

**"Montenegro, Sergio Nicolás s/ Prisión Preventiva"**

**C. 13593/I**

///Isidro, 18 de diciembre de 2014.

**AUTOS Y VISTOS:**

A fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por el imputado en forma pauperis y por la Sra. Defensora oficial, Dra. Andrea Farias, contra el auto que resuelve convertir en prisión preventiva la detención de Sergio Nicolás Montenegro;

**Y CONSIDERANDO:**

Sometida al acuerdo la presente causa a efectos de tratar los recursos de apelación interpuestos por la defensa técnica del encausado y por Montenegro, y practicado el sorteo de rigor, resultó el siguiente orden de votación: en primer lugar el Dr. Duilio A. Cámpora, y en segundo término el Dr. Ernesto A. A. García Maañón.

Seguidamente los Sres. Jueces resolvieron plantear y votar las siguientes cuestiones:

**1) ¿ Es admisible la impugnación planteada ?**

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

**A la primera cuestión el Juez, Dr. Duilio A. Cámpora, dijo:**

Concedido que fuera el presente recurso de apelación, se advierte que resulta acertado el análisis realizado por el Sr. Juez "a quo", encontrándose cumplidos los requisitos formales establecidos en el código de rito, habiendo indicado la Defensa, quien se encuentra legalmente legitimada para ello, los motivos de agravio y sus fundamentos, y tratándose de una resolución expresamente declarada impugnabile por este medio, es que VOTO POR LA AFIRMATIVA (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 21 inc. 1º, 106, 164, 439, 442, 446 "a contrario sensu" y concordantes del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires).

**A la primera cuestión el Juez, Dr. Ernesto A. A. García Maañón, dijo:**

Adhiero mi voto al de mi colega preopinante, Dr. Cámpora, por sus mismos motivos y fundamentos, por lo que VOTO POR LA AFIRMATIVA (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; art. 106 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires).

**A la segunda cuestión el Juez, Dr. Duilio Alberto Cámpora, dijo:**

I- El Sr. Juez momentáneamente a cargo del Juzgado de Garantías nro. 4 departamental, Dr. Ricardo José Costa, resolvió convertir en prisión preventiva la detención de Sergio Nicolás Montenegro, por resultar "prima facie" coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de armas cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada y privación ilegal de la libertad (art. 166 inc. 2º párrafo tercero y art. 141 del Código Penal) cometido el día 21 de mayo de 2014 en la localidad de Benavidez, Partido de Tigre, en perjuicio de Gabriel Izcovich.

II- Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación la defensora oficial de Montenegro manifestando que el reconocimiento en rueda de personas reviste un vicio sustancial en tanto en primer lugar se efectuó un reconocimiento por fotografías y, de esta forma, se habría afectado la subjetividad de la víctima ya que en el reconocimiento en rueda de personas no se encontraban las mismas personas de las fotografías.

Indicó que, por esto mismo, el acto deviene irreproducible, ya que las víctimas se encuentran influenciadas por el reconocimiento por fotografías realizado.

Se agravia, a su vez, de la autoría achacada en cabeza de su pupilo procesal ya que, según sus dichos, Montenegro se habría mudado de Benavidez y que no frecuentaba a su familia, lo que la lleva a considerar de "imposible realización" (sic) la conducta atribuida.

Manifiesta la defensora que debe caer la medida de coerción decretada, entendiéndolo que al nulificar todo lo actuado en relación a la rueda de reconocimiento por fotografías sumado a la escasa recolección probatoria, la prisión preventiva tan sólo se basa en un supuesto apellido oído por las víctimas.

III- Llegan así los autos al entendimiento de esta Alzada.

En primer lugar he de dar tratamiento al planteo de nulidad al que pareciera aludir indirectamente la Sra. defensora, en su presentación.

Este agravio se refiere al hecho de que, en un primer momento se realizó en la presente causa un reconocimiento fotográfico del imputado. Luego, a pedido expreso de parte, una rueda de reconocimiento de personas en la cual, a tenor de lo manifestado por la Sra. Defensora, las víctimas ya se encontraban influenciadas en tanto, previamente, habían observado las fotografías de Montenegro.

Cabe recordar mi criterio en relación al tema, en cuanto a que: "...Los medios de prueba obtenidos en violación a garantías constitucionales no son admisibles como prueba de cargo, ello a fin de salvaguardar los derechos de los individuos que emanan de la Constitución, y a fin de no menoscabar la garantía del debido proceso y la de que "nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley". (Carrió, Alejandro; *Garantías Constitucionales en el proceso penal*; ed. Hammurabi, 4ª edición, año 2.004, pág. 239) (...) Nutrida jurisprudencia, desde el caso Fiorentino (CSJN-Fallos, 306:1752) ha afirmado que reconocer la idoneidad de lo que no es más que el fruto de un procedimiento ilegítimo equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal, en tal sentido y a modo ilustrativo, se ha dicho que: "La regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional. (Cám. Nac. Casación Penal, S-II-1995-Reg. 543)..." (conf. causa nro. 9347/Iª).

Ello, además, pues en mi opinión, tal como lo he sostenido "...los derechos, garantías y libertades tienen diversa amplitud de ejercicio según su naturaleza, estableciendo un margen más estricto para el ejercicio de algunos, con la consecuente mengua del deber de abstención impuesto a la autoridad, y una mayor amplitud para otros, en virtud de los que la intervención estatal aparecerá legalmente habilitada en supuestos excepcionales o de necesidad expresamente regulados por la ley..." (en igual sentido conf. causa nro. 11360/Iª).

La doctrina y la jurisprudencia son contestes en afirmar que este tipo de diligencias sólo son complementarias de la declaración prestada por los testigos, en tal sentido se ha dicho que: "...El testimonio es el género que se expresa en especies como el reconocimiento por fotografías o cualquiera otra actuación en que figure interviniendo, de allí que dicha diligencia no cobra autonomía sino que -antes bien- la pierde cuando quien obró de reconociente presta su testimonio..." (TCPBA; 6772 "S., E. s/Recurso de Casación"; 8/5/2007). En ese contexto, la declaración prestada por los testigos de marras al momento del suceso, lugar donde ambos describieron correctamente a las personas que los asaltaron. Por ello, más allá de que la observación que la Sra. Defensora formula no trae aparejada sanción de nulidad, lo cierto es que no puede predicarse que la presente I.P.P. carezca de la

correspondiente descripción fisonómica de los asaltantes, tal y como la exige el Código de Forma.

En lo referente al planteo puntual de la defensa, más allá de alguna dificultad interpretativa de su posición, debe repararse en que nuestro código ritual prevé dos institutos con operatividad en caso de afectarse derechos o garantías de los imputados: la nulidad y la exclusión probatoria; la primera de ellas, según lo establece el art. 201 del CPP, se encuentra dirigida a la eliminación en el marco del proceso de aquellos actos de procedimiento en los que se hubieran inobservado las disposiciones establecidas para su realización siempre que este previsto en el código dicha sanción procesal y se cause perjuicio a la parte que lo solicita. En cambio la exclusión probatoria se dirige, justamente, a éstos elementos cuando hayan sido obtenido con violación de garantías constitucionales.

Entonces, puede afirmarse que la nulidad es al acto del procedimiento como la exclusión probatoria es al elemento probatorio; pudiendo incluso converger ambos dispositivos en una sola decisión para eliminar un acto de procedimiento que haya dado lugar a la obtención de prueba, pues la nulidad se dirigirá al acto y se proyectará a los dictados en consecuencia en tanto la exclusión probatoria se proyectará únicamente al resto de los elementos probatorios por la aplicación de la *doctrina del fruto del árbol venenoso*.

A mi entender, en el caso no ha mediado afectación de garantías constitucionales que conlleve la exclusión solicitada, tal y como debo inferir, frente a la vaguedad que presenta el recurso que intentó solicitar la parte. No se ha obtenido prueba con vulneración alguna, pues, de hecho, siquiera la defensora expresa cual sería la garantía violada de la Constitución Nacional (conf. apelación de marras).

La recurrente no repara en que el art. 3 del CPP establece el principio de interpretación restrictiva de aquellas decisiones que impliquen exclusiones probatorias y declaraciones de nulidad, de modo que debió haber fundado expresamente la afectación de alguna garantía, afectación que siquiera se puede inferir de la una lectura extensiva del recurso.

A su vez, el art. 201 del ceremonial, establece que la nulidad procederá en los supuestos expresamente determinados en este código y la parte debería haber argüido alguna de las causales contempladas.

En primer lugar cabe resaltar que la medida fue solicitada por el imputado en presencia de la defensa durante la audiencia a tenor del art. 308 CPP (conf. fs.

164/166 del ppal), cuando ya el reconocimiento fotográfico se había llevado a cabo. Posteriormente, el reconocimiento en rueda fue realizado el día 16 de octubre de 2014, cuyas actas obran a fs. 202/203, en las cuales se encuentran plasmadas sendas firmas de la Sra. Defensora y no surge que haya manifestado oposición alguna al acto.

Por ende, no sólo la defensa no ha recelado previamente la concreción de la rueda solicitada por su asistido, sino que tampoco alegó salvedad alguna cuando la medida se llevó a cabo.

Si bien nada prohíbe solicitar una exclusión probatoria o una nulidad de un acto pedido y presenciado por la defensa, lo cierto es que dicho accionar conlleva algún grado de especulación basado en la expectativa que el testigo no reconozca al imputado o, que de hacerlo, resulte inválido por un avistamiento anterior, pero que adolece del defecto de quebrantar la teoría de los actos propios. Este aspecto indudablemente deteriora la entidad y solidez de cualquier argumentación basada en circunstancias cedidas o no planteadas, pues impide hablar de perjuicio, circunstancia imprescindible para cualquier pedido de este tipo.

Resultaría entonces infundado frente a la realidad histórica, nulificar la prueba de identidad prealudidas. Ya he sostenido que el código provincial ritual no otorga mediante la declaración de nulidades premios a la pasividad de una de las partes, ni privilegia la especulación (Causas N° 8537/1ª y 8583/1ª del 04/03/2008).

Además, es mi criterio que: "*Nada empece a las formalidades legales (...) que los sujetos reconocientes en rueda de personas hayan observado fotografías de los reconocidos, ya que resultan elementos corroborantes de la prueba principal...*" (P. 37.440, del 20-VI-89; y AC. 32696 DJJ 6/9/90). Debo indicar que no se me escapa que se trata de una jurisprudencia añosa, pero no por ello ha perdido vigencia en atención a que las reglas generales que gobiernan la interpretación del instituto en cuestión, no dejan de ser similares.

Se agravia también la defensora del hecho de que una de las víctimas (la Sra. Mariana Basiglio) no haya reconocido a su defendido, lo cual, a su criterio, restaría entidad al reconocimiento de la otra víctima (su esposo el Sr. Gabriel Izcovich), pero lo cierto es que la ausencia de reconocimiento por parte de un testigo, no disminuye la capacidad convictiva del reconocimiento positivo, como tampoco del resto del material probatorio adunado en la causa.

Ya he sostenido en anteriores pronunciamientos que es bien sabido que la prueba de identidad es una evidencia de carácter personal cuya definición depende de factores íntimos como la buena memoria, el nerviosismo o miedo padecido, etc, circunstancias intransferibles de una persona a otra (causa 13.430/Iª del 16/09/2014).

Por lo tanto, en el estado actual de la presente causa, observo que cada una de las evidencias colectadas a lo largo de la investigación no sólo lucen contestes en un todo y, fundamentalmente, en orden al hecho que se atribuye a Montenegro, sino que permiten construir una imputación sólida.

No hay controversia entre las deposiciones de Izcovich y Basiglio sino todo lo contrario, al par que, además, refuerzan el valor probatorio la coincidencia del apellido escuchado durante el hecho por las víctimas -siendo que Izcovich manifestó: *"...llegó a escuchar una conversación entre los sujetos (...) donde uno le decía al otro: MONTENEGRO (sic) que refiere que le dio la sensación que el sujeto había cometido un error y lo había llamado por el apellido, en respuesta a esto el otro sujeto le respondió (sic): MONTENEGRO NO, MONTEFIORI..."* y, en la declaración de Basiglio se observa: *"...que preguntado si escuchó que entre los sujetos se hablaban, contestó que uno le dijo al otro MONTENEGRO y luego se rectificó y dijo MONTEGRASO..."*- con el apellido del imputado de marras y el reconocimiento positivo por fotografías del encausado -obrante a fs. 53, donde la víctima no sólo reconoce al encartado sino que, además, especifica el rol que detentaba en el hecho al manifestar: *"este sujeto fue el sujeto que ingresó con mi hija Manuela apuntándola con un arma de fuego en la cabeza"*- y el reconocimiento en rueda de personas -donde la víctima vuelve a reconocer a Montenegro, obrante a fs. 203- (conf. fs. 2/3, 7, 9/11, 53/54, 57, 202/203 todas del ppal).

Por lo tanto, se aprecia, diversamente a lo que indica la defensora, en un claro rol de parte, que la evidencia adunada al presente es, para la etapa procesal que se transita, conteste y sólida como para sostener la hipótesis fiscal por sobre la de la defensa.

Esta conclusión sería viable si se utiliza la misma línea de pensamiento que la letrada, empero en la causa existen elementos suficientes, que han sido desarrollados y considerados previamente, que posibilitan realizar este sufragio sobre cierta base de probabilidad.

Por lo tanto, por todo lo anteriormente reseñado, no puedo coincidir con la defensa en cuanto a que nada más vincula a su defendido en el hecho que la mención de un apellido (tal fuera, finalmente, el último agravia planteado).

**IV-** En cuanto a la imposición de la prisión preventiva a Montenegro, he de adelantar que, tampoco puedo compartir el criterio de la defensa, pues se advierten indicadores de la existencia de peligro procesal que justifican la medida de coerción impuesta al encartado.

Como indica el Juez "a quo", el delito por el que viene imputado el acusado -robo calificado por el uso de armas cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada y privación ilegal de la libertad-, impide -en caso de que en el presente se llegase a un veredicto condenatorio- una pena de carácter condicional.

Cabe resaltar la condena dictada en fecha 12 de junio de 2008 por la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en causa nro. 1700 por la cual se le impuso la pena de tres (3) años de prisión por resultar coautor responsable del delito de robo con armas cuya aptitud para el disparo no ha podido acreditarse y tenencia simple de arma de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, como autor, en concurso real.

Tampoco el tiempo que lleva el encartado detenido en prisión cautelar disminuye los peligros procesales reseñados, sumado a que ningún dato ha aportado la defensa que desvirtúe los ya ponderados, y que permita a esta Alzada evaluar como favorable, en pos de su soltura.

De lo expuesto se verifica que se encuentran abastecidos los requisitos exigidos por los arts. 146 y 157 del rito, por lo que corresponde confirmar el auto apelado en cuanto resuelve convertir en prisión preventiva la detención de Sergio Nicolás Montenegro, por considerarlo en principio coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de armas cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada y privación ilegal de la libertad -arts. 166 inc. 2º, párrafo tercero y 141 del Código Penal- (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 21 inc. 1º, 3, 144, 146, 148, 157, 164, 210, 211 "a contrario sensu", 261, 439 y ccdtes. del C.P.P.).

**A la segunda cuestión el Sr. Juez, Dr. Ernesto A. A. García Maañón, dijo:**  
Adhiero mi voto al de mi colega preopinante, Dr. Cámpora, por sus mismos motivos

y fundamentos, y así lo voto (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; art. 106 del C.P.P.).

Por ello, el Tribunal:

**RESUELVE:**

**I- DECLARAR ADMISIBLE** el recurso de apelación interpuesto por el imputado en forma pauperis y por la Sra. Defensora oficial, Dra. Andrea Farias, contra el auto que resuelve convertir en prisión preventiva la detención de Sergio Nicolás Montenegro, por los motivos expuestos en el considerando (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 21 inc. 1º, 106, 164, 439, 440, 442, 446 "a contrario sensu" y concordantes del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires).

**II- NO HACER LUGAR** a la nulidad impetrada por la defensa, por los motivos expuestos en el considerando.

**III- CONFIRMAR** el auto apelado en todo cuanto fuere materia de agravio, por los motivos expuestos en el considerando (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 21 inc. 1º, 3, 106, 144, 146, 148, 157, 164, 210, 211 "a contrario sensu", 261, 439, 440 y ccdtes. del C.P.P.).

Regístrese, actualícese el R.U.D., notifíquese al Fiscal General y remítase al Juzgado para que su Secretario practique las notificaciones que estime pertinentes, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

**FDO: DUILIO A. CÁMPORA- ERNESTO A. A. GARCÍA MAAÑÓN**

**Ante mí: BERNARDO HERMIDA LOZANO**