

Número de Orden: \_\_\_\_\_

Libro de Interlocutorias nº \_\_\_\_\_

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los cinco días del mes de septiembre 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 Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou (art. 440 del C.P.P.), para dictar resolución en la **I.P.P. nro. 15.535/I** caratulada "**Incidente de apelación. Imputado: F.,M.F.**", y practicado el sorteo previsto en el art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 41 de la ley 5827 -reformada por la nro. 12.060, resulta que la votación debe tener este orden **Soumoulou y Barbieri**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

### **C U E S T I O N E S**

**1º) ¿ Es justa la resolución apelada ?**

**2º) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?**

### **V O T A C I Ó N**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. SOUMOULOU, DICE:** A fs. 1/5 y vta. de la presente incidencia, interpone recurso de apelación el Sr. Defensor particular -Dr. Maximiliano De Mira-, contra la resolución dictada por el Sr. Titular del Juzgado de Garantías nro. 2 Departamental -Dr. Guillermo Mercuri- a fs. 16/25 y vta., que dispuso convertir en prisión preventiva la detención que viene sufriendo M.F.F., por considerarlo autor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, en los términos del art. 166 inciso 2do. último párrafo del Código Penal.

Considera que la resolución recurrida no reúne los requisitos que prescriben los incisos 1ero. y 3ero. del art. 157 de C.P.P, no existiendo -a su entender-, pruebas que permitan acreditar la autoría de su asistido en el presente hecho.

Cuestiona que la vinculación del hecho con el imputado, haya surgido a partir del geo rastreo del teléfono celular sustraído, sin que se especifique la fecha, forma y condiciones en que se habría realizado el mismo.

Explica que la sindicación de su asistido como autor del hecho se inicia a partir de un dato falso -que el celular sustraído se encontraba en su domicilio-, desde que las pruebas arrimadas al legajo determinan que no pertenecía al imputado, amén que el teléfono móvil sustraído no se encontraba allí.

Refiere que el aspecto actual de su asistido no coincide con la que contaba en la foto del perfil de facebook que data del año 2014, y que la descripción de las características físicas del autor del hecho efectuada por el testigo presencial – R.P.T.- difiere de la realizada por la denunciante.

Concluye entonces, que el A Quo optó por aceptar el testimonio de la víctima -A.H.-, desechando los testimonios de las personas que estuvieron con el encausado el día en que se cometió el ilícito y que desvinculan al mismo con el robo.

En cuanto a la existencia de peligros procesales, manifiesta que el Sr. Juez de Garantías aplicó erróneamente lo dispuesto en los arts. 144, 157 inc. 4 y 171 del C.P.P.

Considera que el magistrado de grado ha efectuado un análisis dogmático, sin valorar que su asistido se presentó voluntariamente ante los llamados de la justicia.

Que al denegar el beneficio excarcelatorio se tuvo en cuenta circunstancias del hecho que se encuentran incluidas en el tipo penal, sin merituar las características personales de su pupilo.

Solicita en consecuencia, que se revoque la resolución recurrida y se disponga la inmediata libertad de su asistido.

Visto los argumentos expuestos por el recurrente, y analizadas las actuaciones obrantes en la causa principal I.P.P. nro. 7238-17, que tengo a la vista-, adelanto que el recurso será acogido.

En ese sentido, me apresuro en señalar que los elementos probatorios reunidos a esta altura del proceso, no logran generar en mi sentir la convicción necesaria y suficiente acerca de la intervención del encartado en el injusto en tratamiento, impidiéndome alcanzar el grado de probabilidad positiva, que requiere la medida cautelar dictada respecto a M.F.F.i (en lo concerniente al delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, en los términos del art. 166 inciso 2do. último párrafo del Código Penal), por lo que en aplicación de lo dispuesto en el art. 1ro., cuarto párrafo del CPP (favor rei), propongo al acuerdo la revocación de la prisión preventiva dictada en su persona (art. 157 inc. 1ero y 3ro., del Código Procesal Penal).

No se me escapa que, tal como lo establece el art. 210 del C.P.P., el parámetro legal de valoración probatoria exige que el Juzgador exprese su convicción sincera sobre la ocurrencia de los hechos sometidos a juzgamiento, con el desarrollo escrito de las razones que llevan a esa convicción, sin imponer la necesidad de que exista un medio de convicción "determinado" para dar por acreditada la materialidad delictiva y la autoría penalmente responsable, tal como sucedería en un sistema de prueba tasada.

De esta forma, el "A-Quo" consideró acreditada la autoría penalmente responsable de F. con el testimonio de la víctima. Y en ese razonamiento, tampoco me olvido que el Tribunal de Casación Provincial ha expresado respecto a la valoración de un único testigo que "...existiendo en el proceso penal actual la libertad probatoria, conforme el artículo 209 del Código Procesal Penal bonaerense, no resulta inconveniente en la valoración por parte del Tribunal de Grado de un único testigo, siempre que éste lo estime suficiente para esclarecer un hecho y le cause convicción

suficiente, bajo las reglas de la sana crítica..." (T.C.P.B.A., Sala I, causa nro. 22479 RSD, Juez SAL LLARGUES).

También la Sala II del citado Tribunal dijo que: "...bajo el actual régimen de valoración de la prueba no existe óbice en tener por probado un determinado hecho o circunstancia en virtud de un único testimonio, en la medida que no se verifique la presencia de alguna situación que provoque una merma en su credibilidad, o que el alcance otorgado a sus manifestaciones resulte arbitrario o absurdo..." (T.C.P.B.A., causa nro. 16582 RSD-171-8 S 22-4-2008, Juez MAHIQUES).

Los reparos señalados en los fallos comentados y que encuentro presentes en estos actuados, me persuaden, a pesar del señalamiento de F. como el autor del robo, efectuado por la damnificada, a revocar el auto de prisión preventiva dictado en su contra.

Me explico. En la denuncia penal de fs. 1/2, la Sra. A.H. relata las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos. En especial, que el día 30 de abril del 2017, siendo las 17:50 horas, caminaba por la [calle Parera nro. -](#) de esta ciudad, cuando sobre el lado izquierdo de la calzada es abordada por dos sujetos que circulaban en una motocicleta. Que la persona que iba en la parte trasera del rodado, se bajó, extrajo un arma de fuego, y la apuntó en la cabeza, diciéndole que deje de gritar, llevándose su cartera color beige, con tachas y piedras decorativas en la parte de adelante, y un teléfono celular marca Samsung J3 color azulado, con funda de silicona azul. Que luego, el sujeto se subió nuevamente a la moto y se marchó por la calle Alberdi.

Que no recuerda las características del rodado y respecto de los sujetos, que quien conducía tenía colocado un casco; y el que iba en la parte de atrás, que fuera el sujeto que llevara adelante la sustracción, estaba a cara descubierta, describiéndolo como "...de tez trigueña, de contextura física delgada, aproximadamente 1,65 metros de altura, cabellos cortos, "más de 25 años no creo

que tenga el chico"..."; y que "posee dos tatuajes en sus antebrazos, siendo uno un dibujo, mientras que el restante una escritura , sin más datos a resaltar de los mismos, que también posee un aro en la oreja...".

Asimismo, en el acta de reconocimiento en rueda de personas a fs. 42 y vta., la Sra. A.H., describe al sujeto mencionado y lo reconoce como el individuo que la apuntó con un arma de fuego.

A fs. 88/89, en la audiencia testimonial llevada adelante en sede fiscal, la víctima ratifica el reconocimiento efectuado en rueda de personas a fs. 42. Hasta aquí la prueba de cargo esencial que vincularía a F. con el desapoderamiento sufrido por la Sra. H..

Pero como dije antes de ahora, existen en el legajo una serie de circunstancias que me llevan a relativizar el señalamiento efectuado por la damnificada hacia el encartado como el autor del robo, no porque crea que la testigo es mendaz, sino porque las razones expuestas por la defensa resultan atendibles, creando en mi sentir una duda acerca de la participación de F. en el hecho, teniendo presente para ello también, el escaso tiempo en que se llevó adelante la acción sustractora y su dinámica, lo que podría tal vez generar un señalamiento incorrecto de su autor. En oportunidad de recibírsele declaración en los términos del art. 308 del rito, el encartado dijo, en lo que resulta de interés para la causa, que esa tarde se encontraba en la casa de su abuela, sita en calle Newton nº - de esta ciudad, que había estado con la computadora hasta las 16 horas, que estuvo jugando un juego hasta las 16.30. Que después llegó su amigo, F.C., con el que estuvo mirando por Netflix una serie hasta las 18 horas. Agregó que también tiene chats con su novia, F.G. y que el celular que posee no tiene internet (datos móviles), por lo que lo usa con el wifi que tiene contratado su abuela a la empresa Telefónica.

Manifestó respecto al domicilio de calle Castelar nº -, que hace un año y medio que no vive en el mismo, acompañando copia de la escritura de venta del inmueble.

Soy de la opinión que los dichos exculpatorios de F., en principio, se encuentran objetivados con otros medios convictivos acompañados al legajo, lo que refuerza su credibilidad y me genera una duda con el reconocimiento realizado por la víctima, conforme lo adelantara al inicio del voto. Así digo, que lo señalado por el imputado respecto a que había estado con la computadora jugando distintos juegos en la tarde del 30 de abril, se corrobora con el registro de archivos de la PC adjuntado por la Defensa a fs. 136/137 (lo que no fuera desvirtuado por la Fiscalía).

El diálogo mantenido con su novia, vía whatsapp, encuentra respaldo con la declaración testimonial de F.G. de fs. 124 y las capturas de pantalla agregadas por la misma a fs. 122/123, en donde se advierte la existencia de una conversación de la pareja en el horario en que se habría cometido el robo.

Lo anterior se encuentra corroborado con la revisión efectuada en sede fiscal del celular perteneciente al encartado, realizada por la Instructora Judicial, Dra. María Laura Takla a fs. 145.

Resulta de interés señalar que, el imputado expresó en su oportunidad que su teléfono móvil carecía de conexión a internet (datos móviles), por lo que requería el acceso por otra fuente independiente, señalando que lo utilizaba en la casa de su abuela a través de Telefónica, empresa que tenía contratada aquella y que se acredita con el oficio remitido por la citada Compañía a fs. 189. En ese aspecto, señalo que al ministerio público fiscal le hubiera bastado para corroborar o desacreditar los dichos de F., un simple oficio diligenciado en la empresa que le proveía telefonía móvil a aquel, en donde se le solicitara a la misma que informara si el abonado tenía contratado internet. Ello no se realizó, por lo que de estarse a la versión del encausado, para mantener comunicación vía whatsapp, el mismo utilizó el

día del hecho la conexión de internet, por el caso, que tenía su abuela en la vivienda de calle Newton y atendiendo a lo que resulta del registro del celular efectuado a fs. 145, F. no habría estado en la calle al momento en que se cometió el robo (17.50 hs.), salvo claro está, que el imputado hubiere dejado su teléfono en el inmueble y otra persona mantenía el diálogo con su novia mientras aquel cometía el robo, lo que a juzgar por las reglas de la lógica, la experiencia y el sentido común, parece poco probable, pues semejante coartada, resulta difícil que se hubiese pergeñado para un atraco que, por las características que tuvo, parece de los cometidos "al voleo".

Pero ello no es todo, también se acredita con la escritura pública acompañada a fs. 78/83, que la vivienda de calle Castelar n° - de esta ciudad, había sido enajenada por la familia del encartado en el mes de junio del 2016, por lo que F. no vivía más allí al momento del hecho que se le imputa.

Párrafo aparte me merece la conclusión a la que arriba el preventor policial Marcelo De La Rosa a fs. 13/14, luego de realizar el geo- rastreo del celular sustraído. Luego de señalar el trayecto recorrido por el mismo, el que se detiene en la calle Castelar, aproximadamente al 1580 de su numeral y con la sola descripción efectuada por la víctima y tareas efectuadas por personal policial, de las que nada se dice en que consistieron, De La Rosa concluye "de manera fehaciente e inequívoca que el autor material del robo resulta ser y llamarse F.,M.F.....Se arriba a tal conclusión no solo a través del servicio de GPS del dispositivo móvil, que se traslada desde el lugar de comisión del ilícito hasta el domicilio de F., sino también gracias a la descripción física y fisonómica y de señas particulares brindadas por H.....". Dos cosas para señalar al respecto. Teniendo en cuenta la localización del celular efectuada casi en forma inmediata al robo (ver declaración testimonial de fs. 194 de S.F.), resulta inatendible la demora de 48 hs. en llevar adelante el allanamiento en el domicilio mencionado, sin que se preserve el lugar (teniendo en cuenta las características de los objetos sustraídos a la víctima). Y la otra, es que más allá del error consignado en el

acta de allanamiento respecto al domicilio donde se practicara la diligencia (Caseros n° -, cuando la orden se refería al domicilio de calle Castelar n° -), desde que la confusión pudo deberse a que en la misma se hacía referencia a una agenda con la dirección de calle Caseros n° -, la propietaria del inmueble allanado, M.I.S., quien resulta ser la persona adquirente del inmueble de calle Castelar n° - (ver escritura pública de fs. 78/83), manifestó residir en el lugar desde un año antes a la fecha y no conocer a ningún sujeto de nombre M.F..

Lo anterior pone en evidencia que tal vez haya sido una mera casualidad la ubicación del teléfono sustraído a la víctima en las inmediaciones de lo que fuera en su momento el domicilio del encartado, desde que tampoco se ha probado que F. tuviere por el lugar algún amigo o conocido en donde se pudiese haber ocultado inmediatamente de realizado el robo. Tampoco hay que descartar que los autores de la sustracción hayan arrojado el teléfono móvil en ese lugar, pues en la causa, más allá de la geo localización del mismo, nada consta de que preventores policiales se hayan acercado al sitio que marcaba el rastreo satelital para dar con el mismo. Todo lo expuesto, instala en mi opinión una duda acerca de la probable participación del encartado en el hecho que se le imputa y en virtud de lo establecido en el art. 1º, cuarto párrafo del C.P.P., propongo al acuerdo la revocación del auto impugnado, al no haber alcanzado el grado de conocimiento requerido en el presente estadio procesal -probabilidad positiva-, disponiendo la libertad del imputado, la que se hará efectiva en la instancia de grado, previa acreditación de la inexistencia de otras ordenes de restricción de la libertad dispuestas en contra del mismo (arts. 157, inc. 3º a contrario sensu, 209, 210 y conchs. del C.P.P.).

Voto por la negativa.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. GUSTAVO ÁNGEL BARBIERI, DICE:**

Que adhiero a lo expuesto por el colega preopinante. Sólo he de agregar que en mi sentir la sospecha fue razonable para el dictado de la orden de detención y pudo

arribarse a la probabilidad positiva además que requiere el art. 157 del Rito a partir de la individualización de la víctima. Pero no dejo de sentir (como se expresa en el voto precedente) que es un sólo medio de convicción que no ha resultado reafirmado por ningún otro; es decir no se ha secuestrado ningún elemento que lo vincule a F. con el acontecer y no se pudo obtener pese al tiempo transcurrido ningún otro elemento ni siquiera indiciario que apoye la solitaria referencia de H..

Al contrario los dichos del imputado han recibido confirmación por su novia, por su amigo, por las constancias de WhatsApp, por el registro de la computadora, etc.

También advierto lo inexplicable sobre cómo se llegó a la sospecha sobre F. sin haberse acreditado si realmente el celular sustraído estuvo en calle Castelar al -, siendo que además no se logró acreditar qué relación tiene en la actualidad ese domicilio con el sospechado. Ello más la carencia de inmediatez de los órganos jurisdiccionales que actuamos en esta etapa con quienes declaran, y es que me llevan a acompañar el voto precedente.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:** por idénticos fundamentos sufrago en igual sentido que el Doctor Soumoulou.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:** Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la encuesta anterior, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 1/5 y vta., y revocar la resolución apelada de fs. 16/25 y vta., disponiendo la libertad de M.F.F., la que se hará efectiva en la instancia de grado, previa acreditación de la inexistencia de otras ordenes de restricción de la libertad dispuestas en contra del mismo (arts. 157, inc. 3º a contrario sensu, 209, 210 y concs. del C.P.P.).

Así lo voto.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:** voto en igual sentido que el colega preopinante.

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

## RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, 5 de Septiembre de 2.017.

**Y Vistos; Considerando:** Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que no es justa la resolución apelada.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede **ESTE TRIBUNAL RESUELVE:** hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 1/5 y vta., y revocar la resolución apelada de fs. 16/25 y vta., disponiendo la libertad de M.F.F. (arts. 157, inc. 3° a contrario sensu, 209, 210, 421, 439, 440 y ccdtes. del Código Procesal Penal).

Notificar al Sr. Fiscal General Departamental mediante oficio, adjuntando copia de la presente, y al Defensor Particular, mediante la correspondiente cédula.

Y remitir sin más trámite la presente incidencia juntamente con las actuaciones principales al Juzgado de Garantías actuante, para que haga efectiva la libertad

dispuesta (previa constatación de que no existan anotaciones a disposición de otros organismos Jurisdiccionales), y donde deberá anoticiarse al justiciable.