

**Expediente catorce mil cuarenta y tres.**

**Número de Orden:\_\_\_\_\_**

**Libro de Sentencias nro.\_\_\_\_\_**

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los - días del mes de mayo del año dos mil diecisiete, reunidos en su Sala de Acuerdos los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, **Doctores Guillermo Alberto Giambelluca, Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou**, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P nro. 14.043/I caratulada "Q.,A.F. s/ hurto agravado- encubrimiento"**, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resulta que la votación debe tener este orden **Soumoulou, Barbieri y Giambelluca** (Magistrado que intervendrá en caso de corresponder), resolviendo plantear y votar las siguientes:

#### **C U E S T I O N E S**

**1º) ¿Es justa la resolución apelada?**

**2º) En caso contrario ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?**

#### **V O T A C I Ó N**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. SOUMOULOU, DICE:** La resolución de fs. 115/121 y vta., dictada por el Titular del Juzgado de Garantías Nro. 2 Dptal. -Dr. Guillermo Mercuri-, dispuso no hacer lugar a la nulidad del acta de procedimiento de fs. 1/2 y vta., y elevó a juicio la causa seguida a A.F.Q., en orden al delito de hurto agravado de vehículo dejado en la vía pública, en los términos del artículo 163 inciso 6to. del Código Penal.

El citado decisorio, resultó impugnado por el Sr. Auxiliar Letrado de la Unidad de Defensa nro. 7 del Departamento Judicial de Bahía Blanca, -Doctor Juan

Pablo Patrizi- mediante el pertinente recurso de apelación que luce agregado a fs. 122/124 y vta..

El remedio fue interpuesto en debido tiempo y forma, conteniendo la indicación de los motivos de agravio y sus fundamentos, siendo el pronunciamiento pasible de ser atacado por el medio elegido; de manera que resulta admisible (arts. 337, 439 y 442 del C.P.P.).

Refiere el recurrente que lo agravia la resolución dictada por el A-Quo, por no haber decretado la nulidad del acta de procedimiento de fs. 1/2, la que ya fuera objeto de invalidez en la I.P.P. N° 018949-15.

Sostiene que el planteo de la defensa en ambos procesos se basó en el allanamiento ilegítimo de los funcionarios policiales, que decidieron ingresar por su propia voluntad al domicilio en que se encontraba su asistido, sin alegar motivos de urgencia.

Cita doctrina y jurisprudencia en abono a su planteo.

Indica que habiendo decretado la nulidad del acta de procedimiento, allanamiento y detención, la misma pierde todos los efectos jurídicos, no siendo saneables en este proceso penal, por resultar la misma una nulidad absoluta.

Solicita en definitiva que se revoque la sentencia recurrida y se sobresea a su asistido.

Adelanto que el recurso de apelación deducido por la Defensa Oficial será de recibo, por los argumentos que pasaré a desarrollar.

Así, advierto la existencia de vicios con entidad nulificante en el fallo en crisis, por lo que este Cuerpo debe abocarse a su tratamiento, en orden a las prescripciones contenidas en los arts. 201, 203, segundo párrafo del Código Procesal Penal, y en relación con el artículo 18 de la Constitución Nacional y arts. 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a fin de resguardar la garantía del debido proceso.

Conforme manda el artículo 203 del Código de Forma, deben ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades que impliquen violación a las normas contenidas en la Constitución Nacional.

La Suprema Corte de nuestra Provincia ha resuelto que "...en procura de un adecuado servicio de justicia, constituye un requisito emanado de la función jurisdiccional de esta Corte, el control -aún de oficio- del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmado..." (S.C.B.A. P. 78.360, S 22/09/2004).

Resulta entonces, un requisito constitucional que, las resoluciones judiciales se encuentren debidamente fundadas y motivadas (arts. 1 y 18 de la Constitución Nacional), a fin de evitar que no sean sólo expresión de voluntad del juzgador como también que no contengan una motivación contradictoria.

El tema se vincula con el art. 1º de la Carta Magna Nacional, que establece el régimen republicano de gobierno, y del que se deriva el requisito de publicidad y control de los actos de los Funcionarios y Magistrados, permitiendo conocer en virtud de qué motivos se dictan las resoluciones y sentencias.

Cumplimentados dichos extremos, los intervinientes procesales quedan a resguardo de las decisiones arbitrarias de los Jueces, que se encuentran obligados a enunciar las pruebas y los motivos que dan base a su juicio y a valorarlas racional y expresamente.

También, en relación a los arts. 18 y 33 del mismo texto fundamental, pues la obligación de motivación posibilita el control de las decisiones, toda vez que, cuando la fundamentación no alcanza a conformar un desarrollo que permita el análisis crítico, se hace imposible el control recursivo.

Aclarado lo anterior, considero por un lado que el señor Juez de Garantías en su resolución de fs. 115/121 y vta., ha emitido fundamentos que resultan en principio contradictorios, y afectan la validez del decisorio cuando postula el rechazo de la nulidad de la diligencia instrumentada en el acta de fs. 1/2.

Al expresar sus razones, el magistrado de grado afirma por un lado que el personal policial se encontraba autorizado a ingresar al domicilio del encausado, desde que existió conformidad de su morador, pues si bien en un primer momento el señor juez resalta que ello podría considerarse dudoso, concluye que dicha conformidad se encuentra acreditada (ver fs. 118/118 vta.).

Y de otro lado, entiende que en el caso se encontraban reunidos los motivos suficientes para justificar la urgencia establecida en el art. 226 en relación al art. 222, inc. 2º del C.P.P., pues existió una persecución sin solución de continuidad del encartado por parte del damnificado que culminó con el ingreso a la vivienda en los términos de las normas antes citadas.

En el acta de fs. 1/2 no se plasman en debida forma las circunstancias de excepción mencionadas por el juez de grado y además, el testigo R. en su declaración de fs. 21 y vta., en ningún momento mencionó que el encausado había autorizado que ingresen a su domicilio; y el testigo de actuación a fs. 26, nada dice de cómo se ingresó a la vivienda.

A la insuficiencia apuntada, debe adunarse que el A-quo ha emitido previamente opinión en la I.P.P. n° 018949-15 sobre el mismo punto, decretando la nulidad del acta de procedimiento, aprehensión y secuestro que diera inicio a aquella investigación por haberse afectado el derecho de la intimidad del encausado, en orden a lo establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional, sobreseyendo a Q., lo que lo coloca en el supuesto del art. 47 inciso 1º del C.P.P.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha dicho que "...es un requisito constitucional tanto que las resoluciones judiciales se encuentren

debidamente fundadas y motivadas (arts. 1 y 18, C.N.), a fin de evitar que ella sólo pueda ser inferida de la voluntad del juzgador, como que no contenga una motivación contradictoria, en salvaguarda del debido proceso.

En igual sentido, ha dicho el Máximo Tribunal Provincial que "...Tal irregularidad descalifica el pronunciamiento como acto jurisdiccional válido, constituyendo uno de los casos excepcionales de incompatibilidad con el debido proceso (P. 35.437, sent. del 1-III-1998; P. 57.338, sent. del 16-VIII-2000; entre muchas)..." "L. , A.A. . Recurso de casación" 24/08/2011.

En virtud de los argumentos desarrollados, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de apelación interpuestos a fs. 122/124 y vta.; decretar la nulidad de la resolución de fs. 115/121 y vta., reenviando los autos para que, con la intervención de Juez hábil, se dicte un nuevo pronunciamiento (arts. 203, en relación con los arts. 106 y 210 del C.P.P., arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial y 18 de la Constitución Nacional).

Así lo voto.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:** Analizado el voto emitido por el colega preopinante, el contenido de la resolución impugnada y los agravios expuestos por el recurrente, anticipo que voy a disentir con la opinión que abre este acuerdo, en tanto los fundamentos de la decisión dictada por el Juez de Garantías, no resultan contradictorios con aquellos expresados en el auto de fs. 51/57 de la I.P.P. nro. 18949/15 (no resultando entonces invalida), debiendo confirmarse -a su vez el rechazo de la nulidad planteada por la defensa y la elevación a juicio dispuesta por el Magistrado.

Tal como ha explicado el Juez de Grado, en esta I.P.P. se cuenta con un plexo probatorio distinto del que existía en la nro. 18949/15, al momento en que se dictó la resolución en la que se dispuso la nulidad del acta de procedimiento que luce, también, en esta causa -a fs. 1/2-.

Particularmente, en este expediente obran las declaraciones testimoniales de la víctima -D.R.F. que luce a fs. 21 y vta.-, y del testigo de actuación L.I. -de fs. 26-, que (como expresó el A Quo) objetivan lo que surge del acta de fs. 1/2, dotándola de mayor credibilidad y alterando -en consecuencia-, las circunstancias que había tenido en cuenta al dictar la nulidad de la otra investigación.

Así, no advierto contradicción alguna en las resoluciones dictadas por el Dr. Mercuri, desde el momento que tuvo medios de convicción distintos para valorar.

Zanjado ello, corresponde analizar los argumentos expuestos por el Sr. Juez de Garantías a fs. 115/122, por los que no hizo lugar a la nulidad del acta de procedimiento y elevó la causa a juicio.

Digo así que no comparto lo por él expuesto, en relación a que la persecución por parte del particular y el arribo de la policía los facultara a ingresar en el domicilio del encartado sin orden judicial; ni la afirmación efectuada de que "...el ingreso es producto de un seguimiento sin solución de continuidad..." inmediato a flagrante delito, lo que sumado a la urgencia conllevara la aplicación del supuesto previsto en el inc. 2do. del art. 222 del C.P.P.

Por mi parte digo que tampoco puede razonablemente inferirse que el imputado "...los haya invitado a ingresar a su vivienda...", aún cuando se trate -como en autos- de un pasillo común que deriva a varios departamentos internos, y no de una vivienda en sentido estricto, existiendo -sobre ese ámbito- una menor expectativa de privacidad.

Sin embargo, la ausencia de una justificación que permita encuadrar la situación en algunas excepciones a la necesidad de contar con una orden de allanamiento emanada de juez competente, no se extiende -en este caso- al secuestro de los elementos sobre los que se basa el imputación por encubrimiento.

Ello teniendo en cuenta que, dada la persecución por parte del damnificado -quien identificó la moto en la que circulaba el imputado como aquella que le habían sustraído un día antes- y la intervención policial acompañando a la víctima e identificando el domicilio donde había ingresado ese sujeto, sumado al extremo de que se pudiera observar por la hendidura de la puerta la motocicleta -que no poseía chapa patente colocada-; demuestran la existencia de un cauce independiente de investigación, ajeno al proceder que se estima inválido, y en virtud del cual se habría obtenido igualmente la incautación del rodado.

Esas circunstancias dan cuenta de la probabilidad cierta de que se obtuvieran esos resultados por medios ajustados a las pautas legales. Por ello, existiendo ese cauce independiente de investigación que habría culminado, también, en la incautación del rodado, no debe disponerse la exclusión probatoria del secuestro de la motocicleta (que se le sustrajo a la víctima el día 4 de noviembre de 2015).

Tal como lo dijo mi colega de Sala, Dr. Pablo Soumoulou, en la I.P.P. 11786/I del mes de Noviembre del año 2013 (sufragio al que adherí): "...Es dable recordar que, por obra principalmente de la jurisprudencia se fue creando un catálogo de excepciones a la regla de exclusión que al concurrir en un caso concreto tornarían inaplicable la prohibición probatoria y determinarían la legitimidad constitucional de la prueba obtenida.

El art. 211 del C.P.P. establece (como principio general) que carece de toda eficacia la actividad probatoria cumplida y la prueba obtenida con afectación de garantías constitucionales. El tema relativo a prohibiciones probatorias tiene su base como adelantara, en la jurisprudencia estadounidense, que la C.S.J.N. ha seguido en reiterados precedentes jurisprudenciales Rayford, Ruiz (310:1847), Daray (317:1985), Fernández Prieto (321:2947), Martínez Saturnino (311:962) y en la actual composición Fiscal c/ Aguilera (1324:151); caso Contreras de la Cámara Nacional de Casación Penal publicado en La Ley, 1995-b, 57)..."

Recordando los casos "Brewer v. Williams", 430 US 387 (1977) y "Nix v. Williams", 467 U.S. 431 (1984), en ese voto se explica que se trata de "...precedentes que en rigor iniciaron el debate sobre los efectos sanadores de los cursos hipotéticos de investigación".

Según esta teoría, una prueba obtenida irregularmente puede ser valorada en la medida en que hubiera sido, de todos modos, alcanzada o descubierta por medios lícitos. Es decir, cuando ya no fuera necesaria la existencia de una investigación en curso sino que se concretase la probabilidad de que, mediante una actividad investigativa regular y normal (aunque sólo conjetural), el elemento de convicción adquirido inválidamente hubiera sido igualmente alcanzado en forma lícita por el curso normal de los acontecimientos". (Granillo Fernández- Herbel .Código de Procedimiento Penal de la Pcia de Bs.As. La Ley. 2da Edición actualizada. 2009. comentario art. 211).

Repasemos los referidos fallos de la Corte Americana.

En Brewer v. Williams (1977) se investigaba el homicidio de una niña de 10 años. El imputado - W- fue condenado por homicidio sobre la base de prueba testimonial que se le recibió sin habersele hecho conocer previamente sus derechos. Sus dichos condujeron a los agentes policiales hacia el cadáver de la niña. La Corte revocó la condena impuesta por haberse basado en prueba ilegítima y reenvió la causa al tribunal de juicio sosteniendo: "Mientras que ni los dichos incriminantes de W... ni los testimonios que describen el momento en que éste dirigió a la policía hacia el cuerpo de la víctima pueden ser admitidos constitucionalmente como prueba en un segundo juicio, la prueba relativa al lugar donde se encontraba el cuerpo y las condiciones en que éste estaba serían admisibles en base a la teoría que el cuerpo iba a ser encontrado de cualquier forma, aún sin las manifestaciones incriminantes de W...". Ello, pues en el caso la policía había montado un amplio operativo de búsqueda, y al momento en que el imputado se dirigió a los agentes hacia el cuerpo



de la niña, el personal policial se hallaba muy cerca del lugar del hallazgo del cadáver (mayoría).

Ahora bien. En el nuevo juicio seguido a W. por ese mismo hecho, Nix v Williams (1984), la Corte desarrolla más ampliamente esta teoría y las similitudes con la de la fuente alternativa o independiente que había sido utilizada en "Silverthorne". Sostiene en esta oportunidad que: "La doctrina de la vía independiente permite admitir prueba descubierta por medios totalmente independientes a cualquier violación constitucional... Cuando la prueba impugnada tiene una fuente independiente, la exclusión de esa prueba pondría a la policía en una peor posición de la que hubiera estado en ausencia de ese error o violación. Hay una similitud funcional entre estas dos doctrinas, ya que la exclusión de prueba que hubiera sido inevitablemente descubierta también pondría al gobierno en una peor posición, porque la policía hubiera obtenido prueba si la mala actuación no hubiera ocurrido" (puede leerse en <http://www.supremecourt.gov/>).

Roxin sostiene que la prueba obtenida irregularmente sólo será pasible de valoración, en el caso de que debiera haber sido "...muy probablemente realizada en virtud de las investigaciones precedentes..." y la irregularidad no constituya falta grave al procedimiento. Ejemplifica con la intervención telefónica sin habilitación judicial (Roxin, Claus Derecho Procesal Penal, Ed. del Puerto, Bs.As., 2000, p.193, el subrayado me pertenece).

Por ello, la exclusión no es automática y debe apreciarse en cada caso en particular...".

Y en tal sentido continúo diciendo, es nuestra Corte Suprema Nacional que ha sostenido "...Apreciar la proyección de la ilegitimidad del procedimiento sobre cada elemento probatorio es función de los jueces, quienes en tal cometido deben valorar las particularidades de cada caso en concreto. Resulta ventajoso para esa finalidad el análisis de la concatenación causal de los actos, mas no sujeta a las leyes

de la física sino a las de la lógica, de manera que por esa vía puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados. Debe tenerse en cuenta, asimismo, la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas..." (CSJN, Fallos: 210;1874, considerando 5)

Conforme explica Alejandro Carrió "...Si existe en un proceso un cauce de investigación distinto del que se tenga por ilegítimo, de manera de poder afirmarse que existía la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente independiente, entonces esa prueba será válida..." (Carrió, Alejandro "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal" 5ta Ed. Actualizada, Hammurabi, Bs. As. 2008).

Así, resultando válido el secuestro del ciclomotor que se le sustrajo el día antes a la víctima en poder del imputado, ese elemento de convicción debe valorarse conjuntamente con el resto de las evidencias reunidas.

En ese sentido advierto que el imputado fue visto por el damnificado mientras circulaba a bordo del rodado que reconoció como propio; el hecho de que al momento del secuestro no tuviera la chapa patente colocada y el escaso lapso temporal transcurrido desde el momento de la sustracción hasta su hallazgo (el día siguiente).

Ello permite tener por acreditadas la materialidad ilícita y la autoría de A.F.Q. en el hecho enrostrado, con el grado de probabilidad requerido para elevar la presente causa a juicio y confirmar la decisión apelada.

Por lo expuesto, a la primera cuestión voto por la negativa, y propongo al restante colega de Sala, la confirmación de la elevación a juicio dispuesta.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:**

Adhiero por sus fundamentos al voto del Doctor Barbieri, haciéndolo en el mismo sentido.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:** Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde confirmar -por mayoría de opiniones- la resolución recurrida de fs. 115/121 y vta.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:** Adhiero al voto del Doctor Soumoulou, haciéndolo en el mismo sentido.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:** Adhiero al voto del Doctor Soumoulou, haciéndolo en el mismo sentido.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los Señores Jueces nombrados.

## **RESOLUCIÓN**

Bahía Blanca, mayo - de 2.017.

**Y Vistos; Considerando:** Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto -por mayoría de opiniones- que es justa la resolución apelada de fs. 115/121 y vta.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, éste **TRIBUNAL, RESUELVE:** No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 122/124 y vta. y, en consecuencia **CONFIRMAR** la resolución de fs. 115/121 y vta. (arts. 209, 210, 334 a 337, 439, 440 y 442 del C.P.P.).

Notificara la Defensoría Oficial, a la Fiscalía General Departamental y al imputado.

Hecho, devolver a la instancia de origen.