

Expediente dieciséis mil novecientos setenta y nueve.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veinticuatro días del mes de Mayo 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, Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Ángel Barbieri**, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. 16.979/I: "T. s/ estupefaciente -tenencia para consumo personal (art. 14 segundo párrafo de la Ley 23.737)"**, 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 Soumoulou, 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 SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:

A fs. 36/39 y vta., interpone recurso de apelación el Señor Agente Fiscal a cargo de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio nro. 19 del Departamento Judicial de Bahía Blanca, Doctor Mauricio Del Cero, contra la resolución de fs.

34/35 y vta., dictada por la Sra. Titular del Juzgado de Garantías Nro. 3, Doctora Susana Calcinelli, mediante la cual no hace lugar a la ratificación de secuestro peticionada por la Fiscalía; y declara la nulidad del acta de procedimiento de registro y secuestro de fs. 1/2, y de todos los actos que son su consecuencia.

El recurrente efectúa una reseña de los antecedentes del caso, indicando que el procedimiento policial tuvo por finalidad evitar la posible comisión de un delito de acción pública.

Explica que los preventores tuvieron motivos suficientes para suponer que la actitud de quienes ocupaban el vehículo era -al menos- sospechosa.

Respecto a la admisibilidad del remedio intentado, refiere el Sr. Agente Fiscal que no es una resolución expresamente apelable, pero que de quedar firme, significaría el fin de la causa y su archivo, al no poder avanzar el trámite de la presente causa.

En cuanto a los puntuales motivos de agravio, considera el Dr. Del Cero que ha sido correcto el procedimiento llevado a cabo por los funcionarios policiales (art. 294 inc. 5 C.P.P.), pues el comportamiento de los encausados constituía un motivo de sospecha para actuar como lo hicieron, y que confirma ello lo hallado en forma posterior.

Solicita en consecuencia, que se revoque el fallo impugnado, y se haga lugar a la ratificación del secuestro oportunamente solicitada.

Por su parte, el señor Fiscal General Adjunto, Doctor Julián Martínez Sebastián, mantuvo la apelación a fs. 44/46 y vta.

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 registro y secuestro 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 la Sra. 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 la Señora Juez de Garantías y los argumentos expresados por la Fiscalía, entiendo que corresponde rechazar el recurso de apelación por las siguientes razones.

Principio por señalar, que el art. 15 inciso "c" de la ley 13.482 autoriza a los funcionarios policiales a limitar la libertad de las personas en los casos en que se requiera su identificación, siempre que existan circunstancias que razonablemente lo justifiquen, y se nieguen a identificarse o no tengan la documentación que lo acredita. Veamos si se dan estas "circunstancias". El acta prevencional atacada, describe una situación de hecho particular, en la que el día 23/10/2018 siendo las 2:45 horas, el Subteniente Victor Coñoen y la Oficial María Torres a bordo del móvil policial recorrían la jurisdicción que le habían asignado en prevención de delitos y/o faltas, y observan que en las

calles Carriego y Roberto Artl del Barrio Cooperación de esta ciudad, circulaba un vehículo marca Corsa -tipo deportivo- con dominio JAK 435, que daba vueltas alrededor de la manzana en varias ocasiones, observando sus ocupantes los inmuebles del sector, por lo que deciden detener el automóvil para identificar a los sujetos que se encontraban en su interior. Hasta aquí nada que se pueda cuestionar. Sigue la exposición actuarial, que luego de conocer sus identidades -T. y S.-, convocan a un testigo hábil, y que "...en presencia de la misma, los efectivos policiales realizan un registro minucioso del habitáculo del rodado en cuestión, hallando en el mismo precisamente en la gaveta un envoltorio de papel blanco y en su interior tres partes compactas fraccionadas de sustancia aromática marihuana, y debajo del estéreo, un recipiente pequeño de color blanco (con inscripción en su exterior "LORATADINA+BETAMETASONA) y en su interior siete cápsulas bicolors; y finalmente, en el mismo lugar se halla un envoltorio de nylon y en su interior una piedrita pequeña de color blanca...".

Que luego de realizar la correspondiente prueba de orientación, se determinó que las sustancias secuestradas correspondían a marihuana -4,6 gr- y cocaína -0,3 gr.- respectivamente.

Tal como lo ha manifestado el Dr. Barbieri en la IPP Nro. 11.252/I "...el Dr. Martínez confunde -en cierta medida- cuáles son los requisitos establecidos por el legislador provincial para que el personal policial -sin previa orden judicial- pueda proceder a requisar a una persona, revisar un rodado o para detener a un ciudadano; con las facultades que se le otorga a la misma

autoridad, pero ahora en el marco de sus funciones como policía de seguridad o de prevención del delito.

Y esa diferencia es más patente en este caso, cuando no se ha requisado ni detenido a persona alguna.

Sería equivocado considerar que las funciones de seguridad y prevención, se encontraran estrictamente delimitadas por los estándares de apreciación y justificación que establece el Código Procesal Penal en sus arts. 294 inc. 5to., 225 y ccdds. para las requisas, y en su art. 153 respecto de la aprehensión. Las funciones identificadas en primer término, y sus facultades correlativas, deben analizarse a la luz de las disposiciones de la ley 13.482; y en este sentido emití mi voto oralmente en la causa nro. F-11.426/13, el día 9/5/13...".

Con ese norte, considero entonces que el accionar primigenio de identificación está más que avalado a tenor de las previsiones de la ley provincial 13.482; ahora debe determinarse si ha existido -en este caso- la sospecha que requiere el Código Procesal Penal en la investigación de un ilícito, para actuar conforme el 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 posterior requisa y secuestro de los efectos 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 la actitud sospechosa que el personal policial apreció en los coimputados no se encuentra fundada, acreditada o plasmada objetivamente en el acta cabeza de actuaciones, pues no es dable establecer con certeza cuál fue el motivo -de naturaleza objetiva- que los preventores sopesaron para practicar la diligencia de requisa.

Y ya dentro de la terminología del art. 225 del Ritual, corresponde preguntarse ¿qué motivos suficientes existieron para presumir que los encausados ocultaban cosas relacionadas con un delito? 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 no existieron. Nótese que el propio Agente Fiscal sostiene que pudieron existir diferentes motivos a partir del comportamiento de los encausados -tener armas de fuego o algún otro elementos para cometer un delito; entrega (onerosa o gratuita) de sustancia estupefacientes o adquirir o recibir droga, etc.-, sin que pueda determinarse que se trató de un caso de delito "in fraganti", ni se ha justificado el "estado de sospecha" que se requiere para proceder en la forma que se hizo en autos. Que más allá de que comparta los argumentos del fallo citado a fs. 44/46 por el Señor Fiscal General Adjunto, al momento de manifestar su intención de mantener el recurso impetrado, es de destacar que el mismo difiere con el sub lite desde que en aquél el accionar policial se enmarcaba dentro de un operativo público de control, no ajustándose por tanto al presente (pues la normativa de aplicación resultaría la del art. 294 y no la general del art. 225 como en estos obrados).

A mayor abundamiento, cabe agregar que el requisito de que se manifiesten las causas de la sospecha que justifiquen la requisita no desaparece por el éxito de la medida o por el cumplimiento posterior de las formalidades procesales.

Los funcionarios policiales actuaron en exceso de sus facultades, ya que sin encontrarse en un caso de delito "in fraganti" y no habiendo justificado debidamente el "estado de sospecha", procedieron a la detención del auto que conducían dos ciudadanos, revisaron el vehículo, requisaron a los sujetos y procedieron al secuestro de sustancias.

La testigo del procedimiento es por demás elocuente de lo sucedido en la ocasión "...se procede a realizar en presencia de la dicente el cacheo preventivo sobre las prendas de ambos sujetos, en busca que objetos que puedan dañar la integridad física del mismo y de terceros, dando como resultado negativo; acto seguido se procede a la requisa del vehículo, en presencia de la dicente, y hallan dentro de la guantera del automóvil un trozo de papel de color blanco con una sustancia verdosa símil marihuana y debajo del stereo hallan un envoltorio de nylon con una sustancia blanca símil cocaína y un frasco pequeño de plástico con pastillas de color rosa y marrón..." (fs. 9 vta.).

En definitiva, sin motivo alguno se inspeccionó el rodado, importando tal proceder una extralimitación de los funcionarios policiales en su accionar, que colisiona en las normas procesales y constitucionales antes citadas.

Que conforme lo expuesto se impone mantener la nulidad del procedimiento de registro y secuestro de fs. 1/2 y de los actos consecuentes.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: He de disentir con el sentido y los fundamentos del voto que precede, al igual que la dictada por la Sra. Juez A Quo, proponiendo al restante colega de Sala, hacer lugar al remedio.

Así por considerar que la nulidad dispuesta (en la instancia de grado) resulta -a esta altura- prematura, en tanto existen medidas que podrían llevarse adelante con el fin de recabar medios de convicción, cuya

incorporación no sería factible a las luz de las consecuencias que emanan de la resolución apelada; ellas permitirían evaluar con una 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.

Más allá de la opinión expuesta por la Sra. Jueza de Grado, y por el Colega que abre el acuerdo, lo cierto es que la investigación recién se encuentra en ciernes y considero que aún posee plazo la Agencia Fiscal para adjuntar elementos que demuestren la legalidad del obrar policial. Así advierto que la decisión conclusiva adoptada lo ha sido con el acta de procedimiento y una declaración -recibida en sede policial- del testigo civil; y si bien puedo compartir que resulta plausible que en el acta prevencional consten claramente los motivos por los cuales se llevó adelante la revisión de un vehículo automotor, también opino que durante el plazo de duración de la I.P.P. pueden llevarse adelante diligencias para clarificar ese accionar (restando lapso instructorio en los términos de los arts. 266 y ccdds. del Ritual, se ha optado por "cercenar" ese derecho a la persecución penal, prohibiendo la continuación de la investigación).

Es más, si bien pudieron existir motivos para no ratificar por el momento el secuestro de las sustancias incautadas en el acta de fs. 1/2, ello no lo considero que conlleve -necesariamente- el dictado de la invalidez de todo el accionar y el correspondiente archivo de las actuaciones (pues dado el delito que se investiga, resultaría imposible continuar el trámite y la posterior imputación de delito alguno).

Sí puedo adelantar que el primer motivo brindado por el personal policial no aparece como arbitrario para proceder a la identificación de los sujetos que iban dentro de un vehículo (que a la madrugada reiteraba "vueltas a la manzana" en un vecindario, divisando diversas propiedades). Ahora bien por qué se procedió a la inspección de todo el vehículo y la intensidad de esa diligencia es lo que está en juego y considero prematuro invalidarla, sin -verbi gracia- haber tomado declaración testimonial al personal policial actuante.

Reitero que no haber ratificado por el momento el secuestro de las sustancias era suficiente, considerando la invalidez una demasía.

Destaco en ese sentido, que existe posibilidad de recepcionar tales testimonios (inclusive con presencia de la defensa) en sede judicial, contando entonces con mejores recursos para evaluar la credibilidad y fiabilidad de la versión brindada por los policías en el acta, sumado a la posibilidad de adquirir otros medios de convicción; cuya producción y relevancia se frustraría de decretarse a esta altura de la investigación la nulidad del acta de fs. 1/2 y de aquellos actos procesales consecutivos que de ella dependen (con el consecuente archivo de las actuaciones). 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.

Por ello, propongo al acuerdo, hacer lugar al recurso de apelación, y en consecuencia, revocar la resolución puesta en crisis, debiendo continuar el trámite de la causa con la intervención de Juez hábil.

Respondo por la negativa.

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

Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Barbieri y sufrago en el mismo sentido.

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

Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde -por mayoría de opiniones- hacer lugar al recurso de apelación de fs. 36/39 y vta., y en consecuencia, revocar la resolución de fs. 34/35 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 sufrago en el mismo sentido.

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

Adhiero al voto del Dr. Soumoulou.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, Mayo 24 de 2.019.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto -por mayoría de opiniones-: Que no es justa la resolución apelada. Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede: **SE RESUELVE:** corresponde -por mayoría de opiniones- hacer lugar al recurso de apelación de fs. 36/39 y vta., y en consecuencia, **REVOCAR** la resolución de fs. 34/35 y vta., 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 la Fiscalía General Departamental.

Hecho. Remitir los presentes actuados a la instancia de grado a los efectos de practicar las restantes notificaciones.