

Expediente I.P.P. catorce mil ochocientos ochenta y cuatro.

Número de Orden: _____

Libro de Interlocutorias nro. _____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los trece días del mes de Julio del año dos mil diecisiete, 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 **Guillermo Alberto Giambelluca, Gustavo Angel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou**, para dictar resolución en la causa seguida a "**L.,D.M. s/ tenencia simple de estupefacientes en Bahía Blanca**"; y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nº 12060), resultó que la votación debía tener lugar en el orden siguiente **Giambelluca, Barbieri y Soumoulou**, resolviéndose 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 GIAMBELLUCA, DICE:

Interpone a fs. 73/76 vta. el señor Agente Fiscal a cargo de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio Nro. 19 Departamental -Dr. Jorge Viego-, recurso de apelación contra la resolución de fs. 70/72, dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Garantías nro. 1, Dra. Gilda Stemphelet, mediante la cual se declaró la nulidad del acta de procedimiento de fs. 1/2 y de todo lo obrado en consecuencia -declaración en los términos del art. 308 del C.P.P. de fs. 17/18, requisitoria de citación a juicio de fs. 54/61 vta. (arts. 201, 207, 225, 226 del C.P.P. y art. 18 de la Constitución Nacional).

Afirma el recurrente que la resolución cuestionada le genera un gravamen irreparable, desde que se ve impedido de proseguir con el curso de la presente investigación, dejando huérfana de sustento a toda la acusación.

Señala que el resitorio atacado entra en contradicción con el dictado por la propia Juez "a quo" a fs. 35 al momento de ratificar el secuestro efectuado por funcionarios policiales por razones de necesidad y urgencia.

Considera que los motivos que llevaron a la requisita han sido suficientemente expuestos en el acta de procedimiento, completada por las declaraciones testimoniales prestadas en sede judicial.

Agrega que los motivos que llevaron a que el personal policial intervenga, existían desde antes que se pudiera dar efectivamente con el sindicado y del secuestro de la sustancia estupefacientes, como asimismo la actitud de éste de intentar evadirse del personal policial, sumando un nuevo elemento que justificaba la requisita.

En ese sentido destaca las declaraciones de los funcionarios Juan Miguel Castro a fs. 50/51 y del sargento Cristian Muñoz de fs. 52/53.

Entiende que en el presente existen elementos que justifican el accionar policial, resultando suficientes ya que se basan en circunstancias objetivas previas.

Peticiona la revocación del auto atacado y que se haga lugar a la elevación a juicio oportunamente solicitada.

El Sr. Fiscal General Departamental, Dr. Juan Pablo Fernández, a fs. 91/93 vta. mantiene el recurso impetrado, compartiendo los fundamentos expuestos por el Sr. Agente Fiscal interveniente.

En mi opinión el recurso intentado debe prosperar, desde que no advierto en la requisita efectuada al imputado ni en el acta que la instrumentó,

motivos para decretar su nulidad, compartiendo los argumentos utilizados por el Sr. Agente Fiscal para descartarla.

Al contestar la vista que le fuera conferida, el Dr. Viego, entendió que con los elementos reunidos en el presente, en especial los testimonios del Oficial Subayudante Juan Miguel Castro a fs. 50/51 y del Sargento Cristian Muñoz a fs. 52/53 prestados en la sede de la Fiscalía, quienes intervinieron en el procedimiento de requisa, secuestro y aprehensión, servían para reeditar en lo sustancial las circunstancias de tiempo, modo y lugar que motivaron la actuación policial instrumentada en el acta hoy cuestionada.

Ambos funcionarios manifestaron que la interceptación y requisa del imputado junto a otra persona se motivó en que habían recibido un llamado vía radial dando cuenta que se había efectuado un robo calificado en dicho sector, aportando las características físicas y de vestimenta de los dos sujetos que lo habían cometido. Que en la intersección de las calles Magallanes y Granada de la ciudad de Bahía Blanca observaron dos sujetos masculinos que reunían las mismas características aportadas por el centro de despachos. Que se acercaron abordo del móvil policial con las balizas encendidas y al detener la marcha allí, dichos sujetos comenzaron a retirarse del lugar, dándole la voz de alto policía, procedieron a interceptarlos, y ante la necesidad y urgencia procedieron a identificar a los mismos, previa requisa a fin de resguardar su integridad física, debido a la complejidad del sector, ya que se trataba de una villa de emergencia. Que resultaron ser D.M.L. y C.S.B.. Que al requisar a L. hallaron tres trozos compactos en su vestimenta, envueltos en nylon conteniendo una sustancia como yerba aromática.

Agregaron que ante esa situación requirieron la presencia de un testigo hábil, sin embargo tuvieron que prescindir de ello, ya que se hicieron presentes en el lugar en un primer momento vecinos y luego familiares de los nombrados quienes comenzaron a insultarlos y a tirarles piedra, por lo que

solicitaron apoyo radial, procediendo a la incautación de las sustancias y se retiraron del lugar. Que una vez en la sede de la Comisaría Primera solicitaron la presencia de un testigo hábil, a quien se le hizo entrega de los elementos incautados para su resguardo, para que presencie el test de orientación.

De lo expuesto puede extraerse que la situación en que se encontraba el encausado junto a otra persona en relación al lugar y hora y la actitud de querer retirarse del lugar ante la llegada de los funcionarios policiales, sumado al conocimiento que los mismos tenían sobre hechos previos y reuniendo las mismas características de las personas que habían cometido el robo calificado que se les había comunicado, fue generadora de un estado de sospecha fundado en hechos concretos y no surgido instintivamente y sin expresión de fundamento alguno.

La actividad policial fue motivada en los datos mencionados, lo cual, objetivamente, resultan aptos para generar un estado de sospecha sobre la posible comisión de un ilícito y justificar la situación de urgencia que requiere el art. 294 inc. 5 del C.P.P. para juzgar legítimo el ejercicio de las facultades otorgadas a la autoridad policial.

Todo ello demuestra que los funcionarios actuantes tuvieron un criterio de naturaleza objetiva, una causa probable, que justificó el procedimiento llevado a cabo.

Aquella apreciación devino acertada, toda vez que aparece corroborada por el posterior secuestro de las sustancias; lo cual no implica legitimar ex post el acto "pues las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo" (Fernández Prieto", C.S.J.N. Nro. 98.513, del voto en disidencia del doctor Bossert), sino valorar el resultado final como un indicio en favor de la correcta evaluación policial de las circunstancias del hecho. (conf. Tribunal de Casación- C-23.909, Sala Segunda, recurso de casación interpuesto a favor de R.A.S., del voto del doctor Celesia).

"...La fundamentación de la sospecha justificativa de la urgencia que habilita a actuar a los agentes del orden, debe ser constatable a fin de permitir el control exigido por nuestro sistema republicano de gobierno.

De la misma manera en que deber ser revisables los fundamentos que necesariamente debería contener la orden si la decisión fuese tomada por un órgano judicial (art. 106 y 225 del C.P.P.), aún con mayor razón, procedería exigir una fundamentación respecto de los actos dispuestos por órganos no jurisdiccionales en supuestos excepcionalmente contemplados por el código de rito ..." (Conf. fallo citado.).

En el caso, la fundamentación de los motivos que llevaron al personal policial a requisar al imputado puede extraerse, como se dijo, de lo manifestado por los policías que la realizaron, por lo que a mi entender su accionar deviene legítimo y respetuoso de las garantías constitucionales (arts. 225, 226 y 294 inc. 5 del C.P.P. y 18 de la C.N..).

En función de lo expuesto, el secuestro (el cual se encuentra ratificado a fs. 35) y la aprehensión operada sin orden judicial sobre la persona del encausado luego de haberse constatado la tenencia de estupefacientes se encuentran respaldados por los arts. 225, 226 y 153 del C.P.P. en cuanto habilitan a los funcionarios policiales y auxiliares de policía a secuestrar en casos urgentes y aprehender en situaciones de flagrancia, de manera que no podrían entenderse ilegítimas esa actuaciones policiales.

No se advierte así, motivos para declarar la nulidad del procedimiento de requisa efectuado, ni de todo lo actuado en consecuencia, desde que los testimonios mencionados a ese efecto se presentan sólidos, concatenados y armónicos entre sí, coincidentes en lo sustancial con las circunstancias que motivaron el acto, no advirtiendo, como anticipara, defectos invalidantes.

Por ello entiendo que corresponde acoger los planteos del quejoso y en consecuencia hacer lugar al recurso interpuesto.

Así lo voto.

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

Analizados los agravios, el contenido de la resolución apelada y el voto emitido por el colega preopinante, antícpo que voy a disentir, proponiendo al restante miembro del Cuerpo, el dictado de la nulidad de la decisión de la Sra. Jueza de Garantías, y la remisión del expediente a primera instancia a fin que se dicte nueva resolución con la intervención de Juez hábil.

Ello, en tanto advierto en el decisorio la existencia de un vicio con entidad nulificante, sobre cuyo tratamiento me encuentro facultado a entender -en forma oficiosa- en orden a las prescripciones contenidas en los arts. 201, 203 segundo párrafo y 435 del Código Procesal Penal, y en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a fin de resguardar la garantía del debido proceso. En ese sentido, sostuve en la I.P.P. nro. 9698/I, el 26/10/11, que conforme manda el artículo 203 del Código de Forma, deben ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso las nulidades que impliquen violación a las normas contenidas en la Constitución Nacional.

En este sentido, ha sido la Suprema Corte de nuestra Provincia quien ha resuelto que "... en procura de un adecuado servicio de justicia constituye un requisito emanado de la función jurisdiccional de esta Corte el control -aún de oficio- del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmado..." (S.C.B.A. P. 78.360, S 22/09/2004).

A su vez, y en relación al déficit que advierto en la justificación, recuerdo que es requisito constitucional que las resoluciones judiciales se

encuentren debidamente fundadas y motivadas en del derecho vigente y en los hechos probados (arts. 1 y 18 de la Constitución Nacional) a fin de evitar que sean sólo expresión de voluntad del juzgador, como así también que no contengan una motivación contradictoria, en respeto del debido proceso.

El tema se vincula con el art. 1ero. de la Carta Magna Nacional que establece el régimen republicano de gobierno, y del que se deriva el requisito de publicidad y control de los actos de los Funcionarios y Magistrados, permitiendo conocer en virtud de qué motivos se dictan las resoluciones y sentencias. Cumplimentados dichos extremos el justiciable queda resguardado de las decisiones arbitrarias de los Jueces, que no podrán juzgar las causas a capricho, sino que resultan obligados a enunciar las pruebas y los motivos que dan base a su juicio y a valorarlas racional y expresamente.

También, en relación al art. 18 del mismo texto fundamental, la obligación de motivación posibilita el control de los fallos, toda vez que cuando la fundamentación no alcanza a conformar un desarrollo que permita el análisis crítico se hace imposible el control recursivo, vulnerándose las reglas del debido proceso legal. Como anticipé, entiendo, entonces, que la resolución apelada no cumple con las exigencias previstas por los artículos 168 y 171 de la Constitución Provincial y 106, y 210 del C.P.P.

De la lectura de la decisión puede observarse que se ha omitido valorar lo que han manifestado los funcionarios policiales que intervinieron en el procedimiento prevencional, aun cuando -al contestar la vista de fs. 67/69- el Sr. Agente Fiscal especialmente hizo referencia a tales testimoniales recepcionadas en sede del Ministerio Público Fiscal, a fs. 50/51 y 52/53.

Pasando por alto "esos" argumentos expuestos por el representante de la acusación, la Jueza ha omitido dar respuesta a las peticiones esenciales planteadas por las partes, en infracción a lo dispuesto por el art. 168 de la

Constitución Provincial; lo que implica vulneración al debido proceso legal, que conlleva la nulidad del resolutorio (Art. 203 del C.P.P.).

A su vez, a diferencia de lo expuesto por la Jueza de Grado, considero que para la apreciación de los motivos que habrían justificado el actuar policial no puede limitarse el análisis, solamente, a lo que se haya plasmado en el acta de procedimiento. Por el contrario debe ser valorado lo que surge del resto de las evidencias incorporadas al proceso.

Si bien es deseable que las razones que motivan el actuar de los funcionarios se plasmen en dichos documentos, donde consta lo ocurrido en el marco de la intervención policial, no puede dejar de valorarse prueba que sea relevante para apreciarse la totalidad de los eventos, si esa evidencia ha sido debidamente incorporada en forma posterior. Dicho de otro modo el acta inicial (para el control de constitucionalidad diferido), puede ser complementada con diligencias probatorias posteriores que ratifiquen o rectifiquen ese contenido inicial. El merito que puede extraerse de todas esas constancias es harina de otro costal.

Si lo agregado posteriormente no coincide con el documento inicial, será tarea de las partes alegar debidamente y del juzgador resolver en consecuencia aplicando las reglas de la sana crítica, pero no puede "blindarse" ese primer documento como si fuera algo rígido y pétreo (que no admite prueba en contrario).

Como puede observarse en esta causa, la Jueza no ha brindado ningún argumento, respecto de por qué excluyó de su valoración los testimonios de los policías intervenientes, en donde se aporta información sobre las razones que habrían motivado la intervención preventiva, omitiendo cualquier tipo de consideración sobre esos elementos de prueba (en los que se apoyaban los argumentos expresados por el Ministerio Público Fiscal). Ello constituye un abordaje arbitrario de las cuestiones planteadas y afecta la validez de la resolución dictada.

Por todo lo expuesto, propongo hacer lugar al recurso interpuesto y disponer la nulidad de la resolución dictada.

Este es el alcance de mi sufragio.

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

Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Barbieri.

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

Teniendo en cuenta el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y -por mayoría de opiniones- disponer la nulidad de la resolución de fs. 70/72 (arts. 18 de la Constitución Nacional, 168 de la Constitución Provincial, 203 y ccdtes. del C.P.P.), reenviando a la instancia de origen para que por intermedio de juez hábil se dicte nuevo resolutorio.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: sufragio de la misma manera.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero al voto emitido por el Doctor Giambelluca.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, julio 13 de 2.017.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es nula la resolución recurrida.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, **ESTE TRIBUNAL RESUELVE:** hacer lugar al recurso interpuesto y -por mayoría de opiniones- disponer la nulidad de la resolución de fs. 70/72, debiendo remitirse la I.P.P. a primera instancia a fin de que, con la intervención de Juez hábil, se dicte nueva resolución (Arts. 18 de la Constitución Nacional, 168 de la Constitución Provincial, 203 y ccdtes. del C.P.P.).

Notificar. Hecho devolver a la instancia de origen.