Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 27 días del mes de diciembre del año dos mil doce, los miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia, señores Ministros: Alejandro Javier Panizzi, Daniel Alejandro Rebagliati Russell y Jorge Pfleger, se reunieron en Acuerdo, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en la causa caratulada **"L., S. M. s/ Robo Agravado s/ Impugnación"** (Expediente N° 22.375 – Folio 52 - Año 2011 – Letra "L").

El orden para la emisión de los votos, según el sorteo efectuado a fojas 268, fue el siguiente: Rebagliati Russell, Pfleger y Panizzi.

El Juez **Daniel A. Rebagliati Russell** dijo:

I. La cuestión traída a esta Sala es la sentencia registrada bajo el número 7 del año 2011, emitida por la Cámara en lo Penal de la ciudad de Comodoro Rivadavia. En dicha sentencia se declaró la nulidad del reconocimiento fotográfico efectuado por la autoridad policial. Asimismo, la nulidad de todos los actos que de él dependan, absolviendo a J. A. F. del delito de robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser comprobada.

II. Contra ese pronunciamiento, el Fiscal General, Dr. Adrián Cabral, interpone impugnación extraordinaria e indica los motivos de agravio que autorizarían la procedencia del recurso y el ingreso a esta instancia.

Además realiza un repaso de los antecedentes del caso, describiendo el hecho de la acusación y menciona algunos de los distintos actos procesales celebrados en la presente investigación.

Luego de ello, sostiene que la decisión de la Cámara es arbitraria porque declaró nulos los recorridos fotográficos efectuados por las víctimas, y que, al ser una medida de investigación, se desplegó con todas las formalidades requeridas para su validez.

Continúa diciendo que el muestreo fotográfico realizado por la autoridad prevencional o policía judicial no es un acto procesal y por lo tanto, su nulidad no se puede perseguir como se hizo.

Aclara que en esta diligencia no hay imputado ni imputación, y por lo tanto no es necesaria la presencia de un abogado defensor.

Luego de ello, la investigación se enderezó hacia F., ya que los testigos lo señalaron como uno de los autores del hecho.

El recurrente agrega que quedó probado en juicio por las declaraciones de las víctimas y del personal de la Brigada de Investigaciones, que no existió animosidad alguna por parte del personal policial para que esas declaraciones

///

indiquen a la persona de F. como uno de los autores del hecho, sencillamente porque no se sabía que era él.

Por otra parte, sostiene que la sentencia resulta también arbitraria porque las nulidades impetradas tienen sustento en una valoración, inteligencia o interpretación no fundada en los extremos fácticos y legales del caso.

Cuestiona que los jueces pusieran en tela de juicio la objetividad que rige la actuación del Ministerio Público Fiscal solo por la duda sembrada por la defensa, y que dista de ser razonable, como así también, continúa, se puso en duda las declaraciones de las víctimas.

III. La legitimación invocada por el Ministerio Fiscal para impugnar la sentencia dictada encuentra sustento normativo en las disposiciones del Art. 373 inc. 3° del CPP.

IV. Sorteado el obstáculo de la admisibilidad del recurso, me centro en el análisis de los agravios expuestos por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Cámara Penal de Comodoro Rivadavia.

Dicho pronunciamiento, como dije al principio, declaró la nulidad del reconocimiento fotográfico efectuado por la autoridad policial y de todos los actos que de él dependían, entre ellos, la acusación y sentencia condenatoria oportunamente dictada contra J. A. F.

///

El primero de los magistrados sufragantes, Dr. Montenovo, fundamentó la sanción procesal aplicada, en que el acto llevado a cabo por la autoridad policial no fue oportuno, al existir vías alternativas potenciales de investigación para vincular al acusado con el hecho. La segunda votante –Dra. Nieva de Pettinari- expresó que la existencia de una sospecha tenue si se quiere- sobre que F. podría ser uno de los autores, ameritaba un reconocimiento fotográfico bajo las formalidades de los arts. 210 y 211 del CPP y que la omisión de los recaudos allí expresados, implicaban las descalificación de dicho acto. Por su parte, el Dr. Pintos indicó que para la validez de este tipo de procedimientos se debía distinguir entre si se cuenta o no con datos sobre la identidad de los autores. Agregando que si las personas objeto de reconocimiento ya están identificadas de antemano, lo que corresponde es hacer un reconocimiento fotográfico con los debidos recaudos formales. Agregó que, del contenido del debate, no se había podido esclarecer con precisión si se contaba o no con una información puntual que vinculara a F. al hecho criminal. La cita doctrinal que a posteriori deja transcripta y la finalización de su voto, me impiden establecer con precisión cuál es la postura que en definitiva adopta el magistrado al respecto. Es decir, si entendió que existía alguna indicación sobre la participación de F. que desvirtuara lo que en el debate no se había podido aclarar. En síntesis, solo la remisión a los argumentos de la mayoría me llevan a inferir que también, por razones de forma, el magistrado entendió que el acto resulta viciado de nulidad y también lo fueron todos los indicados en consecuencia.

Luego de esta apretada síntesis, me permito realizar una reflexión sobre la sentencia que aquí se trae y con carácter previo a los agravios sobre ella vertidos.

La identidad conclusiva de un fallo requiere de una mayoría argumentativa que le de sustento, no solo a través del análisis lógico de los elementos probatorios reunidos en el caso, sino también en su correcta aplicación normativa, pues de tales premisas

///

estará conformada la jurisprudencia de un tribunal y no solo de sus conclusiones. Las primeras deben ser unívocas, mucho más cuando indican un proceder al que deberán ajustarse los operadores del sistema, tanto judiciales como policiales. Aquellos estarán atentos a las consignas que se propicien en el pronunciamiento pues a partir de ellas tratarán en el futuro de corregir o adaptar los procedimientos para evitar caer en los mismos errores que se le han señalado.

En el caso, ninguno de los jueces que suscribieron la sentencia que aquí se recurre, han podido responder a la pregunta que ellos mismos se formularon, es decir, si antes o al tiempo de llevarse acabo los recorridos fotográficos de fs. 16, 17 y 18/vta, la autoridad policial conocía o debía conocer que el acompañante en el atraco perpetrado por L. era F.

Si esto no ha podido establecerse fehacientemente, el juicio de invalidez que se emite respecto de él es arbitrario. Asimismo resulta injustificada la proyección sancionatoria que se efectúa sobre toda la restante prueba, el debate y la consecuente sentencia que se revoca.

Los juicios de conveniencia acerca de lo que podría haberse hecho pertenecen al ámbito de las distintas alternativas que siempre pueden postularse en una investigación penal, pero de ninguna manera son normas que impliquen que se debe obrar solo de ese modo, menos aún, que su accionar dentro de las facultades que le permite la ley sea un obrar ilegítimo y por ende deba ser erradicado del proceso.

La crítica doctrinaria y las prevenciones que desde ella se realizan para la práctica de estas diligencias, tampoco pueden ser desechadas, por el contrario, las partes y el tribunal estarán atentos a estos extremos y seguramente interpelarán sobre ello al testigo que ha señalado al imputado acerca de su acerto.

Esto es lo que ha analizado en el caso, el tribunal de juicio, al dar en su sentencia razones

atendibles respecto de la validez del recorrido fotográfico llevado a cabo y de su relación con las restantes probanzas de la causa. Es este razonamiento el que no ha sido debidamente criticado como para desechar la conclusión sancionatoria a que arribó. En consecuencia, por resultar erróneo el razonamiento efectuado en la sentencia que se recurre y por ende inválida la sanción que impone, intereso a mis colegas para que se revoque la sentencia y se reenvíe a la instancia de origen, a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento.

Así lo voto.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I.- Breve enunciación de los antecedentes

Como lo ha expuesto el primer votante, convoca la atención de la Sala el recurso extraordinario deducido por el Fiscal General de Comodoro Rivadavia y su adlater la Funcionaria de Fiscalía de esa ciudad, doctores Adrián Cabral y Verona Dagotto, respectivamente.

Ellos censuraron procesalmente la sentencia de la Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia protocolizada con el número 07/2011, que el 10 de Mayo de 2011 hizo lugar a la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa de J. A. F., y declaró 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 aquella Ciudad.

Este hecho fue encuadrado jurídicamente en los términos del art. 166 inc. 2do. tercer

///

párrafo del C.P, esto es: robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser comprobada.

La Cámara proyectó la sanción sobre los actos que el Tribunal consideró dependientes del vicio: el reconocimiento en rueda de personas a J. A. F., la acusación y la sentencia por la cual un Tribunal de Juicio lo condenó a la pena de cinco años de prisión.

El resultado fue la absolución del imputado. (arts. 164 CPP, 46, 2° párrafo, Constitución del Chubut, 18 CN).

II. Algunas reflexiones pertinentes.

La nulidad es, en general, materia de cuidado; una herramienta procesal que debe administrarse con suma cautela y como último recurso.

Esa es la posición que he fijado pertinazmente y se sintetiza en que al respecto se debe atender tanto a la letra de la ley aplicable en la materia, cuanto a la efectiva vulneración del derecho que la irregularidad implica.

En otras palabras. La nulidad está apareada a la expresa determinación de la norma y, fundamentalmente, al efecto pernicioso del acto sobre concretos derechos de quien o por quien se reclama, ya que no hay nulidades en solo beneficio de la ley o nulidad por la nulidad misma.

El principio de trascendencia, que de eso se trata, importa considerar que no hay correctivo si la desviación no tiene relevancia sobre garantías esenciales de la defensa en juicio, ya que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieren surgir de la desviación.

En otro orden de ideas, voy a coincidir con mi colega de Sala, el doctor Rebagliati, en que la sentencia cumple, en ocasiones, una función ejemplar. Lo hace no sólo cuando fija el derecho aplicable, sino cuando interpreta la juridicidad de los actos procesales o pre-procesales y estipula los modos o maneras en que diversos órganos estatales han de realizar su tarea.

De este modo, el lenguaje prescriptivo ha de ser claro y básicamente unívoco cuando se trata de Tribunales colegiados.

III. La solución del caso.

Después de haber fijado posición andaré en la solución del asunto que, adelanto, será idéntica a aquella que traduce el primer voto.

No obstante el respeto intelectual que los miembros de la Cámara Penal merecen, disiento con el modo en que se ha considerado el reconocimiento fotográfico que es el genitor de la nulidad de que se trata.

Es que las postulaciones dogmáticas, interesantes como punto de mira y guías para la construcción del pensamiento en el caso, no deben obnubilarnos en la ponderación de las conductas de quienes practican y sostienen la Ley.

Así, la nulidad que se ha declarado tiene base fundamental en prejuicios (en el sentido blando del término) antes que en ostensibles, groseras y palpables conductas que hubieran afectado derechos del perseguido.

Las disquisiciones que condujeron a los Jueces a formarse una idea resultan sólo una

///

construcción intelectual, pues carecen de asidero en la actuación comprobada de los cuerpos policiales, cuyo comportamiento se fulminara.

Creo que esta circunstancia es perceptible, por ejemplo, de lo expresado por el primer votante cuando señaló: "… *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 pertura 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…*"

Es correcto pensar esa manera de hacer como una vía de investigación; porqué no.

Pero eso no desmerece otras alternativas que – a menos que se compruebe lo inverso- son apegadas a la norma: el recorrido fotográfico, por ejemplo.

///

No debe perderse de vista- y me permito una digresión- que los Magistrados tomamos decisiones ex post, mientras que los que investigan no tienen ni pueden tener, por la misma dinámica de los acontecimientos, las opciones que pueden plantearse en el ejercicio del intelecto.

Lo primordial es que en la dinámica de la que se habla no se trasieguen, repito, concretos derechos civiles protegidos por el orden jurídico.

Cuando la norma regula el "deber ser" policial frente a la emergencia, otorga al investigador la capacidad de "…practicar las diligencias orientadas a la individualización física de los autores y partícipes del hecho punible, con los límites establecidos por este Código…".

Es obvio que cuando la persona "es" conocida y no estuviera presente o no pudiese ser habida las reglas a seguir son aquellas que establece el párrafo décimo del art. 210 del C.P.P.

Pero esa regla no se aplica cuando no existe indicación concreta en desmedro de alguien y la policía apela a la práctica exhibitoria de sus registros, que para eso tiene.

Lo esencial para mí es, entonces, esa ausencia de datos concretos y la recorrida, por

///

el testigo, sobre imágenes indiferenciadas. Lo que está vedado, sí, es cualquier indicación que conduzca a quien ve hacia algún retrato preciso, se la por la causa que fuese.

Que la policía pueda considerar a alguien potencialmente sospechable no lo conduce a la categoría de sospechoso, y por ende una actividad como la ocurrida es legal.

Aunque, reitero, resulta necesario verificar estrictamente que la actividad cumplida no fue innecesaria y sugerente y construida "ad hoc", en los términos apuntados.

Esta situación sintéticamente expuesta no se ve reflejada en los folios, de los que no surge una violación expresa del talante que se ha expuesto arriba.

Las condiciones personales de F. son, en todo caso, un demérito que lo perjudica en su actuación social, pero que no se pueden cargar "in abstracto" en cabeza de los investigadores, en su beneficio de él, sin provocar una grave afectación a la vigencia de la ley.

En este sentido estimo acertada la apreciación del señor Ministro del primer voto cuando sostiene que ninguno de los jueces que

suscribieron la sentencia que aquí se recurre, han podido responder a la pregunta que ellos mismos se formularon, es decir, si antes o al tiempo de llevarse acabo los recorridos fotográficos de fs. 16, 17 y 18/vta, la autoridad policial conocía o debía conocer que el acompañante en el atraco perpetrado por L. era F.

Si es que los agentes "debían" conocer, como aparece en el pensamiento de los Magistrados de la Cámara Penal, nos hallamos en presencia de una opinión prejuiciosa.

Luego, la afirmación de invalidez es arbitraria.

IV. Epílogo

Por lo expuesto, y en coincidencia con la opinión del Juez Rebagliati Russell, estimo que corresponde revocar la sentencia en crisis y reenviar a la instancia de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento.

Así me expido y voto.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. La decisión recurrida y los motivos de la impugnación extraordinaria fiscal han sido correctamente relacionados en los votos precedentes. No los repetiré para no extenuar al lector.

Adelanto mi posición coincidente con la solución que los magistrados preopinantes dieron al caso.

II. Juzgo que el fallo contra el que arremete el representante de la vindicta pública contiene un razonamiento acerca de la validez del recorrido fotográfico realizado, cargado de prejuicios y, por ende, arbitrario.

Es que, los sentenciadores declararon la nulidad de aquella diligencia sobre la base de meras conjeturas y suponiendo la violación de garantías constitucionales.

Todo su discurso giró en torno al momento en que se requirió información de F. a los funcionarios

///

prevencionales de Trelew; esto es, si ello ocurrió después de practicado el muestreo fotográfico o si por el contrario al momento de la diligencia, ya existían sospechas sobre el imputado. Sin embargo, ese interrogante que ellos mismos se formularon como fundamental para decidir la validez de la medida, no pudo ser respondido.

Entonces, si aquel parámetro que el propio tribunal se fijó como directriz, no pudo establecerse, el razonamiento que de él se derivó, para decretar la nulidad del reconocimiento fotográfico y de todos los actos que de él dependieran, devino arbitrario.

Asimismo, el aserto del a quo en punto a que al tiempo de efectuarse la diligencia existían ciertas sospechas sobre F., constituyó una mera apreciación cargada de subjetividad, que no encontró respaldo en ninguna de las probanzas analizadas por el tribunal de mérito.

Por lo demás, del examen de las actuaciones, advierto que el accionar policial se desarrolló dentro del marco legal.

En mérito de lo expuesto, siguiendo a mis distinguidos colegas, corresponde revocar la sentencia inspeccionada y disponer la remisión de estos actuados a la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia, a sus efectos.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Declarar procedente la impugnación extraordinaria del Fiscal que obra a fojas 235/242 vuelta.

2°) Revocar la sentencia protocolizada bajo el número 7/2011, que luce a fojas 214/233.

///

3°) Devolver las presentes actuaciones a la instancia de origen, a sus efectos.

4°) La presente es firmada por dos Miembros por encontrarse el Ministro Rebagliati Russell en uso de licencia.

5°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo. Jorge Pfleger- Alejandro Javier Panizzi- Ante mi: José A. Ferreyra
Secretario

///