

Causa nº 9.340, "*Alderete, Raúl Alberto y otros s/ robo doblemente agravado*".

En la ciudad de Mar del Plata, a los a los catorce (14) días del mes de octubre del año dos mil cinco, siendo las 11.20 hs., se reúne la Sala Tercera de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, integrada por los Señores Jueces Daniel Mario Laborde, Ricardo Silvio Favarotto y Reinaldo Fortunato, bajo la presidencia del primero, y con la actuación de la suscripta, Dra. María Anastasia Gerula, en el carácter de Auxiliar Letrada, para la realización de la audiencia fijada en los autos cartulados "***Alderete, Raúl Alberto, Díaz, Joel Alberto y González, Matías s/ Robo doblemente agravado***" (I.P.P. nº 195.628; causa nº 23.001 del Juzgado de Garantías nº 1, y causa nº 9.340 de esta Alzada), en el marco del procedimiento de flagrancia, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Señor Defensor Oficial, Dr. Ricardo Mendoza, con relación a su asistido Joel Alberto Díaz, contra la resolución dictada por el Juez de Garantías subrogante a fs. 133/5 vta. (así como en el *c.d* titulado "*Excma. Cámara de Apelación y Garantías. Sala III. Grabaciones de audiencias de primera instancia de interposición de recursos de apelación*"), por la cual el "a quo" no sólo mantiene la calificación legal del hecho investigado en autos, desechando, así, la pretensión contraria de la defensa, sino también el rechazo de la excarcelación del imputado Joel Alberto Díaz, a la vez que desestima el pedido de morigeración de la coerción al entender que no se presenta en el caso el supuesto previsto en el artículo 163 nº 1 del CPP., al menos, en este momento de la investigación. Se hallan presentes en este acto el imputado detenido Joel Alberto Díaz, el Señor Defensor Oficial, Doctor Ricardo Mendoza, y el Señor Fiscal General, Doctor Fabián U. Fernández Garelo. El Señor Presidente declara abierta la audiencia y manifiesta a las partes que la demora en el inicio de la presente se debió a una confusión de la comisaría actuarial en relación al detenido citado. Acto seguido el Señor Presidente pregunta a las partes si consienten en forma expresa la actual integración del Tribunal, a lo que responden afirmativamente. A continuación se cede la palabra a las partes, en

primer término hace uso de la misma al Señor Defensor, Dr. Mendoza, quien desarrolla los distintos argumentos por los cuales se deberá hacer lugar al recurso y revocar, en consecuencia, la resolución apelada, en lo que afecta a su asistido Díaz. En tal sentido, solicita que se revisen los argumentos tenidos en cuenta por el "a quo" al tiempo de resolver en sentido negativo la excarcelación del imputado Joel A. Díaz y, en forma subsidiaria, la morigeración de la prisión preventiva. Agrega que la calificación legal fijada en la instancia inferior no se corresponde con los hechos de la causa, en este sentido advierte que existe una contradicción insalvable entre el acta de procedimiento de fs. 1/3 vta. y la declaración de la testigo de procedimiento María José Ben, a fs. 122 y vta., como así también con la declaración del imputado Alderete de fs. 31/2 vta. Añade que el juez originario, en la resolución que provoca este recurso, si bien admite que pueden existir algunas dudas entre el acta de procedimiento y la declaración de la testigo de mentas, las mismas no revisten el carácter de insuperables, por lo que -según el apelante- ello vulnera tanto el principio lógico de no contradicción, como lo dispuesto en el artículo 210 del CPP, acerca de los criterios de valoración probatoria. Siempre a criterio de la defensa, deberá restársele validez probatoria al acta de procedimiento aludida, invocando, en esta misma línea, la vigencia en la especie de los principios de inocencia y de duda "*favor rei*", los que tornan viable el cambio de calificación propuesto y, además, la excarcelación de su asistido, sumado ello a que el detenido Díaz no posee antecedentes penales, tiene domicilio fijo, y en autos consta un buen informe socioambiental. Subsidiariamente pide al Tribunal que se haga lugar a la morigeración requerida en términos de arresto domiciliario (CPP., 163 nº 1), y esgrime que su negativa no fue adecuadamente fundada por el Señor Juez de Garantías. Así concluye explicitando su solicitud en la procedencia del cambio de calificación, por no haberse probado la aptitud para el disparo de las armas empleadas, y que por ende la conducta imputada en autos debe circunscribirse a las prescripciones del artículo 166 nº 2 último párrafo del Código Penal; que ello unido a la falta de antecedentes penales de Joel Alberto Díaz, a poseer

domicilio real y al favorable informe socio ambiental obrante en el "sub lite", corresponderá se le otorgue la excarcelación; y de no ser así, solicita para su asistido el beneficio del artículo 163 inciso 1º del CPP., por los mismos argumentos esgrimidos para la solicitud excarcelatoria. Concedida la palabra al Señor Fiscal General, el mismo sostiene que en parte le asiste razón al Señor Defensor Oficial. A criterio del Dr. Fernández Garelo el acta policial de procedimiento de fs. 1/3 vta. se encuentra viciada en forma parcial, impetrando con ese mismo alcance su nulidad, ello en lo relativo al secuestro de un arma de fuego que, según dijera luego el "a quo", habría sido usada en el ilícito de autos, pues no sólo de la declaración de dos de los imputados, Alderete y Díaz, sino también del relato de la testigo de actuación Ben, surgen divergencias insuperables respecto del acta de marras y acerca del sitio y circunstancias precisas en que el arma fuera incautada, debiendo obrar acorde al principio de objetividad que gobierna la actuación del Ministerio Público Fiscal. Prosigue exponiendo que la solicitada invalidez acarrea también la nulidad de la pericia balística obrante en autos, y concluye solicitando se haga lugar a la nueva calificación legal propuesta, a la vez que no se opone al dictado de una medida de morigeración de la coerción con respecto al imputado Joel Alberto Díaz, en los términos del art. 163 nº 1 del CPP. A continuación el Señor Presidente interroga a las partes con relación a si han podido realizar la escucha del c.d. y la lectura íntegra de las presentes actuaciones a lo que tanto el Señor Defensor Mendoza, como el Señor Fiscal General Fernández Garelo, manifiestan que sí lo han hecho. Siendo las 11,44 hs. el Señor Presidente dispone un cuarto intermedio hasta las 12,30 hs. a fin que el Tribunal pase a deliberar y resolver la apelación traída. Reanudada la audiencia a las 13,30 hs., el Señor Presidente, Dr. Laborde, informa a las partes que la mayor extensión del receso se debió a las variadas cuestiones tratadas, algunas traídas por las partes y otras no. A continuación da a conocer la decisión, por unanimidad, del Tribunal, dando lectura de lo resuelto: **Autos y vistos: 1º)** Que en la audiencia celebrada en la fecha, ante esta Alzada la defensa técnica del causante Joel Alberto Díaz, ejercida por el

Defensor Oficial, Dr. Ricardo Luis Mendoza, auspició, en primer término, un cambio en la adecuación típica del injusto de autos, pues sobre la base de las decisivas e insalvables contradicciones existentes entre el contenido del acta policial de fs. 1/3 vta. y el relato de la testigo de actuación María José Ben, a fs. 122/vta., el hecho del "sub lite" deberá ser etiquetado como robo calificado por el uso de arma imperfecta, en grado de tentativa (CP. 42, 44 y 166 n° 2 "in fine"). Sobre la plataforma de esa subsunción jurídica, que -a su entender- fuera desestimada por el juez "a quo" con violación a las normas que rigen la apreciación de la prueba (CPP, 210), el Dr. Mendoza sugirió la excarcelación de su asistido -se sobreentiende, de conformidad con lo prescripto en el art. 169 del rito-, haciendo mención de la ausencia de antecedentes penales, a la existencia de un domicilio real fijo y al favorable informe socioambiental respecto de Díaz. En su defecto, petitionó la morigeración de la prisión preventiva bajo la modalidad de arresto domiciliario del art. 163 n° 1 del CPP, reputando de arbitrarios y subjetivos los argumentos esgrimidos por el juez de primera instancia para desestimarla. **2º)** Que a su turno, el Fiscal General, Dr. Fabián U. Fernández Garello, expuso que le asistía razón a la defensa en cuanto al cambio de calificación que propusiera, siendo advertibles, a su parecer, defectos insalvables en el procedimiento policial originario que determinan la nulidad parcial del acta de fs. 1/3 vta., en cuanto al secuestro de un arma de fuego, así como su ulterior peritación balística. Siendo ello así, y conforme el deber de objetividad que le viene impuesto como criterio general de actuación, concluye adhiriendo al planteo supletorio del Defensor Oficial, respecto de la morigeración de la prisión preventiva, con arreglo a lo dispuesto en el art. 163 n° 1 del CPP. **Y considerando: 1º)** Que, al igual que lo postularan los litigantes, este Tribunal entiende que las divergencias insuperables entre el contenido del acta policial de fs. 1/3 vta. y lo que expusiera, en relato por separado, la testigo de actuación María José Ben, a fs. 122/vta., determina la nulidad parcial de aquel documento público, en lo que atañe al secuestro del revolver calibre 22 corto, marca "Italo Gra", n° de serie 3342E y su munición anexa, la que se hace extensiva al peritaje balístico

obrante a fs. 66/8 (CPP, 117, 119, 201 y 207). **2º)** Que, como consecuencia de lo anterior, y también de conformidad con el requerimiento conjunto de las partes interesadas, el ilícito de autos deberá quedar "prima facie" tipificado como robo pluriagravado por el uso de arma imperfecta y por su comisión en lugar poblado y en banda (aspecto este último que quedara marginado del conocimiento de la Cámara), en grado de tentativa (CP., 42, 44, 166 n° 2 in fine, y 167 inc. 2º). **3º)** Que no obstante lo anterior, "ex officio", percibimos que la resolución del "a quo" respecto del pedido del Agente Fiscal de dictado de prisión preventiva carece -tanto en el registro auditivo, como en el soporte documental- de la indispensable fundamentación en el texto expreso de la ley, aun cuando en la versión en audio se halla suficientemente argumentada la situación fáctica que la apuntalara. De ello se deriva, que el auto del Juez de Garantías deviene inválido (CPP, 201 y 203, 1er. párr.), desde que incumple los requisitos esenciales de los arts. 106, 157 y 158 del CPP. y art. 171 de la Constitución de la Prov. de Bs. As. Sobre el particular, es imperativo destacar que sin perjuicio de advertir que carece de la parte dispositiva, el decreto de prisión preventiva no aparece fundado en prescripciones normativas, y que según Francisco J. D´Albora (en su "Código Procesal Penal de la Nación", 3ª edic. edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 1.997, pág. 187 y sigts.), *"hay quienes distinguen entre motivar y fundamentar, infinitivos utilizados generalmente como sinónimos (Sagüés, Recurso extraordinario, T. II, págs. 613/614, Buenos Aires, 1984; Palacio y Alvarado Velloso, Código..., T.II, págs. 81 y sigts.). Se afirma que fundamento apunta a la norma mientras motivo hace a la conducta (Passi Lanza, "Elaboración de los conceptos de sentencia fundada y motivada y de autosuficiente y autónoma", LL, t.131, pág. 35). La diferenciación se diluye si se observa que, cuando el juez motiva una resolución, su decisión no puede apoyarse, con exclusividad, en los hechos o bien en las normas: si opta por lo primero y prescinde de las disposiciones legales, corre el riesgo de transformarse en legislador; si acude sólo a aquellas, dejando de lado los hechos, convertirá a la sentencia en una obra de investigación o doctrina (Díaz, Clemente A., Instituciones..., T.II-A, págs.222 y sigts., especialmente,*

pág. 225). El fundamento último de la exigencia estriba en el cabal funcionamiento del Estado de Derecho y constituye una de las más preciadas garantías republicanas (Morello, Sosa y Berizonce, Códigos..., T.I, pág. 110)..."

. Por último, hacemos notar que *"la garantía de la defensa en juicio incluye la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, lo que exige un correcto análisis de las constancias de la causa que acrediten los hechos y una razonable conclusión sobre la valoración que le corresponde, a la luz del derecho vigente"* (C.S.J.N., "Salmerón", Fallos, 303:1295). **4º)** Que en línea con lo anterior, al haberse vencido el término máximo para el dictado de la prisión preventiva (CPP., 158), corresponderá decretar la inmediata libertad de los causantes Joel Alberto Díaz y Raúl Alberto Alderete, la que se hará efectiva desde su lugar de alojamiento, luego de verificar la inexistencia de impedimentos ajenos a estas actuaciones. Por todo ello, este Tribunal **resuelve: 1º)** Declarar la nulidad parcial del acta de fs. 1/3 vta., en lo que atañe al secuestro del revolver calibre 22 corto, marca "Italo Gra", nº de serie 3342E y su munición anexa, la que se hace extensiva al peritaje balístico obrante a fs. 66/8 (CPP, 117, 119, 201 y 207). **2º)** Declarar que el ilícito de autos deberá quedar "prima facie" tipificado como robo pluriagravado por el uso de arma imperfecta y por su comisión en lugar poblado y en banda en grado de tentativa (CP., 42, 44, 166 nº 2 "in fine", y 167 inc. 2º). **3º)** Declarar, de oficio, la nulidad del auto de prisión preventiva de fs. 133/5 vta. (CPP., 201 y 203, 1er. párr.), desde que incumple los requisitos esenciales de los arts. 106, 157 y 158 del CPP y art. 171 de la Constitución de la Prov. de Bs. As., y, en consecuencia, disponer la inmediata libertad de los causantes Joel Alberto Díaz y Raúl Alberto Alderete, la que se hará efectiva desde su lugar de alojamiento, luego de verificar la inexistencia de impedimentos ajenos a estas actuaciones. Regístrese. Ofíciense. A continuación el Señor Presidente pregunta a las partes si se dan por notificadas de la presente resolución a lo que el Señor Fiscal General refiere que se notifica y consiente el decisorio recaído, calificándolo de preclaro, procediendo en idéntico sentido el Señor Defensor Oficial. Siendo las 13,43 hs. se da por finalizada la presente audiencia,

quedando la misma grabada en el sistema de esta sala de audiencias y con copia en el "c.d" n° 1 de esta Sala III de la Excelentísima Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal. Cerrada la presente acta firman los Señores Jueces Daniel Mario Laborde, Ricardo Silvio Favarotto y Reinaldo Fortunato, ante mí, de lo que doy fe.

Fdo.: DANIEL MARIO LABORDE, RICARDO S. FAVAROTTO y REINALDO FORTUNATO. Ante mí: MARÍA ANASTASIA GERULA, Auxiliar Letrada.