

Expte. Nro. quince mil quinientos ochenta y tres.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro._____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los trece días del mes de noviembre 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 resolver en la **I.P.P. nro. 15.583/I** del registro de este Cuerpo, caratulada: "**Incidente de apelación. Imputado: G.,C.A.**", y practicado que fue el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de esta 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**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es justa la resolución de fs. 78/81 y vta.?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR SOUMOULOU, DICE: A fs. 78/81 y vta., el Titular del Juzgado de Garantías nro. 2 Dptal. -Dr. Guillermo Gastón Mercuri- resolvió declarar la nulidad del allanamiento practicado sin orden judicial por personal policial, y del secuestro de los elementos encontrados en el interior de la vivienda, detallados en el acta de fs. 1/3, por resultar violatorio de los arts. 220, 222, 226 y cctes del C.P.P. el procedimiento policial llevado adelante en la ocasión; rechazando en consecuencia, la conversión de la aprehensión en detención de C.A.G., respecto de los delitos de encubrimiento agravado, tenencia de arma de fuego de guerra sin autorización legal y tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida

autorización legal (arts. 189 bis inc. "2", párrafo 1ero. y 2do., 277 inc. "c", en función del inc. 3, inc. "a" y 55 del C.P.).

El citado decisorio resultó impugnado por el Sr. Agente Fiscal a cargo de la U.F.I. y J. Nro. 11 -Dr. Diego Miguel Conti- a fs. 93/104 y vta.

Refiere el recurrente que el gravamen irreparable que habilita la vía recursiva, surge ante la declaración de nulidad del acta de allanamiento y secuestro, que expone a la investigación a la posibilidad de frustrar los fines del proceso establecidos en el art. 266 del C.P.P., impidiendo su reparación en una instancia ulterior.

En cuanto a los puntuales motivos de agravios, el Sr. Agente Fiscal expresa que no han existido contradicciones en las declaraciones testimoniales prestadas por los funcionarios policiales Dorrego, Marcos y Neira, y el testigo de actuación; y que el Sr. Juez A Quo ha dado mayor crédito a lo manifestado por el imputado al prestar declaración en los términos del art. 308 del C.P.P. y a un testigo aportado por la Defensa, a quien no se le recibió declaración en la sede de la Fiscalía.

Entiende que el encausado prestó su consentimiento para que las autoridades policiales ingresaran al interior de su domicilio. Cita jurisprudencia en apoyo de su reclamo, concluyendo que la anuencia prestada por G. ha sido válida; eventualmente sostiene que, también existieron razones de necesidad y urgencia para justificar el accionar policial.

Solicita que se revoque la resolución impugnada, ratificando el allanamiento de la morada y el secuestro de los objetos detallados en el acta de fs. 1/3; se haga lugar a la conversión de la aprehensión en detención de C.A.G., y se resuelva la restitución de los efectos peticionados.

A fs. 107/108 mantiene el recurso de apelación el Sr. Fiscal General Adjunto de este Departamento Judicial de Bahía Blanca -Dr. Julián Martínez Sebastián-.

Adelanto que el recurso de apelación deducido por la Fiscalía no será de recibo.

En primer término, corresponde evaluar si la vía intentada resulta admisible. Así puedo aseverar que en la ley 11.922 (arts. 219, 421 y cccts.) no se encuentra prevista expresamente la recurribilidad -directa- por apelación del auto que declara la nulidad de un allanamiento. Sin embargo, ello no conlleva per se la imposibilidad de impugnación si, tal como lo prevé el art. 439 del C.P.P., se alega y acredita la provocación de gravamen irreparable, con la pervivencia de la resolución impugnada.-

Respecto de lo que debe entenderse por gravamen irreparable, Chiara Díaz ha dicho que: "...este es, un perjuicio, menoscabo o agravio en expectativas, derechos o pretensiones de los sujetos actuantes que no puedan tener remedio en el curso del mismo trámite o procedimiento o en una fase ulterior del proceso, constituyendo una vez de ello, una circunstancia que de no ser removida consolidar una determinada situación en detrimento de quien la sufre sobre su interés o posición..." (Código Procesal Penal de Bs.As., Comentado, varios autores, Pág. 395, Ed. Rubinzal Culzoni, 1era. Edición).

Para determinar entonces la admisibilidad del remedio interpuesto, debemos analizar la existencia de ese gravamen irreparable o de tardía reparación ulterior, en el sentido que lo ha definido nuestro máximo Tribunal Nacional (C.S.J.N. fallos 280:297; 310:1835; 311:358; 314:791 entre otros) y el Tribunal de Casación Provincial (Sala I causa 16.353 del 12/10/04 y 18.508 del 3/5/05).

En este caso, el recurso resulta admisible por haberse alegado que de mantenerse la resolución dictada por el señor juez de garantías, el agravio resultaría de imposible reparación, puesto que el secuestro de los distintos elementos hallados en el inmueble se encuentra directamente relacionado con la acreditación de la

materialidad delictiva y la adquisición de medios de prueba dirimentes para el proceso.

Despejada la cuestión atinente a la admisibilidad del recurso, principio por señalar y tal como nos enseña Clariá Olmedo, que el allanamiento de un domicilio "es un acto de coerción real limitativo de una garantía constitucional, consistente en el franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado en contra de la voluntad de quien está protegido por esa garantía, cumplido por una autoridad judicial con fines procesales, y legitimado solamente cuando se han satisfecho las formalidades impuestas por la ley ritual " (Tratado de Derecho Procesal, t. V, p. 416).

Ahora bien. Si una persona presta su consentimiento para que se efectúe el registro de su domicilio sin la correspondiente orden judicial, legitimando el ingreso de los funcionarios policiales, ha llevado a sostener a parte de la doctrina y jurisprudencia en posición que comparto, que técnicamente no se trata de un supuesto de allanamiento en los términos de la ley ritual, pero no menos cierto es también, que para que dicho consentimiento pueda reputarse como válido, debe encontrarse revestido de determinadas condiciones, que en el supuesto de autos, no las encuentro reunidas.

El caso traído a estudio de este Cuerpo, estriba precisamente en la necesidad de determinar si G. prestó su anuencia en forma libre y previa, para que los funcionarios policiales ingresen a su domicilio sin orden judicial.

Sobre este punto, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho que "...para legitimar una medida invasiva sin orden judicial, el consentimiento de quien tuviera el derecho a la exclusión de la intromisión debe ser expreso y comprobadamente anterior a la entrada de los representantes de la autoridad pública a la vivienda, no debe mediar fuerza o intimidación, lo cual normalmente no se puede presumir cuando la persona está detenida, y a quien lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar la autorización para el

allanamiento. Además, parece razonable exigir que el morador resulte enterado del motivo -debidamente explicitado- de la presencia del personal policial y del alcance de la diligencia. Causa Nro. 73775 S de fecha 14/05/2008 en autos caratulados "U. ,S. G. s/Tentativa de robo agravado" y Causa nro. 82068 del 19/04/2006, caratulada "Q. ,D. E. ;P. ,M. G. s/Robo calificado y tenencia ilegal de arma de guerra.

Del acta de fs. 1/3, no se desprende el cumplimiento de los recaudos mínimos señalados por el Tribunal Cívero en el orden provincial ni tampoco surge ello de las declaraciones testimoniales recibidas en el legajo.

Adviértase que, los preventores describen en el acta y en lo que resulta de interés que, junto al testigo de actuación -J.S.N.D.- "...y con la anuencia del propietario, nos acercamos al vehículo, constatando efectivamente que se trataba del automóvil sustraído el día de ayer en el hecho que no ocupa...". Asimismo, siguen relatando que se acercan al inmueble, y desde la ventana que estaba abierta, pueden divisar distintos elementos, consultándole al encausado si eran de su propiedad, manifestándose este en forma negativa. Es decir, la única conformidad dada por G. fue para acercarse al automotor, nada se dice del ingreso a la vivienda.

Es más, en el acta de procedimiento se invocan razones de necesidad y urgencia para el ingreso al domicilio (vivienda emplazada en una villa de emergencia, zona conflictiva y hostil al personal policial, imposibilidad de establecer una custodia, etc.), pero reitero, de la conformidad del encartado, ni una palabra.

Las declaraciones testimoniales de los preventores policiales Oyarzo y Fenizi de fs. 25/26 y fs. 27/28, nada dicen del mentado consentimiento de G., al igual que el relato brindado por el testigo de actuación J.N.D. a fs. 13.

Ahora bien. Recién aparece la conformidad para ingresar al domicilio en las declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales Dorrego, Marcos y Neira de fs. 53/55, 58/59 y 60/61, respectivamente, como así también en el nuevo testimonio de Juan Navarro Desiderio a fs. 56/57.

De cualquier manera, lo relatado allí lejos está de tener por cumplido los recaudos de los que habla la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el fallo apuntado supra, pues solo se hace mención a que G. dio su conformidad para ingresar al inmueble, pero nada se dice si se le hizo saber el derecho que tenía a negarse al ingreso, los motivos de la presencia policial en el lugar y los alcances de la diligencia, por lo que la omisión incurrida, sumada a la desmentida efectuada por el imputado al momento de recibírsele declaración en los términos del art. 308 del C.P.P., me llevan a tener por ineficaz el asentimiento para ingresar al domicilio en cuestión.

En ese sentido, el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires -Sala III- dijo que "...descartada la existencia de consentimiento válido para admitir la legitimación de la entrada de los agentes policiales a la vivienda, pues en el acta que documenta la realización de la requisa no consta que se pusiera en conocimiento de la imputada de su derecho a impedir el ingreso de los policías, se sigue que los efectos secuestrados a raíz de tal introducción ilegal en la esfera de la intimidad de aquélla, no pueden ser admitidos como elementos probatorios en la causa, pues el método seguido para su obtención ofende al sentido de justicia..." Causa Nro. 38766 de fecha 22/12/2009, en autos caratulados "G. ,C. M. P. s/Recurso de casación".

Tampoco encuentro justificadas las razones expresadas por la instrucción policial en el acta de fs. 1/3, para actuar conforme lo dispone el art. 222 del C.P.P.

El Código de Procedimiento Penal en la Provincia de Buenos Aires establece en dicho artículo supuestos taxativos que permiten que la policía pueda allanar una morada sin orden judicial, por lo que las razones alegadas en el procedimiento no guardan relación con las circunstancias excepcionales que habilitan el ingreso a un inmueble prescindiendo de la correspondiente autorización judicial y

ello más allá de no compartir el argumento del recurrente en cuanto sostiene que existieron razones de urgencia para actuar en la forma como se hizo.

Nada más para decir.

Conforme lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso de apelación de fs. 95/104 y vta.; y confirmar la resolución dictada a fs. 78/81 y vta.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Analizados los agravios expuestos, la resolución impugnada y el contenido del voto que abre este acuerdo, anticipo que coincido con el sufragio en lo que hace a la admisibilidad del recurso, pero he de disentir con la solución de fondo que propone, en tanto entiendo que la nulidad dispuesta resulta -a esta altura- prematura.

Comparto lo expresado por el Dr. Pablo Hernán Soumoulou respecto de que, de acuerdo a las constancias de la causa, no puede razonablemente inferirse que -en este caso- el consentimiento prestado por G. para el ingreso policial satisfaga los requisitos exigidos por la S.C.J.B.A en la jurisprudencia que citara; de allí que con tal argumentación no puede predicarse la validez de ese tramo de la actuación policial.

Sin embargo, la ausencia de ese consentimiento y en consecuencia de una justificación que permita validar el procedimiento en que el que se ha excepcionado la regla de contar con una orden de allanamiento emanada de juez competente, no conlleva a la invalidez -en este caso- del secuestro de los elementos hallados en el interior del inmueble (sobre los que se basa parte de la imputación de encubrimiento agravado), por existir un cauce independiente de investigación que hubiera llegado a idéntico fin.

Para ello tengo en cuenta que conforme surge del acta de procedimiento y de los testimonios de los policías actuantes, una vez que llegaron al lugar (indicado por el GPS de uno de los celulares sustraídos) e ingresaron por una calle interna que da al centro de la manzana "...observamos en la última construcción,

de la interna, a media manzana a simple vista, un automóvil Volkswagen Bora, de color gris oscuro, el que se encuentra tapado con una media sombra de color verde, divisando de igual forma el dominio colocado HXX 769, el que fuera sustraído el día de ayer en el hecho..." (fs. 3/6). Esa constatación ya hubiera justificado una orden de allanamiento para ingresar al lugar, por lo que el descubrimiento de las cosas que se encontraban dentro de la construcción, hubiera sido -en ese sentido- inevitable.

Ante la existencia del auto denunciado como sustraído en un espacio abierto al acceso desde la vía pública (como describió el Juez A Quo a fs. 46 vta. y se observa a fs. 7), el personal policial se aproximó al mismo, el que se ubicaba al lado del inmueble; siendo que allí pudieron observar, a través de una ventana que estaba abierta: "...a simple vista, sobre una cama, varios elementos electrónicos, entre ellos, dos televisores, ropa, tres bolsos de mano...", lo que valorado en forma conjunta con el hallazgo en el lugar del rodado y en el marco de un robo calificado donde también se habían sustraído otros efectos (entre ellos dos televisores ver fs. 16/19), demuestra 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 de los elementos que se encontraban dentro de la precaria construcción (aclaro que no digo ello por su calidad, sino por las escasas medidas de seguridad: predio abierto, ventanas abiertas, puerta sin picaporte, entornada con una soga, lugar desocupado, personas indiscriminadas que ingresarían a drogarse y/o a dejar efectos -según lo refiriera el propio G., etc.).

Esas circunstancias dan cuenta de la probabilidad cierta de que se obtuvieran los mismos resultados, por medios ajustados a las pautas legales. Por ello, existiendo ese cauce independiente de investigación que habría culminado, también, en la incautación de la cosas halladas dentro del inmueble, no debe disponerse la exclusión probatoria de los secuestros que constan en el acta de fs. 1/3.

Tal como adhiriera en la I.P.P. 11786/I del mes de Noviembre del año 2013 (si bien con otras circunstancias facticas): "...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 válidos, a esta altura y conforme surge de los elementos reunidos, los secuestros realizados dentro del inmueble, corresponde revocar la decisión que dispuso su nulidad.

Atento lo informado por Secretaria respecto de que el imputado G. habría sido excarcelado en el marco de la I.P.P. principal nro. 15.308/17, la solicitud de conversión de aprehensión en detención ha devenido abstracta.

Por lo expuesto, respondo por la negativa.

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

Adhiero al contenido y al sentido del sufragio emitido por el Dr. Barbieri.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde revocar -por mayoría de opiniones- la resolución recurrida de fs. 78/81 y vta. en lo que hace a la nulidad de los secuestros que constan en el acta de fs. 3/5, por considerar tal declaración, prematura.

Así lo propongo.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Adhiero al voto del que me antecede.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero al voto del Doctor Soumoulou.

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

R E S O L U C I Ó N

Bahía Blanca, noviembre 13 de 2.017.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que no es justa la resolución apelada de fs. 115/121 y vta.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, éste **TRIBUNAL, RESUELVE:** Declarar admisible el remedio, y hacer lugar al recurso de apelación interpuesto -por mayoría de opiniones- y revocar -por prematura- la resolución recurrida de fs. 78/81 y vta. en lo que hace a la nulidad de los secuestros que constan en el acta de fs. 3/5 (arts. 421, 439, 440 y 442 del C.P.P.).

Notificar a la Defensoría Oficial, a la Fiscalía General Departamental y al procesado G., remitiendo copia del decisorio al Juzgado de Garantías y a la U.F.I.J. de intervención para que se tome conocimiento.

Hecho, devolver a la instancia de origen