

**Expediente I.P.P. dieciséis mil quinientos quince.**

**Número de Orden:\_\_\_\_\_**

**Libro de Interlocutorias nro.\_\_\_\_\_**

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veintisiete días del mes diciembre 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 Ángel Barbieri y Guillermo Alberto Giambelluca (art. 440 del C.P.P.), para dictar resolución en la I.P.P. Nro. 16.515/I del registro de este Órgano caratulada: "**V.,M.E. s/ incidente de apelación**"; y practicado que fue 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 **Barbieri y Giambelluca**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

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

**1ra.) ¿Es justa la resolución apelada?**

**2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?**

### **V O T A C I Ó N**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:** A fs. 1/2 y vta. interpone recurso de apelación la Sra. Defensora Oficial de la ciudad de Tres Arroyos -Dra. Laura Alejandra Pereyra-, contra la resolución dictada a fs. 59/61 por el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías nro. 1 de Tres Arroyos, Dr. Alberto Daniel Gallardo.

Se agravia por considerar violatorio de garantías constitucionales el procedimiento llevado a cabo por el Ayudante Fiscal junto con personal policial, nominado como "allanamiento por necesidad y urgencia", y que culminara con la anuencia de la sospechada, para el ingreso -a su vivienda- de los funcionarios y con la entrega (por parte de la nombrada) del dinero (que se relacionara con la suma denunciada como sustraída).

Entiende que, frente a la presencia -en el domicilio de la imputada- de "...una comisión compuesta por siete personas... no puede en esas circunstancias hablarse de un libre, expreso y válido consentimiento o autorización para el registro domiciliario..."; agregando que la sede judicial debe ser restrictiva en convalidar este tipo de accionar, que implica una lesión a garantías constitucionales, por lo que solicita se declare la nulidad del procedimiento formalizado a fs. 25 y vta., de conformidad a lo dispuesto por los art, 201, 202, 203, 204, 205 y 207 del C.P.P.

Analizados los agravios y el contenido de la resolución apelada, propondré al acuerdo no hacer lugar al recurso interpuesto, aunque con fundamentos distintos a los expresados por el Sr. Juez de Grado.

Comienzo aseverando que el actuar de los funcionarios policiales y del Sr. Ayudante Fiscal, no resultó ajustado a la normativa procesal y constitucional; sin embargo ello no conlleva la solución nulificante propuesta por la recurrente, ni la invalidez del secuestro de la suma dineraria hallada en el interior del inmueble (sobre los que se basa parte de la imputación), por existir un cauce

independiente -previo y concreto- de investigación que hubiera llegado a idéntico fin.

Como surge de los datos aportados por la denunciante, existía el conocimiento de que una de las llaves del comercio correspondiente a la caja de seguridad donde se guardaba el dinero, había estado -por un tiempo- al alcance de la sospechada y dentro de su esfera de custodia, siendo que la sustracción del dinero se produjo sin efectuar fuerza sobre ningún elemento y sin provocar desorden.

Asimismo, como se informó a fs. 16/17, en los videos captados por la cámaras de seguridad municipales ubicadas en la vía pública se pudo ver "...alrededor de las 00:43 del día, ya 17/05/2018, ingresar a un persona aparentemente de sexo femenino, al comercio dedicado a Heladería, el cual ya se encontraba cerrado y con luces de su interior apagadas, observando en unas de sus de sus extremidades un bolso de aparentemente gran porte, de color blanco. Continuando la visualización de la misma cámara y al paso de 20 minutos aproximadamente este misma persona que ingresó, egresa del local, retirándose en forma pedestre..." y que ella fue identificada como M.E.V..

Destaco que la nombrada es madre de dos de las empleadas del comercio, pero - de acuerdo a lo que surge de la investigación- no tendría ninguna vinculación personal con el local que pudiera justificar el ingreso captado por las cámaras de seguridad pública, pasada la medianoche en un horario en que no se encontraba abierto (habiendo ocurrido en la madrugada del mismo día en que se constató el faltante del dinero y en que se realizó la denuncia).

Esas circunstancias dan cuenta de la probabilidad cierta –previa y concreta- de que se obtuvieran los mismos resultados, por los medios estrictamente ajustados a las pautas legales. Por ello, existiendo ese cauce independiente de investigación que habría culminado, también, en la incautación de las cosas halladas dentro del inmueble, no debe disponerse la exclusión probatoria de los secuestros que constan en el acta de fs. 23 y vta.

Tal como adhiriera en la I.P.P. 11786/I del mes de Noviembre del año 2013 (si bien con otras circunstancias fácticas): "...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 continuó 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..." (C.S.J.N., 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, a esta altura y conforme surge de los elementos reunidos, el secuestro de dinero realizado dentro del inmueble, corresponde rechazar el recurso.

Sin perjuicio de lo expuesto y atento las graves manifestaciones efectuadas por el Sr. Agente Fiscal actuante a fs. 56/57 y vta., con respecto a la actuación del

Sr. Ayudante Fiscal de la localidad de González Chavez, y teniendo en cuenta la discordancia entre lo afirmado por éste último a fs. 52/53 y la negativa informada por la Sra. Secretaria del Juzgado de Garantías de fs. 55, es que propongo dar vista al Sr. Fiscal General Departamental a los fines que estime corresponder.

Respondo por la afirmativa.

**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 BARBIERI, DICE:**

Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde confirmar la resolución recurrida en lo que fue materia de agravio.

Así lo propongo.

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

Adhiero al voto del Doctor Barbieri.

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

## **R E S O L U C I Ó N**

Bahía Blanca, diciembre 27 de 2.018.

**Y Vistos; Considerando:** Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que debe rechazarse el recurso interpuesto.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, éste **TRIBUNAL, RESUELVE:** Rechazar el remedio presentado y confirmar la resolución apelada en lo que fue materia de agravio (arts. 421, 439, 440 y 442 del C.P.P.).

Dar vista a la Fiscalía General Departamental, destacando las graves manifestaciones efectuadas por el Sr. Agente Fiscal a fs. 56/57 y vta. con respecto a la actuación del Sr. Ayudante Fiscal de la localidad de González Chavez, a lo que se aduna la discordancia entre lo afirmado por éste último a fs. 52/53 y la negativa informada por la Sra. Secretaria del Juzgado de Garantías de fs. 55; ello a los fines que estime corresponder.

Notifíquese a la Fiscalía General y a la Defensoría General.

Hecho, devolver a la instancia de origen donde deberá notificarse a la sospechada.