

Expediente IPP. trece mil novecientos cuarenta.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, **a los dieciséis días del mes de junio del año dos mil dieciséis**, reunidos 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 Pablo Hernán Soumoulou, Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Ángel Barbieri, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 13.940/I caratulada "Incidente de Apelación. Imputado: R., N.D."**, y practicado que fue el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resulta que la votación debe tener lugar en este orden **Barbieri, Giambelluca y Soumoulou** (Magistrado este último que intervendrá en caso que se estime corresponder), resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1) Es justa la resolución apelada de fs. 14/21 ?

3) Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: La Señora Secretaria de la Unidad de Defensa Criminal, Correccional y de Flagrancia Nro. 7 -Doctora María Florencia Martínez a fs. 1/9 y vta.- interpone recurso de apelación, contra la resolución de fs. 14/21, por la cual el Señor Juez de Garantías -Doctor Guillermo Mércuri-, convirtió en prisión preventiva la detención de N.D.R..

Cuestiona la valoración efectuada por el Magistrado de Grado en cuanto considera que la víctima llevó adelante una identificación del imputado afectado por la sugestión o por la experiencia traumática vivenciada fruto también de

su propia inmadurez, habiendo incurrido en un error.

Así cuando éste formuló la denuncia a fs.1 no dio datos físicos de los atacantes, refiriendo sólo que uno era mayor y el otro menor. A fs. 8 obra el reconocimiento fotográfico, donde luego de exhibírsele 993 fotos, reconoce al imputado como uno de los autores sin explicitar tampoco cuáles eran sus características fisonómicas. Destaca que a fs. 15 obra un CD con nueva declaración de la víctima en sede de Fiscalía, desconociéndose si fue antes o después de la exhibición, donde detalla alguna característica del imputado, desconociéndose cuándo y de qué forma se realizaron ambas diligencias, ya que la proximidad entre el hecho y la exhibición de fotos se vio interferida por el estado de alteración y nerviosismo de P., dato que se confirma con su propia declaración a fs. 17/18 y por la de R.A.B. a fs. 16.

Entiende que la víctima sufrió estrés por el momento traumático vivido, lo que limitó considerablemente su capacidad a la hora de cotejar las fotos exhibidas, agregando que mas allá que el reconocimiento en rueda resultara positivo, disiente con el A-Quo en el valor que corresponde asignarle, en particular por haber existido uno fotográfico previo.-

Controvierte la idoneidad acreditante de dicho testimonio al haber perdido espontaneidad, contraponiéndolo a lo que sucediera en la IPP 1465 donde no fuera reconocido por la víctima, considerando que esa sola declaración no resulta suficiente para acreditar el extremo del artículo 157 inciso 3ero. del C.P.P..

Por otra parte sostiene que la decisión resulta arbitraria al no haberse valorado los numerosos elementos que refuerzan la versión de R. en cuanto los desvinculan del hecho, tales como los testimonios de M.J.D. (fs. 113) y A.H.M. (fs. 114), sumado al resultado negativo que arrojaron los allanamientos de fs. 43 y 44/46.

Pide en definitiva la revocación del fallo.-

Adelanto que voy acompañar a la defensa en su petición, ya que no se encuentra debidamente acreditada la autoría penalmente responsable del justiciable

en el hecho que se le imputa, pues con los elementos colectados en la presente investigación, no se arriba al grado de probabilidad positiva requerido por la ley procesal (inciso 3ero. del artículo 157 del C.P.P.).-

Analizo así que esta investigación se inicia con el acta de constatación de fs. 1 en la cual la víctima, H.D.P., se hace presente en la seccional policial cuarta de esta ciudad, refiriendo que fue acometido por dos sujetos masculinos, "...uno de apariencia mayor y el otro de apariencia menor.." (sin aportar mayores detalles fisonómicos), con un cuchillo con el que lo intimidaron, despojándolo de parte de sus pertenencias.

A fs. 8 obra acta de exhibición fotográfica -diligencia efectuada sin previo anoticiamiento a la defensa- en donde el citado P. siendo las 21:27 hs. del día del hecho, previo referir que las características fisonómicas "del imputado" son exactamente las mismas que describiera oportunamente en su declaración testimonial (sin que a esa altura obrara ninguna), observa 993 fotografías de "personas procesadas por diferentes ilícitos", e identifica una (la perteneciente al aquí encausado).

Seguidamente a fs. 15 se encuentra un CD, en el que se ha registrado el testimonio del denunciante donde manifiesta que uno de los atacantes medía 1,80 mts era de piel oscura y tenía vestimenta y gorra negra; en tanto el que tenía la navaja -de quien no sabía si era menor o también de la misma edad que el anterior- solo le vió remera blanca y malla, siendo destacado el rasgo de la nariz, que era "un poco" arqueada y la boca con labios "medios" grandes. Que no les vió cicatriz ni tatuajes y que se encontraba en condiciones de reconocerlos a cualquiera de los dos.

Destaco que el acto en total duró 6 minutos y 16 segundos, culminando a las 22:00 hs., lo que permite inferir que ha sido efectuada en forma posterior a la exhibición de fotos, no sólo por su ubicación en el expediente, sino por la hora y fecha descripta a fs. 8 y 15).

A continuación a fs. 91 consta el acta de reconocimiento en rueda de personas, donde el nombrado damnificado previo detallar físicamente y de manera pormenorizada a ambos agresores, reconoce a R. como el primero que describiera.

Dado los elementos reseñados advierto como primera observación que la exhibición de fotografías obrantes en los registros de la O.T.I.P. de fs. 8, no fue notificada a la defensa oficial, lo que si bien no conlleva su declaración de nulidad, pues en ningún lugar ello es exigido en el rito, resulta recomendable. En particular para aquellos casos donde esa primer identificación pueda resultar "trasladable" a las diligencias posteriores (por la interferencia que produce), máxime en investigaciones donde aquella "marcación" primigenia, y a partir del reconocimiento en rueda posterior, termina transformándose en el único medio de convicción con entidad de cargo. Y destaco que la misma se llevó a cabo sin dejarse constancia de qué características físicas tenían los atracadores (y con qué criterio se efectuaba esa "búsqueda").

Agrego que en el acta de fs. 1 donde el personal policial actuante refiere los dichos de la víctima se hace saber la existencia de dos agresores de los cuales uno -de apariencia- sería menor de edad. Advierto que en ese acto no se efectuó descripción alguna de los sujetos.

Agrego a esto que en la declaración de fs. 15 que está resguardada en audio, y que sólo dura 4 minutos en cuanto a las manifestaciones del menor, también la descripción resulta un tanto vaga, ya que las descripciones de los sujetos nada poseen de especial. Lo recuerdo: uno de los atacantes medía 1,80 mts era de piel oscura y tenía vestimenta y gorra negra; en tanto el que tenía la navaja -de quien no sabía si era menor o también de la misma edad que el anterior- solo le vio remera blanca y malla, siendo destacado el rasgo de la nariz, que era "un poco" arqueada y la boca con labios "medios" grandes. Que no les vió cicatriz ni tatuajes y que se encontraba en condiciones de reconocerlos.

A fs. 91 se instrumenta el reconocimiento en rueda de personas, donde las referencias físicas que allí refiere P. pueden aplicarse a un número indiscriminado de personas. Refiere que el primer sujeto sería de 20 a 25 años , 1,77 mts. aproximadamente, flaco, piel oscura, el cual tenía colocada una gorra, notando que tenía la nariz un poco levantada, vistiendo todas ropas negras (inclusive gorra), "...pudiendo ver a este a este sujeto más que nada de perfil...". Que el segundo sujeto era de 1,66 mts., de 16 a 17 años, delgado con cabellos cortos y que tenía remera y malla blanca.

Advierto ya una primer diferencia de entidad con respecto a la descripción que otorgara en el audio de fs. 15, pues allí manifestó que los sujetos podían ser de la misma edad, para en el reconocimiento separar bien un menor y un mayor. Pero además en el audio de fs. 15 refiere que el sujeto que tenía la "nariz levantada" (ver las fotos de fs. 9/12 en clara referencia a quien luego fuera privado de la libertad), era el que describía en primer termino como de ropa blanca (sería además de 16/17 años), para en la diligencia de fs. 91 referir que ese era el mayor de ropa negra (ver dichos de fs. 91 último renglón y su vuelta primer renglón).

Lo expuesto, como único elemento con entidad de cargo, no genera la convicción suficiente para acreditar la intervención del procesado en el hecho en análisis con el grado de probabilidad que la instancia requiere (arts. 210 del C.P.P. y 157 inciso 3ero. del Rito).

Me explico. Nos encontramos ante un plexo probatorio respecto a la autoría del ilícito conformado exclusivamente por el relato del damnificado P., cobrando de esa manera una importancia decisiva la valoración que se realiza del reconocimiento de una de las personas involucradas.

En ese sentido -a mi entender- no ha quedado debidamente acreditado con grado de probabilidad positiva la participación, no pudiendo afirmarse que el imputado sea una de las dos personas que el testigo vio en el Parque Independencia,

máxime a partir de las diferencias anotadas y siendo que el lapso temporal en que lo divisó fue corto, y que lo vio "...con gorra y de perfil...".

En autos no existen otros medios de convicción como para mantener el dictado de la cautelar, puesto que los allanamientos practicados a fs. 43 y 44/46 (donde fuera detenido), arrojaron resultado negativo, no habiéndosele secuestrado efectos que lo relacionen con el hecho investigado.

Lo dicho es sin perjuicio de afirmar que en oportunidad de declarar a fs. 60/63, el justiciable dio su explicación sobre dónde estuviera y qué hiciera el día del hecho, lo que fue ratificado -al menos en parte- por las declaraciones de M.J.D. (fs. 113) y A.H.M. (fs. 11481), testigos que más allá de que pudieran resultar interesados, menguan el valor probatorio de la escasa prueba con entidad cargosa reunida.

Asimismo, si la denuncia se recibió a las 18:45 horas, teniendo en cuenta el camino que hiciera la víctima desde el sitio donde acaeciera el hecho hasta que concurre a la seccional a denunciarlo (previo pasar por su vivienda), presumo que la sustracción habría ocurrido no más allá de las 18 horas, por lo que aún cuando exista diferencia horaria en relación a la llegada de R. a la vivienda de su pareja (puesta de manifiesto por la Magistrada de Grado), resularía dificultoso colocar a R. en la escena, teniendo en cuenta los 5,4 kms. que separan al Parque Independencia del domicilio donde estuviera el justiciable (Monteagudo Nro. 653) según la aplicación www.google.com.ar/maps.

Ello sin perjuicio de que en mi opinión esas testimoniales hubiera sido conveniente recepcionarlas en sede judicial, máxime desde el momento que aparece como una hipótesis alternativa a la planteada por el Ministerio Público Fiscal, resultando de importancia para la correcta evacuación de citas que hiciera el imputado, donde los funcionarios actuantes tienen a su alcance y de forma inmediata la posibilidad de esclarecer cualquier duda sobre las circunstancias precedentemente

reseñadas (mayor conocimiento de las actuaciones, profesionalidad en la recepción de la diligencia, etc.).

Por los fundamentos dados, y no existiendo medios de convicción suficientes como para mantener la medida cautelar decretada por la instancia de grado (art. 157 inc. 3ero. del Rito) propongo al acuerdo revocar la prisión preventiva que viene apelada.

Así lo Voto.

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

Analizados los agravios del recurrente, el contenido de la resolución apelada y los argumentos expuestos en el voto que abre este acuerdo, expreso que voy a disentir con el colega preopinante.

Habré de coincidir con la selección probatoria efectuada por el Magistrado de la instancia en el auto en crisis, para tener por acreditada - "prima facie"- la autoría penalmente responsable de R..

En efecto, en esta causa luego de presencia de la víctima en la seccional policial cuarta de esta ciudad, dando cuenta de la comisión del ilícito que aquí se investiga (fs. 1 y vta.), inmediatamente se practica el reconocimiento fotográfico el que arroja resultado positivo al identificar al denunciante a R. como el sujeto involucrado en el hecho.

Así y no obstante que en ambas diligencias reseñadas precedentemente no se detallaron los aspectos fisonómicos de los individuos que despojaron a P. de sus efectos personales, es lo cierto que la celeridad con la que se instrumentó la identificación fotográfica luego de la comisión del ilícito, no permite desmerecerla probatoriamente, sino que por el contrario y tal como lo sostuvo el Magistrado de la instancia, adquiere mayor fuerza probatoria su resultado positivo.-

Por otra parte, el reconocimiento en rueda de personas obrante a fs. 91/vta. refuerza aún más mi convencimiento sobre el valor convictivo que

corresponde dar al señalamiento dado por la víctima a una de las personas que participara en el ilícito, ahora sí con una descripción física completa de los prevenidos.

He de aclarar que en la declaración testimonial registrada en audio de CD de fs. 15, que se habría llevado a cabo entre ambos reconocimientos, P. dio una descripción de ambos que, aun cuando fuese un tanto general, ya había adelantado algunas de las características que luego reconocería en la diligencia de fs 91.

Más allá que los allanamientos de fs. 43 y 44/46 hayan tenido un resultado negativo y que el encausado haya dado las explicaciones pertinentes, las que en mi opinión aún no fueron totalmente corroboradas frente a la falta de los testimonios del propietario de la vivienda donde habría trabajado junto a M. ni la persona que los atendiera en la despensa de calle Monteagudo y 25 de mayo, los elementos "ut supra" señalados son suficientes para acreditar "prima facie" la autoría responsable de R. en el hecho que se le endilga.

Y teniendo en cuenta que en el acuerdo que se conforma a los fines de resolver la presente, ha quedado definido que mi posición resultará minoritaria en relación a la acreditación del extremo autoral, no habré de ingresar al tratamiento del restante planteo formulado por al defensa en torno a los peligros procesales.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: que por iguales fundamentos sufraga en el mismo sentido que lo hiciera el Dr. Barbieri.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde -por mayoría de opiniones-, revocar la resolución apelada de fs. 14/21 del presente incidente y ordenar la inmediata libertad del justiciable en esta causa, la que deberá hacerse efectiva desde la instancia de origen.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero

al voto del Dr. Barbieri.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Voto en el mismo sentido que lo hiciera el Dr. Barbieri.-

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, Junio 16 de 2016.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto: -por mayoría de opiniones- que no es justa la resolución apelada de fs. 14/21 el presente incidente.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede **ESTE TRIBUNAL RESUELVE: HACER LUGAR** al recurso de apelación interpuesto a fs. 1/9 y vta. por la señora Secretaria de la Unidad de Defensa Criminal, Correccional y Flagrancia nro. 7, Dra. María Florencia Martínez y en consecuencia, **REVOCAR** la resolución apelada de fs. 14/21 del presente incidente, ordenando la inmediata libertad (en esta causa) de N.D.R. (artículos 157 inc. 3ero. a contrario sensu, 164, 210 y 447 del Código Procesal Penal), lo que deberá efectivizarse sin más trámite desde la instancia de origen previa constatación por parte de las autoridades jurisdiccionales y penitenciarias de que no

exista anotación a disposición de otros organismos. Asimismo deberá anoticiarse al justiciable y a la Unidad de Defensa Oficial que lo representa.

Librar oficio al Sr. Fiscal General Departamental.