

REGISTRO N°18573

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 7 días del mes de junio del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el juez doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los jueces doctores Luis M. García y W. Gustavo Mitchell como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado de C.S.J.N., doctor Gustavo J. Alterini, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fs. 319/326 de la causa N° 12.525, del registro de esta Sala: “ESCUBILLA, Carlos Antonio s/ recurso de casación”. Interviene en representación del Ministerio Público Fiscal el señor Fiscal General doctor Pedro Narvaiz y, el señor Defensor Público Oficial, doctor Juan Carlos Sambucetti (h) en representación de Carlos Antonio Escubilla.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Luis M. García y en segundo y tercer lugar los jueces doctores Guillermo J. Yacobucci y W. Gustavo Mitchell, respectivamente.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 de San Martín condenó a Carlos Antonio Escubilla como autor del delito de tráfico de estupefacientes, en su modalidad de tenencia con fines de comercialización (art. 5, inc. c, de la ley 23.737) a la pena de cuatro años de prisión, multa de dos mil pesos, accesorias legales y costas (sentencia de fs. 315, cuyos fundamentos se agregan a fs. 319/326).

Contra esa decisión la el Defensor Público Oficial interpuso recurso de casación (344/351 vta.), que fue concedido (fs. 361/362) y mantenido en esta instancia (fs. 377).

2º) La defensa invoca ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N., para sustentar sus agravios.

a) Promueve, en primer término, la nulidad del acta de procedimiento de fs. 1/3 *“por considerar que los funcionarios policiales excedieron sus facultades para proceder y no se encontraban habilitados para efectuar la requisita del automóvil Ford Escort (dominio CDA-262) y posterior secuestro de material estupefaciente encontrado dentro de la caja, incautado en el baúl del rodado mencionado”* (fs. 345/vta.), en definitiva persigue que *“se declare la nulidad del secuestro de estupefaciente hallado en el interior de la segunda y de la detención de [su] asistido Carlos Antonio Escubilla”* (SIC).

Con invocación de los arts. 184 y 230 bis C.P.P.N. sostuvo que *“las pautas objetivas [que requieren estas disposiciones] se encontraron ausentes en el momento del procedimiento llevado a cabo por los funcionarios policiales”* (fs. 345 vta.).

A ese respecto, puso en cuestión que lo declarado por el testigo Novoa en cuanto evocó que el personal policial habría expresado *“se va, se va”* (fs. 82/83) pudiera interpretarse en referencia a un intento fuga del imputado. Sobre el punto alegó que su asistido se disponía simplemente a buscar la documentación que le había sido solicitada por los efectivos policiales en el marco de la inspección. En conexión con ello alega defecto de identificación de los motivos que habrían fundado la sospecha que habría habilitado a los funcionarios policiales a proceder a la requisita, y destaca que éstos tampoco se especificaron en el debate.

La defensa discute, en otro orden que *“la detención se produjo en otros aspectos y no precisamente por la comisión de una falta”* (fs. 346), y discute el tribunal hubiese declarado aplicable al caso la ley de la provincia de Buenos Aires n° 13.081, que alega no rige el caso.

Con relación al material estupefaciente secuestrado, la defensa pone de resalto los dichos del testigo hábil convocado al efecto quien *“declaró en pública audiencia que la caja ya se encontraba abierta cuando concurrió al lugar de los hechos”* (fs. 346). Además, señala que el procedimiento no era observable del exterior y que el oficial Mattana había declarado que las cajas estaban cerradas *“pero que previamente no se sintió olor típico relacionado marihuana”* (fs. 346).

En definitiva solicitó que se declare la nulidad de todo lo actuado desde el inicio del procedimiento, con cita de los arts. 166, 168 y 172 C.P.P.N.

b) En segundo término, la defensa critica la sentencia venida a estudio por haber incurrido en defectos de fundamentación en cuanto a la determinación de los hechos (arts. 123, 399 y 404, inc. 2º, todos del código de forma).

En particular, los jueces no habrían indicado qué actos de comercio se llevaron a cabo para atribuir la figura contenida en el art. 5, inc. c, de la ley 23.737. Señala que durante la audiencia de debate se habría corroborado que el dueño de las cajas era un tercero llamado “Fabio” o “Fabián Cobián”, apodado “el gordo” que según el Fiscal General *“esta persona existe y [...] concurrió el día del procedimiento por la mañana al taller de Escubilla para dejarle las cajas”* (fs. 347). Destaca la explicación dada por su asistido con relación a las cajas y a la circunstancia de que su dueño las había dejado esa mañana porque había que lavar el automóvil antes de dejarlo en el taller. Además, agrega que de la declaración del testigo Correa, empleado del taller de chapa y pintura, se concluye que los autos deben ser lavados antes de ser reparados pues el taller se dedica exclusivamente a chapa y pintura.

Invoca la existencia de jurisprudencia de esta Cámara, según la cual se exige que *“la enunciación del hecho requiere que se exprese aunque sea en forma breve y sencilla, la individualidad de cada hecho, lo que sólo puede lograrse refiriendo cada acción a su víctima y determinando, en lo posible su tiempo y oportunidad [...]”*. Manifiesta que *“por otra parte, tampoco se advierte que se especifique de dónde se derivaría la certeza necesaria en el juicio para*

asumir tales relatos como ciertos, más allá de las presunciones que puedan hacerse y que, como presunciones ni siquiera son consignadas” (fs. 348 vta.).

Sostiene en otro orden que su asistido *“ignoraba el contenido de las cajas, ignorancia que fue demostrada en virtud de que, Fabio Fabián Cobián se lo había dejado a la mañana y además, coincidiendo con lo declarado en pública audiencia por los empleados de Escudilla, no se puede aseverar que [su] asistido conocía el contenido de aquellas cajas” (fs. 349).*

Requiere, en definitiva, la absolución del acusado.

c) En subsidio la defensa disputa la calificación atribuida como tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. En concreto, alega un yerro en la aplicación de la ley sustantiva por cuanto no se habrían verificado *“elementos con la suficiente entidad convictiva como para imputarle a mi asistido la comisión del ilícito que se le endilga, toda vez que, más allá del dato meramente objetivo del secuestro de material estupefaciente, no surgen de las pruebas incorporadas al debate, pruebas cuya objetiva valoración hagan presumir la existencia de la ultraintención requerida para su configuración” (fs. 349 vta.).*

En concreto argumenta que *“la exclusión del tipo subjetivo demandado, se funda justamente en las siguientes circunstancias: no se ha acreditado que existiera movimiento compatible con la comercialización de estupefacientes por parte de [su] asistido, no se secuestraron elementos de corte o estiramiento ni envoltorios ni estupefacientes fraccionados para la venta al menudeo. Por otro lado, no hay tareas de inteligencia previas que permitan afirmar la vinculación de [su] asistido en maniobras compatibles con el tráfico de drogas” (fs. 349 vta./350).*

Solicita así en subsidio que en todo caso se califique la tenencia como tenencia simple de estupefacientes, o también en subsidio, en atención a lo declarado por Carlos Antonio Escubilla respecto a que las cajas son de propiedad de Fabio o Fabián Cobian, propuso que la conducta se subsumiese a tenor del art.

10 de la ley 23.737 como facilitación de un lugar para que se lleve a cabo alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores de la ley.

3º) Durante el término de oficina, el Defensor Público Oficial amplió los fundamentos del recurso de casación (fs. 380/388 vta.).

Evocó que para proceder a una requisa, según la regla general del art. 230 C.P.P.N., se requiere orden judicial fundada. Destacó que la excepción que admite el art. 184 inc. 5º, que admite la iniciativa de la policía y de las fuerzas de seguridad se restringe a casos de urgencia y con aviso inmediato al órgano judicial competente. Sostiene que *“del juego armónico de ambas disposiciones, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, extrajo dos requisitos esenciales para convalidar una requisa personal sin orden judicial: 1) motivo suficiente para presumir que el sujeto lleva cosas relacionadas con un delito; 2) urgencia que aconseje no postergar el acto”* (fs. 381 vta.). Cita las sentencias de los casos “Moyano, Roberto A. s/ rec. de casación” (causa n° 1362, Reg. Nro. 1672, rta. 14/7/97) y “Yon Valentín, Noemí M. s/ rec. de casación” (causa n° 1401, Reg. Nro. 1810, rta. 8/10/97) de la Sala I de esta Cámara después de confrontar las circunstancias del presente caso concluye que *“las condiciones en las que se produce la requisa del automóvil que se encontraba en el taller mecánico [...] no reviste las condiciones de urgencia para proceder sin autorización judicial, no había denuncia de ningún delito y muchos menos había sido interceptado por una situación de flagrancia, apareciendo, en consecuencia la decisión de revisar el vehículo como producto de una discrecionalidad vedada constitucionalmente por el art. 18 de nuestra Carta Magna y por los Pactos Internacionales incorporados a la misma y que tutelan el derecho a la intimidad de los individuos”* (fs. 382).

Arguyó al respecto que *“es manifiesto que el personal preventor no cumplió con los recaudos exigidos por la ley, conforme se detalló precedentemente, atento que no puede ser ‘el instinto policial’ lo que justifique la medida. En ese sentido, ninguna urgencia se daba en el presente caso y [su] asistido en ningún momento quiso escapar u ocultarse de los preventores sino que*

cuando se alejó de donde se encontraban los efectivos policiales fue para aportar, justamente, la documentación de los rodados que ellos mismos estaban solicitando” (fs. 382 vta.).

En cuanto al fondo del asunto, alega arbitrariedad en la atribución de los hechos al imputado, reiterando que *“no se advierte de qué manera el Tribunal Oral pudo comprobar la actividad ilícita de [su] asistido, cuando del estudio de de la causa no surge ningún elemento que eche por tierra la versión esgrimida por [su] defendido, esto es, que las cajas que contenían estupefacientes fueron entregadas por un cliente a [su] defendido pero que desconocía el contenido de las mismas”* (fs. 383). En este sentido, se queja de insuficiente fundamentación para desechar la versión del imputado, y para calificarla de mendacidad y pretende que en la valoración de la prueba la declaración de un testigo y la del imputado tienen igual valor probatorio y que, en caso de contradicción, la ley se inclina sobre la de este último por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

En cuanto a la calificación jurídica sostiene que la cantidad de estupefaciente secuestrado no puede determinar por sí sólo la subsunción jurídica, y reitera que en el caso no se ha demostrado el elemento subjetivo específico constitutivo de la figura legal del art. 5, inc. c, de la ley 23.737, esto es los fines de comercialización. Se agravia que la condena ha lesionado el principio *in dubio pro reo*, y que se ha apartado de la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso de Fallos 329:6019 (“Vega Giménez”).

En último término, ha introducido un nuevo agravio, no contenido en el escrito de interposición del recurso de casación, cuestionando la fundamentación de la medida de la pena impuesta, alegando que tal introducción es admisible, según la interpretación que asigna a la sentencia de la Corte Suprema, dictada en la causa C.2979. XLII, Recurso de hecho, “Catrilaf, Ricardo o Fernández, Luis Miguel s/causa N° 6799” (sentencia del 26 de junio de 2007). Después de transcribir la parte pertinente de la sentencia en punto a la medición de la pena afirma que *“resulta [...] en autos palmaria la falta de fundamentación de*

pena impuesta [...] y por ende, violatoria de violatoria de la garantía en juicio, del debido proceso legal y del principio de razonabilidad”.

Por su lado, el señor Fiscal General ante esta instancia ha promovido el rechazo del remedio articulado (fs. 390/392 vta.). Sostiene que “*la sentencia no presenta déficit de fundamentación ni errónea aplicación de la ley sustantiva*” (fs. 390 vta.), que se ha acreditado acabadamente el hecho, y las circunstancias relevantes para su calificación pues “*la prueba, evaluada en su conjunto, no se encuentra conformada por ese único elemento [la cantidad de material estupefaciente secuestrado] sino que, además, se tuvieron en cuenta las características en que fue hallado el estupefaciente, esto es, su acondicionamiento y preservación en veintitrés (23) ‘panes’, separados en cantidades similares de peso y porcentaje de pureza. Es decir, preparados para ser trasladados o vendidos por mayor o a terceros o comercializados directamente por el propio investigado previo a su fraccionamiento, lo que de una u otra forma importa su inmersión en la cadena de tráfico*” (fs. 390 vta./391).

Destaca los motivos por los que el tribunal desechó la versión del imputado a los que les concede razón, y alega que el elemento subjetivo especial de la figura puede ser acreditado por medio de indicios.

En punto a la instancia de nulidad de la requisita, pone de relieve los argumentos dados en la decisión impugnada y concluye que “*la aprehensión de Escubilla, habiendo mediado ‘sospechas’, ‘indicios’, ‘motivos suficientes’, se encuentra suficientemente justificada y resulta legal, así como también es válida la posterior requisita, ya que se encontraban reunidos los postulados de la flagrancia, lo que impuso la necesidad del secuestro instantáneo del elemento ilícito utilizado para la maniobra y la detención del ahora condenado en forma preventiva. Ello, máxime cuando los preventores dieron aviso inmediato al órgano judicial competente*” (fs. 932/vta.). Agrega que “*tampoco era necesaria una orden judicial previa, toda vez que un comercio, al ser un lugar de acceso público, no se encuentra amparado por la garantía de la inviolabilidad del*

domicilio, según lo establecido en el artículo 230 bis del Código Procesal Penal de la Nación (confr. C.S.J.N. Fallos: 311:2790)” (fs. 392 vta.).

4º) Superada la etapa prevista en el art. 468 del C.P.P.N. con la realización de la audiencia a la que concurrieron la defensa y el imputado, que fue oído (fs. 399), quedó el recurso en condiciones de ser resuelto.

-II-

El recurso de casación es formalmente admisible en tanto ha sido interpuesto en término, con sujeción a las condiciones de fundamentación y con adecuada invocación de ambos incisos del artículo 456 del código de forma (art. 463 del C.P.P.N.). Además, la sentencia que se recurren es de aquéllas previstas en el art. 457 del mismo cuerpo legal y el recurrente se halla legitimado a impugnarlas por la vía casatoria.

-III-

Examinaré los agravios en el orden en que fueron traídos por la defensa en el remedio intentado, empezando por la nulidad del acta de procedimiento de fs. 1/3.

No deben confundirse los requisitos de validez de un acto realizado por la policía, tal como la requisita o secuestro, con los requisitos de validez del acta que los documenta (confr. *mutatis mutandis*, “Rodríguez, Susana Florinda” (causa n° 8044, reg. 12.033, rta. 27/6/08). La validez del acto debe examinarse comprobando si fue decidido y ejecutado conforme a la ley.

Por una razón de orden, habida cuenta que el secuestro de la sustancia estupefaciente aparece en la especie como incidental a una inspección y requisita realizada por la policía, se impone en primer lugar examinar cuál ha sido en concreto la actividad realizada por la policía, y a continuación si los funcionarios de policía que previnieron en el caso obraron en el marco de las facultades de inspección y requisita que les concedía la ley, y si en el caso se

encontraban presentes los presupuestos de hecho que la ley establece para el ejercicio de esa autoridad.

-IV-

Corresponde pues, en primer lugar, examinar ahora las circunstancias de hecho que rodearon la requisita. En cuanto sea necesario y pertinente ese examen se llevará a cabo según los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso de Fallos: 328:3399 (“Casal, Matías Eugenio”) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 23 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay).

El *a quo* ha reconstruido la actuación inicial de los funcionarios de la Policía de la Provincia de Buenos Aires según lo que se ha documentado en el acta de fs. 1.

Surge de ella que el día 29 de julio de 2009, a las 19.00 hs., los oficiales de esa Policía, Oscar Fabián Benítez, Ramón Cabrera, Víctor Ernesto Mattana, destacados en el Gabinete Criminológico de la Seccional Primera de Moreno, se trasladaron en vehículos no identificables al barrio Aurora, de esa localidad, “*con la finalidad de llevar a cabo inspecciones en el rubro talleres mecánicos y afines, en el marco de normativa vigente Ley 13.081*”. Se ha documentado allí que con esa finalidad se presentaron el taller de chapa y pintura de la calle Balcarce 2216, entre Toscanini y Fragata Sarmiento, de aquel barrio y constataron que “*en la calle, interior del galpón y hacia un lateral de este se hallan vehículos en reparación, restauración y pintura*” y que “*con el objeto de iniciar una inspección en ese sitio*” se individualizó como “*responsable del lugar*” al aquí imputado Carlos Antonio Escubilla, a quien se le informó del motivo de la inspección y “*se le solicita la correspondiente documentación habilitante para la actividad que desarrolla, como así también la correspondiente habilitación municipal*”. En el acta se dejó constancia que el aquí imputado

expresó carecer de habilitación municipal, y que se le requirió *que exhiba la documentación correspondiente a cada uno de los vehículos que se observaron en el lugar, por lo que ESCUBILLA se dirige hacia el fondo del galpón el cual resulta ser de unos quince metros de largo construido con ladrillos sin revocar, contando con contrapiso sin alisar, techo chapa, y una vez en el fondo observamos que tras tomar una caja tipo de galletitas; la cual extrae del interior de un baúl de un automóvil marca Ford Escort de color gris con patente colocada saliendo rápidamente BMT-934 [SIC], el cual posee, daños en su trompa, careciendo de su frente, parrilla; ópticas y que a través de una puerta lateral que posee el galpón y que comunica con la vivienda ESCUBILLA, este sale por allí tratando de ocultar la misma de la vista de los efectivos policiales, por ende ante dicha actitud y ante la presencia de alguna posible maniobra ilícita, se produce a través de la interceptación de un efectivo policial de ESCUBILLA antes de que este logre ocultar la misma, observando a esta altura que en su interior la caja de galletitas con inscripciones “DON SATUR” 200 grs., se observa que contiene NUEVE envoltorios; de los denominados PANES, los que a simple vista contienen una sustancia color pardoverduzca similar a la PICADURA DE MARIHUANA”. También se dejó constancia en el acta de que a raíz del hallazgo se aseguró al imputado, y se identificó a las demás personas presentes, después de lo cual “con el objeto de llevar a cabo una exhaustiva búsqueda en el lugar, atento a lo observado, se procedió a requerir la obtención de un testigo hábil [...] CORONEL OSCAR EBERTO [...]. Se procede a dejar constancia de otros vehículos en el lugar [cuyo color marca y chapas patentes se describen] de los que no se obtuvo documentación registral, y de los cuales se requirió en cuanto a si poseían impedimento legal de lo que se deja constancia que informado por el Sistema informático de esta policía se establece que NO poseen impedimento. Continuando adelante con la revisión se constata siempre en presencia del testigo CORONEL, que en el interior del baúl del automóvil marca Ford Escort color gris patente BMT-934, de donde ESCUBILLA saliera tras habersele requerido documentación de los automóviles; procedemos al hallazgo de una segunda caja*

de cartón corrugado con inscripciones VIVA LA PEPA, BENJAMÍN, donde se observa la cantidad de CATORCE envoltorios; de los denominados PANES, los que a simple vista contienen una sustancia color pardoverduzca similar a la PICADURA DE MARIHUANA [...]”.

Al rechazar la instancia de nulidad opuesta por la defensa en el debate el a quo sostuvo: “[...] *“es dable destacar que de lo normado en los arts. 138 ‘in fine’ y 184 del código de rito, surge que los funcionarios policiales se encuentran tácitamente facultados a producir el secuestro de cosas relacionadas con el delito; con más razón cuando, tal como ocurrió en el caso bajo estudio, se da aviso inmediato al órgano judicial competente –según surge del acta en cuestión [...]*” (fs. 322). El a quo entendió que la actuación policial se ajustó al art. 13 de la ley de la Provincia de Buenos Aires n° 13.081, que remite a las facultades del art. 116 del Código de faltas de la Provincia de Buenos Aires, disposiciones éstas autorizan al funcionario policial a detener y secuestrar los efectos de una infracción si constata una falta y relevó que en la especie los agentes de la prevención se encontraban haciendo una inspección de control de habilitación en los talleres mecánicos de la zona, según la autoridad que les concede la ley provincial 13.081.

Concluyó que, *“la interceptación y requisa practicada sobre el incuso se encontraba legitimada por la nota de urgencia fundada en la actitud sospechosa y de presunta fuga, exhibida por Escubilla frente a la presencia policial. Circunstancias que, más allá de surgir del acta cuestionada –que no ha sido redargüida de falsedad y, por ende, da plena fe de lo ocurrido-, se condice con lo declarado por el testigo Carlos Marcelo Novoa (empleado del taller) quien manifestó haber escuchado al personal policial gritar ‘se va, se va’, cuando Escubilla se retiró al fondo del galpón”* (ídem).

Agregó que *“tampoco se advierte ninguna animadversión de la autoridad policial hacia la persona del causante, lo cual lleva a concluir que el acto ha sido cumplido dentro de la competencia funcional asignada”* (ibídem).

-V-

Se impone revisar la sentencia a la luz de las disposiciones aplicables a la actividad que los oficiales de la Policía de la Provincia de Buenos Aires declararon haber emprendido ese día en el taller de chapa y pintura.

a) la inspección del taller de chapa y pintura.

Los policías declararon aquél día habían decidido realizar inspecciones de talleres mecánicos y afines según la ley provincial 13.081. Observo que el art. 13 instituye a la policía provincial como autoridad de control del cumplimiento de las disposiciones de dicha ley, y que entre su art. 7° establece las obligaciones de llevar libros especiales y de registración que incumben a los talleres mecánicos en función del art. 1°. De tal suerte, entre las facultades específicas delegadas en ejercicio del poder de policía local establecido por aquella ley provincial 13.081, los funcionarios de la policía de la Provincia de Buenos Aires tienen autoridad legal para requerir a los dueños, encargados o factores de los talleres comprendidos en la ley, la exhibición de los libros o registros y de la documentación a la que se refiere el art. 7.

La ley provincial especifica que *“el funcionario policial que comprobare el incumplimiento de las obligaciones previstas en el presente, procederá conforme a las facultades establecidas en el art. 116 del Decreto-Ley 8.031/73 (Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires), el que será de aplicación supletoria...”*. La última norma mencionada dispone *“El funcionario o agente policial que comprobare la comisión de una falta, deberá proceder a la detención del imputado y al secuestro de los efectos en infracción, si los hubiere, conduciéndolo inmediatamente a la dependencia competente para la instrucción del sumario contravencional. En el mismo acto procurará tomar los nombres y domicilios de los testigos, emplazándolos a concurrir ante el instructor dentro de las veinticuatro horas, bajo apercibimiento de sanción por incomparecencia”*.

Ninguna disposición de esa ley autoriza expresamente a la policía a inspeccionar el interior de los automóviles, al menos, cuando no ha comprobado todavía una falta de tal naturaleza que permita considerar al automóvil depositado

en el taller como “efecto en infracción”, lo que no puede inferirse de la inexistencia de libros o registros, porque esa inexistencia es la sustancia de la infracción.

b) la inspección de las cajas y requisa del automóvil.

El Tribunal Oral, y la recurrente, han abordado el examen de la inspección de las cajas a la luz del art. 230 bis C.P.P.N..

Entiendo sin embargo que el abordaje no es en la especie adecuado.

Según he observado antes de ahora, si en las circunstancias concretas del caso nada indicaba que los policías hubiesen tenido sospecha de la comisión de un delito de competencia federal; ni éstos tampoco han declarado una sospecha específica sobre un delito de esa competencia, entonces la inspección de la caja que se dice cargó el imputado, o la que se encontraba en el interior de un automóvil dentro del taller, deben examinarse desde el marco normativo del derecho público local de la provincia de Buenos Aires, pues se trata de la actuación de empleados policiales de esa Provincia, en ocasión de realización de actividades generales de policía local, no vinculadas específicamente con un auxilio a autoridades federales, o con la prevención de delitos de competencia de los jueces federales. La validez de esa actuación se examina, y se rige, según el art. 7 C.N. (cfr. causa n° 8757, de esta Sala II, “Jugo, Juan José s/recurso de casación”, Reg. n° 14.653, rta. el 11/6/09, y causa n° 9695, de esta Sala II, “Gorga, Pablo s/recurso de casación”, Reg. n° 14.877, rta. 4/8/2009).

En esas circunstancias no corresponde, entonces, decidir el caso a la luz de lo que disponen los arts. 184 inc. 5° y 230 y 230 bis del C.P.P.N., sino desde la perspectiva de la Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto sean pertinentes (confr., *mutatis mutandis*, causa n° 11.301, “Estigarribia, Pablo Marcelo y otro s/ recurso de casación”, rta. 22/03/2010, Reg. N° 16.149).

Distinto sería el punto de partida del abordaje normativo, sin embargo, si los policías del Gabinete Criminológico de la Seccional 1ª de Moreno hubiesen decidido interceptar al imputados movidos por la disponibilidad de

informaciones o datos previos que pudieran llevarlos a sospechar que estaba cometiendo o por cometer un delito de la ley federal de estupefacientes, o cosas u objetos vinculados con tal clase de delitos, porque entonces si antes de la decisión había indicios para sospechar de modo específico la vinculación con alguno de esos delitos, la actuación policial debería ser examinada según el art. 230 bis. C.P.P.N.. Sin embargo, ninguno de los policías ha declarado en el caso haber obrado sobre la base del conocimiento de informaciones o datos de aquel tenor.

Rigen pues el caso los arts. 294, inc. 5, y 225 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires.

En cuanto aquí interesa, el art. 294 inc. 5° del código procesal local establece entre las atribuciones de los funcionarios policiales la de “*disponer los allanamientos del artículo 222 y las requisas urgentes, con arreglo al artículo 225, con inmediato aviso al Juez o Tribunal competente y al Ministerio Público Fiscal*”. Y por su parte, el art. 225 autoriza a ejecutar una requisa personal bajo las siguientes condiciones: a) existencia de motivos fundados para presumir que alguien que oculta entre sus ropas o que lleva adheridos a su cuerpo cosas relacionadas con un hecho delictivo; b) que previamente a la realización de la requisa se haya advertido a la persona acerca de la sospecha y del objeto buscado, invitándolo a exhibirlo; c) autorización judicial. Excepcionalmente, si median razones de urgencia podrá obrar la policía sin autorización judicial.

Ahora bien, como puede extraerse del pasaje anterior, el art. 294 no pone menos condiciones que el art. 225, sólo exime de la orden judicial.

A fin de precisar el sentido de aquella disposición entiendo pertinente evocar ciertas apreciaciones que originalmente expuse con relación al art. 230 bis C.P.P.N. que pueden ser extendidas, *mutatis mutandis*, a la apreciación del sentido del art. 225 del Código de Procedimiento de la Provincia de Buenos Aires. El art. 230 bis C.P.P.N. está redactado en términos claros en el sentido de que la requisa sin orden judicial puede ser realizada por los funcionarios de policía “*con la finalidad de hallar la existencia de cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito o de elementos que pudieran ser utilizados para la*

comisión de un hecho delictivo de acuerdo a las circunstancias particulares de su hallazgo”.

Ya he señalado que en esa disposición la utilización del pronombre indeterminado “*un*” excluye de entre las finalidades autorizadas la genérica de hallar cosas inespecíficas de delitos también inespecíficos e indeterminados. No procede para averiguaciones generales o de delitos indeterminados sino de un delito en particular. Por cierto, la ley no requiere una precisión sobre todos los aspectos concretos de la ejecución del hecho, pero debe haber al menos una determinación aproximada en cuanto a la naturaleza de éste. Esto es evidente en conexión con la letra a del art. 230 bis C.P.P.N. pues son las “*circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar la medida de inspección respecto de una persona determinada*” las que llevan a comprender el sentido de la disposición. Esas circunstancias se refieren a un delito de cierta clase, aunque no se conozcan todas sus circunstancias, y no a delitos en general (causa n° 8667 “Charleston Renault Santos Alves o Charleston Renau Santos Alves s/ recurso de Casación”, rta. 02/12/2008, Reg. N° 13.598).

El art. 225 del código procesal de la Provincia de Buenos Aires, cuyo texto no es idéntico al del art.230 bis C.P.P.N., establece sin embargo presupuesto análogos que obran como limitadores de la discrecionalidad en la decisión e intensidad y alcance de las requisas. En efecto requiere como presupuesto que existan motivos *fundados* para presumir que alguien oculta entre sus ropas o que lleva adheridos a su cuerpo cosas relacionadas con *un* hecho delictivo. Esos motivos no pueden estar fundados sino en una base objetiva, apreciada conforme a la lógica natural y a la experiencia, en la medida en que conduzcan a inferencias relacionadas con un hecho delictivo de cierta clase, y no con la categoría genérica y vaga de “delitos”. Ello surge claramente del examen del otro aspecto de la regulación local, la policía debe advertir a la persona, previamente a la realización de la requisas, acerca de la sospecha y del objeto buscado, invitándolo a exhibirlo (art. 225, párrafo primero, *in fine*). Es decir, que debe señalarle concretamente cuál es el objeto de la sospecha y cuál el objeto que busca, designándolo al menos

por su género o conjunto (ej. armas, estupefacientes, dinero, documentos, etc.). El texto legal implica, pues, que la policía debe saber concretamente qué clase o género de objetos busca, y no meramente objetos que puedan estar relacionados con delitos todavía indeterminados.

Sobre la base del correlato de sentido que se da entre las disposiciones que guían las requisas personales en el ámbito local y en el federal, tomaré como marco de referencia para responder la cuestión planteada las nociones expuestas precedentemente.

En este sentido debe indagarse qué podría representarse conforme a la razón y la experiencia un observador objetivo, incluso de cierta experiencia específica, frente a las circunstancias de hecho documentadas en el acta de la prevención de fs. 1/3, cuya exactitud, exhaustividad y pertinencia para decidir el punto no aparece contradicha de modo sustancial.

Ese documento impone un examen en dos etapas: la actuación policial hasta la interceptación e inspección que según dicen los policías tomó el imputado al dirigirse hacia el fondo del galpón, y la actuación policial posterior a esta inspección.

Sin necesidad de interpretar las normas transcritas y las facultades que ellas delegan en la policía provincial para el control de las obligaciones administrativas que pesan sobre los talleres mecánicos, se desprende claramente de la situación que dio origen a estas actuaciones que los agentes policiales se encontraban realizando tareas de control en un “lugar privado”. En efecto, se puede afirmar sin hesitación alguna que el taller que funciona sobre la calle Balcarce 2216 de la localidad de Moreno es el espacio de trabajo en el que Carlos Antonio Escubilla desarrollaba sus tareas de reparación de vehículos como encargado o dueño.

La habilitación que la ley provincial “de creación del registro de control de comercios vinculados a la actividad de automotores” otorga a la policía de la Provincia de Buenos Aires para realizar estos controles a los locales que

realizan tales actividades comerciales o industriales y que están sujetas a estas obligaciones no priva a éstos de la protección que merecen los lugares privados.

La autorización que la ley local concede a la policía para requerir e inspeccionar libros y registros concernientes a los vehículos en reparación comprende de modo indisoluble la autorización para inspeccionar el taller al sólo efecto de determinar qué vehículos se encuentran en él y sus señas de identificación. No concede, sin embargo, una autorización más extensa que permita inspeccionar lo que se encuentra contenido en el interior de los vehículos. Una inspección más intensiva requiere de una base legal adicional, y de una justificación específica, por lo que debe examinarse si las disposiciones sobre requisas ofrecían en las concretas circunstancias del caso esa justificación específica.

-VI-

De los términos del capítulo pertinente de los fundamentos de la sentencia se observa, el *a quo* valoró la documentación de los hechos del acta de fs.1/3 (fs. 320 y ss.) y los tuvo reconstruidos en lo sustancial siguiendo ese relato, declarando que “esta pieza posee, mientras no sea redargüida de falsedad –lo que no aconteció en el caso-, el valor probatorio de un instrumento público”, y ha agregado que “*fue ratificada por las declaraciones prestadas durante la audiencia de debate por parte de los oficiales Oscar Fabián Benítez, Ramón Miguel Cabrera y Víctor Ernesto Mattana, así como la declaración prestada en primera instancia por Néstor Fabián Rodríguez –fs. 11/12-, que fuera incorporada por lectura al debate ante el pedido de las partes en tal sentido [...] Asimismo, el testigo de actuación Oscar Heberto Coronel, al declarar ante el Tribunal fue conteste en cuanto a las alternativas de modo, tiempo y lugar en que se desarrollaron los acontecimientos protocolizados en tal documento, a partir de su intervención en el mismo*” (confr. fs. 322 vta.).

En el acta del debate no se ha asentado el contenido de las declaraciones de los agentes policiales intervinientes que declararon en juicio

(confr. fs. 312/314); tampoco surge de la sentencia ninguna apreciación acerca de los términos en los que los testigos se refirieron a los acontecimientos que dieron origen a esta causa. De tal suerte, el tribunal sólo puede examinar las determinaciones fácticas de la sentencia sobre la base del único material disponible para la apreciación en esta instancia, esto es, “en la medida de lo revisable”.

Así lo ha declarado la Corte Suprema en el precedente “Casal”, ya citado. Después de declararse que “*el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable*”, la Corte ha advertido que se impone preguntar qué es lo no revisable y ha declarado que “*lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Esto es así porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y –en el nivel jurídico– porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro. En este caso son los textos de la Convención Americana y del Pacto Internacional que no pueden ser interpretados en forma contradictoria: en efecto, los arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con lo cual están exigiendo la oralidad, que es inseparable condición de la anterior, y, por ende, no puede entenderse que los arts. 8.2.h. de la Convención Americana y 14.5 del Pacto impongan un requisito que la cancela. Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la Leistung, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso*” (consid. 24

del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; comparar voto de la jueza Highton de Nolasco, consid. 10; voto del juez Fayt, consid. 12, y voto de la jueza Argibay, considerandos 12 y 16).

Ahora bien, reitero, esta Sala no está en condiciones de conocer el contenido de esas declaraciones del mismo modo en que fueron conocidas por el *a quo*, porque todo lo que se conoce de los dichos de las testigos en el juicio se conoce a través de lo que se recogió en la sentencia, habida cuenta de que en las actas respectivas no se ha dejado constancia alguna del contenido de sus declaraciones, lo que por lo demás no es exigido expresamente por la ley (arts. 394 y 395 C.P.P.N.) y no ha sido objeto de impugnación alguna por la defensa.

El *a quo* también ha tenido en cuenta la declaración del policía Néstor Fabián Rodríguez, documentada en el acta de la instrucción policial de fs. 11/12, cuya incorporación al juicio había sido consentida por las partes. Examinado el contenido de esa acta, se aprecia que el relato allí asentado pone en cuestión la hipótesis de un intento inequívoco de fuga de Carlos Antonio Escubilla. Allí se asentó que “*se le requirió al responsable del lugar a quien se lo identificó como CARLOS ANTONIO ESCUBILLA, a fin de que presente habilitación para la actividad que llevaba a cabo, siendo que para ello el nombrado sujeto se va de la vista, y se dirige hacia el fondo del galpón del taller; que en ese momento el Teniente CABRERA; sale a la carrera a indicaciones de BENITEZ, dado que ESCUBILLA trata de dirigirse rápidamente hacia el fondo de la casa; cargando en sus manos una caja, que al darle alcance CABRERA, logra interceptarlo y con ello incautar la caja que éste llevaba, observando que esta posee alrededor de NUEVE ENVOLTORIOS TIPO PANES; los que se hallaban dentro de la caja con inscripción DON SATUR. Que a esta altura y habiéndose acercado el INSPETOR BENITEZ, se requiere la presencia de un testigo a quien se lo identificó como CORONEL OSCAR HEBERTO, a quien se le exhibió el contenido de la caja [...]. Seguidamente se continuó con la inspección, procediendo al hallazgo en el interior del baúl de un automóvil, de los varios que se hallaban en el taller de chapa y pintura, [...] marca Ford modelo Escort color*

gris, donde se halla una caja más; con envoltorio con cinta color marrón, inscripción viva la pepa, Benjamín, donde se incautó la cantidad de CATORCE PANES de marihuana [...].

En esta declaración no se habla de ninguna actitud que denote objetivamente intento de fuga. Al contrario, el imputado se habría dirigido al fondo “rápidamente” para satisfacer el requerimiento de exhibición de documentación, y en el camino habría tomado una caja.

También consta que se ha incorporado al juicio, por lectura, el acta de declaración de Carlos Marcelo Novoa, empleado del taller mecánico (fs. 82/83 vta.). Allí consta que el testigo había relatado que *“los efectivos policiales le solicitaron en ese momento a Escubilla los papeles de los autos que tenía en su taller y que su jefe les dijo que iba a buscar los papeles, y se dirigió hacia adentro del lugar –del galpón o taller-. Al respecto el declarante expresa que él siguió trabajando afuera del taller, en la vereda [...] momentos en los que escuchó a los agentes policiales decir «se va, se va», refiriéndose a su jefe y que él dijo habrá ido a buscar los papeles de los autos. Aclara que sólo escuchó los dichos del personal policial respecto de que su jefe se iba del taller pero que él no pudo observar nada al respecto porque se encontraba afuera del lugar [...] Refiere que él se quedó todo el tiempo afuera. Luego de ello el personal policial lo hizo entrar al taller y vio a Daniel Eduardo Ponce asustado, a lo que él le preguntó qué le pasaba y Ponce dijo: «encontraron droga» [...]. Este testigo confirma que el imputado se dirigió al fondo cuando los policías le pidieron “los papeles de los autos”, y que si bien no lo observó, escuchó la frase que decía “se va, se va”. Del contenido expresado en el acta que aquí se considera es posible inferir la percepción policial de que algo pasaba -incluso algo sospechoso- pero tales exclamaciones no traducen una indicación sobre la sospecha de “un” delito, según la doctrina que se transcribió en el punto anterior.*

Si bien nada sospechoso hay en el hecho de que el imputado se dirigiese al fondo aduciendo que iba a buscar la documentación cuya exhibición requería la policía, otros elementos aparecen en los relatos que han llamado la

atención de los policías: el imputado habría ido rápidamente hacia el fondo, y habría tomado una caja al dirigirse hacia allí.

Sin embargo, en las circunstancias del caso, esa actitud es en sí misma inespecífica porque ese sólo hecho no permitiría a un observador objetivo formarse razonablemente la sospecha de que el imputado pudiese en ese preciso instante estar cometiendo un delito de una clase más o menos determinada, o que en la caja llevara elementos concernientes a un delito, o el objeto de un delito, salvo que el observador conociese ya otros datos o elementos previos que diesen contexto e hiciesen cobrar sentido a esa conducta aparentemente neutral.

Por lo demás, los agentes policiales han declarado que estaban realizando una inspección rutinaria en el marco de la ley provincial n° 13.081, y no han dicho que estuviesen abocados a la investigación o esclarecimiento de un delito determinado, ni que hubiesen obrado sobre la base de informaciones o conocimiento previos que permitiesen vincular al imputado con un delito reprimido en la ley de estupefacientes.

Puesto que ellos mismos enmarcaron su actividad en la citada ley local, no tenían autoridad legal para inspeccionar el interior los coches, ni abrir las cajas que pudiera haber en el lugar ni para revisar su contenido. Por lo demás, nada indica hacia la hipótesis de que la caja que los policías han dicho visto cargar a Carlos Antonio Escubilla estuviese abierta o acondicionada de un modo que dejase a simple vista su contenido.

A mayor abundamiento, vale recordar que *“las requisas u órdenes de exhibición de efectos personales constituyen injerencias en la esfera privada personal, que deben tener base legal y estar justificadas en cada caso. Sentado ello, es oportuno evocar que tal exigencia no sólo surge de los arts. 19 y 18 C.N., sino que, además, constituye un principio general de interpretación de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así lo expresa el principio n° 12 de los ‘Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos’, en estos términos: ‘La carga de justificar una limitación a un derecho garantizado por el pacto incumbe*

al Estado' (confr. ONU Doc. E/CN.4/1985/4)" (confr. mi voto en la causa n° 9695, de esta Sala, "Gorga, Pablo s/ recurso de casación", Reg. N° 14.877, rta. el 14/08/09).

Así concluyo que no se ha demostrado en el caso que al momento de la inspección de la caja que se dice llevaba el imputado hacia los fondos, se presentaban motivos fundados para presumir que el imputado llevaba cosas relacionadas con un delito de alguna clase más o menos determinada. Se realizó así una injerencia en el ámbito privado, exento del conocimiento de terceros, sin justificación legal, y ello conduce a la prohibición de aprovechar los conocimientos y datos obtenidos de la inspección para fundar una imputación penal.

A fortiori, si bien la inspección ulterior de los automóviles del local, más exhaustiva, reconocía como fundamento el hallazgo del contenido de la primera caja revisada, ese conocimiento, obtenido de la primera inspección ilegal tampoco podría dar sustento o motivo legítimo a una inspección más exhaustiva.

La infracción a los arts. 18 y 19 C.N. acarrea la nulidad de los actos de requisita y secuestro (art. 168 C.P.P.N).

-VII-

No justificada en el caso concreto la injerencia estatal en un ámbito privado, y como regla exento del conocimiento de terceros, en las circunstancias del caso todo lo actuado a partir de aquella cae afectado por la sanción de nulidad (art. 172 C.P.P.N.), en la medida en que el hecho fue conocido a partir de la injerencia ilegal, y ningún otro elemento podría fundar de modo independiente la imputación dirigida contra Carlos Antonio Escubilla.

Por cierto, la conclusión a la que aquí se arriba conduce a la pérdida para la acusación de elementos que podrían ser posiblemente decisivos para probar que el imputado ha cometido el delito que le ha imputado la fiscalía, y por ende, a la impunidad.

Esa actuación defectuosa, que ha traspasado los límites que la

Constitución y la ley imponen a la restricción de derechos fundamentales, y que no ha satisfecho las provisiones de garantía establecida en la misma ley, lleva pues a la conclusión absolutoria que propongo, aun frente a la probabilidad de que el imputado pueda ser culpable de las acusaciones que se le dirigen, y ello no debe causar escándalo, porque el respeto de la Constitución nunca debe ser motivo de escándalo, aunque respetarla conlleve costos.

Esta cuestión ha sido claramente abordada por el juez Brennan de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *United States v. Leon*, (en 468 U.S. 897, 931 y 941), en términos que resultan totalmente trasladables al art.18 de la Constitución Nacional. Así dijo que *“la pérdida de la prueba es el precio que paga nuestra sociedad por gozar la libertad y la privacidad salvaguardadas por la cuarta enmienda”* y que de ese modo *“algunos criminales quedarán libres no [...] porque el policía cometió un desatino, sino porque la actuación oficial ajustada a las exigencias de la cuarta enmienda hace mucho más difícil atrapar a los criminales. Entendida de este modo, la enmienda prevé directamente que cierta prueba confiable e incriminatoria estará perdida para el Gobierno; por lo tanto, no es la regla de la exclusión, sino la enmienda misma, la que ha impuesto este costo”*.

Esa afirmación es perfectamente trasladable al caso. En efecto, muchos delitos no se llevan a juicio ni se pena a los culpables de cometerlos porque los agentes de ejecución de la ley cumplen fielmente con la Constitución y porque esa imposición constitucional veda la obtención de pruebas por cualquier vía y a cualquier precio, pero ello no es ocasión de escándalo. Del mismo modo, tampoco debe ser ocasión de escándalo que no se pueda llevar a cabo un juicio ni obtenerse una condena sustentados en pruebas de cargo contra probables culpables obtenidas de modo inconstitucional, porque no es admisible que el incumplimiento de la ley y la Constitución ofrezca más provecho que la sujeción a ella.

En atención a la solución propuesta al primer agravio, el tratamiento de los restantes deviene inoficioso.

-VIII-

Por las consideraciones expuestas propongo al Acuerdo que se haga lugar al recurso de casación, se revoque la sentencia recurrida, se declare la nulidad de lo actuado por la policía a partir de los actos documentados en el acta de fs. 1/3, y de todo lo obrado en consecuencia y, que en definitiva se absuelva a Carlos Antonio Escubilla, de la imputación que el Ministerio Público le ha dirigido bajo la calificación de tráfico de estupefacientes, en su modalidad de tenencia con fines de comercialización (arts. 45 C.P., y 5, inc. c, de la ley 23.737), ordenando su inmediata libertad, sin costas (arts. 168, 172, 471, 530, 531 y 492 del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

Los señores jueces doctores **Guillermo J. Yacobucci** y **W. Gustavo Mitchell** dijeron:

Que adhieren al voto precedente.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE**: **I.** Hacer lugar al recurso de casación, revocar la sentencia recurrida, declarar la nulidad de lo actuado por la policía a partir de los actos documentados en el acta de fs. 1/3, y de todo lo obrado en consecuencia; **II.** Absolver a Carlos Antonio Escubilla, de la imputación que el Ministerio Público le ha dirigido bajo la calificación de tráfico de estupefacientes, en su modalidad de tenencia con fines de comercialización (arts. 45 C.P., y 5, inc. c, de la ley 23.737); **III.** Ordenar su inmediata libertad, sin costas (arts. 168, 172, 471, 530, 531 y 492 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del art. 400, primera parte del Código Procesal Penal de la Nación en función del art. 469,

tercer párrafo del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Fdo: Dres. Guillermo Yacobucci -Luis M. García -W. Gustavo Mitchell-. Ante mí: Dr. Gustavo Alterini