

//la ciudad de Buenos Aires, a los 9 días del mes de septiembre del año dos mil once, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente, los doctores Augusto M. Diez Ojeda y Mariano González Palazzo como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora Nadia A. Pérez, a los efectos de resolver el recurso de casación de fs. 551/579 vta., de la presente causa Nro. 12.716 del registro de esta Sala, caratulada: **“CACCIAVILLANI, Emiliano Ernesto s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”**; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Río Gallegos, provincia de Santa Cruz, en la causa N° 07/09 de su registro interno, resolvió, en lo que aquí interesa, con fecha 19 de mayo de 2010, cuyos fundamentos fueron dados a conocer el 31 ese mismo mes y año: **“1) NO HACER LUGAR A LAS NULIDADES** planteadas por la defensa técnica del acusado (...). **2) CONDENAR a Emiliano Ernesto Cacciavillani, (...) a la pena de SIETE (7) años de prisión (...), multa de pesos cinco mil (\$5.000), accesorias legales (art.12) y costas (art. 530, C.P.P.), por resultar autor penalmente responsable de los delitos de “transporte de estupefacientes” (art. 5to. Inc. “c” de la ley 23.737) en concurso real (art. 55 C.P.) con “tenencia simple de estupefacientes” (art. 14, primer párrafo, Ley 23.737)”** (fs. 522 y 530/546 vta.).

II. Que contra esa resolución interpuso recurso de casación la doctora Ana Pompo, Defensora Pública Oficial del imputado, que fue concedido por el tribunal *a quo* (fs.581/581 vta.), mantenido a fs.597, sin adhesión del doctor Juan M. Romero Victorica (fs. 596 vta.).

III. La impugnante encauzó el recurso de casación por la vía de ambas hipótesis previstas por el art. 456 del C.P.P.N. y planteó los siguientes agravios:

a) Inconstitucionalidad parcial del art. 195 del C.P.P.N..

En primer lugar, postuló la inconstitucionalidad parcial del art. 195 del C.P.P.N., pues los hechos juzgados tramitaron sin el requerimiento fiscal de instrucción que dispone el art. 188 de la ley adjetiva, destacando que ello vulnera la regla de *ne procedat iudex ex officio*. Señaló que en el caso, “*el juez de instrucción cumplió la función requirente durante todo el sumario, dando noticia de lo actuado al fiscal que –en actitud expectante– observó la actividad investigativa desplegada por el órgano decisor*” (fs. 557 vta.).

b) Nulidad de la detención e inconstitucionalidad del art. 13, inc. b) la ley N° 688 de la Provincia de Santa Cruz.

En segundo término, planteó la nulidad de la detención por cuanto “*la actitud sospechosa que intentó darse como excusa no existió*” (fs. 562) y remarcó que, en definitiva, Araya y Águila que participaron de la detención, no esgrimieron las razones que motivaron tal proceder.

Por otro lado, afirmó que la detención fue nula pues fue dispuesta en función del art. 13, inc. b) la ley N° 688 de la Provincia de Santa Cruz, cuya inconstitucionalidad plantea.

Al respecto señaló que en el *sub iudice* “*no sólo no se indicó cuál era la necesidad que imponía conocer los antecedentes y medios de vida de Cacciavillani, sino que tampoco se dijeron cuáles eran las circunstancias que justificaban la intromisión en [su] vida*” (fs. 564/564 vta.). En suma, entendió que no se encontraban presentes las especiales circunstancias que, conforme la ley provincial, habilitan al personal policial a detener personas.

Por último, remarcó que la decisión puesta en crisis resulta arbitraria pues el “a quo” “*nada dijo en relación al planteo de inconstitucionalidad que realizó esta parte en relación a la contradicción*

*del art. 13, inc. b de la ley provincial 688 con el art. 18 de la Constitución Nacional”*(567 vta.).

c) Nulidad del secuestro del estupefaciente.

Al respecto, puntualizó que el secuestro de la sustancia prohibida debe ser fulminado con la sanción prevista por el art. 168, segundo párrafo, del C.P.P.N. por haberse dispuesto “*fuera de los parámetros legales previstos*”. Cuestionó la cadena de custodia pues “*no fue incorporada a la causa la constancia de recepción de Cacciavillani de la caja que fuera a buscar y, por ello, no puede saberse –con la certeza que requiere esta etapa del proceso- si efectivamente la caja retirada coincide con la que llegó al Juzgado*” (fs. 570).

d) Nulidad del allanamiento.

En este tramo del recurso, cuestionó el allanamiento practicado en el domicilio circunstancial del imputado por cuanto la orden de fs. 10 “*no contiene ni la más mínima fundamentación y menos aún abunda sobre las razones del ingreso nocturno en la morada, cuando las disposiciones e los arts. 224 y 225 del C.P.P.N. son claras al respecto*” (fs. 572).

e) Arbitrariedad de la sentencia recurrida.

En otro orden de ideas, sostuvo que la sentencia impugnada inobservó las exigencias contenidas en los arts. 123 y 404, inc. 2° del C.P.P.N.pues, en primer lugar, ninguna prueba se produjo en torno al elemento subjetivo del delito por el cual resultó condenado el nocente, generándose “*una duda razonable en cuanto a este aspecto, que conduce ineludiblemente a la absolución*” (fs. 575) y, en segundo término, entendió que el *quantum* punitivo impuesto es arbitrario por vulnerar el principio de proporcionalidad (fs. 575 vta./576).

f) Vulneración de la garantía de imparcialidad.

Por último, en los términos previstos por el art. 456, inc. 1 del

C.P.P.N., señaló que en el caso, el “a quo” no observó la garantía de imparcialidad por cuanto *“ya había tomado partido por una postura contraria a la de la defensa, a tal punto que lo llevó a afirmar que la defensa no había conmovido su convicción”* (fs. 574) y consecuentemente, con invocación del precedente “Mattei” de nuestro más Alto Tribunal, peticionó la absolución de su pupilo.

Hizo reserva de caso federal.

IV. Que en el término de oficina previsto por los arts. 465, primer párrafo, y 466 del C.P.P.N. el doctor Juan Carlos Sambuceti (h), Defensor Público Oficial ante esta Cámara, adhirió en lo sustancial a los agravios deducidos por su colega en la anterior instancia (fs. 606/612), por lo que propició la favorable acogida del recurso interpuesto, mientras que el doctor Raúl Omar Pleé, Fiscal General en esta instancia, lo hizo en sentido contrario (599/605).

V. Que superada dicha etapa, celebrada la audiencia prevista por el arts. 468 del C.P.P.N. de lo que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Realizado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo: doctores Augusto M. Diez Ojeda, Gustavo Hornos y Mariano González Palazzo.

**El señor juez Augusto M. Diez Ojeda** dijo:

I. Inicialmente, corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas (art. 457 del C.P.P.N.), la recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (art. 459 del C.P.P.N.), los planteos esgrimidos se encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del C.P.P.N., y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación exigidos por el art. 463 del citado código ritual.

II. A fin de comenzar con el estudio de los agravios introducidos por la impugnante, previo a analizar el planteo de inconstitucionalidad del art. 13, inc. b) de la ley 688 de la provincia de Santa Cruz, resulta necesario determinar si la detención del imputado, efectivamente obedeció a *“circunstancias que la justifiquen”*, conforme lo exigido por la norma citada.

A tales fines, de acuerdo con el acta de fs. 1, la presente causa se originó el día 5 de marzo de 2008 alrededor de las 15 horas, cuando personal policial, en el marco de tareas de control rutinarias, divisó que un taxi estacionaba frente a una empresa de encomiendas, del cual descendió el aquí imputado mientras quedaba a bordo una mujer y, tras un lapso de cinco minutos, retornó al automóvil portando una caja. Los funcionarios policiales destacaron que *“desde que el masculino desciende del rodado y hasta su salida del local comercial, tanto él como la persona de sexo femenino, denotaban signos de constante alerta hacia su entorno”*.

Acto seguido, los agentes procedieron a identificar a los pasajeros, brindando éstos sus nombres completos y números de D.N.I.. El imputado, por su parte, proporcionó un domicilio en la provincia de Córdoba mientras que la mujer refirió la intersección de dos calles de la ciudad de Río Gallegos, provincia de Santa Cruz, sitio en el cual se encontraba hospedando transitoriamente. Frente a este panorama, los agentes de seguridad, conforme surge del acta antes referida, concluyeron que *“dado que las mism[o]s no son oriund[o]s de esta ciudad y que no se encuentran identificadas por esta policía, asimismo, en razón a que la femenina no supo especificar su domicilio exacto y el masculino no brindó domicilio transitorio en esta capital y por demostrar titubeos en sus respuestas; solicitamos la presencia de dos móviles policiales para su traslado a la comisaría seccional primera, [a los] fines pertinentes.”*

Basta lo expuesto para advertir que en el caso no se dan las condiciones previstas en el art. 13, inc. b) de la ley provincial 688 que faculta a la policía a detener a toda persona “*de la cual sea necesario conocer sus antecedentes y medios de vida en circunstancia que lo justifiquen o cuando se niegue a identificarse*” (lo destacado me pertenece).

Las expresiones “*necesidad*” y “*circunstancias que lo justifiquen*” deben ser interpretadas a la luz de la C.N. y la doctrina del más Alto Tribunal en *in re* “PERALTA CANO, Mauricio Esteban s/infr. Ley 23.737 - Causa Nro. 50.176” (P. 1666.XLI., rta. el 03/05/07, con cita del precedente “DARAY” -Fallos: 317:1985), se exigen 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*”.

En esta misma línea se enrola el C.P.P.N. pues el art. 284 del C.P.P.N. faculta al personal policial a detener sin orden judicial respecto de quien: “*intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo*” (inc. 1°); “*fugare, estando legalmente detenido*” (inc. 2°); “*hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al sólo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención*” (inc. 3°); y “*sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad*” (inc. 4°). En cuanto a la situación de *flagrancia*, ésta aparece definida por el art. 285 del código antes citado, que

circunscribe el alcance del término a los supuestos en que el autor del hecho *“es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después; o mientras es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito”*.

III. Conforme lo adelantado *supra*, encuentro que no se ha dado, en el caso, la situación de flagrancia (art. 285 del C.P.P.N.) o demás circunstancias que habilitan al personal policial a detener a una persona, aun sin orden judicial, que exigen tanto el art. 13, inc. b) de la ley provincial 688, como el art. 284 del C.P.P.N. y tal déficit torna nula la detención, traslado, requisita y posterior hallazgo del estupefaciente, por ser estos actos consecutivos, inmediatos y dependientes de la detención aquí fulminada con la nulidad (arts. 167, inc. 2, 168, segundo párrafo y 172 del C.P.P.N.).

En ese orden de ideas, el juez Bossert, con cita de la Corte Norteamericana, ha sostenido que: *“...el esquema de la Cuarta Enmienda sólo adquiere significado cuando se está seguro que la conducta de la policía...puede estar sujeta al escrutinio aislado y neutro de un juez quien debe evaluar la racionalidad de la búsqueda o detención particular a la luz de las circunstancias particulares; al hacer esa evaluación es indispensable que los hechos sean juzgados frente a una pauta objetiva: ante los hechos que disponía el funcionario al momento de la detención o búsqueda...Una exigencia menor invadiría derechos constitucionalmente, y se basaría en corazonadas no particularizadas (392, U.S., 1-1967-)”*.

Agregando más abajo que el *“concepto de “totalidad de las circunstancias” allí elaborado no implica que la ley permita al policía elaborar un esquema mental basado en subjetividades que den lugar a un posterior proceso mental de “sospecha” que conduzca a una detención, que luego derive en la obtención de la prueba. Lo que ese concepto quiere decir*

*es que la representación mental que hace el agente de la ley debe tener una base particularizada y objetiva para sospechar la existencia de actividad criminal respecto de una persona en particular (‘a particularized and objective basis for suspecting the particular person stopped for criminal activity’)*” (Fallos 321:2947, parágrafos XIV y XV).

Es que no se trata de impedir al personal policial que se deje guiar por su experiencia y habilidad profesional, ni tampoco denegar que deba guiarse por sus principios y subjetivas conclusiones.

Por el contrario, es necesario y deseable la actitud de vigilancia y prevención de los delitos, que deben mantener permanentemente los funcionarios policiales, en el cumplimiento de sus obligaciones legales.

De lo que se trata es de la obligación que tienen, como todo funcionario en una república, de dar razón de sus actos, permitiendo su control por el juez y, al propio tiempo, el derecho a la contradicción por parte del imputado, como elemento esencial de su defensa material y técnica. Carga que sólo se cumple si se describen pormenorizadamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar, de la conducta del sospechado. De conformidad con los parámetros hasta aquí esbozados, las circunstancias detalladas en el acta de fs. 1, reseñadas en el punto II de este voto, en particular el “*estado de alerta hacia el entorno*” destacado a fs. 1 ni mirar “*a todos lados*” (cfr. fs. 515), resultan insuficientes para justificar la aprehensión de Cacciavillani y todo lo actuado con posterioridad.

En efecto, considerando “la totalidad de las circunstancias” (*the whole picture*), no es posible fundar una sospecha razonable que habilite al funcionario policial a detener al imputado sin una orden judicial a partir del hecho de que éste “*no sea oriundo de esta ciudad y que no se encuentre identificado por [esa] policía*” (fs. 1) máxime cuando, tal como quedó acreditado en autos, a los efectos identificatorios, el nocente incluso tenía en

su poder su D.N.I. (cfr. fs. 49 y 57) y brindó a la autoridad un domicilio en su ciudad natal.

Por último, es preciso destacar que, tal como expresamente lo sostuvo el juez Fayt, al emitir su voto en el ya citado precedente de Fallos: 321:2947, *“la inexistencia de fundamentos para proceder en el modo cuestionado no puede legitimarse por el resultado obtenido -el hallazgo de los estupefacientes antes referidos- pues, obviamente, las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo y no posteriormente”* (parágrafo 10).

En suma, por las condiciones apuntadas en el caso, es forzoso concluir que la detención cuestionada por la recurrente, ha sido llevada a cabo en contraposición con la garantía prevista por el art. 18 de la Constitución Nacional según la cual nadie puede ser *“arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”*.

IV. En atención a las consideraciones formuladas en los precedentes acápites, y en virtud de la doctrina de la Corte en materia de exclusión de la prueba, resulta imperioso concluir en que ni la detención, ni la requisita, ni los elementos secuestrados como consecuencia, debieron haber dado origen a la instrucción de la causa (cfr. Fallos: 308:733; 310:1847 y 2384, entre otros). Pues, encontrándose viciada de nulidad la detención misma, de conformidad con lo previsto por el art. 167, inc. 2º, y 168 del C.P.P.N., tal déficit se extiende a todos los actos consecutivos que de él dependen (cfr. art. 172, *ibídem*).

V. Por lo hasta aquí manifestado, habré de propiciar al acuerdo HACER LUGAR al recurso de casación, sin costas y, en consecuencia, DECLARAR la nulidad de la detención con la que se dio inicio a las presentes actuaciones y la de todo lo actuado en consecuencia (C.P.P.N., arts. 167, inc. 2º, 168 y 172) y, por ello, ABSOLVER a Emiliano Ernesto

CACCIAVILLANI, en orden al hecho objeto del presente proceso (C.P.P.N., arts. 470, 530 y 531).

Así voto.

**El señor juez Mariano González Palazzo** dijo:

Adhiero a la solución del voto que antecede, por compartir sustancialmente las consideraciones allí expuestas.

**El señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

Sellada la surte del recurso de casación interpuesto, conforme los votos de mis colegas que anteceden, he de dejar a salvo mi opinión en cuanto a la validez del procedimiento policial efectuado.

Es que, tal como señaló el *a quo* al contestar idéntico planteo efectuado por la defensa durante el debate, los preventores actuaron al amparo de lo previsto por el art. 13, inc. “b”, de la ley provincial Nro. 688, Órgánica de la Policía de Santa Cruz, que establece que habilita a la policía a “*Detener a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes y medios de vida en circunstancias que lo justifiquen o cuando se nieguen a identificarse*”, por el plazo mínimo indispensable, no mayor a veinticuatro horas. Las circunstancias en las que el personal policial justificó dicho accionar policial, en los términos de la norma citada, está dado en el caso, por sus manifestaciones, también volcadas en el acta de fs. 1, en cuanto al estado de alerta permanente de los imputados, sus titubeos al momento de responder en qué domicilio se hospedaban en la ciudad donde ocurrió el hecho.

Luego de que la actitud del can especialmente entrenado para la detección de estupefacientes indicara la existencia de ellos en la caja que llevaba el imputado, se informó al juez federal esa circunstancia, éste ordenó el secuestro de la encomienda y procedió a la apertura de la misma (cfr. fs. 3/5).

No se trató de una requisa o inspección incidental a una aprehensión o detención ya decidida de antemano por la policía -lo que requeriría examinar en primer lugar si se daba el supuesto de hecho de una norma que permite la aprehensión o detención-, sino que se trata de una detención incidental al resultado de la inspección de las cosas que el imputado llevaba consigo, lo que impone en primer lugar el examen de los requisitos exigidos por las disposiciones que conceden autoridad a la policía para realizar una requisa o inspección sin orden judicial: el art. 230 bis C.P.P.N., que requiere la presencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente la justifiquen.

Las particulares circunstancias fácticas del caso de autos antes reseñadas, me llevan a concluir que la actuación de los funcionarios se ajustó razonablemente al supuesto de hecho de esa disposición legal.

Resulta pertinente señalar -como lo sostuve en oportunidad de votar en la causa nro. 346 “ROMERO, Ernesto H. s/recurso de casación”, Reg. Nro. 614, rta. el 26/6/96 de esta Sala-, que *“la función prevencional constituye un deber insoslayable y fundamental del cuerpo policial administrativo, en cumplimiento de la función que le es propia de evitar la comisión de hechos delictivos, mantener el orden público y resguardar los bienes y derechos de los particulares”*.

Dicha actividad es esencial para las fuerzas policiales y cuerpos de seguridad y forma parte de las funciones que establece el artículo 183 del ordenamiento procesal, que les impone el deber de *“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”*, lo que aparece completado con lo estatuido en el artículo 184 del mismo cuerpo legal. La función policial no es sólo represiva sino también preventiva,

facultad esta última, que no puede desconocerse.

Por lo expuesto, entiendo que el procedimiento policial efectuado no se presenta inválido.

Si bien ello conduciría a examinar el resto de los agravios expuestos en la presentación casatoria, en virtud de encontrarse ya decidida por mayoría la suerte de la misma, resulta inoficioso que emprenda aquella tarea (cfr. en sentido análogo el voto de la señora Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Carmen Argibay, en la causa A.2268 XXXVIII, “Astiz, Alfredo y otros s/delito de acción pública”, resuelta el 28/2/2006 y publicado en Fallos 329:297-).

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal por mayoría resuelve:

**HACER LUGAR** al recurso de casación, sin costas y, en consecuencia, **DECLARAR** la nulidad de la detención con la que se dio inicio a las presentes actuaciones y la de todo lo actuado en consecuencia (C.P.P.N., arts. 167, inc. 2º, 168 y 172) y, por ello, **ABSOLVER** a Emiliano Ernesto CACCIAVILLANI, en orden al hecho objeto del presente proceso (C.P.P.N., arts. 470, 530 y 531).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO

AUGUSTO M. DIEZ OJEDA

Ante mí:

NADIA A. PÉREZ

Secretaria de Cámara