

Trámite: RESOLUCION INTERLOCUTORIA

Organismo: CAMARA DE APELACION Y GARANTIAS EN LO PENAL SALA I - BAHIA BLANCA

Referencias:

Observaciones: PUBLICACION WEB

Texto con 13 Hojas.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Bahía Blanca, reunidos en su Sala de Acuerdos los Sres. Jueces de la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Bahía Blanca, integrada por Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou, para dictar resolución en la causa **I.P.P. n° 20.101/I** seguida a **"H.,T.M.; L.,F.; N.,O; R.,C. s/ tenencia simple de estupefacientes "**, procediéndose al sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de esta Provincia y 41 de la Ley 5.827, reformada por la nro. 12.060) corresponde el siguiente orden de votación **-Dres. Barbieri y Soumoulou-**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

- 1°) ¿Es justa la resolución apelada?
- 2°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: Interpone recurso de apelación el Sr. Agente Fiscal a cargo de la Unidad de Funcional de Instrucción y Juicio nro. 19 -Dr. Mauricio Del Cero-, contra la resolución dictada por la Sra. Jueza a cargo del Juzgado de Garantías nro. 4 Departamental -Dra. Marisa Prome-, por la que no hizo lugar a la elevación a juicio requerida y dispuso el sobreseimiento de los coprocesados H.,T.M; N.,O; L.,F. y R.,C.

Se agravia por considerar errónea la apreciación de la Jueza, respecto de que el delito de tenencia de estupefacientes deba poseer una vinculación con el narcotráfico o con la comercialización para ser punible; refiere que, en este caso, no habría tipicidad conglobante por las conductas de los coprocesados, dado que *"...no forman parte de la cadena de comercialización de drogas..."*.

Sostiene que las figuras delictivas de peligro abstracto, tal como la tenencia simple de estupefacientes, se fundamentan en que la ley presume la existencia del peligro y que la apreciación de su lesividad no puede quedar en manos de la interpretación judicial.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Afirma que, contrariamente a lo sostenido por la Magistrada, la punición por las conductas que imputa no requiere la existencia de un *conflicto interpersonal*, dado que la víctima es difusa, la sociedad en su conjunto, lo que tiene que ver con el peligro abstracto que encierra y justifica su tipicidad.

Agrega que en esta clase de delitos, la clave es la desobediencia que afecta un bien jurídico y que en este caso "*...los cuatro imputados se manejaron por fuera de la ley (lo insólito es que dos de ellos son legisladores a nivel local) y de toda reglamentación. Adecuarse a la ley habría significado la imposibilidad para N.,O.y H.,T.M. de tener su plantación y para R.,C.y L.,F. solicitar permisos estatales para el cultivo con fines de investigación, inventariar las plantas y someterse al control estricto de la autoridad de aplicación. Pero no lo hicieron, simplemente porque desobedecieron y afectaron el bien jurídico...*".

Agrega, a su vez, que no es necesario demostrar que la droga es nociva, dado que esa valoración ya la efectuó el legislador al incluir la marihuana como sustancia psicotrópica potencialmente adictiva dentro del listado realizado por el Poder Ejecutivo Nacional, lo que evidencia que el peligro de lesión al bien jurídico es presumido *iure et de iure* por el legislador.

Señala que, aun de aceptarse los fines medicinales que alegaron los coimputados que iba a darse al cannabis, ello implica -de todas formas- un riesgo para las personas que pudieran utilizar los aceites y constituiría también una afectación a la salud pública.

Expresa, en lo que hace los potenciales riesgos que implica la trascendencia a terceros, que N.,O. y H.,T.M. tenían en su poder más de treinta kilos de marihuana y que cuesta creer que ese cultivo fuera exclusivamente para paliar la afección que sufría H.,T.M..

Respecto de R.,C., remarca que de los mensajes hallados en su teléfono celular se advierte que no hace un uso exclusivamente medicinal



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

del cannabis y que su consumo no era intrascendente a terceros.

Cuestiona que, a partir de la prueba reunida, puede advertirse que los coimputados no distribuían sólo aceite, sino también flores de cannabis y que, aún tras la sanción del decreto 833/20 reglamentario de la ley 27.350 y de las ordenanzas nro. 3126/19 y 3207/20, sus conductas seguirían siendo ilícitas, siendo que no contaban con ningún tipo de autorización para el cultivo y distribución que realizaban. Solicita revocación y elevación a juicio.

Analizados los agravios, el contenido de la resolución apelada, y los distintos actos procesales realizados, adelanto que he de proponer al acuerdo la declaración de nulidad del allanamiento ordenado por la Jueza de la instancia, debiendo hacerse extensiva dicha invalidez a todos los actos que se deriven, en especial a la resolución puesta en crisis, puesto la vinculación lógica que poseen (Art. 207 del C.P.P.B.A.).

Es que analizado el contenido de los elementos de convicción tenidos en cuenta por la Magistrada para justificar la decisión de ordenar el allanamiento de la vivienda del sospechoso, entiendo que **la información -que aportaban esos inicios investigativos- resultaba insuficiente para alcanzar el estándar probatorio exigido para habilitar una medida de esa naturaleza, con la afectación al derecho a la intimidad** que la misma importa.

En ese sentido, advierto que la causa se inició con una denuncia anónima por parte de una persona que se presentó físicamente en la sede del Ministerio Público Fiscal y por ante una funcionaria letrada, quien presentó la denuncia por escrito, ya redactada, y adjuntando fotografías. La denuncia consta de dos escritos, que -se expone- reflejarían manifestaciones de dos personas distintas, ambas no identificadas.

En el primero de ellos, que sería el realizado por quien se presentó en la Fiscalía, consta que se optó por el anonimato para salvaguardar su identidad porque el "asunto" involucraba a personas del más alto poder político de Tornquist. En él se relata que el 28 de enero habrían dejado en el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

buzón de quien escribía un CD con fotografías y un texto en el que se explicaba que las fotos correspondían al domicilio de N.,O., en calle -, y que se veían más de 30 plantas de marihuana -destacando su gran tamaño- y que las personas que se veían en las imágenes eran N.,O.; B., y el concejal R.,C., mencionando como vinculado a ellas a "L.,F." y "C.", quienes no se veían en las imágenes. Se explicaba que las fotos habrían llegado al poder de quien escribía porque se las habían enviado por error por medio de whatsapp .

En el segundo escrito, también anónimo, consta que un empleado municipal de nombre D. manifestó que desde el domicilio de su padre, E., vecino de la sede del INTA en Tornquist, pudo ver -ante los dichos de su padre- pisadas que indicaban que alguien ingresaba desde el patio de su casa al patio del inmueble de esa dependencia y que al asomarse para ver el lugar pudo observar "una plantación de marihuana". Agregó que a la vecina F. le pasaba lo mismo, ya que también oía ruidos en su patio en horas de la noche.

En ese escrito también se expresa que D. tomó fotos, que grabó la plantación y que habría ido a hablar con L.,F., titular del INTA de ese lugar, a quien le expresó que no quería tener problemas y que si no tomaba cartas en el asunto lo pondría en conocimiento del intendente G., siendo que -de acuerdo a lo que surge del escrito- L.,F. le habría respondido que G. ya tenía conocimiento y que no habría problemas porque el fin de esas plantas era producir medicina.

Consta, asimismo, que D. habría verificado que al otro día desaparecieron las plantas y que lo había llamado el Secretario de Gobierno Municipal para decirle que se quedara tranquilo. A su vez, que a D. lo ascendieron laboralmente a fin de mes y que él habría manifestado que ello se debía al conocimiento que tenía sobre las plantas que pudo ver.

Ante la información contenida en sendos escritos anónimos, se dispuso la realización de tareas de investigación y vigilancia,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

conducentes a determinar la existencia del ilícito vinculado a la ley 23.737, solicitándose también que se determinen franjas horarias en las que se advirtieran movimientos positivos (fs. 9).

Es a partir de dicha orden que -según se desprende del informe de fs. 12/14 y vta.- **personal policial se abocó a obtener datos sobre los nombrados en la denuncia y a constatar y realizar tareas** en torno a sus domicilios. De ellas se destaca como relevante el proceder adoptado en torno al domicilio de N.,O., sobre el que se señala que, **dada la construcción del inmueble y de los linderos, resultaba imposible ver desde el exterior el patio de la casa donde estaría la plantación señalada, por lo que -conforme consta en el punto 7- los policías "...ante la urgencia manifiesta por la altura de la plantas...", procedieron a usar un "drone" particular para captar una imagen del patio que permitiera constatar lo denunciado.**

Así, en el punto 8 del informe consta que *"...se puso en el aire el referido "drone" alcanzando una altura suficiente que puede obtener una nitidez de imagen y sin invadir la vecindad o afectar la privacidad de terceros... se obtuvieron imágenes de donde se advierte que en el patio de la morada... existe un sector tapado con tela conocida como "media sombra" color negro, pero también se observa, por debajo, una RED extendida sobre las planteas, generando esto una coincidencia con la red obrante en la foto adjunta a la denuncia de origen..."*.

En el punto 10 del informe, se aclara que *"...todas la tomas aéreas se realizaron respetando la línea municipal, sin invadir el espacio aéreo de la morada involucrada..."* y en el punto 11 que es *"...notable el desborde de plantas altas, las que asoman por parte de los lados de la media sombra, presumiendo que las referidas plantas serían coincidentes con la especie vegetal denunciada..."*. Las fotografías mencionadas obran a fs. 21 y 22.

En primer término, si bien en el informe y en los argumentos oportunamente expuestos por el Sr. Agente Fiscal se sostiene que no ha



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

existido ninguna "invasión", ya que el "drone" nunca habría ingresado en el espacio aéreo del inmueble, advierto que ello no puede constatarse ni verificarse -solamente- a partir de la fotografías tomadas. En especial, destaco que **en las mismas puede observarse una toma prácticamente frontal del patio, que podría ser compatible, también, con un posicionamiento del drone sobre el terreno investigado.**

En ese sentido, señalo, resultaría conveniente -ante este tipo de medidas- procurar medios que permitan acreditar fehacientemente que el uso del equipo tecnológico no ha implicado una afectación de derechos constitucionales de las personas. Ello, entiendo, tal como he sostenido en la I.P.P. nro. 17.673/I, el 6/11/2019, resulta de suma importancia a fin de garantizar y despejar toda incertidumbre sobre la legalidad de procedimientos de esta clase, atento las posibilidades de intromisiones ilegítimas en la privacidad de los ciudadanos que puede derivarse del uso de nuevas tecnológicas, lo que impone un uso especialmente prudente y cuidadoso de esos elementos (como medios de investigación), procurando -de ser posible- una activa participación de los órganos judiciales y jurisdiccionales en la efectivización y control de las diligencias, a fin de garantizar una efectiva tutela de los derechos constitucionales.

Ello como regla y sin perjuicio de aquellas situaciones excepcionales donde motivos urgentes y de gravedad pudieran ameritar el accionar sin ese control judicial y jurisdiccional previo, **que, en este caso, en principio no se advierte de lo expuesto por los funcionarios policiales en relación a que dicha urgencia se presentara solamente por el tamaño de las plantas** que se veían en las fotos adjuntadas a la denuncia .

Ahora bien, más allá de lo expuesto en relación a las buenas prácticas que resultaría conveniente adoptar ante medidas investigativas como la señalada, debo destacar que **en autos se ha dictado la orden de allanamiento del domicilio, contándose solamente con la información**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

que surgía de dos escritos anónimos y de tareas policiales que poco aportaban sobre la efectiva comisión de delitos, lo que no alcanzaba para satisfacer la solidez probatoria requerida por la normativa procesal.

En relación a los escritos anónimos entregados en la Fiscalía, debe señalarse que la carta a la que se adjuntaban las fotografías habría sido entregada a quien efectuó la presentación, y que no quiso identificarse, por parte de una "fuente" que el presentante tampoco podría identificar, ya que -según expresó- la habrían dejado en el buzón de su casa sin especificar su origen o remitente. Es decir, que no sólo no podría identificarse a quién hizo la presentación, sino que tampoco podría conocerse de dónde habría recibido la información que puso en conocimiento del Ministerio Público Fiscal.

Respecto de las **tareas realizadas por el personal policial** debe remarcarse que, conforme surge del informe agregado a la causa, **los funcionarios expresaron que no pudieron apreciar en sus tareas ninguna situación que indicara razonablemente la realización de actividades ilícitas por parte de los habitantes del inmueble involucrado**, ni por parte de las otras personas mencionadas en la denuncia.

Sin embargo, y aun ante la falta de constatación de movimientos vinculados a actividades ilícitas, los policías optaron por tomar imágenes del patio de la vivienda con un "drone", sin previa consulta o intervención del Ministerio Público Fiscal o autorización judicial alguna (y me reitero, sin haberse acreditado situación de necesidad y urgencia que avale ese accionar, en cuanto la alegada altura de las plantas no abastece razonablemente dicho extremo).

Así las cosas, **la Jueza de Garantías interviniente autorizó el allanamiento de la morada solamente con fundamento en el contenido de los dos escritos anónimos** que conforman la denuncia, en la que no se



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

identifica a la persona que habría aportado los datos y las fotos enviadas por whatsapp, **y en lo informado por el personal policial que, previo realizar unas mínimas tareas investigativas que no daban cuenta de ninguna actividad ilícita, procedió a la captación de imágenes a través del "drone" -cuya claridad dista de ser concluyente-**.

A mi entender, **esa prueba resultaba insuficiente para justificar, a esa altura de la investigación, una medida con una injerencia de tal entidad sobre la privacidad de las personas y no abastecía el nivel de exigencia requerido por el legislador en el artículo 219 del C.P.P. para el dictado de una orden allanamiento.**

En primer término, señalo, la falta de solidez de la prueba se derivaba de las características anónimas de la fuente de información inicial sobre la que se ha basado la orden de allanamiento. Ello, dada la inherente debilidad epistémica que una información proveniente de un origen no identificable posee en comparación con aquellos datos o testimonios ofrecidos por personas cuya identidad puede conocerse y de quienes puede indagarse sobre eventuales intereses en la causa, que pudieran tener incidencia en el grado de fiabilidad o credibilidad que pudiera asignarse a su relato. Esos datos sobre las fuentes de información resultan determinantes en la apreciación de la fuerza probatoria; su ausencia, aún cuando no implica quitarle validez, conlleva a que **su análisis deba llevarse adelante con suma prudencia.**

Esa cuestión del anonimato (con las dificultades que implica para controlar o cuestionar la prueba por parte de la Defensa y del propio Juez actuante, pues en este caso sólo sería conocido en último término por la Fiscalía quien le recepcionó la denuncia sin identificar a su entregador), impone una especial prudencia al momento de apreciar el peso que ha adjudicarse a esa evidencia, como al evaluar la necesidad de contar con otras pruebas complementarias que respalden o corroboren la información aportada. En especial, ante la toma de decisiones que pudieran conllevar



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

afectaciones a derechos constitucionalmente tutelados.

La necesaria reflexión y prudencia en la apreciación de pruebas de fuente anónima ha sido destacada con especial atención por la Corte Penal Internacional al sostener que "*...para contrarrestar la desventaja que pueda causar a la defensa, este tipo de prueba es considerada como teniendo un menor valor probatorio. Más específicamente, el valor probatorio es menor que el que se le otorga a las declaraciones de los testigos cuya identidad es conocida por la defensa...*" (ICC -01/05-01/08, date: 15 June 2009, situation in the Central African Republic, in the case of the prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, "decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the rome statute on the charges of the prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo", Pre-Trial Chamber II, parr. 50).

Así, la Corte Penal Internacional ha señalado, sobre esta clase de pruebas, que sus características de fuente no identificable imponen "*...mayor cautela en utilizar esa prueba para afirmar o rechazar alguna afirmación realizada por la Fiscalía...*" por lo que se recomienda procurar "*...cuando sea posible, citar prueba adicional que también apoye sus conclusiones...*" (ICC -01/04-01/07, date: 30 september 2008, situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, "decision on the confirmation of charges", Pre-trial chamber I, parr. 70).

En este caso, contrariando aquella prudencia recomendable en la apreciación de estos medios y la conveniencia de procurar completar el cuadro de información con otras diligencias que acrediten el contenido de las denuncias de fuente anónima, se ha omitido por completo -previo al dictado de una decisión de una gravedad tal como un allanamiento de domicilio- tomar declaración testimonial a las personas que eran expresamente nombradas (en esa denuncia como testigos de los hechos denunciados).

Así, y aun cuando existían datos de testigos que podrían apuntalar la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

hipótesis Fiscal, la Magistrada se ha limitado a tener por suficiente para abastecer el estándar probatorio requerido para justificar el dictado de la medida, lo que surgía de esa información anónima y de las imágenes captadas por un "drone" que, como analizaré a continuación, tampoco permitirían afirmar, de su simple observación y sin una apreciación un tanto especulativa, que en el lugar existían plantas de cannabis.

Es que de la apreciación de las fotografías de fs. 21 y 22, difícilmente pudiera afirmarse que ellas resulten de una claridad tal como para constituir un indicio cierto y fiable de que en el inmueble en cuestión existían plantas de marihuana. Su falta de nitidez impide distinguir una planta de marihuana de cualquier otro tipo de plantación vegetal; lo que se observa, predominantemente, son media-sombras que cubren el patio de la vivienda y algunas ramas o plantas color verde que se ubican a su lateral derecho, que -desde la distancia en que han sido tomadas la fotos- impide que pudiera razonablemente afirmarse que se trata de una especie vegetal o de otra.

Tampoco advierto que la similitud o coincidencia señalada por los preventores en relación al tipo de red que se vería en las fotografías agregadas a la denuncia pueda estar razonablemente justificada y que pudiera ser suficiente para abastecer la solidez probatoria necesaria para el dictado de un orden de allanamiento. En ese sentido, señalo que, con esfuerzo, en las fotografías pueden verse algunas sogas que parten de la pared medianera hacia la media-sombra que bien podrían ser compatibles con la red mencionada, como con cualquier otro medio de ajuste de este tipo de coberturas. Así, entiendo que la apreciación comparativa sostenida por los funcionarios policiales respecto a algunas sogas o ataduras no puede considerarse suficiente para que se encuentre justificada, a la luz de la sana crítica racional, la exigencia legal requerida para la validez de la decisión adoptada.

Ello, centralmente, cuando -como señalé- **existían otras pruebas de**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

plausible realización como era la recepción de testimonios a las tres personas mencionadas en la denuncia, que (y si bien su producción a la luz de los hechos que en última instancia se han imputado resultaría hoy prácticamente abstracta), **podrían haber aportado datos relevantes para la confirmación o refutación de la información anónima incorporada al proceso** y hubieran revestido una tensión menor con las garantías constitucionales de los involucrados, cuyos derechos se podrían afectar.

Todo lo expuesto me lleva a concluir que el allanamiento ordenado en esas condiciones no se encontraba debidamente justificado, circunstancia que, inevitablemente, conlleva su nulidad. Ello, en tanto se ha basado en los resultados de una investigación en la que: no se identificó a quien aportó el "dato" inicial; no se advirtió de las tareas investigativas ninguna maniobra relacionada con algún ilícito vinculado a estupefacientes; se utilizó un "drone" directamente sobre el patio de "esa" única vivienda sin ningún otro dato objetivo, siendo que en las fotografías captadas por el dispositivo tampoco se demostraba que las plantas observadas efectivamente fueran de marihuana, y que, en último caso, su tenencia fuera ilegal.

Todos esos elementos, en conjunto, demuestran que el allanamiento dispuesto lo fue contra la normativa constitucional que protege la inviolabilidad del domicilio y la intimidad, no ajustándose a las previsiones del art. 219 del Código Procesal Penal Provincial, en tanto los elementos de convicción que se encontraban reunidos a esa altura no resultaban suficientes para considerar -a la luz de la sana crítica racional- acreditada la existencia de motivos para presumir que en el domicilio allanado existían "cosas" relacionadas con "un" delito.

Tal es el alcance de mi sufragio.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU,

DICE: por los mismos fundamentos, adhiero al voto del doctor Barbieri.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

BARBIERI, DICE: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde disponer la nulidad de la resolución que dispuso la orden allanamiento, de fs. 54/56, haciéndose extensiva dicha sanción a los actos consecutivos que de ella dependen, en particular al resultado del allanamiento realizado y a los secuestros efectuados, debiendo invalidarse en consecuencia, los actos en que esas evidencias hayan sido objeto de valoración, en especial la resolución impugnada (arts. 203, 207, 210, 211, 219 del C.P.P., y arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 12 Conv. Amer. D.D.H.H. y art. 17 incs. 1 y 2 del P.I.D.C.P.).

Así lo propongo.

A LA MISMA CUESTIÓN 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 es nulo el procedimiento.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, **ESTE TRIBUNAL RESUELVE:** disponer la nulidad de la resolución de fs. 54/56, haciéndose extensiva dicha sanción a los actos consecutivos que de ella dependen, en particular al resultado del allanamiento realizado y a los secuestros efectuados, debiendo invalidarse en consecuencia, los actos en que esas evidencias hayan sido objeto de valoración, en especial la resolución impugnada (arts. 203, 207, 210, 211, 219 del C.P.P., y arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 12 Conv. Amer. D.D.H.H. y art. 17 incs. 1 y 2 del P.I.D.C.P.).

Notificar electrónicamente a la Fiscalía General, a las Defensas intervinientes y a los justiciables.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Hecho, remitir a la instancia de origen.

REFERENCIAS:



242600042003482549

**CAMARA DE APELACION Y GARANTIAS EN LO PENAL SALA I - BAHIA
BLANCA**

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS