

Expediente I.P.P. Nro. dieciocho mil ochocientos ochenta y ocho.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, habiendo deliberado (en los términos de las Resoluciones y Acordadas de la S.C.B.A. N° 480/20, N° 535/20 y N° 558/20, en su parte pertinente conf. Res. N° 593/20) los Sres. Jueces de la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Bahía Blanca, integrada por los Sres. Jueces Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 18.888/I "A. s/ estupefacientes – tenencia simple"** y habiéndose realizado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la n° 12060) resultó que debe seguirse este orden Dres. Barbieri y Soumoulou (art. 440 del C.P.P.), 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: EL Sr. Agente Fiscal a cargo de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio nro. 19 interpone recurso de apelación contra la resolución dictada por el Juzgado de Garantías nro. 1 Departamental, por la que se dispuso: declarar la nulidad del acta de procedimiento de fs. 1/6, y de todo lo actuado posteriormente (que sea consecuencia directa de esa actuación), decretar la exclusión probatoria de los elementos secuestrados, no convalidar el allanamiento realizado y los secuestros efectuados en virtud de esa medida; y –en consecuencia- ordenó la libertad del imputado aprehendido A..

Se agravia por considerar que -dada la persecución emprendida y que el personal policial hubiera podido divisar el momento que el sospechoso arrojaba algo hacia el interior del inmueble- los funcionarios se encontraban facultados para ingresar al lugar aun sin contar con la autorización de su titular, pudiendo considerarse que su actuación estuvo enmarcada dentro de las previsiones del art. 222 del C.P.P.

Respecto de la ausencia de testigo de la actuación policial, expresa que el personal preventor dejó constancia que "...no había ningún transeúnte que pudiera oficiar como tal..." y que ello resulta razonable en virtud de que eran las 2:30 hs. de la mañana, máxime a partir de las medidas de aislamiento y restricción de la circulación dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria, consecuencia de las directivas de prevención ante el virus Covid19. Solicita revocación y prosecución del trámite.

El Superior Jerárquico mantuvo el remedio interpuesto.

Analizados los agravios y el contenido de la resolución apelada, propondré al acuerdo su revocación, en tanto entiendo que la nulidad y exclusión probatoria dispuestas resultan, a esta altura, prematuras. En ese sentido, destaco que de los elementos de convicción reunidos, puede estimarse que el hallazgo de los estupefacientes bien podría haberse producido por un cauce independiente de investigación, de no haber ingresado el personal policial al inmueble y haber optado por viabilizar dicho acceso a través de una orden de allanamiento emitida por órgano jurisdiccional.

Es que, como surge de autos, el hecho de que los policías que perseguían al sospechoso, quien aceleró la marcha de su motocicleta al advertir la presencia policial, hayan podido observar el momento en que arrojara un envoltorio de nylon de color verde por arriba de la pared del inmueble que da hacia la calle, pone de relieve la plausibilidad de que -de no ingresar al domicilio en esa oportunidad- los funcionarios tomaran un curso de acción distinto mediante el requerimiento judicial de una orden de allanamiento. Ello sobre la estimación razonable que podría

sostenerse sobre la relación que con algún delito podrían guardar los elementos que lanzara -el perseguido- al interior del domicilio ante la persecución policial.

Esas circunstancias dan cuenta de la probabilidad cierta –previa y concreta- de que se obtuvieran los mismos resultados, por medios estrictamente ajustados a las pautas legales y sin necesidad de contar con el consentimiento de la moradora, cuya legalidad descalificó la Magistrada de Grado. Por ello, existiendo ese cauce independiente de investigación que habría culminado, también, en la incautación de los estupefacientes hallados dentro del inmueble, resulta prematura la nulidad y exclusión probatoria dispuestas por la Jueza.

Tal como adhiriera en la I.P.P. 11786/I del mes de Noviembre del año 2013 (si bien con otras circunstancias facticas): "...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)..."

Por otro lado, y en lo referente a la ausencia de testigos de actuación en el acta que inicia esta investigación, no puede compartirse la solución adoptada por la Jueza de Grado. La falta de participación de testigos ha sido justificada en la ausencia de persona que oficie como tal, dado el horario en el que se efectuó la interceptación (pasadas las dos de la mañana), el momento del año en que ocurrió y el hecho de que estuvieran vigentes las medidas Aislamiento Social Obligatorio y Preventivo; resultando una exigencia indebida la efectuada por la Sra. Jueza A Quo (Arts. 117 y 119 del C.P.P.).

Recuerdo, en ese sentido, tal como lo señalé en al I.P.P. nro. 12.231/I en fecha 21/07/14, la doctrina emanada de precedentes de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva -que en la provincia se le impone al Juzgador en el art. 3 del C.P.P. (C.S.J.N., Fallos 311:1413 y 2337, y sus citas).

Ello, sin perjuicio, claro está, de cuál fuera el valor probatorio que podría adjudicársele a dicha actuación y ante la ausencia de participación en el procedimiento de una persona ajena al personal policial; lo que podrá ser develado durante el curso de la investigación, de allí el adjetivo de "prematura" con que calificué la decisión puesta en crisis. Dicho de otra manera, ha resultado desacertada -por el momento- la decisión de la Magistrada de Grado, siendo que durante la instrucción podrá develarse si el accionar policial previo y concomitante al secuestro, resulta creíble y fiable; lo que no puedo compartir es que recién iniciado el proceso se lo invalide descreyendo (sin mayores elementos) de ese accionar y se anule todo lo actuado por la -supuesta- violación de una garantía constitucional por una diligencia que se la excluye de valoración, y que en mi sentir está excepcionada.

Así, resultando, a esta altura, válido el secuestro efectuado, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y revocar la nulidad y exclusión probatoria dispuestas, debiendo remitirse la presente a Primera Instancia a fin de que, y a la luz de lo aquí dispuesto, se de tratamiento a los requerimientos efectuados por el

Ministerio Público Fiscal el 20 de mayo de 2020 -a fs. 58/59-, y se continúe el trámite de estas actuaciones (más allá de la privación de libertad cuya oportunidad deberá reevaluar la agencia Fiscal).

Así lo voto.

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

Adhiero al sufragio del Dr. Barbieri por compartir sus fundamentos.

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

Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y revocar la resolución apelada, con los alcances que surgen de esta resolución.

Así lo sufrago.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:

Adhiero al voto del Doctor Barbieri.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca.

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

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede este **TRIBUNAL RESUELVE:** hacer lugar al recurso interpuesto y revocar la nulidad y exclusión probatoria dispuestas, debiendo remitirse la presente a Primera Instancia a fin de que, y a la luz de lo aquí dispuesto, se de tratamiento a los requerimientos efectuados por el Ministerio Público Fiscal el 20 de mayo de 2020 a fs. 58/59 (más allá de la privación de libertad cuya oportunidad deberá reevaluar la agencia Fiscal), y se continúe el trámite de estas actuaciones.

Notificar al Ministerio Público Fiscal y a la Defensa.

Remitir sin más trámite el incidente a primera instancia, donde deberá notificarse al imputado.

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 08/10/2020 11:53:42 - BARBIERI Gustavo Angel - JUEZ

Funcionario Firmante: 08/10/2020 13:12:22 - SOUMOULOU Pablo Hernan - JUEZ

Funcionario Firmante: 08/10/2020 13:23:33 - CUMIZ Juan Andres - AUXILIAR
LETRADO DE CÁMARA DE APELACIÓN