

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaría de Cámara

REGISTRO NRO. 14.840 .4

//la ciudad de Buenos Aires, a los días 3 del mes de mayo 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 y los doctores Augusto M. Diez Ojeda y Mariano González Palazzo como Vocales, asistidos por el Secretaria de Cámara, doctora Nadia A. Pérez, a los efectos de resolver el recurso de casación de fs.350/363 vta. de la presente causa Nro. 10380 del registro de esta Sala, caratulada: **“CASTELAU, Pablo Andrés s/recurso de casación”**; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral Nro. 1 de Rosario, en la causa 87/08 de su Registro, mediante sentencia de fecha 17 de marzo de 2009, luego de rechazar por mayoría la nulidad planteada, condenó -en cuanto aquí interesa- a Pablo Andrés CASTELAU a la pena de cinco años de prisión , multa de quinientos pesos e inhabilitación absoluta, aplicándole la previsión del artículo 29 de la ley 23737, reduciendo en definitiva la condena a la pena de cuatro años de prisión y multa de cuatrocientos pesos (\$400) e inhabilitación absoluta por igual tiempo de la condena , por resultar autor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes. (arts. 5º, inc. “c”, de la ley 23.737) - fs. 336/345.

II. Que, contra esa decisión, interpuso recurso de casación la defensa particular, doctor Fausto Yrure (fs. 350/363 vta.); el cual fue concedido a fs. 364 vta., fue mantenido en esta instancia a fs.366/378 y 391/403, sin adhesión Fiscal.

III. Que el señor defensor invocó ambos supuestos previstos en

los inciso 1º y 2º del art. 456 del C.P.P.N..

a) En primer lugar, plantea la violación al dispuesto en el inciso segundo del artículo 456 del Código de forma, toda vez que el motivo de agravio esta dado por la no declaración de nulidad absoluta de todo lo actuado solicitado por la defensa, y por ende la convalidación del procedimiento policial y todo lo que del mismo se ha derivado, entendiéndose que el personal policial obró con regularidad y de acuerdo con lo establecido por el art. 230 bis y 284 del CPPN.

En ese sentido, señala que el agravio se centra en la completa ausencia del tratamiento en el voto que lidera la sentencia -doctor Otmar Paulucci- de la verdadera razón en la que la defensa hizo girar el planteo de nulidad.

Así, sostiene que el personal policial no actuó de “casualidad”, en un procedimiento que surgió inesperadamente durante un patrullaje de prevención. Por el contrario, la policía estaba esperando al imputado, pues sabían a donde se dirigía y lo que llevaba consigo. De ese modo, falsearon el acta de procedimiento e inventaron motivos que justificaran su actuación.

Agrega, que la pericia practicada en el celular de Pablo Castelau surge que el día 10/05/08 a las 00.06 hs existe una comunicación radial (nextel) con el nº 606-5967 siendo el titular de la línea Juan Ángel Delmastro, quien es el policía que casi 24 horas después, detiene de modo “casual” - según consta en el Acta de Procedimiento- a Castelau en un supuesto procedimiento callejero de rutina.

De ese modo, señaló la defensa que la supuesta entrega de estupefacientes jamás se iba a efectuar y que el transporte realizado, estaba permanentemente “bajo custodia” policial , la que monitoreaba el viaje desde Buenos Aires y se encontraba esperando al imputado en el domicilio al que sabían éste debía ir, la calle Mitre 4500 de Rosario.

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaría de Cámara

Por ello, sostiene que la detención y requisa de Castelau fue nula, por no existir razones para actuar de esa manera e incumplir con lo establecido por los arts. 230 bis y 284 C.P.P.N. y agregó que la nulidad planteada iba más allá, toda vez que la policía sabía todo y estaba esperando en la calle Mitre al 4500 a Castelau para detenerlo.

El encartado explicó que el viaje en cuestión fue planeado por Fabián Felice, quien le proveía estupefacientes a su ex pareja y a él con quien quedó una deuda por la cual amenazaba a él y a su familia, y para saldar la deuda debió aceptar realizar el viaje. La noche del 9/10 de mayo de 2008 concurrió al domicilio de Felice y éste le pidió el celular para comunicarse con la persona que lo esperaba en Rosario, para confirmar el horario del viaje a la noche siguiente. La persona a la que le estaba confirmando el viaje era al policía Juan Delmastro -el imputado lo desconocía- quien la noche siguiente lo detiene.

De ahí, que la defensa solicita la nulidad absoluta del procedimiento policial y de todos los actos que fueron su consecuencia, excluyendo la totalidad de la prueba debido a su obtención ilegal, violentando las garantías constitucionales del debido proceso legal y derecho de defensa en juicio.

Hay que agregar que el personal policial conocía perfectamente lo que iba a suceder, en cierto modo lo había preparado en conjunto actuando como agente provocador, o cuanto menos agente encubierto, pero lógicamente fuera de toda autorización y control judicial, por ello completamente ilegal.

b) Por otro lado, plantea subsidiariamente como agravio que de

no hacerse lugar a la nulidad absoluta, corresponde aplicar la disposición del art. 44 C.P.N. “Delito imposible”, y en ese caso eximir de pena a Castelau.

Tal petición tiene fundamento en el conocimiento previo de la policía, y en el hecho de haber estado aguardando a el encartado en el lugar indicado al solo efecto de proceder a su detención, en consecuencia hace que el delito haya sido imposible. Es decir, la consumación era de imposible realización toda vez que hubo una neutralización previa del peligro por el personal policial al haber tomado conocimiento con anterioridad y estar controlando la situación.

Tales circunstancias lleva a una reducción de pena o la eximición de ella conforme -reza el art. 44 in fine del C.P.N.- a la peligrosidad demostrada por el autor.

c) Finalmente, expresa como motivo de agravio que la aplicación de las normas del arrepentido ha sido erróneamente aplicado, toda vez que faltó fundamentación sobre el porqué de tan mínima reducción de la pena, cuando quedó demostrado la colaboración del imputado al dar datos ciertos y útiles de sujetos vinculados al delito y que su menor utilidad fue debido a la inacción estatal en proseguir la investigación. De esa manera, se ha visto privado de una reducción de pena más acorde con su colaboración.

En ese orden de ideas, destaca que la mínima reducción de la pena pareciera tener como propósito simplemente que el condenado permanezca privado de su libertad, no permitiéndole gozar plenamente del derecho que le otorga el art. 29 ter de la Ley 23.737, que permite reducir el mínimo de la pena a la mitad, en este caso el mínimo de la pena del delito que se le atribuye a Castelau es de 4 años de prisión, por ello la mitad de la

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaría de Cámara

pena es de 2 años de prisión y el citado artículo permite tal reducción.

Por ello, pretende la defensa una reducción de pena tal que permita a Castelau recuperar su libertad mediante la libertad condicional, es decir 3 años o menos de prisión, pudiendo reducirse hasta 2 años.

d) En definitiva, solicita se case la sentencia y se dicte la nulidad absoluta de la totalidad de las actuaciones, a partir del procedimiento policial mismo en adelante, y en consecuencia se absuelva a Castelau por el delito por el cual fuera condenado. Subsidiariamente, se aplique la normas referidas al delito imposible -art. 44 C.P.N.- eximiendolo de pena, atento la inexistencia completa de peligrosidad demostrada por el imputado, o bien que se aplique una reducción de pena tal que le permita recuperar su libertad.

Hizo reserva del caso federal.

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

El señor juez Mariano González Palazzo dijo:

I. Toda vez que el recurso impetrado, a la luz de lo previsto por los arts. 438, 456, 457, 459 y 463 del C.P.P.N., es formalmente admisible, he de adentrarme a dar respuesta a las críticas introducidas por el señor defensor particular en el escrito casatorio.

II. Con mira a otorgarle mayor claridad a mi exposición es que iré respondiendo a los agravios introducidos de forma tal que me de pié

para el tratamiento del que sigue de acuerdo a como se fueron desarrollando durante el proceso. Ello me remite, en un primer momento, a verificar si se debe decretar la nulidad absoluta del procedimiento policial y de lo obrado en consecuencia por configurar violación al debido proceso y defensa en juicio desde el comienzo del procedimiento.

III. Para determinar si existe la nulidad absoluta alegada por la defensa, corresponde realizar una breve reseña de modo, tiempo y lugar que rodearon al suceso que motivó el origen de las presentes actuaciones.

El acta de fs. 6/11 da cuenta que el día 10 de mayo de 2008 a las 23.00 hs., con motivo de que el personal de la Brigada Operativa Departamental II - Oficial Alejandro Drueta y Sargento primero Ángel Delmastro-, dependiente de la Dirección General de Prevención y Control de Adicciones de la Provincia de Santa Fe se encontraba patrullando la zona asignada, al circular por la calle Mitre a la altura del 4500 “...divisamos, un vehículo marca FIAT SIENA de color Gris, dominio DGX 948 con vidrios oscuros, el cual en la patente tiene un recuadro que dice que el rodado es de CAPITAL FEDERAL, rodado el cual detiene su marcha a mitad de cuadra, y desciende de su parte trasera un masculino fornido, joven y alto, con una mochila en su espalda, el cual mira hacia todos lados, y busca rápidamente la oscuridad de la sombra de un árbol, lugar desde donde comienza a hablar por un teléfono o nextel que tiene en su mano, actitud que nos llama la atención, por lo que decidimos identificarlo, por tal descendemos junto a mi compañero, quien se dirige hacia el rodado que quedo ocupado con el conductor, y el suscripto hacia la oscuridad donde el masculino todavía no se había percatado de nuestra presencia; al acercarme me identifiqué con credencial policial en mano, y le doy la voz de alto; el masculino queda totalmente sorprendido, y sin decir palabra

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaría de Cámara

alguna, comienza a irse hacia atrás, con toda la intención de salir a la carrera... comienza un forcejeo, él para escapar y el suscripto para retenerlo... sacándose la mochila y arrojándola casi a mitad de la calle... ”. Luego de mantener un forcejeo con el oficial Drueta fue reducido e introducido en el remis Fiat Siena, alejándose todos del lugar ya que comenzó a juntarse gente, y algunas de esas personas lo conocían a Castelau ya que éste les manifestó a viva voz que hicieran desaparecer el bolso porque venía “cargado”.

El marco normativo que corresponde aplicar a la materia en tratamiento, se encuentra definido por la reforma introducida por la ley 25.434, que incorpora el artículo 230 bis al ordenamiento ritual. A través de éste, se autoriza a los funcionarios de la policía y fuerzas de seguridad a requisar sin orden judicial a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo, con la finalidad de hallar la existencia de cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito, siempre que las mismas sean realizadas con la concurrencia de las circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas.

En ese sentido, se ha sostenido que cuando el agente de prevención se encuentre ante el supuesto señalado, es necesario que pueda describir y fundamentar cuáles fueron las conductas o actos que le generaron sospechas de encontrarse ante un cuadro predelictual, ello en tanto la autoridad habilitada para requerir la requisa o detención, es el juez y solo en casos de urgencia y excepcionales se permite delegar la decisión (conf. C.N.C.P., Sala II, reg 9288.2, “Dos Santos, Julio G.”, rta.

17/11/2006).-

Así, entiendo, que el procedimiento no fue realizado dentro del ámbito de atribuciones delegadas a las fuerzas de seguridad y del marco legal previsto, toda vez que no se advierte que haya mediado alguna circunstancia objetiva que hubiere habilitado al preventor a detener la marcha del imputado y a su posterior requisita.-

Es que si la única razón concreta por la que se procedió a efectuar tales medidas obedeció a que el encausado “descendió de un vehículo de la parte trasera, un masculino fornido, joven y alto, con una mochila en la espalda, quien miro hacia todos lados buscando la oscuridad de la sombra de un árbol, desde donde comenzó a hablar por un teléfono o nextel, actitud que llamó la atención al personal policial, por lo que ambos oficiales decidieron identificarlo”, dichas circunstancias, en solitario, no pueden ser consideradas, válidamente, como una premisa de que Castelau se hallaba relacionado con la comisión un hecho ilícito.

Es que tal como lo he afirmado al expedirme en esta Sala, en el marco de la causa nro. 7217, “Leguizamón, Marcelo s/ recurso de casación”, reg. 10.759, basta que el estado de sospecha no sea meramente subjetivo sino que obedezca a circunstancias objetivas. Esta facultad policial no puede invocarse cuando la conducta del imputado no ha exhibido indicios vehementes de culpabilidad o si no hubiera mediado peligro inminente de fuga o serio entorpecimiento de una investigación; debe considerarse si las circunstancias, debidamente fundadas, hacen presumir que alguien hubiese o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravención, pues ésta es la hipótesis que autoriza la detención sin orden (conf. Francisco D’Albora, “*Código Procesal Penal de la Nación*”, Lexis Nexis, Bs. As., 2003, p. 588).-

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaría de Cámara

Por ello, resultaría arbitrario si se atribuye el origen de su procedimiento a una mera percepción que, si bien puede hallar base en el profesionalismo del preventor, conllevaría a una forzada justificación del manido “olfato policial” cuando de sus declaraciones nada justifica su indebida intromisión. No puede sostenerse que la sola mención de “actitud sospechosa”, “nerviosismo” o “evasivas” con la que generalmente la policía justifica su intervención, podría haber autorizado el procedimiento sin dar lugar a ulteriores impugnaciones.

En el caso, la determinación del preventor no encuentra siquiera fundamento en la denominada “causa probable” para sospechar la existencia de una presunta actividad ilícita por parte del encausado. Así lo he sostenido en reiteradas oportunidades en la Cámara Nacional de Apelaciones en ocasión de haberla integrado como juez (ver C.C.C., Sala IV c/nº 27.100 “Davico, Gustavo Ariel”, rta. 6/10/05; c/nº 27.724 “López, Marcelo Alejandro”, rta. 27/09/05; c/nº 26.528 “Ramallo, Andrea C.”, rta. 21/06/05; c/nº 26.923 “Toledo, Sergio y otros”, rta. 31/08/05 y c/nº 22.164 “Lettiere, Raúl O.”, rta. 4/09/03 entre otras).-

Sentado ello, y para concluir, debe entenderse que con el criterio expuesto no se pretende acotar la posibilidad policial de ejercer las facultades de prevención que les son inherentes, mas ello cede cuando se vulnera decididamente alguna garantía constitucional, caso que sí ocurre en las presentes actuaciones, lesionando así, lo consagrado por el artículo 18 de la C.N.-

IV. Si bien lo anteriormente analizado es suficiente como para decretar la nulidad del acta de fs. 6/11 y de todo lo actuado en consecuencia, no puedo dejar de advertir cierta presunción de irregularidad en el accionar

policial, toda vez que resulta ser muy sospechosa la llamada telefónica realizada desde el celular del encartado a una línea telefónica correspondiente a uno de los oficiales pertenecientes a la Brigada Operativa Departamental II de Rosario, Sargento Primero Delmastro.

En ese sentido, hay que destacar que según consta del informe realizado por Nextel, obrante a fs. 145, se verifica una conversación telefónica realizada entre el teléfono correspondiente a Juan Angel Demastro -policía que participó posteriormente en el procedimiento- y el nextel del imputado, 24 horas antes de su detención.

Por ello, considero que corresponde extraer testimonios para que se desinsacule la judicatura correspondiente, por la posible comisión de un delito de acción pública por parte del personal policial que actuó en el mencionado procedimiento.

V. Lo que he apuntado *ut supra*, entonces, me releva de abordar los demás agravios que plantea el recurrente.

VI. Por lo hasta aquí manifestado, habré de propiciar al acuerdo hacer lugar al recurso de casación deducido a fs. 350/363 vta. por la defensa de Pablo Andrés Castelau, sin costas, casar la sentencia recurrida y consecuentemente, absolver al nombrado en orden al hecho que se le imputó en la presente causa y disponer su inmediata libertad respecto de esta causa, previa constatación de falta de impedimento legal al respecto (C.P.P.N., arts. 470, 530 y 531).

Así voto.-

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

I. Que habré de adherir al distinguido colega que me antecede en el orden de votación.

En efecto, además de coincidir con el voto preopinante en lo

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaría de Cámara

relativo a que en el acta obrante a fs. 6/11 no se han consignado suficientes motivos que justifiquen un accionar policial a tenor del art. 230 bis del C.P.P.N., lo cierto es que el informe obrante a fs. 145 -que da cuenta de una comunicación telefónica entre la línea del imputado y el Sargento DELMASTRO, apenas 24 hs. antes de la cuestionada detención y requisa- resulta un elemento probatorio que se manifiesta concordante con lo declarado por el propio CASTELAU, en el sentido que los policías que lo interceptaron se encontraban esperándolo, por cuanto se dirigieron directamente a él.

De tal modo, entiendo que se acentúa aún más la incertidumbre respecto de la existencia del verdadero estado de sospecha invocado por el personal policial, circunstancia que debe ser resuelta en favor del imputado, tal como expresamente lo consagran los arts. 8.2 de la C.A.D.H. y 14.2 del P.I.D.C.yP., así como el art. 3 del C.P.P.N.

Por último, si bien coincido en la necesidad de investigar el accionar del Sargento DELMASTRO y el Oficial Auxiliar DRUETTA que dio origen a las presentes actuaciones, estimo innecesario la extracción de testimonios para que se desinsacule la judicatura que habrá de intervenir, atento la constancia que luce a fs. 347.

Así voto.-

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

Sellada la suerte del recurso en estudio, dejaré a salvo mi opinión en cuanto a la validez del procedimiento policial efectuado.

En tal sentido cabe señalar -como lo sostuviera en oportunidad de votar en la causa N° 346 “Romero, Ernesto H. s/recurso de casación”,

reg. 614, rta. el 26/6/96, entre muchas otras- 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.

Así según surge de las constancias de autos, con motivo de encontrarse patrullando la zona sur en horas de la noche a la altura de la calle Mitre observan un Fiat Siena, que detiene la marcha y baja el imputado y comienza a hablar por teléfono escondido detrás de un árbol, actitud que al personal policial le pareció sospechosa por lo que se acercó identificándose como policía. En ese momento el imputado intentó darse a la fuga, arrojando una mochila a la vez que gritaba a unas personas que se acercaban que “se lleven la mochila que estaba cargada”. Así las cosas, luego del intento de evasión y el descarte de la mochila con la droga, los preventores procedieron a requisar al imputado ante la presencia de testigos conforme las previsiones del art. 230 bis del C.P.P.N.

De lo dicho hasta aquí entiendo que el intento de evasión al acercarse el personal policial e identificarse como tal, la circunstancia de arrojar la mochila manifestando que “la hagan desaparecer, que estaba cargada”, constituyen circunstancias previas o conmitantes que exige el del

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaría de Cámara

art. 230 bis del código de rito para proceder a la requisa.

Por otra parte la supuesta comunicación telefónica entre el imputado y el Sargento Delmastro no se presenta aún como determinante para decretar la nulidad del procedimiento. La extracción de testimonios y la respectiva denuncia penal que ha resuelto el tribunal a quo se presenta como el medio adecuado para determinar el significado de la presunta llamada del imputado al Sargento Delmastro, así como el alcance que ella pudiera tener en relación a estas actuaciones. Repárese en que con relación a la extracción de testimonios dispuesta en la sentencia de fecha 17 de marzo de 2009, se iniciaron las causas Nro. 275/09 y 276/09 en trámite ante el Juzgado Federal de Instrucción Nro 4 de Rosario, seguidas contra Juan Ángel Delmastro por los delitos de incumplimiento de los deberes de funcionario público y de falso testimonio, respectivamente, encontrándose ambas causas con instrucción delegada (art. 196 del C.P.P.N.), en la Fiscalía Nro. 1 de esa ciudad desde el 10/08/09 (cfr. constancia de fs. 409).

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

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 350/363 vta. por el señor defensor particular, doctor Fausta Yrure, asistiendo a Pablo Andrés CASTELAU, sin costas y consecuentemente **CASAR** la resolución de fs. 336/345, y consecuentemente, **ABSOLVER** al nombrado en orden al hecho que se le imputó en la presente causa, y **DISPONER** su **INMEDIATA LIBERTAD** respecto de estos actuados,

previa constatación de falta de impedimento legal al respecto (C.P.P.N., arts. 470, 530 y 531).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa al Tribunal Oral Nro. 1 de Rosario, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

AUGUSTO M. DIEZ OJEDA

MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO

Ante mí:

NADIA A. PÉREZ
Secretario de Cámara