien, que datos objetivos fueron los que lo llevó a sospechar”* (García, Luis M; “Dime quien eres, pues quiero saber en que andas. Sobre los límites de las facultades de la policía para identificación de personas. Los claroscuros del caso “Tumbeiro”,L.L. 2003-A-470”).

Así, entendiendo que Juan se vio efectivamente privado de su libertad ambulatoria de forma ilegal, se advierte otra nulidad como consecuencia directa de esta, la **nulidad de la requisa del camión que conducía Juan**, afectando las garantías de los art. 18 de la CN, art. 11 CADH, 17 PIDCP, art. 12 DUDH y art. V, IX y X DADDH.

Esa es la línea seguida por nuestra Corte Suprema en el precedente “Rayford” (308.733), explicando allí, que todo lo producido, todos los actos que resulten como consecuencia de una detención nula también están manchados de nulidad, fundándose en la teoría del fruto del árbol venenoso (comprometiendo los derechos previstos en los art. 166, 168 segundo párrafo, 172, 184, 284, 230bis CPPN y las garantías constitucionales), la regla de exclusión y asegurando que si en el proceso existió un solo cause de investigación y este estuvo viciado de ilegalidad, esta ilegalidad contamina todas las pruebas que se hubieran originado a partir de la detención ilegal, tal como ocurrió en el caso bajo estudio, siendo la regla en ese caso la exclusión de cualquier prueba obtenida de manera ilegítima. Hacer lo contrario significa atentar contra el debido proceso en concordancia con las garantías constitucionales *ut supra* expresadas. Esta doctrina se reitero en los casos “Ruiz”(310.1847), “Francomano” (310.2384), “Daray” (317.1985) y “Peralta Cano” (Causa 50.176C).

Vale aclarar, que al igual que la detención, la requisa también debió ser realizada con orden del juez, no mediando en el caso circunstancia alguna que habilite al funcionario a requisar sin orden alguna, o algún tipo de urgencia que lo obligue a actuar de inmediato, pudiendo esperar a conseguir la orden para requisar. El funcionario no contaba con motivos para detener a Juan post solicitar la documentación vehicular en orden mas allá del nerviosismo, mucho menos para requisar, si los hubo tampoco los exteriorizo para ser evaluados por el juez. No configurando tampoco los estándares del art. 230 bis del código adjetivo. De la mano de este planteo, y como consecuencia de este, resulta también **nulo el secuestro de la droga** efectuada ya que no puede justificarse un actuar ilegítimo por el resultado obtenido de este, encontrar los 200 ladrillos de marihuana en el camión, ya que las razones para

actuar de los funcionarios deben existir en el momento y no con posterioridad a dicho hallazgo (fallo 321.2947 CSJN voto Dr. Fayt, párrafo 10).

En esa inteligencia, si la requisita viene como consecuencia de la detención, claro es que deben cumplirse los estándares, como mínimo, de la detención y luego los propios de la requisita. No cumpliéndose ninguno de ellos en el caso. Si los motivos suficientes del juez tienen que existir en forma previa a ordenar la requisita con más razón las circunstancias del 230 bis deben también ser anteriores a dicha medida, pero sigue vigente el requisito de “urgencia” ya que no puede exigir lo mismo al juez que a la gendarmería, es decir, los funcionarios SI necesitan pasar por el tamiz de si hay urgencia o no para requisar sin la orden pertinente.

Finalmente, entiendo también **nula el acta de secuestro** ya que como se observa en los datos del caso, se convoco a los testigos para suscribir las actas con posterioridad al hallazgo y no previamente como debe ser para que estos controlen de forma efectiva que la droga imputada a Juan sea realmente la que estaba en el camión al momento de su detención, vulnerando de lo contrario el derecho de defensa en juicio.

En ese sentido, el derecho de defensa es ejercido por el imputado no a partir de determinados actos judiciales sino desde los actos que dan inicio al proceso. La exigencia de las formalidades del acta de secuestro tiene como finalidad procurar la correcta determinación de aquello que será objeto de prueba y sostén de la imputación que permita a los imputados ejercer de forma correcta su derecho de defensa en juicio. (conforme MAIER, Julio B., “Derecho Procesal Penal I fundamentos” Ed. Del Puerto, Bs. As. Pag. 547). Si el celular secuestrado hubiera dado como producto de su secuestro mensajes o llamadas que incriminen a Juan también se podría pedir la **nulidad del secuestro del teléfono móvil** basándonos en el derecho de no auto incriminación y por no haber otro cause de investigación que de legalidad a la nulidad de los datos provenientes de ese teléfono (fallo 317.1985). En razón de lo expuesto, solicito se declare la nulidad de la detención y todo lo actuado en consecuencia, sobreseyéndose a Juan.

Del transporte del estupefaciente: La acción típica del transporte es ser el eslabón dentro de la cadena de tráfico que conecta los centros de producción con los de distribución. Pero el delito de transporte NO SE CONFIGURA CON EL MERO DESPLAZAMIENTO DE LA DROGA, adelantando así que rechazare la imputación de Juan por entender que la mentada figura resulta atípica. Veamos. En primer lugar la acción del transporte implica más que el mero hecho de trasladar la droga de un lugar al otro, sino que, al igual que para la comercialización se necesita la ULTRA INTENCION del transporte de la droga. Se requiere un especial elemento subjetivo de finalidad de tráfico que acompañe el mero ánimo de lucro propio de todo negocio de transporte. (CFCP SALA IV “Roas” causa 9476 07/sep/2010).

Siguiendo esa línea, no hay en el caso prueba alguna del fin que tendría la droga, en el teléfono secuestrado no había información de interés, no se conocía el origen ni el destino

de la droga, ni nada que permita presumir que Juan seria parte de una red de trafico de estupefacientes. No pudiéndose probar de forma alguna la ultra intención de la que venimos hablando, deviniendo atípica la figura del transporte como se explicara en el fallo “M.R., T., B. L. y A. R.” de la CFA de La Plata, Sala II del 10/07/2012, voto en disidencia del juez Alvarez.

En virtud de la orfandad probatoria del caso en cuanto a la ultraintencion de transporte, la cual juega a favor del imputado, se solicitara que se revoque el procesamiento por entender que la conducta deviene atípica. Como planteos subsidiarios, de no entender el juez los argumentos expuestos, solicitare la aplicación de una figura menos grave, cambio de calificación, como la prevista en el art. 14 de la 23.737 con fundamento en el voto de la jueza Sotelo de Andreau de la CFA de Corrientes en la causa FCT 3401/2013/CA1 del 29/12/2015 y en el fallo de la CSJN “VEGA GIMENEZ” del 27/12/06. También, de entenderse que si es transporte plantearía que delito quedo en grado de tentativa por haber sido detenido sin poder llegar a destino (fallo “Benitez” TOF de Corrientes 03/04/2014) y la perforación del mínimo de la pena por los principios de proporcionalidad y lesividad integrados al principio de legalidad del art. 18 CN ya que no hay correspondencia entre la afectación al bien jurídico y la sanción penal conforme se expuso en el fallo de la CFCP S. IV, “Altamirano” reg. 13.206.4 del 09/04/2010. En base a lo expuesto se solicita el sobreseimiento de Juan por ser la conducta atípica, subsidiariamente se cambien su calificación a una menos grave, sino se entienda al delito en grado de tentativa o se aplique una sanción menor a la prevista por perforación del mínimo de la pena.

Prisión preventiva: Se ataca también la Prisión preventiva y se solicita la libertad de Juan por entender que se están violando los derechos previstos en los art. 14 y 18 de la CN y en el art. 7.2 y 7.3 CADH, art. 9 DUDH y 25 DADDH. Recordemos que la libertad durante el proceso es la norma y solo podrá cambiar esta situación cuando haya fundado peligro de fuga y entorpecimiento de las investigaciones, extremos que no se da en el caso. La gravedad del hecho no es fundamento suficiente para desvirtuar la naturaleza de la medida cautelar ni relajar garantías constitucionales (fallo CSJN “Massera” 327.954). En idéntico sentido se expreso la CNCP en el Acuerdo 1/08 al suscribir el plenario 13 que no basta en materia de excarcelación para su denegación la gravedad del delito o la pena que este pudiera recibir, sino que se debe valorar en forma conjunta con parámetros como el art. 319 del CPPN a los fines de determinar la existencia de riesgos procesales. Si no se atendiera a la libertad de Juan también se desatenderían compromisos asumidos por el país en cuestiones de libertad (Reglas de Tokio), hasta incurrir en responsabilidad internacional. Por otro lado, no esta probado el fin que tenia la droga para hablar de “narcotráfico”. La calidad del trabajo de Juan nada tiene que ver con el peligro de fuga, el juez puede ordenar medidas menos graves que lo sujeten al proceso y no lo hace (CNCP S. IV “Kruger” 25/06/08), justamente por su condición de transportista puede concurrir al juzgado cada vez que el juez lo solicite. Planteo RESERVA de recurrir en casación y del caso federal (art. 14 ley 48) por verse afectados principios y garantías constitucionales.

## CASO 2\_

En primer lugar intentaría una Acción Extra-Judicial enviando un oficio a la obra social en los términos del art. 42 inc. “a” “d” y “o” de la ley 27.149 a los fines de evitar un futuro dispendio jurisdiccional e impulsar una solución del conflicto entre las partes, instando a que en el plazo de no mas de 24 hs. Le brinde la cobertura necesaria en el centro especializado para tratar la bulimia severa que padece Sandra. Pasado ese plazo interpondré la correspondiente acción de amparo ante el fuero Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal.

Hay legitimación activa por parte de Liliana, en representación de Sandra (menor) (art. 101 del CCyCN ley 26994), junto a la representación del patrocinio del MPD en función del art. 1 y 42 inc. “a” de la ley 27.149.

Respecto de la legitimación pasiva, se procede contra la Obra Social y en subsidio el Ministerio de Salud (Estado Nacional), conforme lo entendiera la CIDH en “Ximenes López vs. Brasil”.

Fundare el planteo en que el amparo es la vía mas expedita y rápida (art. 43 CN) con el fin de restablecer el derecho a la salud de Sandra quien presenta un importante riesgo para su salud por su bajísimo peso, cuestión que afecta seriamente su cuerpo como su psiquis, afectándose como consecuencia de ello su derecho a obtener una mejor calidad de vida dentro de los alcances de su enfermedad a partir de denegar la cobertura en el centro especializado que realmente pueda brindarle la atención que necesita, de forma arbitraria y causando un agravamiento en su cuadro de forma innegable, tanto en el presente como en el futuro. Recuerdo que es pacifica la jurisprudencia en cuanto a que no es necesario el agotamiento de la vía administrativa en el ámbito del derecho a la salud y el derecho a la vida. Estos derechos fueron reconocidos reiteradamente por la CSJN como el primer derecho de la persona humana (fallos 302.1284, 310.112 y 316.479). También destaco la obligación impostergable que tiene el estado de garantizar la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que tienen que cumplir las jurisdicciones locales, las obras sociales o la medicina prepaga (fallos 321.1684 y 323.1339).

Recordemos el reciente pronunciamiento del Juzgado CCCAF de La Plata en el caso LSL c. Obra social de petroleros, en el que aplicando el derecho a la salud como el derecho a también vivir dignamente, hizo lugar al amparo solicitado para que se suministre un tratamiento médico a base de jarabe de CANNABIDOL a un menor que sufría síndrome de West.

El presente amparo resultaría admisible porque la CSJN explicito la imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y la salud (fallo 325.292)

En virtud de la urgencia de la que se trata una afectación a la salud como el caso de Sandra no resulta necesaria la vía administrativa en virtud de lo previsto en los art. XI y XVII de la

DUDH, 2, 4.1, 5.1, 26, 29 apartado Cde la CADH (San José de Costa Rica), 2.1, 2.2, 12.1 y 12.2 inc. d del PIDESyC, como así también las Directrices de MAASTRICH sobre violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Resalto que no hay otra vía mas idónea por la gravedad y urgencia que reviste el caso en cuestión, resaltando que Sandra pesa 36 kg. lo que afecta seriamente su cuerpo, tal como se dispusiera en los fallos de la CSJN 299.358 y 305.307.

Plantearía la reserva del caso federal para el caso que se desatienda el pedido en virtud de los derechos invocados con anterioridad.

Pediría una MEDIDA CAUTELAR de las previstas en el art. 230, inc. 1, 2 y 3 del CPCCN para que se le brinde la cobertura necesario para que deforma urgente Sandra pueda comenzar con el tratamiento interdisciplinario indicado ante el Juez de primera instancia en lo Civil y Comercial Federal con jurisdicción en el domicilio de la familia. (art. 4 de la ley 16.986)

El pedido de esta medida cautelar tiene verosimilitud en el derecho ya que esta debidamente probado el delicado estado de salud de la menor.

Para darle mayor celeridad solicitaría que, en virtud de la urgencia y el riesgo de la enfermedad, se prescinda del informe del art. 4 de la ley 26.845.

Solicitaría una contra cautela en función del art. 199 CPCCN presentando caución juratoria. A su vez el correspondiente beneficio de litigar sin gastos como eximente de contra cautela en virtud de los art. 200 CPCCN en función del 42 de la ley 27.149, y como prueba se oficie a los registros correspondientes y se cite a testigos para probar la insolvencia de la familia de Sandra.

También solicitaría se apliquen sanciones conminatorias (astreintes) en los términos del art 804 para en el caso de que se haga lugar al amparo se sancione a la obra social con la finalidad de que se cumpla fielmente con la decisión judicial.

Si no se hiciera lugar al amparo recurriría por la apelación del art. 15 de la ley 16.986 y plantearía la inconstitucionalidad de los efectos con los que se concede dicho recurso de apelación ya que importan una lesión del derecho constitucional de tutela efectiva.