

Expediente I.P.P. Nro. dieciséis mil cuatrocientos setenta y dos.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias Nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los ocho días del mes de Octubre 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 Guillermo Alberto Giambelluca, Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. Nro. 16.472/I: "INCIDENTE DE APELACIÓN EN I.P.P. NRO. 02-00-008105-18 (PRISIÓN PREVENTIVA). IMPUTADO: O.,G.W."**, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debe tener lugar en este orden **Giambelluca, Barbieri y Soumoulou**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º) ¿Es justa la resolución apelada?

2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. GIAMBELLUCA, DICE: A fs. 1/9 interpone recurso de apelación la Sra. Defensora Particular, Dra. Bárbara Sager, contra la resolución dictada a fs. 11/30 por la Sra. Juez a cargo del Juzgado de Garantías nro. 4 Departamental, Dra. Marisa Gabriela Promé, por la que dispuso la prisión preventiva del procesado G.W.O. en orden al delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en dosis fraccionadas directamente para su consumo, en los términos de los arts. 5 inciso "c" y 34 inciso primero de la ley 23.737 y art. 1 de la ley provincial 13.392, en calidad de autor.

La defensa estructuró su agravio sobre tres ejes centrales.

En primer lugar, peticionó la nulidad del acta de procedimiento que culminó con la detención de su asistido, y de la necesidad de su exclusión probatoria, por no haber mediado en el caso la urgencia requerida por la norma a fin de habilitar al personal policial para efectuar la requisita personal al imputado.

Por otra parte, planteó la ausencia de fundamentación jurisdiccional en punto a la existencia del hecho investigado, fundado en que la droga secuestrada a su pupilo no se hallaba fraccionada sino que sólo se trataba de una dosis para inmediato consumo personal. Agregó que existió también, indeterminación probatoria para achacarle la tenencia de estupefacientes para su comercialización, a partir de la detallada justificación que dio el imputado sobre quiénes eran las personas que aparecían en una pruebas fílmica, descartando que hayan ocurrido las maniobras de "pasamanos" analizadas por la Magistrada.

Por último, cuestionó que en la resolución, se acreditara el peligro de fuga únicamente teniendo en cuenta la pena en expectativa según la escala penal prevista para el delito imputado, sin considerar otras circunstancias y las condiciones personales de su defendido.

Finalmente, peticionó la revocación de la resolución apelada, ordenándose la inmediata libertad de su asistido.

Analizados los agravios de la recurrente, la totalidad de las constancias probatorias y el contenido de la decisión, propondré el rechazo del recurso y la confirmación de la decisión cuestionada.

Me abocaré al análisis de los agravios en el orden planteado.

En primer término, señalo que, a la luz de las circunstancias en que tuvo lugar la actuación policial cuestionada, los reparos de la defensa deben descartarse, toda vez que no se advierte ninguna irregularidad en el procedimiento, del que pueda inferirse injerencias discrecionales de la autoridad en el ámbito de privacidad del imputado, como acertadamente estima la Magistrada de Grado.

Ello surge del acta de procedimiento, ratificada por los preventores actuantes Gustavo Rojas y Ana Inostroza (fs. 2/3 y vta.) en sus respectivas declaraciones, como también del relato de la diligencia que realiza el testigo de actuación P.M.T. (fs. 10/10vta., todas constancias de la principal).

Los funcionarios describen que mientras circulaban por la calle Huaura casi Balboa, a las cuatro y treinta de la madrugada del 15 de Abril pasado, son alertados por unos gritos que provenían de un vehículo estacionado en la vía pública en el que se hallaban un hombre y una mujer, procediendo a interceptarlos con fines identificatorios. Una vez convocado el testigo de actuación realizan a la pareja un cacheo superficial a efectos de resguardar la integridad física de todas las personas. Solicitado al imputado que exhibiera sus pertenencias, expuso un paquete de cigarrillos del cual sobresalían dos bolsas de nylon, una de mayor dimensión que contenía una sustancia blanquecina la cual arrojó resultado positivo para cocaína, con un pesaje de 44 gramos, y otra menor que no arrojó guarismo alguno.

Los funcionarios policiales y el testigo describen coincidentemente el desarrollo del procedimiento y la forma en la que fue secuestrada la sustancia estupefaciente. Por último, los preventores procedieron a la aprehensión del imputado y al secuestro de su teléfono celular y de los estupefacientes señalados (ver acta de procedimiento, ratificación y tests orientativos de fs. 1/5 de la principal).

Sobre la base de la plataforma fáctica reseñada, coincido con la Magistrada de Grado, respecto a que la actuación policial resultó acorde al ámbito delimitado en el art. 294 inciso 5to. del C.P.P., desde que existieron datos objetivos -gritos entre un hombre y una mujer que provenían del interior de un vehículo estacionado en la vía pública en horas de la madrugada-, que constituían "motivos suficientes" para proceder en la emergencia a la requisa del imputado y posteriormente a la del vehículo en el que se encontraba junto a su pareja (art. 225 del C.P.P.).

Existiendo un presupuesto razonable para la actuación policial descripta, debo señalar que el trámite del cacheo, requisita personal y posterior secuestro fue llevado a cabo por los funcionarios en el marco de las normas que regulan su accionar (arts. 293, 294 y concordantes del Código Procesal Penal) y en consecuencia estimo que la incautación del estupefaciente hallado en el interior del paquete de cigarrillos exhibido por el imputado, resulta una actividad lícita, en tanto concurren la "sospecha suficiente" o "motivos suficientes" que legitiman el accionar policial sin orden judicial previa -estándar de razonabilidad y proporcionalidad-, descartándose en el caso, la afectación a la libertad y a la intimidad personal como invoca la defensa.

En torno al segundo agravio, de adverso con la propuesta defensiva y tal como lo adelantara, también comparto con la Señora Juez de Garantías, que la materialidad del ilícito investigado -más allá del tema atingente al fraccionamiento- ha quedado prima facie acreditado desde que el guarismo (44 gramos) hallado en una de las dos bolsas incautadas contenía estupefacientes -cocaína- dentro de los márgenes que permiten a esta altura, demostrar la adecuación del accionar desplegado en la figura prevista en el artículo 5 inciso "c" de la ley 23.737, a la que se hace referencia en el auto recurrido de fs. 11/30 -tenencia con fines de comercialización-, y a alejarse de la pretendida tenencia para consumo personal manifestada por el imputado en su declaración.

Coincido también con la Sra. Juez A Quo, que se encuentra acreditada la participación de O. en el hecho endilgado. Ello, a partir de la pormenorizada visualización del video Nro. 2 (minuto 19:24 al 19:30), que con claridad se observa que el encuentro del imputado con el sujeto que portaba una remera oscura y una gorra negra -quien inquieto y expectante, esperó apoyado en el vehículo Peugeot 206 color bordó del causante desde el minuto 13:05-, se produce por escasos segundos, como también que habría mediado un intercambio a cambio de dinero entre O. y el

masculino señalado.

Tal efímera porción temporal y la maniobra realizada del tipo "pasamanos", no coincidiría ni con la pretendida organización de un "plan de la pesca entre amigos" referido por el imputado, como tampoco con la hipótesis defensiva que justifica la tenencia de estupefacientes exclusivamente para consumo personal.

Esta descripción surge de las tareas desarrolladas por los funcionarios policiales a través de filmaciones y fotografías que fueron dispuestas en el marco de la I.P.P. Nro. 414-18 (agregada por cuerda), iniciada dos meses antes que la presente, por la Fiscalía Actuante al promover la instrucción de la investigación penal preparatoria en el marco de las facultades concedidas por la ley procesal penal en los arts. 266 y 291, segundo párrafo, y a partir de una denuncia anónima recibida al 0800-222-7060, en la cual se dio a conocer el nombre y apellido del imputado, marca y dominio del vehículo en el que se transportaba y guardaba la "droga" - Peugeot 206, patente -, color bordó- como también se individualizaron los dos lugares de esta ciudad en los que la vendía: la playa de estacionamiento de un Barrio Monoblock sito en calle Balboa al -, y la calle Salinas Chicas Nro. -, señalado como el domicilio de su progenitora.

No se me escapa tampoco que esta misma información fue brindada en otras dos denuncias anónimas realizadas en los meses de mayo y junio de este año (corren agregadas por cuerda a la presente I.P.P. Nro. 8105-18), y en otra formulada por el Sr. Secretario de Seguridad y Protección Ciudadana del Municipio, Emiliano Álvarez Porte en el mes de abril (agregada a la I.P.P. Nro. 414-18). En las tres oportunidades se anotan en forma conteste: la identificación del imputado, el vehículo en el que se trasladaba, el domicilio de residencia, la actividad realizada, e incluso las líneas de telefonía celular que utilizaría.

De modo tal que las observaciones llevadas a cabo por los funcionarios policiales, la vigilancia del domicilio del imputado plasmadas en los video filmaciones y

fotografías que los ilustran (especialmente el Video Nro. 2), y el secuestro de la droga en su poder, resultan a esta altura suficientes para tener por "prima facie" acreditada la autoría y responsabilidad penal de O. en el hecho que se le endilga.

No comparto entonces, el planteo de la recurrente en lo concerniente a la ausencia de fundamentación jurisdiccional de este extremo procesal desde que considero que el decisorio de la magistrada de garantías de fs. 11/30, se encuentra debidamente fundado en derecho y se objetiva en las constancias de la causa, de las que resulta posible inferir que la cocaína encontrada en una bolsa de nylon dentro del paquete de cigarrillos que exhibió el imputado como de su propiedad al tiempo de ser identificado -al menos por el momento., se dirigen a sindicarse a O. como la persona que habría detentado la droga con el fin de comercializarla (art. 106 del C.P.P.).

Por último, respecto a la ausencia de motivación jurisdiccional para fundar la existencia de los peligros procesales alegada por la defensa, cabe destacar que, si bien la Magistrado de Grado ha justificado la existencia de peligros procesales en la pena en expectativa para el delito imputado, ello "per se", no permitiría acarrear la nulidad pretendida. Sin perjuicio, es posible adicionar a las referencias apuntadas en la resolución -escala penal de un mínimo de cuatro años y un máximo de quince años de prisión, magnitud punitiva que impide encuadrar la situación del encausado en alguno de los supuestos que se establecen en el art. 169 del C.P.P.-, la gravedad del hecho imputado en cuanto afecta a la salud pública, especialmente a un sector vulnerable como los adolescentes -según se advierte en las filmaciones y en las denuncias efectuadas-, y las consecuencias que el flagelo de la droga apareja a la sociedad en su conjunto.

La valoración conjunta de estos extremos abastecen debidamente el baremo indiciario normado en el art. 148 del C.P.P.

Del desarrollo realizado precedentemente y de los parámetros legales establecidos por el legislador para evaluar la existencia de peligros procesales,

considero que en caso de no encontrarse privado de la libertad podría intentar evadir la acción de la justicia y entorpecer la investigación, por lo que se encuentra justificada su prisión preventiva.

Concluyo entonces, que deben descartarse las nulidades planteadas por la defensa en tanto la resolución judicial que la decreta se encuentra razonablemente fundadas y objetivadas con las constancias de prueba, permitiendo justificar por el momento, la existencia del hecho y la probable participación del imputado en el mismo, calificado como tenencia de estupefacientes para su comercialización, en los términos del art. 5 inciso "c" de la ley 23.737 y art. 1 de la ley provincial 13.392.

Por todo lo expuesto propongo al acuerdo no hacer lugar al recurso interpuesto, a fs. 1/9, y confirmar la resolución apelada, de fs. 11/30.

Voto por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: Analizados los agravios, el contenido de la resolución apelada y el voto que me antecede, anticipo que voy a disentir con el mismo, proponiendo al restante integrante de la Sala que, por existir una omisión de tratamiento de cuestiones esenciales sometidas a consideración de la Sra. Jueza (por parte de la defensa), se decrete la nulidad de la resolución puesta en crisis, por incumplir lo dispuesto por el artículo 168 de la Constitución Provincial en afectación al debido proceso legal.

Es que advertida la existencia de un vicio con entidad nulificante, me encuentro facultado a entender en su tratamiento -en forma oficiosa- en orden a las prescripciones contenidas en los arts. 201, 203 segundo párrafo y 435 del Código Procesal Penal, 18 de la Constitución Nacional y 10, 15 y 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a fin de resguardar el debido proceso adjetivo (normativa citada, arts. 1, 75 inc. 22 Constitución Nacional y 8vo. de la Convención Americana de Derechos Humanos y doctrina de la S.C.B.A., en P. 78.360, S 22/09/2004).

En sentido similar la originaria Sala II del Tribunal de Casación Provincial ha entendido que "...Deben considerarse garantías constitucionales las contenidas en la Constitución Nacional, la provincial y en los tratados internacionales de rango constitucional (arts. 75 inc. 22 de la Const .Nac. y 11 de la Const. pcial.), de manera que en los casos en que se verifique una directa transgresión de normas contenidas en dichos instrumentos procederá la nulidad oficiosa, debiendo en cada caso concreto decidirse respecto de la eventual afectación de la ley constitucional..." (T.C.P.B.A., causa 26.558 RSD-215-8 S de fecha 29-4-2008, F.,O. s/ Recurso de casación).

En mi entender corresponde el dictado de esa invalidez pues en la resolución que se recurre no se ha dado respuesta (o más bien lo hizo en forma dogmática y aparente) a la petición formulada por la defensa en la audiencia de fs. 139/141 y vta., en cuanto solicitó la nulidad del procedimiento policial que diera origen a la investigación; siendo que en el caso de ser acompañado por el restante colega de Sala, no será necesario el tratamiento del resto de los agravios planteados.

En esa audiencia la defensa técnica pidió esa sanción al entender que no existieron motivos suficientes para "...proceder a la requisita realizándose la misma por fuera de los lineamientos previstos en el código de rito. Cita el fallo Daray. Sostienen que la requisita ha sido excesiva entrometiéndose en las pertenencias personales del causante y más allá de lo que la normativa constitucional habilita bastando con un cacheo superficial, previa identificación del causante. Que dicha requisita finalizó con la aprehensión del imputado a raíz del hallazgo en un paquete de cigarrillos de 44 gramos de una sustancia que arrojó positivo para cocaína. Se vulneraron... derecho a la privacidad..." (fs. 139); agregando a fs. 141 que "...no ha existido actitud sospechosa más allá de la discusión que se nombrara y que son los propios preventores quienes a fs. 1 refieren que se hizo descender a O. del vehículo a los fines identificatorios y no porque tuvieran sospechas o motivos suficientes de que

el mismo pudiera tener en su cuerpo elementos provenientes de un un delito como lo establece la norma en su artículo 225...".

Ello fue bilateralizado con la contraparte que contestó al planteo: "...el fallo Daray ha sido modificado por Fernández Prieto... en los que se convalidan los procedimientos de requisas realizados por personal policial en las mismas situaciones en las que se realizó la requisita al automóvil del imputado O.. Existen sobrados motivos suficientes en la causa para convalidar la cuestión...".

Ante tal estado de cosas puedo ir afirmando que el planteo de la defensa era muy claro, resultando en cambio la respuesta del Ministerio Público Fiscal un tanto "evasiva" (al menos de acuerdo a lo que consta en el acta), pues se limitó a expresar que no era aplicable Daray pero sí Fernández Prieto (en cuanto a los fallos del Máximo Tribunal Nacional) agregando que existían "...sobrados motivos suficientes en la causa para convalidar la cuestión...", sin explicitar ello en debida forma, es decir cuáles eran esos "sobrados motivos" que justificaran la intensidad del accionar policial.

Ese principio de omisión de debida respuesta, es consolidada en la resolución jurisdiccional de fs. 144/163, pues allí la Sra. Jueza A Quo con respecto a lo que vengo describiendo, dijo: "...no se presenta en estos autos el supuesto alegado por la Defensa... el personal policial alertado ante los gritos que provenían de un vehículo que se encontraba en la vía pública es que procedió a su interceptación a los fines identificatorios... Posteriormente, y en presencia del testigo de actuación P.M.T., se efectuó un cacheo superficial sobre ambos, arrojando resultado negativo para A.D.; en tanto que a O. se le solicitó que exhibiera sus pertenencias, exhibiendo el nombrado un paquete de cigarrillos conteniendo en su interior una bolsa de nylon y en ella una sustancia blanquecina la cual arrojó resultado positivo para cocaína... el personal policial actuó conforme a derecho y amparado en razones de necesidad y urgencia... intervino ante lo que podría haber sido la posible comisión de un delito al

haber sido alertado por los gritos que provenían de un vehículo... advierten circunstancias objetivas de las que han podido derivar un estado de sospechabilidad -presunta comisión de un delito ante los gritos provenientes del interior del automotor en el que se encontraba el imputado- aunado a razones de urgencia que habilita a mi entender la actuación conforme lo previsto en el artículo 294 inc. 5 del Rito..." (resumido de fs. 144 vta. in fine, 145 y vta. y 146 vta.).

Y allí es donde advierto esa carencia de debida fundamentación pues la otorgada es aparente; ante el claro pedido de la defensa de invalidar lo actuado por considerar que la discusión generada entre dos adultos -dentro de un automotor que estaba en tránsito en la vía pública- no autorizaba su requisa (más allá de no conocerse qué gritos se proferían, cómo fueron escuchados desde el exterior y desde automóviles en movimiento, sin haberse recepcionado declaración testimonial por los funcionarios policiales ni por la Fiscalía a la femenina que acompañaba al hoy privado de la libertad), la respuesta de la Magistrada fue que ello era válido porque podía presumirse la comisión de un delito de acción pública.

Sin embargo y aquí el meollo de la cuestión: no hizo saber qué delito de acción pública podría presumirse, ni por qué una vez detenido el automotor e indagado los "supuestos sospechosos" debía seguirse adelante con la "revisación" de los ciudadanos y del automotor. Y lo que es aún más evidente, no hizo saber por qué una vez detenido el automotor, descendidos los ciudadanos, revisado el auto, y "cacheados" los mismos, correspondió intensificar la revisión hasta dar con el atado de cigarrillos y una vez revisado éste, inspeccionado el interior donde se hallaran 44 gramos de cocaína.

Todo ello demuestra la carencia de debida respuesta, habiéndose efectuado una fundamentación aparente, que requiere el dictado de una nueva decisión jurisdiccional (en el caso de que la fiscalía reitere la petición de privación de libertad). Dejar de lado por completo esas cuestiones expresamente planteadas por la

parte resistente de la acusación, sin brindar una explicación que lo justifique, torna arbitraria la decisión, la que además debe ser prudentemente revisada teniendo en cuenta que con ese accionar se justifica la medida cautelar más gravosa que preve el C.P.P.

Por todo lo expuesto, propongo a mi restante colega disponer la nulidad de la resolución apelada, reenviando esta causa a primera instancia para que se haga efectiva la libertad del justiciable y se prosiga el trámite de la causa en legal forma (arts. 18 Const. Nacional, Arts. 10, 168 y 171 de la Constitución Provincial, arts. 106, 157 a "contrario sensu", 201, 203, 210, 421, 439 y ccdtes del C.P.P.).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. SOUMOULOU, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Barbieri y sufrago en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. GIAMBELLUCA, DICE: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde -por mayoría de opiniones- declarar la nulidad de la resolución apelada, reenviando esta causa a primera instancia para que se haga efectiva la libertad del justiciable en la presente y se prosiga el trámite de la causa en legal forma.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: Sufrago en el mismo sentido.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. SOUMOULOU, DICE: Voto de la misma manera.

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

si//

//guen las firmas

R E S O L U C I Ó N

Bahía Blanca, Octubre 8 de 2.018.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que es nula la resolución impugnada.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede **ESTE TRIBUNAL RESUELVE:** -por mayoría de opiniones- declarar la nulidad de la resolución apelada de fs. 11/30 y disponer la inmediata libertad de G.W.O. en esta causa -la que efectivizará en la instancia de origen, previo constatación de que no existan impedimentos legales y/o anotaciones a disposición de otro Cuerpo-, reenviándose las actuaciones al Juzgado de Garantías interviniente a esos fines y para que se prosiga con el trámite de la causa en legal forma (arts. 18 Const. Nacional, Arts. 10, 168 y 171 de la Constitución Provincial, arts. 106, 157 a "contrario sensu", 201, 203, 210, 421, 439 y ccdtes del C.P.P.).

Extráigase copia de la presente y previa certificación, agregúese a los principales.

Librar oficio de notificación al Sr. Fiscal General Departamental con copia de la resolución precedente, y a la Defensa Particular, al domicilio electrónico denunciado a fs.1.