

Expediente I.P.P. dieciséis mil doscientos treinta y uno.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los quince días del mes de mayo del año dos mil dieciocho, 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 Gustavo Angel Barbieri y Guillermo Alberto Giambelluca** (art. 440 del C.P.P.), bajo la Presidencia del primero, para dictar resolución interlocutoria en la I.P.P. nro. 16.231/I caratulada "**I.P.P. nro. 21651-17 por comercialización de estupefacientes en Carmen de Peatagones**" 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), resultó que la votación debe tener lugar en este orden **Barbieri y Giambelluca**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1) ¿Es justa la resolución apelada?

2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: A fs. 140/144 y vta. interpone recurso de apelación el Sr. Agente Fiscal a cargo de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio nro. 19 Departamental -Dr. Mauricio Del Cero-, contra la resolución dictada por la Sra. Jueza a cargo del Juzgado de Garantías nro. 3 Departamental -Dra. Susana Calcinelli a fs. 137/138-, por la que resolvió: "...no hacer lugar a los allanamientos peticionados y vuelva la presente I.P.P. a la UFIJ de intervención, a fin de que se requieran las diligencias conforme los términos ya dispuestos o bien se proceda conforme las vías procesales pertinentes...".

Expresa el Sr. Agente Fiscal que el remedio es admisible por provocar un gravamen "...de insusceptible reparación ulterior, puesto que al privarse a esta Agencia Fiscal de realizar la diligencia de allanamiento en momento oportuno, esto trae aparejado el claro riesgo de quedarnos huérfanos de los elementos de prueba que con la medida se pretenden coleccionar...".

Se agravia por entender que se trata de un delito sumamente grave y que la urgencia viene dada "...por la oportunidad de producirse el secuestro de droga cuando justamente se ve que se está comercializando -en horario nocturno-...".

Considera que desde que la Jueza consideró "...procedente la realización de las diligencias de allanamiento, por la existencia de elementos de convicción suficientes, ha resultado arbitrario que la misma se aparte del contundente plexo probatorio reunido en autos que da cuenta de que dicha actividad se desarrolla precisamente en horario nocturno..." y que "...las consecuencias de llegar "en mal momento" pueden traer aparejada la IMPUNIDAD..." destacando "...los días y franja horaria donde justamente se ha detectado el desarrollo de la actividad, es decir, días próximos al fin de semana (jueves, viernes, sábado) y en horario nocturno...".

Afirma que "...cuando lo que se procura encontrar son elementos propios del giro del comercio de estupefacientes, resulta lógico y razonable que la diligencia se cumplimente en la franja horaria en que la actividad se desarrolla...".

Expresa que idéntica situación se produjo en la I.P.P. nro. 17.122-15 "G.;L. s/comercialización de estupefacientes" en la que esta Cámara de Apelaciones revocó la decisión de primera instancia "...haciendo lugar a la habilitación horaria para la realización de la diligencia..."; por lo que solicita se revoque el auto apelado y se dispongan los allanamientos requeridos, con expresa habilitación horaria.

Analizados los agravios y el contenido de la resolución, anticipo que propondré al acuerdo declarar admisible y procedente el recurso interpuesto, debiendo revocarse la decisión de la Jueza en lo que hace a la habilitación horaria solicitada.

En primer término, corresponde evaluar si la vía intentada resulta admisible, en tanto en la ley 11.922 no se encuentra prevista expresamente la recurribilidad -directa- por apelación del auto que deniegue una orden de allanamiento.

Sin embargo, ello no conlleva per se el rechazo 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 denegatoria, debiendo analizarse 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 la Señora Juez A-Quo (teniendo en cuenta las características de los hechos investigados), el agravio resultaría de imposible o muy tardía reparación, puesto que podría frustrarse la adquisición -oportuna- de aquellos elementos relacionados con el delito (estupefacientes y demás instrumentos relacionados con la actividad que se detallaran), incumpléndose con los fines de la investigación (art. 266 del Rito).

Tengo para ello particularmente en cuenta la naturaleza de los delitos previstos en la ley 23.737, donde esas medidas de incautación -de material estupefaciente o relacionado con su fraccionamiento y venta- se vinculan directamente con la posibilidad de acreditar la materialidad delictiva, y con la adquisición de medios de convicción dirimentes para la dilucidación final del proceso (teniendo particularmente en cuenta que las negociaciones que se realizarían, es en la franja horaria en que se piden las diligencias).

Así entiendo que en esta causa la diligencia requerida por la Agencia Fiscal y su realización en determinado horario (para poder obtener los efectos

buscados, desde que se acreditaron maniobras compatibles con el comercio de sustancias estupefacientes en esa franja horaria), no puede ser suplida de otra manera, dado que la Sra. Juez A Quo no los ha denegado por carencia probatoria -ya que a fs. 107/115 dispuso los allanamientos con fundamento en la misma prueba reunida en este estadio-, sino por una especial (y en mi parecer errónea) interpretación de la manda legal de los arts. 219, 220 y ccdtes. del Ritual.

No existiría, en consecuencia, otra manera de remover el obstáculo, que no sea con una interpretación jurídica distinta, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos investigados, la naturaleza de las diligencias peticionadas y los medios de convicción reunidos en la causa (arts. 421, 422, 433 y 439 a "contrario sensu" del Rito).

Ingresando el fondo de los planteos, vinculados a la solicitud de días concretos de la semana y habilitación horaria efectuada por el recurrente a fin de practicar los allanamientos ya concedidos, entiendo que los medios de convicción reunidos -en las actuaciones- resultan suficientes para considerar al requerimiento razonable y fundado.

Tal como sostuve en al I.P.P. nro. 14.407/I en fecha 16/09/2016, la interpretación llevada a cabo por la Magistrada no resulta correcta, pues ha efectuado una exigencia no prevista en el art. 219 para la habilitación horaria jurisdiccional, recurriendo al art. 220 del mismo Cuerpo legal, al exponer que no se verificaban los supuestos de excepción, esto es: casos sumamente graves y urgentes o cuando peligre el orden público.

Por el contrario esas excepciones han sido previstas por el legislador provincial para las situaciones en que la orden de allanamiento hubiera sido emitida sin habilitación horaria, resultando entonces una facultad para el personal judicial y/o policial que la estuviera diligenciando el proceder en horario prohibido, "...sin perjuicio de su ratificación posterior por el juez...".

Distinto es el caso de autos, donde la habilitación la requiere el Fiscal al Órgano Jurisdiccional en forma concomitante a que se dispongan las ordenes de allanamiento; dado que la regla es que la diligencia se lleve a cabo desde que salga hasta que se ponga el sol, para evaluar la excepción alegada, debemos remitirnos al art. 219 segundo párrafo del Rito, que hace referencia a que la orden contendrá, entre otras referencias, "...la habilitación horaria que corresponda...". Esa "habilitación horaria" deberá, entonces, otorgarla el Titular del Organo Jurisdiccional en su decisorio motivado –y previa petición fundada del Persecutor Penal-.

No resulta aplicable al caso -en consecuencia- lo dispuesto en el art. 220 del C.P.P., que está previsto para los demás supuestos allí consignados (cuando el morador o su representante lo consientan o en casos sumamente graves y urgentes o cuando peligre el orden público), ocasiones en que los funcionarios públicos actuantes decidieran llevar adelante el procedimiento -fuera de las horas habilitadas- sin ese permiso previo, debiendo luego aguardar la ratificación del Órgano Jurisdiccional.

En el caso no se ha requerido a la Señora Juez de Garantías esa confirmación, puesto que la diligencia no se ha practicado; sino que lo que se le peticionó es la autorización para allanar determinados lugares y practicar los correspondiente secuestros en ciertos días y en horas inhábiles; por lo que frente a ello debía analizar si, en virtud de las constancias reunidas en la causa, había motivos fundados para la concesión.

Advierto que en el resolutorio originario de fs. 107/115 la sra. Jueza dispuso las órdenes de allanamiento por entender que existían elementos de convicción suficientes (aun cuando no otorgó la habilitación horaria peticionada), habiendo valorado las tareas investigativas efectuadas en el marco de la presente I.P.P., las que detalló en sus considerandos, y de las que emerge que la actividad presuntamente delictiva, se desarrollaba precisamente en horario nocturno y esencialmente a partir de las 20 horas. En función de lo expresado, y atento la

interpretación que debe realizarse de lo dispuesto por los arts. 219 y 220 del C.P.P., propongo al acuerdo hacer lugar a la apelación impetrada, a fin de que los allanamientos autorizados a fs. 107/115, se efectivicen con habilitación horaria (es decir para realizar luego de que se ponga el sol), debiendo precisarse por parte de la Jueza de Grado y con vista al Ministerio Público Fiscal, la fecha exacta y franja horaria en la que se llevarán adelante los procedimientos (arts. 219, 220, 421, 422, 433, 439, 440 y ccmts. del C.P.P.).

Respondo por la negativa.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Barbieri y sufragio en ese sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde revocar la resolución impugnada de fs. 137/138 y vta., haciendo lugar a la petición fiscal a fin de que los allanamientos oportunamente dispuestos en la instancia de grado -a fs. 107/115-, se efectivicen con habilitación horaria (luego de la puesta del sol), debiendo precisarse por parte de la Jueza de Grado y con vista al Ministerio Público Fiscal, la fecha exacta y franja horaria en la que se llevarán adelante los procedimientos (arts. 219, 220, 421, 422, 433, 439, 440 y ccmts. del C.P.P.).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero al voto del Dr. Barbieri.

Con lo que culminó el Acuerdo que signan los Sres. Jueces nombrados.

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, mayo 15 de 2.018.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que no es justa la resolución impugnada.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede este **TRIBUNAL, RESUELVE:** declarar admisible el remedio interpuesto y revocar la resolución de fs. 137/138 y vta., haciendo lugar a la petición fiscal a fin de que los allanamientos oportunamente dispuestos en la instancia de grado, a fs. 107/115, se efectivicen con habilitación horaria después de la puesta del sol, debiendo precisarse por parte de la Jueza de Grado y con vista al Ministerio Público Fiscal, la fecha exacta en la que se llevarán adelante los procedimientos (arts. 219, 220, 421, 422, 433, 439, 440 y ccmts. del C.P.P.).

Notificar mediante libramiento de oficio al Señor Fiscal General Departamental con copia de lo aquí resuelto, y devolver la causa –sin más trámite- a primera instancia para que se efectivice lo ordenado sin más trámite (teniendo en cuenta la naturaleza de la medida, y que fue peticionada y recurrida inaudita parte).