

Legajo de OGA N° 21488, caratulado "GOMEZ ARIEL DARIO - ORREGO FLORENCIA ITATI S/ TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN"-----

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los veintidós días del mes de Marzo del año dos mil veintitrés, siendo las 08.40 horas, encontrándose en la Sala de Audiencias de éste Tribunal de Apelaciones, el Sr. Vocal, Dr. Alejandro J. Cánepa, en calidad de Juez Unipersonal, se presentaron en Representación del Ministerio Público Fiscal el Dr. Martín WASINGER y como Defensor Particular el Dr. Juan Eduardo BROND. - Conforme se encontrara previsto en el Legajo N° 21488 de la causa: "GOMEZ ARIEL DARIO - ORREGO FLORENCIA ITATI S/ TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES CON FINES DE COMERCIALIZACIÓN" a los efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto contra resolución de fecha 02/03/2023 dictada por la Sra. Jueza de Garantías N° 1 Dra. Marina Barbagelata.-----

Acto seguido S.S. le da la palabra la Recurrente en primer término el Dr. BRONDO expresa los fundamentos y los agravios en los que basa su petición en el recurso interpuesto. Sostiene que el consentimiento del Sr. Gómez no fue válido y que no existió la flagrancia en cuestión. Cita jurisprudencia en los que se dispusieron standares para ser cumplidos al momento de realizar las requisas pertinentes. Hace reserva del caso federal. Finalmente solicita se anule la resolución de la Dra. Barbagelata avalando el planteo de exclusión probatoria interesado por la defensa. Solicita el sobreseimiento del Sr. Gómez y la devolución de efectos secuestrados. -----

A continuación hace uso de la palabra el Sr. Fiscal Dr. WASINGER quien se encuentra con un planteo novedoso que no fue mencionado en la audiencia ante la Jueza de Garantías. Expresa que la secuencia narrada por la defensa es parcial y

brinda explicaciones al respecto. Sin perjuicio de eso estamos ante un hecho en flagrancia, no existe una detención arbitraria por parte de la fuerza policia. Cita resolución de fecha 13 de enero de 2022 dictada por el Dr. Rafael Cotorruelo. finalmente en relación al sobreseimiento considera que el mismo no debe tener lugar, expresando los fundamentos en los que basa su petición. -----

Nuevamente toma la palabra el Sr. Defensor realizando apreciaciones respecto a lo manifestado por el Sr. fiscal.-----

Seguidamente el Señor Vocal dispone la realización de un cuarto intermedio hasta el día 29/03/2023 a las 10.30 horas a los efectos de expresar los fundamentos y la resolución correspondiente. Siendo el día 29 de marzo de 2023 a las 10.40 horas se reanuda la audiencia, verificándose la presencia de las partes y procediendo el Sr. Vocal a expresar los fundamentos en los que basa su resolución: 1- ADMISIBILIDAD:

Conforme lo establece el art. 502 CPPER, la presente se trata de una decisión dictada por la Jueza de Garantías N° 1 de Paraná en el marco de la IPP, y que no solo causa un gravamen irreparable al imputado por presunta violación a sus derechos constitucionales y al debido proceso, sino que -además- es de las expresamente apelables, de acuerdo al art. 198 del mismo código.

2- MERITO:

Concreta y sucintamente, los agravios de la Defensa son dos: 1) falta de consentimiento válido para la requisita del automóvil marca Peugeot, modelo 206, de color negro, dominio colocado DMM603; 2) falta de sospecha razonable para la detención del ciudadano Ariel Gómez, y posterior requisita del vehículo referido.

Podemos liminarmente afirmar que, a partir de las cláusulas constitucionales más relevantes -arts. 18 y 19 CN- y de las normas procesales reglamentarias de ellas, tanto en materia de restricciones a la libertad, como de invasiones a la

intimidad, nuestro sistema legal exhibe una preferencia porque las decisiones trascendentes en los temas expuestos por la defensa, quede en manos de los jueces.

De hecho, la CSJN, desde el Siglo XIX, viene diciendo que "si bien la exigencia de que la orden de allanamiento emane de un Juez, no surge de la Constitución Nacional, sólo ellos pueden autorizar esa medida, salvo en los casos en que se permite a las autoridades obviar ese recaudo (caso "Charles Hnos.", de 1895; criterio reiterado luego en "Fiorentino", "Cichero" y "Capurro", entre muchos otros). Lo mismo sucede respecto de las detenciones, sobre lo que existe un unánime acuerdo doctrinario de que la "autoridad competente" de la que habla la Constitución Nacional, es la autoridad judicial (por todos: Vélez Mariconde, "Derecho Procesal Penal", pag. 487; y también Julio Maier en "Cuestiones Fundamentales sobre la libertad del imputado", pág. 27).

En general, tanto en el orden Nacional, como en los órdenes provinciales, el esquema que preside los ordenamientos procesales es que, salvo supuestos de urgencia, en los que no sería practicable la obtención de la orden judicial, las decisiones que impliquen afectar la libertad personal de los individuos o avanzar sobre áreas de su intimidad, pertenecen al ámbito de la magistratura judicial.

Ello es así, no por una cuestión burocrática, sino porque su lugar neutral e imparcial dentro del proceso (penal) los ubica en la mejor posición para asegurar que esa intromisión en la libertad o en la intimidad de las personas responda a motivos razonables.

En relación con ello, el legislador se ha preocupado por establecer criterios o estándares que la magistratura debe observar, previo a autorizar una medida de ese tipo, como por ejemplo el conocido como "motivos suficientes", para intromisiones en la intimidad o libertad de las personas (arts. 268 y 275), sin el cual ni siquiera a aquella le está permitido dictar ordenes de ese tipo.

Eso me parece importante, porque aun cuando existan motivos de urgencia,

ni la policía –ni ningún otro funcionario- puede estar exenta de lo que es obligatorio para los jueces y juezas.

Así, cuando la policía –u otros funcionarios- actúan sin orden judicial invocando razones de urgencia, están, como mínimo, constreñidos por los mismos recaudos que demandan la existencia de motivos previos (suficientes) para actuar (CSJN, “D’acosta”).

Eso resulta acertado, porque si esos funcionarios públicos tuvieran un nivel de exigencia menor, y se les permitiera actuar en áreas restrictivas de derechos constitucionales en condiciones en que le estuviera vedada a un Juez o Jueza, entonces la preferencia legislativa por la intervención de la magistratura como garantía de neutralidad e imparcialidad se vería notoriamente desdibujada: aquellos carecerían de todo incentivo para buscar la orden judicial, ya que es más lo que pueden hacer sin ella, que con ella.

Hay, además, otra razón para este esquema general: con la intervención de la magistratura, a través de la orden respectiva, se fijan límites razonables a la tarea investigativa, de manera que dicha actividad no avance ni se dirija más allá de lo estrictamente necesario para obtener el fin deseado por el procedimiento coercitivo en cuestión.

A través de la orden judicial se indicará, entonces: 1) que es aquello en concreto que se está autorizado a registrar; 2) cuando se puede realizar el registro, 3) quien puede realizar ese registro; y 4) que puede secuestrarse como consecuencia del mismo.

No obstante ello, es sabido también que policía y Fiscalía están autorizadas a disponer medidas de coerción sin orden judicial en casos de urgencia, en supuestos en que no sea práctico requerir la orden, o por la posibilidad de que el procedimiento se frustre, siempre según los procedimientos permisivos delineados por el legislador (arts. 208 inc. 5 y 209 CPPER); pero cuando se actúa en

esos supuestos de urgencia, no por ello desaparecen los recaudos de "motivos suficientes" para actuar, ya que de no observarse los mismos, entonces las garantías constitucionales sufrirían un menoscabo evidente.

En definitiva, tanto la regla: orden judicial para la intromisión en la intimidad y/o libertad de una persona; como la excepción: actuación urgente (y sin orden judicial) por la policía o la Fiscalía, están regidas por el principio de legalidad, es decir que "sólo pueden provenir de un expreso mandato legislativo, a la vez que deben ejercerse en las formas y condiciones fijadas por esa disposición legal (CSJN, "Daray").

Nuestro CPPER no abunda ni es muy ilustrativo en materia de requisas -sobre todo vehicular, como es el caso-, legislando solo -y de manera bastante escueta- sobre requisas personales y allanamientos de domicilios.

No obstante, luego del fallo "Fernández Prieto" y "Tumbeiro", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (del 01/09/2020), no puede quedar ninguna duda respecto de que los vehículos forman parte del área o espacio de intimidad resguardado por el art. 18 de la Constitución Nacional, ya que en dicha sentencia se recordó que "el artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas. En esa lógica, consideró que las pertenencias que una persona lleva consigo en la vía pública, incluso cuando la persona se encuentra dentro de un automóvil, son bienes que, al igual que aquellos que se encuentran dentro de su domicilio, están incluidos dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada y la intimidad. Por esta razón, no puede ser objeto de interferencias arbitrarias por parte de terceros o las autoridades. En razón de ello, concluyó que la requisita del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto constituyó una injerencia en la vida privada, en tanto fue practicada sin que esta cumpliera con el requisito de legalidad".

A todo evento, y en un análisis convencional de nuestro código ritual, puede

entenderse que cuando el art. 268 habilita los registros de "un determinado lugar" en donde se presume que se encuentran cosas o personas relacionadas con un delito, está incluyendo también los automotores y/u otros espacios que gocen de cierto ámbito de intimidad.

Doctrinariamente, también se ha logrado cierto consenso en que "si bien no es dable desde el punto de vista constitucional equiparar "domicilio" con "automotor", tampoco será posible desproteger totalmente a este último, ya que de alguna forma integra el ámbito de privacidad o intimidad de su dueño o tenedor circunstancial" (Mill de Pereyra, Rita, "Prueba Ilícita", en Revista de Derecho Penal de Editorial Rubinzal Culzoni, 2001-2, Garantías constitucionales y nulidades procesales-II, Santa Fe 2.002, p.409).

Con ello, la inspección o requisa de un vehículo automotor, debe cumplir con los requisitos legales establecidos en nuestro ordenamiento procesal: motivos suficientes y orden judicial (regla) o motivos suficientes y urgencia (excepción que prescinde de la orden judicial).

Este estándar de los motivos suficientes (que también se reitera en el art. 275 para habilitar las requisas personales) requiere de un estado de sospecha fundado en motivos previos o concomitantes, objetiva y razonablemente acreditados, que legitimen el acto invasivo de la privacidad y/o de la libertad de un individuo, toda vez que en virtud de los mismos, cualquier persona de prudencia razonable crea que se ha cometido o se está cometiendo un delito.

La excepción -siempre- está dada por la "urgencia"; es decir, que para actuar válidamente sin una orden judicial, debe existir cierto contexto que haga imposible su tramitación o pedido, ya sea por un peligro inminente de fuga (del imputado), o serio entorpecimiento de la investigación.

La urgencia, constituye también un requisito legal que se encuentra expresamente legislada en nuestro CPPER, por ejemplo, en el art. 208 inc. 5:

"atribuciones de la policía" - "proceder a los allanamientos, requisas, registros vehiculares y secuestros urgentes e impostergables, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 271 y 275, y demás disposiciones de este Código, dando inmediato aviso al Fiscal en turno o a cargo de la investigación, según el caso".

El art. 271 nos habla del "allanamiento sin orden", y nos da allí las pautas de lo "urgente" y/o lo "impostergable" que habilitaría a la policía o al Fiscal (cfr. art. 209 CPPER) a actuar sin una orden de allanamiento dictada por el Juez o Jueza. En sus cuatro incisos nos expone a situaciones en las cuales verdaderamente resulta inimaginable exigirles a cualquiera de aquellos funcionarios a detener el procedimiento preventivo, para solicitarle a la magistratura una autorización semejante.

Es cierto también que la enumeración realizada podría no ser taxativa y que podrían encontrarse otros casos que se adecuen al art. 34, inc. 3° del Cód. Penal, en que para proteger a valores superiores de un peligro actual e inminente, deba restringirse el derecho a la intimidad que vengo aludiendo. Pero entiendo que esos casos excepcionales que pueden facultar a prescindir de la orden judicial deberán estar fundados -siempre- en la urgencia y la necesidad, y no en otra razón.

Como se ve, en los casos excepcionales, "motivos suficientes" y "urgencia" son dos requisitos separados e independientes, ya que el primero autoriza la injerencia estatal (o de una autoridad pública), mientras que el segundo habilita la misma sin intervención judicial, justamente, porque debido a ella, resulta imposible gestionarla, y la actuación se vuelve impostergable, en ese momento.

Perfectamente entonces, pueden aparecer casos en los que hay motivos previos (y suficientes) como para habilitar la injerencia estatal en la esfera de libertad y/o intimidad de una persona; pero no hay urgencia para prescindir de la autorización judicial porque no hay posibilidad alguna de que la persona implicada o sospechada se evada, o destruya evidencia alguna, o se ponga en

riesgo a sí mismo o a terceros.

El requisito de la urgencia es tan trascendente, que es justamente el que permite distinguir las situaciones para la realización de una requisa sin orden judicial, de aquella que la necesita.

Esa urgencia debe encontrarse constatada en las actuaciones labradas, para permitir el control jurisdiccional posterior, y no puede ser enunciada genéricamente sin especificar concretamente su fundamentación.

Finalmente, el tercer estándar es el del control judicial suficiente, cuando se ha actuado en virtud de los dos anteriores; es decir: cuando se acreditaron los motivos suficientes que habilitaron una determinada injerencia en los derechos de una persona, a la vez que existía una urgencia que habilitaba también a prescindir de la orden judicial específica; con lo cual toda dicha actuación deberá pasar por el tamiz o control judicial a los efectos de avalar su legalidad.

Ese control tampoco es uno de carácter burocrático, sino que versa sobre la presencia de los requisitos enunciados antes, de manera tal que le corresponde al Juez evaluar la existencia de los motivos suficientes y la necesidad de la urgente realización de la medida sin posibilidades de postergación para hacerse de la orden judicial respectiva.

Con todo ese (extenso) marco conceptual, pasaré a analizar el caso concreto y la verificación de cada uno de los requisitos referidos, a los efectos de valorar si existe razón a la Defensa, que solicita la exclusión de la medida probatoria en cuestión: requisa y secuestro de los bienes y elementos referidos en las actas de fecha 27/03/2022; o a la Fiscalía, en el entendimiento que actuó válidamente conforme a los estándares mencionados.

Para ello voy a invertir el orden de los agravios plasmados por el Dr. Brondo, coincidiendo con el análisis que del caso hizo la Jueza de Garantías actuante, respecto de la existencia de "motivos suficientes" para detener al ciudadano Ariel

Gómez y, eventualmente, para habilitar una injerencia en su derecho a la intimidad, por vía de la requisita personal o vehicular.

Ello así por cuanto, según lo volcado en el acta de procedimiento, y también en el acta de intervención policial -ambas de fecha 27/03/2022- el vehículo marca Peugeot, modelo 206, de color negro, en mal estado de conservación (que resultó con dominio colocado DMM603) estaba siendo buscado y/o rastreado en la zona de calles Ambrosetti y Rondeau, en virtud del llamado de una persona de nombre Venencia Varela, quien alertó a las autoridades preventivas (911), de determinados actos de violencia doméstica, del Sr. Ariel Gómez contra su mujer: María Florencia Orrego, ya que es vecina de su domicilio y lo estaba viendo destrozarle la casa ("le estaba rompiendo la puerta") y escuchando los gritos de aquel y de la mujer.

Venencia identifica a Gómez y a Orrego con nombre y apellido, a la vez que describe el vehículo en el cual el primero se conducía: "uno de color negro".

La División 911 moduló a los oficiales de la zona respecto de dicha denuncia, yendo hacia la zona en cuestión el móvil 1014, con los oficiales Franco y Micheloud, quienes divisaron el vehículo conduciendo en contramano y realizando maniobras peligrosas; y que cuando es advertido mediante la sirena policial, se da a la fuga, interceptándolo en la intersección de las calles Laurencena y Av. Ramírez de esta ciudad de Paraná.

Rezan las actas aquellas -y también lo refirió la Fiscalía- que al bajar del móvil, la Oficial Micheloud observó que el individuo que manejaba arrojó hacia atrás "tres envoltorios de nylon de color negro", los cuales salieron por la ventana y cayeron a la acera -y que luego fueron secuestrados por la policía-. También se informa allí que desde la ventana del vehículo en cuestión, podía observarse lo que parecía un arma de fuego.

Al identificar al conductor, y al mencionar éste a su novia o pareja -siempre

según las actas ya referidas- se comprueba que esa persona, de nombre Ariel Gómez, era en definitiva aquella que se había salido a buscar inicialmente, por denuncia de Venencia Varela.

Con todo ello: denuncia por presunta violencia de género, maniobras peligrosas en la vía pública, fuga de la autoridad prevencional, descarte de bolsitas de nylon negro, y visualización de una posible arma de fuego; entiendo que existían "motivos suficientes" para habilitar la injerencia cuestionada: la detención de Gómez y la requisita personal y del vehículo; por lo que lo doy por comprobado, ya que no hubo detención "al voleo", como dijo el defensor.

El problema está con el segundo estándar: la "urgencia" para prescindir de la orden judicial, cuya inexistencia fue expresamente alegada por la defensa a los minutos 5:44 y 6:30 de la audiencia del 17/03/23, y sobre la cual no hubo réplica por parte de la Fiscalía.

En ninguna de las actas que he analizado surge de ninguna circunstancia que deje trasuntar que el Sr. Gómez -demorado por la autoridad prevencional desde las 2:52 del día 27/03/2022, según lo indicó la Fiscalía- haya intentado evadirse de tal situación una vez que fue interceptado y detenido por ellos.

Tampoco las actas refieren de situación alguna por las cuales corriera peligro el Sr. Gómez, otros terceros, su vehículo o los elementos y bienes que se hallaban dentro del mismo; ni tampoco su voluntad de hacer desaparecer ninguna de las cosas que había en el auto, más allá de los tres envoltorios que tiró para atrás.

De hecho, la Fiscalía dice que "Gómez se hacía el canchero y decía que vendía estupefacientes", ilustrando así de una cierta actitud colaborativa; y la Defensa dice que en las entrevistas a los funcionarios preventores, en sede de la Fiscalía, ellos reconocen que "no había ninguna urgencia para prescindir de la orden judicial" -lo cual tampoco fue rebatido o contradicho por la Fiscalía; y de hecho, tal fue así que esa misma noche lo llamaron al Fiscal, para que les fueran instruidos

los pasos a seguir.

En definitiva, según consta de las actas ya referidas y de las alocuciones de las partes en la audiencia en sede de Garantías, no había ninguna complicación ni situación particular que justificara la prescindencia de una orden judicial para autorizar la requisa del automóvil en el que el imputado se conducía, ni motivo para que el Fiscal no la solicitara.

Es más, Gómez estuvo, por lo menos una hora detenido o "demorado" en la esquina de Laurencena y Av. Ramírez, con una numerosa comisión policial (según surge de las actas estaban los oficiales del móvil 1041, los del 911, lo de la Comisaría 8 -que son los que hacen el acta- y personal de Toxicología convocados por el Fiscal), sin realizar ninguna acción tendiente a evadirse o a destruir alguna evidencia; por lo que no se justifica que se haya prescindido de la orden en cuestión, o por lo menos no surgen ni de las actas, ni del alegato Fiscal, cuales fueron las razones que lo convencieron de no seguir la regla legal.

Al contrario de lo meritado y opinado por la magistrada actuante -y esto lo afirmo con todo respeto-, la tramitación o pedido de esa orden judicial no se impone legalmente como una mera cuestión burocrática que tienda a limitar el accionar de la Fiscalía, o a obturar su acción en pos del combate del delito; sino que se trata del concreto ejercicio de una obligación constitucional en torno a la habilitación y control de una coerción o injerencia en los derechos individuales de las personas, debiendo, una magistratura neutral, independiente e imparcial, ejercer el contralor suficiente del organismo estatal del cual emana tal injerencia, para evitar cualquier abuso.

De hecho, tan es así, que la Ley ha habilitado a los Jueces de turno a dictar las mismas "por cualquier medio disponible", incluso respecto de las medidas más graves, como es la privación de la libertad de una persona (art. 340 CPPER); por lo que no hay motivos -o por lo menos no surgen de las actuaciones, ni tampoco los

ha brindado la Fiscalía, ni la policía a través de las actas revisadas- que justifiquen la urgencia que autorice o permita el actuar per se y sin autorización por parte de la Fiscalía y de la policía, en ámbitos protegidos por el derecho a la intimidad.

Ahora bien, independientemente de que ese segundo estándar no se halla justificado, la Fiscalía dio dos razones concretas por las cuales prescindió de la orden judicial: 1) delito en flagrancia, y 2) consentimiento del imputado.

Entiendo que la flagrancia no puede sostenerse porque, en el caso, la verificación de la presunta comisión de un delito, ha sido posterior a la requisa cuya legalidad se analiza.

Así, si consideramos la flagrancia respecto de la presunta violencia de género y de la sustracción de los estupefacientes del domicilio de la Sra. o Srita. Orrego -la novia de Gómez-, debemos aceptar que la identidad de ese último y su vinculación con aquella, fue confirmada luego de su detención y "atando cabos sueltos", según dijo el Fiscal, por lo que no fue sorprendido "en el momento de comisión", ni tampoco "inmediatamente después, mientras era perseguido por la fuerza pública" (s/art. 345 CPPER), sino que los policías no sabían a quien estaban persiguiendo, ni tampoco qué había hecho; sólo reaccionaron porque el auto (negro; único dato que dio la vecina Venencia) venía a contramano y realizando maniobras peligrosas, dándose a la fuga cuando quiso ser interceptado por la policía. Hasta allí, solo podía hablarse de una contravención; lo que varió con el descarte de las bolsitas de nylon negro, pero nada de aquello podía aseverarse respecto del auto ni de su conductor, antes de la requisa que aquí se cuestiona.

Por otro lado, tampoco podemos considerar ese descarte que referí -a secas- puede justificar un delito de tenencia de estupefacientes en flagrancia, pues -nuevamente- la comisión del hecho solo pudo ser advertida como consecuencia de la requisa, sin que fuera exteriormente reconocible.

Dicho en otras palabras, si hubo que recurrir a la requisa fue, justamente,

porque no era posible saber desde lo externo qué era lo que Gómez descartaba o tenía vinculado al delito en cuestión (tenencia de estupefacientes), o si, en suma, tenía algo; es decir, que la requisita fue necesaria para descubrir la existencia de sustancias estupefacientes que no eran observables desde el exterior.

Entonces, no se estaba frente a un delito cuya comisión fuera observable antes del procedimiento, ya que en ningún momento Gómez fue sorprendido "en el acto de cometer un delito", sino que el delito fue detectado como consecuencia de la requisita, lo cual es bien distinto.

Lo mismo puede decirse respecto del avistamiento en el asiento trasero de lo que parecía un arma de fuego, que luego de la requisita surgió que no lo era; por lo tanto no se estaba cometiendo delito alguno. Y nuevamente, aun cuando eso corresponda a un análisis ex post, Gómez ya estaba detenido y afuera del auto, por lo que no había peligro ni urgencia para prescindir de la orden en cuestión.

En consecuencia, no puede ser ésa (la "flagrancia") la justificación para quebrar la regla que exige una orden judicial para ese tipo de medidas, ya que de lo contrario lucirían inútiles todas las normas y límites a la magistratura, como a la Fiscalía y a la policía, y terminaríamos validando cualquier actuación arbitraria en función de su resultado.

En este sentido, la CSJN ya tiene definido que "los defectos de cualquier medida de prueba no pueden subsanarse a posteriori, sino que las razones justificantes deben existir al momento en que se lleva a cabo la medida" ("Ciraolo"); o al de decir de Dworkin: "no hay que imponer la conveniencia de la medida por sobre los derechos del imputado".

En segundo lugar, la Fiscalía habló del consentimiento de Gómez para la realización de la medida en cuestión, alegando siempre una actitud colaborativa de él, y que -como muestra de ello- "abrió voluntariamente el auto y mostró lo que había adentro". Ello fue también resaltado por la Jueza de Garantías para fundar la

existencia de un consentimiento válido por parte del imputado.

También se dijo en la audiencia de la instancia anterior -el Fiscal y la Jueza-, que "si Gómez no consentía tal medida, él habría pedido la orden de requisa", y que "el consentimiento fue prestado ante los testigos civiles". Ello fue a los 31:40 y 34:22 minutos de la audiencia del 17/02/2023.

He solicitado el Legajo de investigación al Fiscal, a los efectos de verificar tales alegaciones, dado que la Dra. Barbagelata enfatiza esa última cuestión; es decir, le da una importancia trascendente a la actuación de los testigos civiles, refiriendo que "firmaron un acta donde se dice que el imputado había prestado su consentimiento para tal acto" (minuto 16:25 en adelante, de la audiencia del 02/03/2023).

No obstante, de las constancias de las entrevistas mantenidas con tales testigos en sede de la Fiscalía, surgen datos concretos que contradicen no solo la versión de la Fiscalía, sino también la resolución de la Jueza.

En la entrevista que la Delegada Judicial, Dra. Clarisa Aiello le tomara al Sr. Javier Horacio Abasto, en fecha 14/03/2022, surge que éste manifestó que "a ese que agarraron en el auto con la droga, que íbamos caminando y estaba lleno de policías, y que era un hombre con un Peugeot negro, un hombre calvo. Ese muchacho lo tenían esposado, estaba afuera del auto, tenía muchos celulares en el piso de la calle, había como un arma que también estaba en el piso, y también había bolsitas de droga, que la policía me dijo que tenía droga. Estaba todo en el piso, pero eran un montón de cosas. En un momento esa persona se puso agresiva, le quiso pegar a un policía y lo calmó un oficial. Cuando yo llegué, ya estaba el otro testigo, pero necesitaban dos".

De su testimonio surge la falsedad material del acta de intervención policial de fecha 27/03/2022, suscripta por el Oficial Inspector Cesar, Luciano Alejandro, pues el testigo en cuestión no participó de ningún procedimiento, ni vio ningún

consentimiento. Cuando él fue reclutado para cumplir la orden del Fiscal de "conseguir dos testigos", la policía ya lo había esposado a Gómez y ya le habían requisado todo el auto, dejando las todas las cosas en el piso.

El segundo testigo Daniel Osvaldo Segovia, en la entrevista que le tomaran en Fiscalía en fecha 17/03/2023, dijo que "en horas de la noche yo me iba al thompson, y en Ramírez y Laurencena me intercepta la policía, que me dice que tengo que salir de testigo, que no tengo otra opción, que desciendo de mi vehículo y me explican que habían parado a una persona en un auto, que se había peleado con la mujer, o algo así, no recuerdo bien, y que lo venían persiguiendo, y ven que lanza un bulto, y bueno, cuando levantan eso después lo frenan. Que delante mío y de otra persona más empiezan a revisar dentro del auto, que recuerdo que eran bolsas, ropas, celulares, bultos cerrados que cuando los empezaron a abrir, tenían bolsitas de droga. Al conductor yo no lo quería ni mirar, así que no presté atención a su estado. Lo que sí, la requisa del auto fue en mi presencia".

Más allá de que este testigo contradice al anterior, que niega su presencia durante la requisa en cuestión, lo importante es que no deja ninguna constancia del consentimiento del conductor del vehículo para que se realizara tal actividad sobre su auto. De hecho, el testigo dice que al conductor no lo quería ni mirar, pero nos da la seguridad de que al momento de la requisa, el mismo estaba detenido.

Esto es muy importante porque, como me referiré más adelante, el consentimiento no se presume, sino que debe ser expreso y comprobable, nada de lo cual surge de las actuaciones preventivas cuya validez se discute.

Por otro lado, al contrario por lo sostenido por la Jueza de Garantías (minuto 19:42 de la audiencia del 02/03/2023) y por la Fiscalía en la audiencia de apelación, la Defensa sí controversió aquel aspecto (me refiero al consentimiento) en la audiencia del 17/02/2023.

No lo hizo con un despliegue teórico ni doctrinario vasto -todo lo contrario-, pero se lo escucha claramente al Dr. Brondo, en los minutos 42:49 y 44:11, expresar que "controvierte el consentimiento" supuestamente prestado por su defendido, y que "descarta el consentimiento porque había un claro contexto intimidatorio", haciendo referencia a la numerosa comisión policial que rodeaba a Gómez.

Tal -sucinta- mención y referencia es suficiente para que su planteo sea atendido y contestado, y también para tener por válido el agravio sostenido en la audiencia de apelación ante el suscripto.

Aquí quiero decir que descarto la buena fe con la que ha actuado la Fiscalía, en el sentido de que efectivamente puede haberle propuesto a la policía -ya que no dijo haber hablado con el imputado- la tramitación de una orden judicial si éste no consentía la requisita; pero ello no fue así trasladado a las actas prevencionales.

No obstante, al hacer aquello, también advierto que el Fiscal cae en el yerro conceptual de creer que el "consentimiento" reemplaza a la orden judicial, y ello no es así.

Desde el caso "Fiorentino", la CSJN viene diciendo que el consentimiento no es una excepción a la regla de la orden judicial, sino que remite a la renunciabilidad de la garantía de la inviolabilidad del domicilio; es decir, que si hay consentimiento no hay allanamiento (ni requisita) -también: CSJN en "Cichero" y "Capurro"-.

En el ya mencionado fallo del caso "Fiorentino" se recordó el origen y la trascendencia de la garantía de la inviolabilidad del domicilio, destacando la Corte que en ninguno de los supuestos de excepción a la orden judicial se prevé que el consentimiento prestado por quien tiene derecho de excluir la reemplace.

Es más, de la ley de "fondo" surge otra prueba que demuestra que la falta de atribución de consecuencias al consentimiento, en el Código de Procedimientos, es deliberada, ya que el CP establece que el delito de violación de domicilio (art. 150)

se produce cuando alguien entra en morada ajena contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo; pero en cambio al allanamiento ilegal del art. 151, no incluye al consentimiento (o voluntad del titular del derecho de exclusión) como excluyente del tipo.

Entonces, entiendo que la voluntad del titular del derecho de exclusión no juega ningún papel en el funcionamiento de la cláusula constitucional y su reglamentación legal: el consentimiento y la voluntad del titular del derecho resultan inoperantes; y solo adquieren relevancia ante la posibilidad que tiene todo ciudadano de renunciar a una garantía dispuesta constitucionalmente en su favor, pues como muchas otras del proceso penal, la inviolabilidad del domicilio es renunciable.

Ahora, para garantizar la libertad en la decisión de renunciar a esas garantías, la ley prevé ciertos requisitos, de forma tal que la admisibilidad de tal renuncia suele ir acompañada de una serie de controles y condiciones que permiten asegurar que esa renuncia se realiza en un marco de libertad.

Uno de ellos es el conocimiento cabal de la garantía; es decir, que no basta que el funcionario policial solicite el permiso para entrar o requisar, sino que es necesario que el ciudadano conozca que hay una garantía que le permite excluir al funcionario policial que le solicita tal permiso. O lo que es lo mismo: que tiene derecho a negarse.

Se requiere también que no hayan circunstancias exteriores que afecten la libertad del ciudadano: el consentimiento debe ser prestado voluntariamente, sin coacción ni compulsión, poniendo como ejemplo que en "Fiorentino", la Corte consideró que el ciudadano que estaba detenido no gozaba de la libre voluntad para renunciar a la garantía.

Finalmente, y como antes esboqué, el consentimiento no se presume, sino que debe ser expreso, indubitable y comprobable, de modo tal de no ofrecer dudas

sobre la plena libertad del individuo al formular la autorización.

En el caso, no surge de ninguna documentación y/o acta el expreso consentimiento de Gómez para la realización de la medida cuestionada: el acta de procedimientos dice que "... la oficial Micheloud se comunica con el Fiscal Wasinger, a quien se le informa de la situación, disponiendo este que se proceda en presencia de testigos a la requisa vehicular, por lo que siendo las 3:58 se da comienzo a la misma...".

De la sola lectura del acta, pareciera que el Fiscal se ha arrogado facultades jurisdiccionales, lo cual no es así conforme la explicación que dio, pero esa explicación no fue plasmada en la actuación de la policía.

Por su parte, el acta de intervención policial -que firman los testigos Segovia y Abasto- que "... se comunican con el Fiscal de turno Martín Wasinger, quien dispone la intervención de personal de Toxicología ... y que se proceda a la requisa del vehículo, en caso de consentirlo el ciudadano Gómez..."; por lo que habría que entender que si la requisa se hizo, fue porque Gómez la consintió, pero lo llamativo es que en ninguna parte del acta consta el consentimiento expreso e indubitado de Gómez; y encima los testigos civiles (uno de ellos) la desmiente rotundamente al relatar la situación que observó al llegar al lugar donde estaba detenido Gómez.

No hay ni una sola constancia de dicho consentimiento, no está su firma, no surge la explicación de que puede negarse al mismo, ni que puede solicitar la presencia de su abogado, ni -más grave aun- las consecuencias de permitir dicha medida en el caso de hallarse elementos incriminantes de algún delito.

En definitiva, no cumple dicho procedimiento con los requisitos como para establecer que aquel dio un consentimiento válido para aquello.

Por otro lado, tampoco surge indubitable que -de haber existido- su consentimiento haya sido prestado con libertad y sin coacción; ya vimos que la

comisión policial que lo rodeaba era numerosa, con agentes de policía de diversas unidades; y además, que según el testigo Abasto, Gómez estaba esposado contra el auto, por lo que no advierto ningún espacio de libertad como para que aquel pudiera consentir la medida en cuestión, sino todo lo contrario: se acredita el contexto intimidatorio que esboza la Defensa.

En definitiva, con todo lo anterior -y a diferencia de la Jueza de Garantías- no puedo tener por acreditado el consentimiento válido que afirma y expresa el Fiscal; más allá de las instrucciones que le haya dado a la policía, que claramente no se plasmaron en las actas de procedimiento, y por tanto, no se pueden acreditar.

En consecuencia, atento a que no se cumplen con los estándares legales, constitucionales y convencionales que hayan habilitado una actuación de la Fiscalía sin autorización ni orden judicial para la requisa del automóvil marca Peugeot, modelo 206, dominio colocado DMM603, dado que no existió urgencia alguna que pueda habilitar su prescindencia, ni tampoco un consentimiento expreso, libre, voluntario, y por tanto: válido, del imputado que demuestre su renuncia a la garantía de inviolabilidad de su ámbito de intimidad, es que debo hacer lugar al recurso interpuesto por la Defensa y declarar la ineficacia probatoria de las actas de procedimiento y de intervención policial donde constan tanto la requisa como el secuestro de los bienes y elementos hallados en la misma, nada de lo cual podrá ser utilizado como prueba por la Fiscalía, conforme art. 255 CPPER.

Esa situación irradia hacia aquellos otros elementos o actos de prueba que tengan origen en ese acto viciado, o que sean su directa consecuencia, salvo que la Fiscalía demuestre -eventualmente y en las etapas procesales pertinentes- la existencia de otro cauce de investigación independiente que pueda avalar la incorporación de cualquiera de los elementos y evidencias resultantes de la requisa invalidada.

No se trata de la decisión que quisiera tomar, pero debo dejar de lado cualquier enfoque consecuencialista para legitimar lo que considero un procedimiento ilegal, en función de su resultado, ya que es un principio convencional que el Estado no puede beneficiarse de su actuación irregular, ni tampoco ninguna persona puede ser condenada con evidencia inconstitucional.

Respecto del pedido de sobreseimiento, al requerirse para el mismo un estado de certeza negativa, fundado en cualquiera de los presupuestos del art. 397 CPPER, entiendo que resulta prematuro avanzar hacia tal resolución, puesto que desconozco la demás evidencia con la que cuenta la Fiscalía para continuar y/o avanzar en su investigación, y posterior y/o eventual imputación, pudiendo la Defensa volver a plantear tal medida en el ámbito de la audiencia del 405 CPPER, si es que esta se realiza.

Lo mismo debe decidirse respecto de la devolución del automóvil Peugeot 206, dado que se trata de una investigación no concluida, respecto del cual desconozco la necesidad de realizar otros medios de prueba sobre el mismo, o si de continuar la investigación hacia una imputación concreta, el mismo no quedara sujeto a decomiso. En todo caso, podrá la Defensa solicitar –ante la instancia que corresponda- su devolución en carácter de depositario judicial y/o su entrega definitiva, en el momento de la remisión de la causa a juicio.

Por todo lo anterior, RESUELVO: 1- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la Defensa del imputado Ariel Gómez, contra la resolución del pasado 02/03/2023, dictada por la Jueza de garantías N° 1 de Paraná, la que en consecuencia se revoca, disponiendo –igualmente- la ineficacia probatoria de las actas de procedimiento y de secuestro de fechas 27/03/2022, atento a que la requisita allí dispuesta sin orden judicial resultó ilegal e ilegítima (art. 255 CPPER), 2- No hacer lugar al pedido de sobreseimiento del imputado Ariel Gómez, por los motivos expuestos en los considerandos anteriores. 3- No

hacer lugar a la devolución del automóvil marca Peugeot, modelo 206, dominio colocado DMM603, por las razones anteriormente expuestas. 4- Notifíquese. No siendo para más se dio por terminada la audiencia, siendo las 11.35 horas, labrándose la presente que previa lectura y ratificación se firma por el Sr. Vocal, y por las partes. Se deja constancia que el presente acto ha sido registrado mediante soporte digital de audio y video con las formalidades del art. 166 C.P.P., requiriendo para su registro la grabación de un (1) DVD identificándose cada copia con número de Legajo, carátula, día de la audiencia y salón; con lo que no siendo para más y en este estado ingresa el legajo al despacho del Sr. Vocal para labrar el acta respectiva, la que será firmada digitalmente por la Vocalía interviniente.-

Marianela Guaita
- Asistente OGA-