

Expediente I.P.P. trece mil cuatrocientos cuarenta y cinco.

Número de Orden:_____

Libro de Sentencias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los seis días del mes de Marzo del año dos mil diecisiete, reunidos en su Sala de Acuerdos los Señores Jueces de la Cámara de Apelación Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca **Doctores Guillermo Alberto Giambelluca, Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumouloú**, para resolver en la I.P.P. nro. 13.445/I del registro de este Cuerpo caratulada "**B.,F.G. por tenencia simple de estupefacientes**", y practicado que fue el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debe tener lugar en este orden **Barbieri, Soumouloú y Giambelluca** (Magistrado que intervendrá en caso de corresponder), resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Resulta admisible el recurso interpuesto?

2da.) ¿Es justo el veredicto absolutorio puesto en crisis?

3era.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: A fs. 14/18 y vta. de esta incidencia, la Sra. Magistrada a cargo del Juzgado en lo Correccional nro. 3 Departamental -Dra. Susana González La Riva- dictó veredicto absolutorio, luego de la celebración del debate oral, en favor de F.G.B. por el delito de tenencia simple de estupefacientes que se le imputara (en los términos del art. 14 primer párrafo de la ley 23.737), al considerar que esa tenencia era para consumo personal, resultando atípica atento la "escasa cantidad" y las circunstancias en que se habría llevado a cabo.

Ese decisorio resultó impugnado por el Sr. Agente Fiscal actuante, Dr. Rodolfo de Lucia a fs. 1/4, habiendo sido interpuesto en debido tiempo.

En cuanto a la forma, contiene el libelo la indicación de los motivos de agravio. Cuestiona la calificación legal otorgada por la Sra. Magistrada de Grado al hecho que se diera por acreditado, refiriendo que no se habían valorado debidamente los indicios que demostraban la tesis de la imputación. Con esos alcances resulta admisible.

Voto, entonces, por la afirmativa.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR SOUMOULOU DICE: Adhiero por sus fundamentos al sufragio que abre el acuerdo, respondiendo en el mismo sentido (arts. 168 y 171 de la C. Prov. y arts. 371 y ccdts. del C.P.P.).

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DICE: Como lo adelanté, se agravia el recurrente por entender que la Sra. Jueza A Quo ha efectuado una valoración probatoria arbitraria, que tuvo como consecuencia el calificar el hecho de manera errónea, desembocando en la absolución del procesado.

Entiende que el secuestro de 158,9 gramos de marihuana (consistente la mayor parte en las flores o cogollos de dicha planta) demuestra que la tenencia, del estupefaciente por parte de F.B., no pudo ser considerada "escasa" (en los términos del segundo párrafo del art. 14 de la ley nacional 23.737), siendo que por lo tanto la conducta intimada fue erróneamente declarada atípica. Solicita en definitiva la revocación.

Efectuada esa síntesis, y más allá de la intentona del impugnante, he de proponer la declaración de invalidez de todo el trámite procesal llevado a cabo, por considerar que la prueba de cargo obtenida, lo ha sido en violación a garantías constitucionales de las que goza F.B. Me explico.

El acta de procedimiento de fs. 1/2 se inicia por un llamado telefónico de la M.E.D. (quien se domiciliaba en calle Molina Campos nro. - de esta ciudad),

haciendo saber que había divisado dos sujetos -siendo las 20:30 hs. del día 28 de Julio de 2014- que se daban a la fuga "...con pertenencias de un supuesto ilícito..."; allí el personal policial inicia una búsqueda que diera resultado positivo, en un baldío lindante a la vivienda sita en calle Remedios de Escalada nro. -, hallándose sólo bienes (que habían sido sustraídos). Entre los mismos se encontraban varios instrumentos musicales, y elementos afines, siendo que direccionaron entonces la búsqueda con el fin de encontrar la vivienda del damnificado. Nuevamente (en el documento de inicio) consta la participación de M.E.D., quien junto al personal policial divisan una ventana abierta, con el "pestillo" violentado en el domicilio sito en Molina Campos - (es decir al lado de la casa de la testigo), procediendo a "...ingresar a la vivienda juntamente con la testigo de mención...".

Aquí hago un parate; aclaremos qué estaba ocurriendo. El personal policial fue convocado por una ciudadana que divisó una actitud sospechosa de dos sujetos que trasladaban cosas una noche de invierno; ante ello los funcionarios policiales inician una búsqueda que da resultados positivos para bienes inmuebles, pero no para los sospechosos. Posteriormente identificaron el domicilio presuntamente sustraído.

Allí continúa rezando el acta "...procedemos a ingresar a la vivienda juntamente con la testigo de mención...", ahí el proceder entiendo estaba justificado.

Los motivos otorgados por el Sr. Agente Fiscal en su alegación final en el Debate Oral de fs. 8 vta. (de esta incidencia) fueron los siguientes: "...por lo que el personal policial junto con la Sra. D. ingresan al domicilio de éste, ingreso que entiende el Dr. De Lucia que estaba suficientemente justificado en función de la posibilidad de que pudiera aún estado cometiéndose el ilícito o que hubiera una persona que pueda necesitar asistencia...", y hasta ahí podría compartirlo. Pero luego en el acta de inicio se sigue escribiendo a fs. 1 vta. (de la principal) que: "...había luces en las habitaciones y sospechando que podría tratarse que en el lugar haya

oculto algún autor del hecho, es que procedemos a ingresar a la vivienda juntamente con la testigo de mención, no hallando persona alguna...”, hasta allí la historia coincide con la fundamentación vertida por el Fiscal.

Si bien no estaba el damnificado, se alegó ingreso por necesidad y urgencia con el fin de determinar la posible existencia de coautores; sin embargo el personal policial decidió “intensificar” la diligencia, agregando “...pero constatando en el lugar un fuerte olor nauseabundo observando en una de las habitaciones lindantes al comedor, una luz fuerte, observando en el lugar 7 masetas de plástico color negro con plantas de entre 40 a 60 centímetros de alto similares a CANNABIS SATIVA y Cuatro recipientes conteniendo yerba aromática de similares características a la (cogollos) MARIHUANA...”, procediendo al secuestro.

En mi sentir esa incautación debe ser invalidada y excluído como medio de prueba, al igual que todos los actos que resultan ser consecuencia lógica. Es que más allá del olor “nauseabundo” con que describen la situación, lo cierto es que el primer ingreso pudo estar justificado, sin dejar de reconocer que el tema ya era al menos “discutible” por no encontrarse el morador de la vivienda (B.); siendo que el personal policial decidió ingresar “por las suyas”, sin que la vecina D. (si bien tampoco era quien poseía derecho a excluir) les franquee el ingreso, sólo actuando como testigo civil del accionar.

Pero lo cierto es que una vez dentro de la vivienda de quien resultaba damnificado de un robo agravado por fractura (B.), los funcionarios decidieron “intensificar” la diligencia, transformando -al nombrado- de víctima en sospechoso, revisando otros lugares de la vivienda, lo que en mi entender hicieron sin derecho ni justificación. Nótese que la única intentada, fue un aroma “nauseabundo” lo que de ninguna manera convierte, en legal, esa intromisión.

Adviértase que en su alegación definitiva el hoy recurrente (fs. 8 vta. de la incidencia) expresó que “...el personal policial y de manera fortuita, en presencia

de la testigo, hallan plantas con aspecto similar a las de marihuana, y por el olor y los elementos que se encontraban, presumiblemente constituía ese estupefaciente...”, resultando evidente que luego de celebrado el juicio oral quedó en claro que la búsqueda de los preventores estuvo dirigida al hallazgo de marihuana por el olor (estupefaciente que lejos de poseer un aroma que se adjetive como nauseabundo, tal lo descripto en el acta de fs.1/2 de la principal).

De lo que puede concluirse que, luego de haber determinado a simple vista que en el lugar no había delito (de robo agravado) que hacer cesar, decidieron “comenzar a investigar” otro ilícito, justo en la casa de la víctima del desapoderamiento, y justificados por el “olor” existente.

Me reitero. No hay habilitación permitida por el legislador provincial a esos fines, siendo que por el contrario las propias reglas del debido proceso y la garantía de inviolabilidad de domicilio y la más general de protección a injerencias indebidas en ámbitos de intimidad (por el constituyente provincial y nacional), ordenaban lo contrario. Como mínimo un retiro de la vivienda, y una información al fiscal para que determine si era posible diligenciar una orden jurisdiccional de allanamiento. Igualmente me animo a hipotizar que ningún juez de Garantías de este Departamento Judicial ni los Magistrados del Fuero Federal que también poseen competencia material y territorial en los delitos previstos en la ley 23.737, hubieran dictado una orden de allanamiento por “existir olor nauseabundo”.

La exclusión de esa prueba obtenida con violación a garantías constitucionales, provoca la invalidez de lo actuado con posterioridad, y que posee conexión con ese acto viciado en los términos del art. 211 del C.P.P. y de la jurisprudencia que emana de nuestro Máximo Tribunal Nacional, especialmente a partir de los casos “Charles Hermanos”, “Fiorentino” (306:1752), “Montenegro” (303:1938) y “Rayford” (308:733), no existiendo cauce hipotético ni real, previo al acto viciado, ni otra regla de excepción que hacer valer. Dejo constancia que tampoco

existe prueba independiente que valorar: excluído el secuestro de estupefacientes, no existe otro medio de prueba recabado que permita intimar el ilícito.

Y en ese sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación expuso que "...la regla de exclusión es una doctrina penal que permite no sólo restar valor a la prueba viciada, sino extender esa sanción aún a las restantes que guardan relación..." (Oddone, Luis Alberto s/ infr. arts. 172 y 173 inc. 7 C.P.-, causa nº 8886, sentencia del 15 de julio de 1997).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Barbieri, respondiendo por la afirmativa (art. 371 y ccdtes. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

A LA TERCERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado en las cuestiones anteriores corresponde declarar admisible el recurso interpuesto, y declarar la invalidez de todo lo actuado a partir del acta de procedimiento de fs 1/2 por haber sido obtenida la prueba de cargo en violación a garantías constitucionales de F.B., lo que provoca la invalidez de todos los actos posteriores de intimación (arts. 211, 421, 439 y ccdtes. del C.P.P., 14 y 18 de la C. Nac.).

Tal es el alcance de mi sufragio.

A LA TERCERA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero al voto del Dr. Barbieri (art. 371 y ccdtes. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

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

SENTENCIA

Bahía Blanca, 6 de Marzo de 2017.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es inválido el proceso llevado adelante.

De acuerdo a los fundamentos expuestos éste **TRIBUNAL RESUELVE:** declarar admisible el recurso interpuesto, y la invalidez de todo lo actuado a partir del acta de procedimiento de fs 1/2 por haber sido obtenida la prueba de cargo, en violación a garantías constitucionales de F.B., lo que provoca la invalidez de todos los actos posteriores de intimación (arts. 211, 421, 439 y ccdtes. del C.P.P., 14 y 18 de la C. Nac.).

Notificar. Hecho, remitir a la instancia de origen.