

**Expediente M- IPP dieciséis mil setecientos cinco.**

**Número de Orden:**\_\_\_\_\_

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

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los catorce días del mes de Febrero del año dos mil diecinueve, 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 Pablo Hernán Soumoulou y Gustavo Ángel Barbieri (art. 440 del C.P.P.), para dictar resolución interlocutoria en la **M-I.P.P. 16.705/I: "M.,J.M.- P.,M. s/ tenencia simple de estupefacientes (art. 14 primer párrafo de la ley 23.737)",** 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), resulta que la votación debe tener este orden **Soumoulou y Barbieri**, 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 SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:** A fs. 74/78 y vta. interpone recurso de apelación el -entonces- Señor Agente Fiscal a cargo de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio nro. 3 del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, Doctor Pedro Morán, contra la resolución de fs. 61/64, dictada por el Titular del Juzgado de Garantías del Joven Nro. 2, Doctor Esteban Mario Usabiaga, mediante la cual resuelve declarar la invalidez del procedimiento instrumentado en el acta de fs. 1/2, y en consecuencia la nulidad de todo lo actuado.

El recurrente expresa que la nulidad decretada impide continuar con la investigación, generando un gravamen de imposible reparación ulterior al Ministerio Público fiscal.

En cuanto a los motivos de fondo, considera que el A Quo ha realizado una errónea interpretación de la normativa procesal y los alcances de las facultades policiales para efectivizar requisas sin orden judicial.

Entiende que se encuentra acreditado el estado de necesidad y urgencia requerido por los arts. 294 inc. 5 y 225 del C.P.P., para realizar las requisas a los jóvenes.

Refiere que debe analizarse el acta que inició el procedimiento en el contexto en que se desarrolló la tarea policial, donde en un principio acuden los funcionarios ante un llamado al Centro de Emergencias 911; en horas de la noche; en una calle que no resulta de paso; donde se encontraban reunidos seis jóvenes sin motivo.

Sostiene que no resultó irrazonable la sospecha que justificó la identificación de los involucrados por el personal policial, no vulnerándose ningún derecho constitucional.

Cita jurisprudencia en abono de sus argumentos.

Solicita en consecuencia, que se revoque la resolución cuestionada.

Por su parte, el señor Fiscal General Adjunto, Doctor Julián Martínez Sebastián, mantuvo la apelación a fs. 94/96.

En primer término, en lo referente a la admisibilidad del remedio procesal en trámite, digo que si bien la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la decisión que decreta la nulidad del procedimiento de aprehensión, requisas y secuestro de efectos no se encuentra expresamente prevista en el Código Procesal, (atendiendo a la taxatividad de los recursos prevista en el art. 421 del C.P.P.), la resolución dictada por el magistrado de grado, genera un gravamen de imposible -o

tardía- reparación ulterior, por lo que resulta admisible (art. 439 C.P.P.).

En el caso, la nulidad dispuesta y la imposibilidad de que se valoren los efectos secuestrados, pone de relieve la existencia del gravamen irreparable que justifica la admisibilidad de la impugnación.

Aclarado ello y analizadas las constancias del presente incidente, lo resuelto por el Señor Juez de Garantías del Joven y los argumentos expresados por la Fiscalía, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de apelación y revocar la resolución en crisis con los alcances que expondré seguidamente.

Principio por señalar que, a la luz de las circunstancias en que tuvo lugar la actuación policial cuestionada, a esta altura del trámite, resultan plausibles las conclusiones a las que arriba el recurrente, toda vez que no se advierte ninguna irregularidad en el procedimiento, del que pueda inferirse injerencias arbitrarias de la autoridad en el ámbito de privacidad de los sospechosos, como contrariamente estima el señor magistrado de intervención, por lo que considero que la nulidad decretada aparece como prematura.

Me explico. La presente causa se inicia con una denuncia anónima realizada al Centro de Emergencias N° 911, ante la presencia sospechosa de varios sujetos en las inmediaciones del inmueble sito en la calle Roberto J. Payró nro. - de Bahía Blanca (fs.. 54 y vta.).

Del acta de procedimiento de fs. 1/2 surge que el día 29 de junio del 2018, siendo aproximadamente las 16:20 horas, los Subtenientes Emanuel Gallego y Jesica Walter, que se encontraban recorriendo la jurisdicción en prevención de delitos y/o contravenciones, reciben un llamado vía radial del personal del Destacamento de Palihue informando que en la calle Roberto Payró a la altura del - "...se encontraba un grupo jóvenes en "actitud sospechosa" afuera de una obra en construcción...". Al llegar al lugar, observan la presencia de seis personas, a quienes comienzan a identificar.

Que el joven M.P. llevaba una mochila de color negra, y al ser preguntado por el oficial "...no respondía a las preguntas con lógica y a su vez tartamudeaba al tratar de responder...".

Se convoca a un testigo de actuación -el Sr. A.-, quien manifestó que su esposa había realizado el llamado telefónico al Centro de Emergencias, porque observó la presencia de unos jóvenes que no eran del barrio.

Al solicitársele al joven M.P. que exhiba el contenido de la mochila, observan una bolsa transparente tipo "ziploc" conteniendo una sustancia verde pastosa tipo cannabis con un fuerte olor "simil" a marihuana.

Posteriormente, identifican al joven J.M.M., quien extrajo del bolsillo derecho de su pantalón, un paquete vacío de Malboro Box conteniendo un cigarrillo armado con la misma sustancia.

Sobre esa descripción fáctica, corresponde analizar si los funcionarios policiales actuaron dentro del margen estándar que preveen los arts. 225 y 226 del C.P.P.

En definitiva, el fondo de la cuestión gira en torno a la legalidad de la aprehensión de los jóvenes y la posterior requisa y secuestro de los efectos que aquellos llevaban; y si el estado de sospecha consignado en el acta de procedimiento, podía justificar el accionar policial llevado adelante en la ocasión

A este respecto, no es ocioso destacar que las garantías de la libertad ambulatoria y la privacidad tienen rango constitucional (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional; 16 y 17 de la Constitución Provincial), de lo que se infiere que en los casos en que esa normativa directa aparece incumplida, el perjuicio se encuentra tasado por la ley máxima; por lo que corresponde desentrañar si el proceder policial violentó áreas de intimidad constitucionalmente protegidas.

De las circunstancias fácticas ya individualizadas se desprende que los preventores acudieron ante un llamado del 911 a la calle Roberto Payro nro. -, porque

había un grupo de personas reunidas en su inmueble, que no eran conocidas del barrio, por lo que proceden a identificar a los sujetos que se encontraban en ese lugar.

Luego, la conducta realizada por el personal policial, al identificar al joven M.P., se encuentra a esta altura del proceso, fundada y plasmada objetivamente en el acta cabeza de actuaciones, pues como allí se dice y en lo que resulta de interés para la dilucidación de la cuestión, el joven M.P."...no respondía las preguntas con lógica y a su vez tartamudeaba al tratar de responder..." sobre lo que contenía la mochila que llevaba.

Respecto a este extremo, se ha resuelto "...Sin perjuicio del título otorgado ('motivos suficientes', 'circunstancias previas o concomitantes', 'actitud sospechosa', 'sospecha razonable' o 'causa probable') para que la intromisión estatal sea legal, los funcionarios policiales que proceden a requisar a un sujeto sin orden judicial deben explicar los motivos objetivos de la realidad que, antes de intervenir, le hicieron presumir fundadamente que la persona requisada llevaba consigo elementos relacionados con un delito ..." (Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As. Sala Segunda en causa nro. 44.028 "Rojas, Marcelo Daniel s/Recurso de Casación interpuesto por la señora Fiscal General Adjunta" del 28/04/11).

En estos obrados esos motivos en principio existieron.

Los funcionarios policiales en mi opinión no actuaron en exceso de sus facultades, ya que sin encontrarse en un caso de delito "in fraganti", han justificado el "estado de sospecha" que se requiere para proceder en la forma que se hizo en autos.

Coincido con los argumentos dados por el Dr. Celesia cuando sostiene que "...tanto la requisa como el secuestro no requieren un estándar de certeza acerca de la existencia o la vinculación de ciertos objetos con un delito, sino tan sólo una sospecha fundada. Es decir que, el funcionario policial o quien lleve a cabo la restricción de derechos con fines preventivos o investigativos, no actúe por mero capricho. Esta exigencia de motivación debe ser lo suficientemente estricta para evitar

un ejercicio arbitrario de las facultades de requisa o secuestro, pero también lo suficientemente flexible para permitir la prevención e investigación de los delitos..." (T.C.P.B.A. -originaria Sala II- en causa 32541 del 05/10/2010).-

Considero entonces, que el accionar de los funcionarios policiales, fue adecuada a la situación (estándar de razonabilidad y proporcionalidad) en la que presumieron que los jóvenes -a quienes estaban individualizando- podrían ocultar elementos relacionados con el hecho ilícito.

La reseña efectuada abastecería por sí la razonabilidad de la sospecha despertada por la actitud de los jóvenes al ser individualizados. Destaco además, que existen medidas que podrían llevarse adelante con el fin de recabar medios de convicción, y cuya incorporación no sería factible a las luz de las consecuencias que emanan de la resolución apelada, que permitirían evaluar con una mayor precisión y profundidad las circunstancias del caso, particularmente la legalidad de la actuación policial, en especial: la declaración del testigo de actuación A.; y la de su esposa -quien realizó la denuncia al Centro de Emergencias N° 911 (mencionada en el acta de fs. 1/2)-; las filmaciones requeridas al Centro Único de Monitoreo y las pericias pedidas por la Fiscalía a fs. 43 y vta., las que permitirían un análisis más profundo sobre la existencia o inexistencia -en el caso- de las razones requeridas por el legislador para dotar de validez a la requisa efectuada.

De otro lado, La Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en la causa nro. 62.106 del 17/7/2014, ha dicho que "...la mencionada regla de exclusión probatoria contenida en el citado artículo 211 del Código Procesal Penal no debe ser entendida como de aplicación automática e irracional, sino que corresponde a los juzgadores valorar las particularidades del caso en concreto y, de acuerdo a los principios de la lógica y de la experiencia, determinar en el caso puntual si el elemento probatorio en cuestión ha sido obtenido con vulneración de alguna garantía constitucional..."(conf. causa N°3036, caratulada "T, T.

s/Rec. de Casación", rta. 8/9/2005, voto del doctor Mancini)...".

Conforme lo expuesto, considero que ha resultado prematura la declaración de nulidad del acta de procedimiento, aprehensión y secuestro dispuesta por el Sr. Juez A-Quo.

Por ello, propongo al acuerdo, hacer lugar al recurso de apelación de fs. 74/78 y vta., y en consecuencia, revocar la resolución de fs. 61/64 y vta., debiendo continuar el trámite de la causa con la intervención de Juez hábil.

Así lo voto.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE:** Que adhiero al sentido del sufragio que precede y a sus fundamentos -únicamente- en cuanto considera prematura la decisión dictada por el Sr. Juez A Quo; en tanto por un lado se ha omitido la valoración de un medio de convicción de singular importancia y por otro lado existen medidas que podrían llevarse adelante con el fin de recabar otros, cuya incorporación no sería factible a las luz de las consecuencias que emanan de la resolución apelada. Ese plexo permitiría evaluar con mayor precisión y profundidad las circunstancias del caso, particularmente la legalidad de la actuación policial y la existencia de razones objetivas que justifiquen ese primigenio obrar.

El medio omitido es la llamada de alerta al servicio de emergencias nro. 911 de fs. 54 y vta., donde un vecino del lugar da cuenta de "...ver gente en el patio...", lo que sin dudas podría haber resultado justificativo del accionar prevencional; por su parte el A Quo hace una referencia (fs. 62 tercer párrafo) de que el llamado sólo habría sido por divisar personas ajenas al barrio pero desconociendo el alcance de lo transcripto a fs. 54 y vta. Y allí asevero lo prematuro de la decisión pues restando lapso instructorio en los términos de los arts. 266 y ccdts. del Ritual, ha optado por "cercenar" ese derecho a la persecución penal, prohibiendo la continuación de la investigación pese a la falencia transcripta.

En el mismo sentido aún restan medidas que la Agencia Fiscal puede llevar a cabo para aclarar debidamente por qué se procedió a la "revisación" de los sujetos el día del procedimiento; lo que sumado a la falta de valoración del elemento ya descrito, conllevan la imposibilidad de que la fiscalía continúe investigando, poniendo de relieve, lo prematuro de la decisión definitiva dictada (en similar sentido me pronuncié en la I.P.P nro. 14.081/I "D., A. s/ tenencia simple de estupefacientes" de fecha 27/9/2016).

Con esos alcances adhiero al voto que me precede.

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

Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de apelación de fs. 74/78 y vta., y en consecuencia, revocar la resolución de fs. 61/64 y vta., debiendo continuar el trámite de la causa con la intervención de Juez hábil.

Así lo voto.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:** Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Soumoulou y sufragó en el mismo sentido.

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



## **R E S O L U C I Ó N**

Bahía Blanca, febrero 14 de 2.019.

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

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede: **SE RESUELVE:** hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 74/78 y vta. por el -entonces- Señor Agente Fiscal del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, Doctor Pedro Morán; y en consecuencia, **REVOCAR** la resolución de fs. 61/64, debiendo continuar el trámite de la causa con la intervención de Juez hábil. (arts. 225, 226, 293, 294 inc. 5, 439, 440 del C.P.P.).

Notificar a los Ministerios.

Hecho. Remitir los presentes actuados a la instancia de grado a los efectos de anotar a los encausados.