En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los diez días del mes de mayo de dos mil once, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Daniel Luis María PINTOS**, en su carácter de Presidente, **María Elena Nieva de PETTINARI y Martín Roberto MONTENOVO**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de los **Legajos de Investigación Fiscal n° 22.972** y **carpeta individual n° 2.399**, de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal General, Dr. **Carlos Adrián Cabral**, el Sr. Defensor público Dr. **Fernando Vicente Serer**, y el imputado **J. A. F.**; y

----------**CONSIDERANDO:**----------

Que los días 7 y 12 de abril del corriente año, se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Daniel Luis María Pintos, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de **J. A. F.**, como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de **J. A. F.** contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Martín Roberto Montenovo, en segundo lugar la Dra. María Elena Nieva de Pettinari y finalmente el Dr. Daniel Luis María Pintos.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- En la Carpeta Judicial N° 2.399, (Legajo de Investigación Fiscal N° 22.972), obra la Sentencia N° 60/2010, de fecha 22 de Octubre de 2010, por la que el Tribunal de Juicio condenó a J. A. F. a la pena de cinco años de prisión por considerarlo co-autor penalmente responsable del delito de Robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se tuvo por comprobada (Arts. 166 inc. 2do. in fine y 45 del CP).-

El hecho ocurrió, conforme lo sostenido por el Ministerio Público Fiscal, aproximadamente a las 15 horas del día 10 de Julio del año 2009, cuando el acusado, munido de un arma de fuego y S. M. L., de un arma blanca, ingresaron en la Farmacia “S. G.” de calle K. y L. R. de esta ciudad, amedrentando a los empleados, R. S., V. B., M. D. y a la clienta E. P., logrando de tal forma sustraerles al primero una billetera con dinero, documentación de identificación personal, una licencia de conducir, una tarjeta de débito, y a la ultima dinero en efectivo y un celular. La llegada de un móvil policial alertado por una persona que se hallaba fuera del negocio permitió que los agentes observaran a los autores dirigirse a un rodado Volskwagen Gol cercano al local, y al pretender identificarlos, L. brindó un nombre falso siendo aprehendido, y F. pudo escapar en el auto previo sostener un breve tiroteo con la autoridad.-

II.- La Defensa, a fs. 174/185 de la carpeta, interpuso impugnación ordinaria contra la Sentencia en tanto por ella se condenó a F., identificando una serie de agravios, a saber: 1) que la Sentencia se basó en prueba ilegal, pues la orden de detención de su asistido fue impetrada por el Acusador Público luego de un recorrido fotográfico al que fueron sometidos los testigos del hecho en dependencias de la Brigada de Investigaciones local, en julio de 2009, siendo exhibidas fotos del acusado a pesar de estar este perfectamente individualizado previamente, por poseer antecedentes

policiales en la ciudad de Trelew, donde residiría, en una causa junto a L., diligencia, el recorrido, que debió contar con autorización judicial, e intervención de la Defensa; que ni en la mentada orden de detención, ni en el pedido de ella, ni en la resolución que la decreta, ni en la Sentencia en crisis, se hace referencia a los peligros procesales que pueden fundamentar la prisión preventiva, fuga y entorpecimiento; 2) plantea también que la Sentencia resulta de fundamentación insuficiente y arbitraria, en lo que hace a la respuesta dada a su parte respecto de las cuestiones del ítem anterior; 3) que la pieza en crisis carece de un requisito esencial, el acuerdo de todos los Jueces en cuanto a un punto (el referido a la detención de F.), no tratado por el Dr. Rago, 4) que los Sentenciantes apreciaron la prueba de manera arbitraria, esencialmente en lo que hace a las declaraciones de los testigos presenciales; 5) que también fue arbitraria la determinación de la pena.-

III.- He de decir que el tema que fue centro de la deliberación que hemos realizado fue el de la manera que en el sub-júdice se llevaron a cabo los recorridos fotográficos, y a tenor del resultado arribado, ya adelantado, carece de virtualidad expedirse sobre el resto de los agravios, por lo cual en él concentraré esta exposición.-

El Fiscal, al contestar el recurso (fs. 193/197), basó su posición tendiente a la legalidad de la cuestionada medida en que esta no es un acto procesal sino de investigación, por lo cual su invalidez no puede ser perseguida ni hace falta orden judicial para llevarla a cabo, ni presencia de la Defensa; ni es de aplicación el art. 210 del CPPCh., el cual se utiliza cuando ya hay sospechas sobre alguna persona; que es una medida ampliamente aceptada en los casos de autores ignorados, como el presente hasta la identificación de F.; que la realización de tal medida y los reconocimientos en rueda de personas que de ella derivaron, fueron “impecables” a juicio del Tribunal de Debate.-

Precisamente, los Jueces razonaron de igual forma. El Dr. Rosales rescató los dichos de los Policías B. y C. en tanto afirmaron que en la emergencia se exhibieron 2000 fotos sindicadas por número, no por nombre, de frente y perfil, de personas detenidas o demoradas por la Policía. Que se trata de una medida de investigación y no de una "judicial", apta en los inicios de la pesquisa cuando no se tienen sospechas sobre sujeto alguno, tal el caso, y que la Prevención esta facultada para llevarla a cabo sin requerir autorización alguna.-

El Dr. Rago valoró del plexo probatorio, el informe policial del oficial V. del 3/8/09, según el cual F. y L. habrían participado juntos de hechos delictivos en la ciudad de Trelew, eran amigos, habiendo llegado el último un día antes del hecho a esta ciudad, retornando un día después. Sobre el muestreo en sí, reiteró la diferenciación entre medida de prueba y de investigación argumentada por el Fiscal y el primer votante.-

La Dra. Asaro también abundó en cuanto al recorrido fotográfico como facultad prevencional ante la ignorancia de datos sobre los posibles autores de un hecho ilícito, poniendo como recaudo para su validez la ausencia de inducción por parte de las autoridades policiales a los testigos, lo cual aquí descartó en virtud de los propios dichos de los empleados de la farmacia en cuestión, a quienes se les exhibieron las fotografías y terminaron señalando a F..-

IV.- La primera convicción que me genera el tema a tratar consiste en que, desde la actividad de investigación criminal, una de las tareas más complejas debe ser la de indagar sobre hechos delictivos, los denominados "atracos", con autores ignorados.-

Se trata, en tales supuestos para las autoridades prevencionales, de "comenzar de cero", donde las escasas pistas surgen de la visión que en pocos instantes pudieran haber tenido las víctimas y/o testigos

presenciales sobre los autores, a lo que hay que agregar que en muchas oportunidades estos actúan con el rostro total o parcialmente cubierto, como en el caso que nos ocupa.-

Bien podríamos afirmar que, en dichas hipótesis, la mentada investigación constituye un lienzo “en blanco”, al que hay que comenzar a llenar de datos, pudiendo albergar una cantidad infinita de pistas, y de posibles sospechosos.-

En tal contexto, la utilización de galerías de fotos de personas con antecedentes policiales en hechos de las características del que se investiga resulta perfectamente posible, desde un punto de vista lógico y también normativo, en nuestra Ley adjetiva (arts. 112, 116, 120 inc. 4to. del CPPCh.), constituyendo una iniciativa autónoma para la Policía judicial y el Ministerio Fiscal.-

No deviene ocioso a esta altura recordar las incumbencias de cada agencia de las mencionadas. Si la autoridad prevencional se encarga de investigar, incorporar la mayor cantidad de datos posibles referidos a un suceso delictivo, el Acusador Público debe, sobre esa base, “construir una imputación”, concepto normativo material y procesal que se vincula con la posibilidad de atribuir tal suceso a determinadas personas, decidiendo cual de esos datos son evidencias idóneas a efecto de convertirse en prueba para el Juicio, a su vez útiles para vencer el estado de inocencia del que gozan los eventuales sospechados, todo ello en caso de así corresponder, pues el cometido del Ministerio Fiscal no es conseguir culpables “a cualquier costo”, ya que si bien debe promover y ejercitar la acción penal pública, lo hace respetando el principio de legalidad (arts 194 y 195 inc. 3ro., Constitución del Chubut).-

Entonces, si bien la Policía conoce mejor las tareas investigativas, es el Acusador Público quién debe saber de que forma

acreditar en Juicio la comisión de un ilícito, peticionando la incorporación de pruebas, válidamente, a tal efecto.-

Sentado ello, considero que la decisión de recurrir a fotografías de personas detenidas o demoradas por la Policía para ser exhibidas a los testigos de un delito en los albores de la pesquisa conlleva dos graves inconvenientes. Y uno de ellos no es la obligatoria presencia del Defensor designado, pues hasta allí no existe imputación a persona alguna, resultando excepcionales los casos en los que el rito prevé el control por un abogado público de una medida de prueba (por ej. el art. 280 del CPPCh.), cuando existe urgencia en realizarla y no hay sospechosos de cometer un delito.-

El primer inconveniente remite a la imposibilidad de efectuar un Reconocimiento en rueda posterior. Si se le exhiben fotos a los testigos y/o víctimas, y luego se conforma una rueda de personas con el individuo fotografiado, más allá que se cumplan todos los recaudos legales de tal medida (art. 210 CPPCh), la imposibilidad de determinar si el reconociente identificó al sujeto que vio en el hecho o a la imagen de la toma fotográfica se torna insuperable, con ella se impone el principio de la duda, y la desvinculación del imputado (arts. 285 inc. 6to. y 28 del CPPCh.).-

Es que el testigo ha fijado sus recuerdos y evocaciones a una foto, la cual puede observar detenidamente y por el tiempo necesario, a diferencia de lo divisable en hechos cuya rapidez de desarrollo le impiden retener gran cantidad de detalles. Entonces, el método de exhibir fotografías de personas “prontuariadas”, para una vez individualizada alguna por la victima o testigo, vincular al señalado a la causa, solicitando luego su inclusión en una rueda de personas, y de ser reconocido (hipótesis más que probable), cerrar el ítem autoría de la imputación, no es un camino adecuado para superar el estado de inocencia.-

Pero existe otro inconveniente, aun mayor, que deriva de las propias implicancias del mentado estado de inocencia y remite a la naturaleza misma de todo nuestro sistema penal. Las personas incluidas en los álbumes policiales por la mera circunstancia de poseer antecedentes serían, a priori, sospechosos de todos los delitos con autores ignorados, acercándose ello peligrosamente al Derecho Penal ”de autor”, cuando nuestro bloque de legalidad vigente se basa en el de “acto”.-

En cuanto al punto, en honor a la brevedad, remito a los argumentos del voto del Dr. Benjamín Sal Llargués en el fallo S.W.G del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (6/12/07, Le Ley Online, cita AR/JUR/10368/2007).-

A partir de los obstáculos indicados, resultaría de mayor eficacia recurrir a los “retratos hablados” en lugar de a los álbumes policiales. Aunque, de no contar con aquellos, el álbum puede suplirlos, en la medida en que sea usado solo como la posibilidad de restringir el universo de opciones propio de los casos de autores ignorados a uno más pequeño, pues el señalamiento de un individuo en tal álbum debería operar como la descripción de una morfología y no de un sujeto, sin perjuicio que a partir de allí se desprenda una sospecha sobre tal sujeto, y todos aquellos afines en cuanto a características físicas.-

No resultaría imposible, en abstracto, que mediante dicha metodología de investigación, tal como lo sostuvieran el Tribunal de Juicio y el Fiscal en concreto en el sub-júdice (aunque no haya aquí ocurrido, como veremos seguidamente), se pueda efectuar una pesquisa dentro de los límites de la Ley, ello en tanto tal sospecha dé lugar a una pista cuyo seguimiento arroje evidencias y más tarde pruebas que adquieran cierta independencia del sendero originado en el señalamiento fotográfico, siendo útiles a tal fin los parámetros que surgen del precedente “Rayford” de la CSJN.-

Es sabido que en toda investigación delictual se siguen infinidad de pistas, y solo pocas, e incluso generalmente una, resultan generadoras de evidencias, luego, también solo algunas de estas se convertirán en pruebas que ingresen al Juicio.-

Desde tal concepto, el recorrido fotográfico considerado como medida de investigación, esta destinado solo a orientar la pesquisa, hacia el logro de otras, mayores, evidencias, las necesarias y útiles para vincular personas a un reproche penal. No autoriza por sí solo a solicitar medidas de nítido compromiso con garantías constitucionales (intimidad, libertad ambulatoria, inocencia), y como se ha visto, menos aún a vincular a proceso al señalado, pretendiendo “purgar” el vicio a generarse con su inclusión en una rueda de personas que cumpla los recaudos legales.-

V.- Sin perjuicio que todo lo hasta aquí desarrollado, genéricamente, permitiría darle solución al caso que nos ocupa, no podemos prescindir de las notas que surgían del mismo, las que directamente convertían en ocioso y lesivo al éxito de la pesquisa al recorrido fotográfico.-

Lo primero que pretendo resaltar es que aquí no había autores ignorados. Uno de los posibles, L., había sido aprehendido en estado de “flagrancia” (art. 217 CPPCh.), además del hallazgo, abandonado en la intersección de las avenidas Constituyentes y Chile de esta ciudad, del rodado (el referido Gol patente ---***), en que se movilizaba junto a su consorte, F. conforme lo sostenido por el Fiscal.-

Entonces, la investigación principiaba con importantes pistas, un posible autor y el rodado usado en el atraco. Era perfectamente posible profundizar sobre las circunstancias de vida del primero (lugar de residencia, relaciones, antecedentes), y las condiciones del segundo (situación registral, propietario, poseedor etc.).-

Mencionábamos supra el informe realizado por el oficial de

la Brigada de Investigaciones de Trelew de apellido V., G., referente a L., sus antecedentes policiales en esa zona, y amistades, ambos extremos que lo vinculaban a F., recibido por sus pares de esta ciudad en fecha 3/8/09.-

Ahora bien, el funcionario prevencional C.o declaró en Juicio que por pedido de la Fiscalía solicitó el informe a la Policía de Trelew, tanto sobre F. como sobre L., y que lo hizo del hecho “no mucho tiempo después”. Si el ilícito ocurrió en fecha 10/7/09 y el 21/7/09 fue solicitada la detención de F., el recorrido fotográfico fue realizado antes de tal pedido, tanto como la solicitud de informes a la Brigada de Trelew sobre el hoy acusado, pero ¿que ocurrió primero?. Y desde otro costado, ¿era necesario el señalamiento fotográfico si la vinculación entre F. y L. hubiese sido conocida igual sin él?.-

Es de presumir que con la inmediata aprehensión de L., luego del suceso, todo su “mundo” de relaciones, dentro del que estaba F., fue conocido rápidamente por la Prevención, más aún contando con antecedentes policiales. En tal hipótesis, la más probable, ya existía una tenue sospecha sobre el hoy acusado, la que había que profundizar con la obtención de otros datos y evidencias, o aún peticionando la apertura de la investigación a su respecto, solicitando al Juez penal la realización de un reconocimiento en rueda o incluso fotográfico, pero ya como diligencia judicial con todos los recaudos del art. 210 del rito.-

Me detengo aquí para resaltar que resultó paradójico que el muestreo haya sido efectuado con fotos de rostros al descubierto, y la rueda de reconocimiento posterior fuera de personas con barbijos, ya que el individuo que portaba el arma de fuego en el hecho llevaba uno que le cubría parcialmente la cara, presuntamente F., lo que patentiza aún más la desnaturalización que generó en la rueda la pregonada como “diligencia de investigación” previa.-

VI.- En resumidas cuentas, no era aquí necesario recurrir a la medida cuestionada, pues existían vías alternativas potenciales de investigación para posiblemente relacionar al acusado con el hecho. Pero el muestreo fotográfico envileció de tal modo un acto definitivo e irreproducible como el Reconocimiento en rueda posterior, y con ello lesionó fatalmente a la construcción de la imputación en lo concerniente a la autoría delictiva de F., que por ello se impone la anulación de la prueba indicada, y la de todos los actos que resultaron su consecuencia, principalmente la Acusación y la Sentencia (arts. 161 y ssgts. del CPPCh.), correspondiendo indudablemente desde lo expuesto, su absolución.-

Si bien considero que el rito vigente desalienta la permanente declaración de nulidades procesales, la envergadura del vicio, su evidente compromiso con garantías constitucionales y la absoluta imposibilidad de convalidación o saneamiento, nos obligan a expedirnos de esta forma.-

VII.- Por último, me permito una reflexión respecto a una asociación posible entre determinados métodos de investigación, más veloces, y la, quizás, auto impuesta necesidad de dar respuestas rápidas ante las víctimas, la opinión pública, los medios de comunicación o quién fuere, de las agencias dedicadas a la investigación delictiva.-

En este caso se refleja que el recorrido de la pesquisa más largo, era el más seguro y compatible con el bloque de legalidad, pero obviamente el más costoso y lento, por el contrario, el atajo escogido permitió un rápido “esclarecimiento” pero obturó el arribo a la culpabilidad, conceptos que no son sinónimos, que aún hoy se convierte en impunidad si nos atenemos a que L. se halla prófugo.-

Pero nuestra labor, la de los Jueces, es resguardar la observancia de la Constitución nacional, provincial y las leyes, aún a costa de

la impunidad, si el camino elegido para investigar lo ha sido por fuera de sus límites. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

Que mi colega preopinante ha desarrollado acabadamente los puntos de agravio en lo relativo a la impugnación de la sentencia condenatoria protocolizada bajo el Nº 60/2010, que impone al imputado **J. A. F.** la pena de **CINCO AÑOS** de prisión de cumplimiento efectivo, con accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inc. 3º del CP), por hallarlo coautor penalmente responsable del delito de **Robo con arma de fuego** cuya aptitud para el disparo no se tuvo de ningún modo por acreditado (arts. 45 y 166 inc. 2º in fine del CP); por el hecho ocurrido el día 10 de julio de 2009 en la farmacia S. G., de K. y L. R., de Comodoro Rivadavia, **declarándolo reincidente,** conforme art. 50 del Código Penal, deducida por la Defensa Pública y por compartir los argumentos que ha expuesto, adhiero a ellos.-

Que en su alegato, en el marco del artículo 385 del Código Procesal Penal, la recurrente, ratificando el escrito presentado a fs. 174/185, manifestó que la vía tiene sustento en la arbitrariedad que ostenta el decisorio atacado, toda vez que se ha fallado con prescindencia a una adecuada fundamentación en orden a las garantías de raigambre constitucional (arts. 9, 10, 43, 44, 45 y 49, de la Const. Prov; arts. 14, 18 y 75 inc. 12 y 22 C N, art. 8.1º CADH, art. 9.1º PIDCyP).-

Que la recurrente –en lo que aquí interesa- en extenso escrito, expuso los siguientes puntos de agravios: “**A) Sentencia Basada en Prueba Ilegal –art. 372 inc. 4to. CPPCh. 1) Nulidad de reconocimientos o recorridos fotográficos.** La primigenia orden de detención de J. A. F. ha sido fundada, a partir de un pedido del ministerio Público Fiscal, en el resultado de reconocimientos fotográficos realizados por los testigos presenciales del hecho investigado, en dependencias de la brigada de investigaciones de la

Policía los días 15, 16 y 17 de julio del cte. Debe aclararse que de la propia solicitud del Ministerio Público fiscal para que se disponga la detención de F., surge que la exhibición de fotografías a los testigos no fue realizada al azar sino que mi representado ya era un sospechoso perfectamente identificado a partir de que se tiene una conexión con el coimputado L., por encontrarse ambos sometidos a proceso en una investigación fiscal que tramita en la ciudad de Trelew. Sólo restaba lograr que los testigos reconocieran sus fotografías y así ocurrió en sede policial, y sin que ninguna de las partes del proceso controlara su producción. En estas circunstancias debió requerirse la realización de los reconocimientos en rueda que prevé el CPPCH, con las formalidades correspondientes según estipulan expresamente los artículos 210 y 211, dado que ya no se trataba de la exhibición de álbumes fotográficos en lo que se denomina habitualmente “recorrido fotográfico”, sino que había una sospecha fundada respecto de una persona perfectamente identificada por el personal policial actuante con lo cual la investigación estaba direccionada en forma directa hacia la persona de F. que en esas condiciones ya resulta sindicado como posible coautor del hecho. Así el CPPCH, en su artículo 34 exige autorización judicial previa para la realización de diligencias de investigación que pudieran, como ocurre en este caso privar al imputado de los derechos que la Constitución asegura. Sin embargo, tales procedimientos no fueron notificados a esta defensa que ya estaba actuando por haberse formalizado la investigación respecto del coimputado L., que se encontraba detenido, con lo cual surge un primer agravio ante la imposibilidad de control de su producción. Agrava aún más la situación el hecho de que tampoco presenciaron la producción de tan importantes “medidas de investigación” los representantes del Ministerio Público Fiscal habiendo finalmente quedado en evidencia a partir de los testimonios de los propios damnificados al momento de realizar los posteriores reconocimientos en rueda de personas, que los reconocimientos fotográficos, al menos en dos de ellos,

no fueron presenciados por persona alguna, con excepción del funcionario policial actuante…". Transcribe las normas de los arts. 210, 10mo párrafo y 211 del Código Procesal Penal subrayando que se ha incumplido con tales mandas y por ende se ha arrasado con el derecho de defensa del imputado. Amén de ello recuerda que la situación planteada se resuelve en base al art. 161 del ritual citado. Sigue diciendo "En esta dirección la participación de esta defensa cobraba aún mayor importancia si tenemos en cuenta que los testigos fueron contestes en asegurar que la persona a reconocer mantuvo su cara cubierta con un barbijo, con lo cual hace aparecer como poco creíble que pudieran identificar, sin dudas, a la persona descripta por medio de una fotografía, exhibida supuestamente con otras fotografías semejantes, si es que esto ocurrió, o por lo menos de una imprecisión tal que obligaba a extremar los cuidados a efectos de no cometer el error de imputar a una persona inocente un hecho que por sus características motivaría el pedido de privación de su libertad.".-

En otro orden, la defensa del encartado F. se refirió a la nulidad de la Orden de detención de su pupilo, ya que mal puede considerarse como debidamente fundada una sentencia que disponga la inmediata detención de la persona reconocida fotográficamente y peor aún si aparece como único fundamento el resultado de dicho procedimiento viciado, habida cuenta que no se desprende ni del pedido fiscal ni de la resolución de la Sra. Juez de Garantías actuante otra circunstancia que permitiera tener por acreditada la participación de F. en el hecho y todas las actuaciones realizadas fueron acercadas por el Ministerio Público Fiscal a la sentenciante para que pudiera evaluar la viabilidad del requerimiento. También la recurrente se agravia de la arbitrariedad de la sentencia que dispone la prisión preventiva para su pupilo en la que dispone no hacer lugar al pedido de nulidad de los reconocimientos fotográficos y que solicitara en la audiencia de

control de detención de F.; incorporando la juez actuante como argumento, la existencia de supuestos procesos (reiteración delictiva) en los que el imputado se encuentra incurso en la ciudad de Trelew, dándole sustento por tanto en los términos del art. 220 inc. 3º del CPP sin mayores precisiones o argumentos; estableciendo la impugnante que F. sólo tiene una sola causa en proceso de investigación en la ciudad mencionada, por ello entonces resulta poco claro cual ha sido el proceso intelectivo para llevarle a tomar tal determinación. De igual manera se expide el Tribunal de juicio para mantener la prisión preventiva, sumándole lo manifestado por la Comisión Interamericana de derechos Humanos, en su informe 2/97, ap. 28 donde sostiene que la seriedad del delito y la severidad de la pena a imponer son condiciones que deben tenerse en cuenta para determinar si el imputado intentará eludir la acción de la justicia, exime a la defensa, destacando claramente una contradicción en su fundamentación, en tanto lo que establece la Comisión en todo caso es que no son las condiciones mencionadas, las únicas y suficientes para acreditar el peligro de fuga, sino que forman parte de un conjunto de circunstancias que deben reunirse para que ello efectivamente ocurra (cita el fallo “A.” del Superior Tribunal de Justicia en el tema).-

Luego de analizar los respectivos votos de los jueces del tribunal de juicio, en cuanto a la fundamentación que han dado sobre la validez del recorrido fotográfico, la recurrente insiste que el mismo no se realizó en los albores de la investigación y en tanto se desconocía la identidad del supuesto coautor, sino que se realizó por lo menos una semana más tarde y cuando ya la Policía había establecido la relación que unía a L. con F., siendo este uno de los principales fundamentos, además del resultado de los recorridos fotográficos, ostentado por el ministerio Fiscal para solicitar la detención de éste último. Para ello simplemente sostiene que no se advierte en los testimonios de las víctimas “que alguna de ellas hubiese sido inducida

de algún modo a sindicar al acusado como responsable del suceso por el que fue traído a juicio". Concluye el impugnante *"Esta es una apreciación subjetiva y personal, del Aquo que cree a ciencia cierta lo que dijeron los testigos, pero en realidad lo que se discutió fue que existiendo la posibilidad de una preidentificación de F. como posible coautor por parte del personal policial, justamente la falta de control de las partes, incluyendo el propio ministerio fiscal, permite introducir razonablemente la duda respecto del modo en que se realizaron tales procederes investigativos, más allá de que los testigos resulten o no creíbles".-*

Otro agravio que lo lleva a considerar a la sentencia arbitraria es el relativo a la valoración de la prueba de los testigos damnificados, así se expresa la recurrente : *El tribunal considera creíbles los testimonios de las personas que se encontraban presentes en la farmacia, S., D. A. y B., agregando el de P. que se encontraba fuera del local, por resultarles coincidentes "en lo esencial", restando toda importancia a las discordancias de los mismos respecto de hechos puntuales como la descripción de quién a la postre resultó ser J. A. F., según el resultado de la deliberación"…, "… el Tribunal toma fraccionadamente las declaraciones, desechando incluso aquellas citas no convenientes a los fines de probar la autoría y de esta manera sostiene coincidencias y corroboraciones con otras pruebas que no son tales y por ello convierten a la valoración en arbitraria, ya que no explican de que modo se ven tales divergencias solucionadas para llegar a la plena convicción necesaria para determinar la autoría de mi representado. Esta posición cobra aún más fuerza si recordamos que de los tres testigos que realizaron el reconocimiento fotográfico, sólo dos acertaron con la persona de F. en la rueda de personas y uno de ellos, el testigo S. manifestó expresamente que de las tres personas que se le presentaron para reconocer eran de distintas características físicas, siendo uno más alto y otro*

más bajo que el imputado lo cual facilitó su identificación, por ser el único que reunía las condiciones que había descripto".-

Un último agravio referido a la arbitrariedad en la determinación de la pena; en tal sentido el impugnante analizando cada uno de los votos del tribunal se explaya sobre el diferente tratamiento que merecieron las circunstancias que tomaron en cuenta para decidir la pena a aplicar. Del voto del Juez Rosales : *"… como punto de partida, habrá de ponderarse las características del hecho analizado y la intervención del justiciable en el mismo, quién actuó frío y sin peligro hacia su persona; y quien además, niega su intervención en el suceso lo cual pone en evidencia la ausencia de arrepentimiento alguno. (SIC)".* Así las cosas el señor defensor remarca que la actitud de su asistido al negar su autoría en el hecho, es tomada por el sentenciante como un agravante que merece en consecuencia una pena mayor. No ha encontrado una respuesta adecuada a esta cuestión y deviene arbitraria la sentencia por resultar su fundamentación aparente y no basada en las máximas que impone el sistema de sana crítica racional. Por otro lado, después de analizar los votos de los magistrados sobre la aplicación de la pena a imponer, concluye que se han realizado simples enunciaciones de circunstancias objetivas antecedentes para agravar la pena, sin explicar el motivo de tal determinación, por lo que la mención de las pautas valorativas de los artículos 40 y 41 del Código Penal, no resulta suficiente para permitir acreditar razonadamente que la pena debe ser mayor al mínimo solicitado por la recurrente en el caso bajo examen. Remarca que la sentencia luce entonces arbitraria por no exhibir los sentenciantes las deducciones razonadas que los llevan a tomar en consideración las circunstancias prontuariales de F., como agravantes de la pena a imponer, lo que impide un efectivo control del discurso, que permita acreditar la racionalidad de sus decisiones. *"En tal inteligencia, el motivo de impugnación aquí planteado*

remite a una nulidad de carácter absoluto (art. 376 inc. 5to. CPPCh), consistente en la ausencia de fundamentación del fallo que nos ocupa, la valoración de circunstancias fácticas generales en el debate se ha basado en la íntima convicción de los Magistrados que formaron el Tribunal y no en el principio de la sana crítica racional, por lo cual se ha afectado uno de los pilares de la función jurisdiccional y por ende del concepto de "juicio previo", pues la decisión se ha apartado de las constancias de la causa; conceptos estos últimos que ponen el acento final al motivo de la impugnación presentada.-

Por su parte, el Dr. Carlos Adrián Cabral, Fiscal General, al contestar el emplazamiento a tenor del art. 384 del CPP, rechaza cada uno de los agravios interpuestos por la impugnante, cita también alguna jurisprudencia que avala su postura y solicita la confirmación de la sentencia condenatoria y la pena impuesta.

Emitiré mi voto.-

Que concedido por el aquo el remedio impetrado, han ratificado las partes, los argumentos expuestos en sus respectivos escritos en oportunidad de la audiencia fijada conforme al art. 385 del CPP.-

El recurso que se examina debe prosperar de acuerdo al temperamento arribado en el curso de la deliberación.-

Que la motivación es garantía para las partes y la valoración de la prueba tenida en cuenta, debe ser congruente con lo resuelto por el juzgador, a fin de evitar de este modo la arbitrariedad judicial por parte de quienes administran justicia. En este sentido nuestra Corte Suprema tiene dicho " *... Que es evidente que a la condición de órganos de aplicación del derecho vigente, va unida la obligación que incumbe a los jueces de fundar debidamente sus decisiones. No solamente para que los ciudadanos puedan sentirse mejor juzgados, ni porque contribuye así al mantenimiento de la*

magistratura es por lo que la mencionada exigencia ha sido prescripta por la ley. Ella persigue también excluir la posibilidad de decisiones irregulares, es decir, tiende a asegurarse de que el fallo de la causa sea derivación razonada del derecho vigente y no producto de la individual voluntad del juez ... " (Fallos 236:27 -LA LEY, 86-436-) " *... que en definitiva, la exigencia de que los fallos tengan fundamentos serios, señalada por jurisprudencia y doctrina unánime sobre la materia, reconoce raíz constitucional y tiene, como contenido concreto, el imperativo de que a decisión sea conforme a la ley a los principios propios de la doctrina y de la jurisprudencia vinculados con la especie a decidir* (Fallos 318:652)" (Cfme. causa N° 4676, "O., S. V. s/ Infracción art. 256 del CP", Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, Sala I, 16/06/2009, publicada en el sitio elDial.com.ar).-

En el caso que nos ocupa y como bien lo explicara el Juez que lidera el acuerdo, el hecho bajo examen fue imputado a dos personas mayores de edad, los Señores S. M. L. y J. A. F., ambos el día 10 de julio de 2009, siendo aproximadamente las quince horas, ingresaron a la Farmacia "S. G.", sita en calle K. y L. R. de esta ciudad; así las cosas, el primero munido de un arma blanca y el segundo de un arma de fuego, amedrentaron a los empleados R. S. y M. D. A., como así también a una clienta que había en el lugar de nombre E. P. para que les entregasen sus pertenencias, sustrayéndoles a S. una billetera que contenía un DNI a su nombre, la suma de pesos ochocientos ($ 800) discriminados en ocho billetes de cien pesos, una cédula de identificación a su nombre expedida por la Policía de Corrientes, una tarjeta de débito del Banco Patagonia y una licencia de conducir. Por su parte a la Señora P. la despojaron de un celular marca "Samsung", N° de abonado 15*******, y de la caja del comercio sustrajeron la suma de pesos dos mil ochocientos setenta y tres, con setenta y ocho centavos ($ 2.873,78). Que dicho accionar fue observado por el Señor L. A.

P., quien en esos instantes se encontraba estacionando su rodado frente al mentado local comercial con intención de esperar a su pareja, la señora D. A., y de manera inmediata puso en conocimiento de lo ocurrido al Comando Radioeléctrico que unos instantes después, arribó al lugar un móvil policial y constató que en inmediaciones de calle B. y L. R. (a escasos metros de la farmacia) se encontraba estacionado un Volkswagen Gol dominio ---***, al cual de manera presurosa se dirigían dos individuos, por lo que dos funcionarios policiales (T. y P.) descendieron a identificarlo, interceptando a uno de los sujetos que dijo llamarse J. C. V., mientras que el restante (F.) logró subir al rodado en cuestión. Que en estas circunstancias y mediante el restante funcionario policial, de apellido C., pretendía individualizar al ocupante (F.) del rodado Volkswagen Gol, este lo puso en marcha, bajo el vidrio y comenzó a realizar disparos con un arma de fuego contra la humanidad de C., por lo que el efectivo realizó un disparo intimidatorio que impactó en la rueda trasera derecha del vehículo aunque el sujeto logró darse a la fuga. Que unos instantes más tarde personal policial de la Comisaría Seccional Quinta, constató que el vehículo en cuestión había sido abandonado en intersección de las arterias Constituyentes y Chile del Barrio Pueyrredón, por lo que se dejó en consigna en el lugar a los fines de preservar el mismo. Por otra parte y conforme las averiguaciones practicadas por la prevención, se estableció que la persona que interceptaron T. y P. a escasos metros de la farmacia y que al arribo de las víctimas fue reconocido como uno de los autores del hecho, no se trataba de J. C. V. sino de S. M. L., quien tiene dos causas penales en trámite en jurisdicción de las ciudades de Trelew y Puerto Madryn y que en la ciudad de Trelew, se encuentra imputado junto a la persona de J. A. F.. La detención de F. se debió a que los testigos presenciales del hecho, ante un reconocimiento realizado en la Brigada de Investigaciones de esta ciudad, reconocieron a F. como autor del hecho.-

Esta es la imputación llevada a cabo en la audiencia de control de detención y apertura de la investigación preparatoria (arts. 274 CPP efectuada el día 29-07-2009).-

Dicho esto evidentemente el suceso criminoso, al que podríamos denominar golpe de tipo express, es realmente grave; en razón de ello, y como ya se ha adelantado, se imponen en primer término, a los efectos de llevar a cabo una correcta investigación: la prudencia, la objetividad y la utilización en la misma de medios lícitos que lleguen a buen puerto. Es por lo tanto que desde un primer momento, se tuvo a un detenido en flagrancia -escasos metros de las personas y comercio damnificados- a uno de los coautores que da un nombre falso. Así las cosas se comienza a investigar a esta persona detenida, ya que fue la única que fue aprehendida en virtud de que su compinche de causa abandonó el automotor en el que huyó, el que se encontró abandonado a unas cuadras del lugar.-

Siguiendo el hilo, entonces, de la investigación la Policía (brazo auxiliar de la justicia), actuante en el hecho, comienza a esclarecer que el falso V. se llama L. y quien abandonó el auto escapando podría ser su compañero de algunas andanzas en delitos contra la propiedad, como así se lo hace saber la Policía de la ciudad del valle y de Madryn que en nuestro caso es nada más ni nada menos que el encartado F..-

Ahora bien, se impone esta pregunta: cómo un operador del sistema debe chequear esa presunta vinculación de que haya participado en el atraco el hoy traído a esta audiencia del 385 ?. Bien, aquí es donde en lugar de prudencia se da comienzo a una discrecionalidad totalmente policial, que avala el Ministerio Público Fiscal en desmedro de la defensa.-

Las personas damnificadas fueron citadas a la Brigada de Investigaciones de esta ciudad a fin de efectuar un reconocimiento fotográfico, con varios álbumes que le fueron acercados.-

Un detalle que no puede dejarse de lado, y así también lo ha remarcado la impugnante, es que F. cubría parte de su rostro con un barbijo; es obvio por sentido común que las fotos exhibidas son a cara descubierta, ya de delincuentes con prontuario o de otras personas que han sido identificadas por alguna contravención.

Resulta entonces una paradoja que el resultado positivo surgido de este recorrido fotográfico, en cuanto la identificación del inculpado F. sea la base a posteriori de un reconocimiento en rueda de personas.-

He de subrayar lo siguiente: “Las base de datos constituidas por las fichas individuales dactiloscópicas obtenidas de las personas que han sido sometidas a un proceso penal, empleadas para luego hacer cotejos para esclarecer su posible autoría en otros hechos ilícitos, resulta un sistema violatorio de expresas garantías contenidas en las constituciones nacional y provincial y en los pactos y tratados incorporados a la primera por cuanto esas ‘bases de datos’ son integradas con individuales dactiloscópicas de personas que aún no han sido condenadas y que por la sola circunstancia de encontrarse sometidas a proceso -y por tanto aún amparadas por el estado de inocencia- pasan a conformar una ‘galería de sospechosos’ de futuros ilícitos, mecanismo teñido de un fuerte grado de ‘derecho penal de autor’ y de positivismo etiológico, en un hecho delictivo, sin solución de continuidad, pasa a militar en las filas de los posibles autores de delitos posteriores”.-

“De igual forma aun en el caso en que los padrones de ‘futuros sospechosos’ fuesen conformados con las individualidades dactiloscópicas de personas condenadas por la comisión de un delito, ello tampoco mejoraría mucho las cosas, ya que por el hecho de haber sido penado en una oportunidad, no puede autorizarnos a afirmar de manera automática que ese individuo volverá a delinquir en forma indefectible en el

futuro, renegando, en definitiva, del fin resocializador que la Constitución Nacional asigna a las penas".-

"Los recursos investigativos deben ser conjugados con los derechos y garantías constitucionales, para evitar de ese modo incurrir en actividades contrarias a los mismos, y en este aspecto, el punto de inflexión radica en interrogarnos si es válido que por el solo hecho de que una persona se haya visto sometida a proceso -o aun condenadas- se autorice a que pase a integrar un catálogo de sospechosos de futuros delitos, ya sea con sus individuales dactiloscópicas o con la fotografía de su rostro. El artículo 16 de la Carta Magna instituye el 'principio de igualdad' de los ciudadanos ante la ley, moneda cuyo reverso resulta ser la prohibición de discriminación, y si la legislación en general no vedase en forma expresa los actos discriminatorios del modo en que lo hace (ver ley federal 23.592 y sus progenies provinciales), el aludido principio de igualdad se convertiría en una hueca declamación sin posibilidad de materializarse en los hechos, siendo así que el artículo 43 de la Constitucional Nacional, al regular la acción de amparo, dispone que la misma procederá 'contra cualquier forma de discriminación'; otro tanto ocurre cuando en la regulación del instituto del 'habeas data' dispone que: 'Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que constan en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en el caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos' … se suma a lo dicho la forma en que se obtienen las individuales dactiloscópicas y el destino que con posterioridad se da a las mismas, pues si dicha práctica fuese realizada a los solos fines de la identificación de las personas -como originalmente lo concibió el propio Vucetich-, no existiría cuestionamiento alguno, pero si luego esos datos van a ser empleados con fines distintos -como es la

individualización de los autores de un delito-, se corre el riesgo de transgredir la prohibición de autoincriminación, en este caso obtenida en forma velada y encubierta, ya que al ciudadano nunca se le hizo saber que ese documento en el futuro puede ser hecho valer en su contra para incriminarlo como autor de un delito. No se trata, entonces, de limitar y restringir el recurso válido de la dactiloscopia para individualizar a los autores de un delito -o confirmar su identidad- sino que el mismo sea llevado a cabo con apego a las garantías constitucionales que protegen a los habitantes de la Nación".-

"Como 'el fin no puede justificar los medios empleados' en ningún área de la actividad humana, la circunstancia de que generalmente por la vía de los cotejos, en la forma en que es costumbre que se practiquen en la actividad policial, arroje resultados normalmente positivos en cuanto a la identificación de presuntos autores de ilícitos, no puede justificar el medio o la vía por la que se arriba a ese resultado; admitir tal tesitura -de que el fin justo pueda justificar los medios empleados para arribar al mismo- abriría las puertas de prácticas imprevisibles y funestas, de las cuales nuestro país tiene registro en el pasado más cercano".-

"Cabe señalar que el Estado no podría crear registros del universo de la población, con datos íntimos de cada persona que permitiesen el esclarecimiento de los delitos, pues el paradigma de nuestra organización social es contrario a la existencia de un Estado gendarme que en forma indiscriminada e invasiva se inmiscuya en la vida de las personas y en su intimidad, aun con el legítimo propósito de dilucidar actos criminales, por lo que es preciso que desde el poder jurisdiccional se establezcan claramente los límites del poder punitivo, el que nunca puede ser ejercido en forma abusiva y discriminatoria en desmedro de los derechos humanos, aún a riesgo de que no se puedan esclarecer todos los delitos que ocurren en una sociedad" (cfme. Tcrim. N° 1 de Necochea, por mayoría, 7-2-2000, "Hansen,

Fabián Gustavo. Robo", expíe. 37-399, magistrados: Mario Alberto Juliano, Alfredo Noel, Norberto Rubén Aued, extraído de Revista de Derecho Penal, "Garantías constitucionales y nulidades procesales - II, Director Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 501/505).-

En la misma línea, estimo prudente recordar que " … Deben diferenciarse los medios de investigación de los medios de prueba. Los primeros tienden a comprobar la realización de los hechos delictivos y a averiguar la autoría de los mismos para fundamentar, en su caso, la acusación y la apertura del juicio oral, en tanto los segundos son los únicos capaces para desvirtuar la presunción de inocencia. El reconocimiento fotográfico se inscribe claramente en la primera categoría, por ello no media obstáculo alguno para que lo lleve a la práctica el Ministerio Público Fiscal, porque la ineficacia de un acto sólo puede derivar de una amenaza expresa y categórica de la ley que lo disciplina, y no de una valoración judicial acerca de la importancia de las formas procesales" (cfme. CNCas.Pen., sala I, 5-10-2001, "B., R. D. s/Rec. de casación, extraído de obra citada, pág. 506/507).-

A mayor abundamiento "Es nulo el reconocimiento fotográfico ordenado por el Fiscal, a quien le había sido delegada la investigación, toda vez que se excedió en las facultades que le otorga el artículo 212 del CPP, medida que, por otra parte, se le encuentra vedada de acuerdo a lo que surge en el art. 270, ya que sólo puede disponerse a través de un acto jurisdiccional con la intervención de la defensa" (cfme. CNCCorr., sala IV, 14-3-2001, "I., J. M.", L. L. del 15-8-2001, citado en obra consignada, pág. 507).-

Sobre la base de las directrices enunciadas entonces, entiendo que en el caso se ha incurrido en vulneración al derecho de defensa en juicio al haberse privado a la Defensa de la debida intervención en el acto decisivo -reconocimiento fotográfico-, en el que se cimentara la imputación

contra **F.**, lo que lo torna inválido, vicio que indefectiblemente, dada su naturaleza de definitivo e irreproductible, debe propagarse a los actos que de él se deriven. A tal conclusión se impone arribar ponderando lo ya adelantado en la breve síntesis del fallo, en el sentido de que si bien es función del Ministerio Público Fiscal la colección de datos que resulten pertinentes y útiles a la investigación, la de los jueces es controlar la legalidad de ellos para posibilitar el ingreso al proceso de los que reúnan los requisitos imperativamente exigidos en la ley para su producción, y desechar aquellos que adolezcan de vicios que se traduzcan en vulneraciones a las garantías constitucionales consagradas a favor de los imputados, en resguardo del debido proceso y del derecho de defensa en juicio.-

En el subexamine interpreto que, por los datos colectados por la prevención local en función de información aportada por la autoridad policial de Trelew, existía una sospecha -tenue si se quiere- de que **F.** podría ser uno de los autores del evento criminoso perpetrado contra la Farmacia “S. G.”. Ello si bien hubiera autorizado la exhibición de álbumes fotográficos, la medida debería haberse realizado, en el marco de lo prescripto en el art. 280 del ritual, con observancia de las formalidades que los arts. 210 y 211 del CPP exigen como condición de validez del acto -reconocimiento fotográfico propiamente dicho-, pero no el “muestreo” o “recorrido” pues ya no se trataba de individualizar a un sospechoso -objetivo específico de dicho medio de investigación-, sino de confirmar la presunción de que el nombrado era uno de los autores del suceso. La omisión de tales recaudos, indudablemente conlleva a descalificar la realización de la diligencia -como los que de ella dependan- y a la sentencia como acto jurisdiccional válido.-

A mérito de ello, corresponde absolver a **J. A. F.** del delito de Robo … por el que fuera condenado y ordenar su inmediata libertad.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- Ya hemos sostenido en otros precedentes que en la tarea de evaluar, en esta instancia, la motivación de la sentencia impugnada, debemos comenzar el análisis por el punto relativo a la denominada "motivación de los hechos"; y, en particular, a su vez, dentro de esta materia: la "motivación de la prueba", que se da en un contexto del que forman parte actividades regladas, y está cargado de implicaciones jurídicas –lo cual puede acarrear análisis de particular intensidad, por ejemplo, cuando la adquisición de algún dato de eventual eficacia probatoria, se hubiera producido con infracción de un derecho fundamental-. Como enseña Perfecto Andrés Ibáñez, en esta clase de supuestos, hay **una valoración jurídica en cierto modo anticipada**, claro que no de los datos probatorios propiamente dichos, sino del **procedimiento de obtención** de los mismos; y, por ende, en el caso que el juicio sobre ese proceder fuera negativo, habrá que **prescindir de aquellos datos, con independencia de cual pudiera ser su eficacia desde el punto de vista puramente cognoscitivo**.-

Amplía este autor, que: "En el marco general de la actividad probatoria son dos los ámbitos de la actividad jurídicamente reglada", de una parte, el relativo al tratamiento de **las fuentes y medios de prueba** –"la adquisición de los datos probatorios"-, y de otra, el de la decisión sobre el hecho, a la vista del resultado que ofrezcan los anteriores; al primero, corresponden "**las disposiciones de la ley procesal que miran al desarrollo regular de la prueba"** (cfme. aut. cit., en la recopilación de trabajos titulados: "Justicia penal, derechos y garantías", colección "Pensamiento jurídico contemporáneo", n° 6, Editoriales "Palestra" y "Temis", pág. 197).-

Por su parte, en la pág. 163 de la ob. cit., leemos: "…la sentencia penal hoy tendrá que incluir entre sus elementos integrantes una exposición, suficiente para que sea inteligible, de los datos probatorios

obtenidos a través de la actividad de esta clase producida en el juicio, y de las razones de experiencia y también jurídicas del porqué de la atribución de esa cualidad. Razones jurídicas, pues, como es sabido, la productividad o improductividad de un determinado medio probatorio está en función de la mayor o menor fuerza convictiva de sus aportaciones, pero asimismo de la **legitimidad del procedimiento de obtención de la fuente** y de la legalidad de ésta, que, de no concurrir, excluirían la posibilidad de entrar en cualquier otra valoración ulterior" –el destacado me pertenece en todos los casos-.-

II.- Una vez establecido este marco general relativo a la motivación de la sentencia, y ya en relación concreta con el caso venido en revisión, hemos acordado en la deliberación que el decisorio recurrido no acierta en la solución que otorga al planteo defensista, relativo a la diligencia de "muestreo" o "recorrido" fotográfico, realizado en sede prevencional, al comienzo de la investigación.-

En efecto, se advierte que el Tribunal de juicio se preocupa por reivindicar la legitimidad de esta forma de pesquisa, para lograr la identificación de los autores del hecho, utilizando argumentos que son sin duda correctos en lo teórico –inclusive, los mismos fundamentos han sido muchas veces utilizados por este Tribunal, ya sea actuando como colegiado de sentencia, y asimismo en carácter de Cámara de impugnación-; pero sin llegar a dilucidar, estrictamente, la objeción planteada por la Defensa técnica del acusado F..-

Vemos así que, precisamente, el argumento de fondo que se utiliza en la doctrina y la jurisprudencia, para defender la validez de este tipo de diligencias probatorias, está dado por la inexistencia de datos sobre la identidad de los autores, lo cual conduce a la necesidad de convocar aquellos testigos que hallan tenido una percepción visual directa del autor, al momento del hecho, para que evocando esas imágenes en un cotejo con las que

aportan los álbumes fotográficos, se obtenga información relevante para orientar de allí en más la investigación, en dirección al o los sujetos sindicados por los testigos .-

De lo contrario, cuando se cuenta ya con datos sobre la identidad presunta del autor, y también se han podido obtener imágenes fotográficas del mismo –v.g. tomadas de los archivos policiales, en el caso que estas personas estén identificadas de antemano-, lo que corresponde hacer es un verdadero reconocimiento fotográfico; es decir ya no un "muestreo" o "recorrido", sino observa las prescripciones rituales del art. 210, 10° pár., con los recaudos formales del art. 211 CPP. El contra-argumento utilizado por el Fiscal General en su responde, en el sentido de que una medida de reconocimiento fotográfico como anticipo jurisdiccional de prueba (art. 279 CPP) sería incompatible con el estado de una investigación embrionaria, parece no ajustarse a la sistemática del Código que, precisamente, en el art. 280, prevé la posibilidad de un anticipo de prueba en aquellos casos en que "no se hallare individualizado el imputado", estableciendo las formalidades para este supuesto.-

En apoyo de lo expuesto, tengo especialmente en cuenta que, del contenido del debate, no ha podido esclarecerse con precisión la siguiente secuencia temporal: si al momento de practicarse los "muestreos" fotográficos, se contaba ya o no con información puntual que vinculara a F. con el hecho. Si estamos a la declaración testimonial del Comisario de Policía Leonardo Fabio Bustos, Jefe de la División Policial de Investigaciones, se advierte que ante la pregunta del Sr. Fiscal General, en el sentido de saber "¿Cuándo se pide esta información y cuando se recepciona?" –se refiere al informe remitido desde Trelew, dando cuenta que "…habría una relación entre F. y L. donde incluso habrían estado detenidos en algún robo allá en Trelew juntos…" (del audio de la declaración de Bustos)-, respondió el testigo

textualmente: “fue creo que los primeros días de agosto”.-

En cuanto a la prueba documental, incorporada por lectura en el debate, según el acta de la audiencia protocolizada bajo el n° 1326/10, el testigo P. N. C., Oficial Sub-Inspector, también perteneciente a la División Policial de Investigaciones de Comodoro Rivadavia, con fecha 3 de agosto de 2009 se dirigió al Ministerio Público Fiscal mediante oficio n° 16/09 JUD –es decir, el dato coincide con la deposición de Bustos, quien declaró como ya vimos *ut supra*, que cree que se recepcionó el informe a comienzos del mes de agosto-. Pero en cambio, ni del testimonio ni de la documental, es posible obtener información, certera acerca del momento en que se requirió la información a los funcionarios prevencionales de la ciudad de Trelew; lo que nos permitiría entonces hipotizar con base firme, si efectivamente ello ocurrió recién después de practicado el “muestreo” y que redundaría a su vez, obviamente, a favor de la validez plena de esta medida, o si por el contrario al momento de la diligencia, ya existían sospechas sobre el imputado (textualmente, el oficio n° 16/09 citado *ut supra*, emanado del Oficial C., le reporta al Ministerio Público Fiscal que en virtud de “**lo ordenado oportunamente**, se solicitó información a la División Policial de Investigaciones con asiento en la ciudad de Trelew, a los fines de que informe sobre el grupo de pertenencia de la persona actualmente detenida en Comisaría distrito quinta, S. L., **confirmándose** que sobre los antecedentes que pesan sobre esta persona consta un lazo de amistad con … J. A. F.…” (el destacado no pertenece al original). Por su parte, el testigo C. en su deposición, manifestó no recordar “la fecha exacta” en que hubo de pedir antecedentes, a la Brigada de Trelew –declaró, en este punto, solamente que: “del hecho mucho tiempo después no pasó”-.-

III.- El Jurista ya citado *ut supra* (Ibáñez) también nos alerta, en otra obra, acerca de los riesgos propios de este tipo de diligencias,

como el “muestreo” fotográfico, en los siguientes términos: “…por lo regular, las actuaciones propiamente judiciales habrán estado precedidas por otras policiales realizadas, muchas veces, sin el rigor exigible, y, lo que es todavía peor, sin que cuando la causa ha entrado en el juzgado exista ya la menor posibilidad de saber cómo se actuó en ese ámbito, dado que, muy probablemente, el *modus operandi* no estará bien documentado y, al respecto, la opacidad, más allá de alguna inexpresiva diligencia de constancia meramente burocrática, puede ser total. Así, es lo más seguro que **no pueda saberse** cómo discurrió la exhibición de fotografías, ni la calidad de éstas, ni el criterio de selección, ni **si se dio o no al testigo algún tipo de información previa** al respecto, ni de qué carácter, ni cuántas veces fue sometido a esta práctica. De donde resulta que el perfil de **una actividad policial de riesgo**, por los posibles efectos contaminantes de lo que posteriormente se haga en sede judicial, permanecerá en la sombra, sin que quepa ya hacer luz sobre ella para adoptar eventuales cautelas; con el resultado de una **más que probable gravísima indefensión**. Aunque parezca mentira, diría que falta un protocolo que paute con el exigible rigor el desarrollo de estas prácticas, sumamente extendidas y de las que, por otra parte, sería difícil prescindir, porque, no cabe duda, el uso de fotografías **puede ser un buen medio para orientar las identificaciones**. Eso sí, siempre que se lleve a cabo con las necesarias garantías. Pero no es tal la forma habitual de proceder, que, si algo refleja, es una alarmante falta de cultura sobre los peligros a que se está haciendo referencia. Falta de cultura muy extendida en los medios judiciales, en los que con la mayor frecuencia, y también con una preocupante transposición subrepticia de criterios propios del régimen de la prueba legal, de la evidencia formal de que había tenido lugar un reconocimiento en rueda, hecho con regularidad en el juzgado (que lo documentó de manera meramente formularia), ratificado luego, también rutinariamente, en el juicio, se deriva, sin más, la responsabilidad de la autoría

del delito. Lo cierto es que un medio de investigación y de prueba, tan fundada y universalmente bajo sospecha en los medios de la psicología experimental, sigue siendo objeto de usos que denotan una sorprendente impermeabilidad de quienes los llevan a cabo a llamadas de atención de aquella procedencia, cargadas de sentido, y de soporte empírico" (cfme. aut. cit., "Prueba y convicción judicial en el proceso penal", edit. Hammurabi, año 2009, págs. 116 y ss. –el destacado ha sido agregado al original-).-

Más adelante, en la misma obra citada, este autor amplía "…en el Estado constitucional de derecho la doble vertiente de las garantías procesales se encuentra reflexivamente asumida. En efecto, pues en el proceso, además de la tutela de los derechos fundamentales implicados, ya se ha visto, cuenta su condición de *proceso de adquisición de conocimiento sobre hechos*. Esto es, su dimensión epistémica, que se concreta, esencialmente, en dos prescripciones de método: el tratamiento de la acusación como hipótesis y la vigencia, por regla general, del principio de contradicción en todo el curso de la causa. Se trata de planos que están íntimamente relacionados, ya que en el proceso penal el juez sólo será tercero si el imputado goza de derechos que delimiten su espacio en relación con el de la acusación, que es lo que hará posible la dialéctica del contradictorio. Pues bien, el esquemáticamente diseñado es el contexto jurídico-políticio de las ilicitudes probatorias, que, por lo dicho, en el Estado constitucional de derecho concurren cuando se produce una lesión de los derechos fundamentales del imputado en la obtención de una fuente de prueba. Es algo que, con mayor grado de probabilidad, acaecerá en el marco de las intervenciones de la Policía, donde las prescripciones legales de garantía están más expuestas al incumplimiento, por la habitual falta de transparencia, la unilateralidad de la actuación y su conocida incisividad. Pero no debe excluirse que los derechos fundamentales del imputado puedan resultar

lesionados también con ocasión de alguna diligencia de investigación judicial o del fiscal…” (cfme. ibídem, pag. 190).-

IV.- Por todo lo expuesto, adhiero fundadamente al voto de mis colegas en sentido afirmativo a la primera cuestión.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa del acusado J. A. F. y declarar la nulidad del reconocimiento fotográfico efectuado por la autoridad policial en el marco de la investigación del hecho, y todos los actos que de él dependan, hacer cesar toda medida cautelar vigente en el marco de este proceso respecto de F..-

Corresponde regular los Honorarios Profesionales de la Defensa Pública por su labor en la presente etapa de impugnación de condena. Por tales motivos, ponderando la extensión y calidad de su trabajo, estimo apropiado fijar sus honorarios en la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500).- (ley 2.200 t.o. ley 4335, art. 8).-

A la **SEGUNDA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

Atento al resultado al que se ha llegado corresponde hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa del acusado y declarar la nulidad del reconocimiento fotográfico efectuado por la autoridad policial en el marco de la investigación del hecho, y todos los actos que de él dependan, hacer cesar toda medida cautelar vigente en el marco de este proceso respecto de F..-

Asimismo adhiero a los dichos de mi colega preopinante en lo que respecta a la regulación de honorarios.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

De acuerdo al resultado arribado corresponde hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa del acusado J. A. F. y en consecuencia declarar la nulidad del reconocimiento fotográfico efectuado por la autoridad policial en el marco de la investigación del hecho, y todos los actos que de él dependan, hacer cesar toda medida cautelar vigente en el marco de este proceso respecto de F.. De igual manera adhiero a los dichos de mis colegas preopinantes en lo que respecta a la regulación de honorarios.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------**RESUELVE:**----------

1**°) HACER** lugar a la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa de **J. A. F.** (art. 374 CPPCh.).----------

2°) DECLARAR la nulidad del reconocimiento fotográfico efectuado por la autoridad policial en el marco de la investigación del hecho ocurrido el día 10 de Julio de 2009 en la Farmacia “S. G.” de esta ciudad, que fuera calificado como Robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser comprobada (art. 166 inc. 2do tercer párrafo del C.P.), y de todos los actos que de él dependan, entre ellos, los Reconocimientos en Rueda de personas realizados respecto de J. A. F., la acusación y la sentencia por la cual se lo condenara a la pena de cinco años de prisión, absolviendo al mismo (arts. 164 CPP; 46, 2º pár., Constitución del Chubut; 18 CN).----------

3°) HACER cesar toda medida cautelar vigente en el marco de este proceso respecto de J. A. F., ordenando la restitución de los objetos no sometidos a comiso (art. 333 CPPCh.).----------

4°) REGULAR los honorarios profesionales de la Oficina de la Defensa

Pública por la labor desarrollada en esta instancia en la suma de pesos mil quinientos ($ 1500), (Ley 4920).----------

5°) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------