

## Preclusion Procesal Non Bis In Idem Doble Jurisdiccion

### JURISPRUDENCIA

### Preclusión procesal. Non bis in ídem. Doble jurisdicción Se

confirma la sentencia que condenó al imputado por el delito de portación ilegítima de arma de guerra, ello en virtud de que la objeción de no haberse encuadrado la causa en la atenuante de la figura delictual no procede, dado que la ley no solo supone en el tipo básico de portación la intención de cometer otros delitos, sino que para ser beneficiado con pena atenuada no basta demostrar una duda razonable sobre la ilicitud en la intencionalidad de su empleo. Se exige algo más, que ello resulte evidente conforme a las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, cosa que acontece en la causa analizada. En la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, a los 18 días del mes de Diciembre de 2017, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces del Tribunal de Apelación Oral, con la integración para el caso de los Dres. Carolina Hernández (quien preside); Alfredo Ivaldi Artacho y Gustavo Salvador a fin de dictar sentencia definitiva en el Expediente CUIJ N° 21-06232790-9 seguido a ROMANO JUAN JOSÉ, por apelación del fallo N° 1344 de fecha 1 de Junio de 2017 dictado en primera instancia por el Dr. Alejandro Negroni, Juez Penal del Colegio de Jueces de Rosario, por el que dispuso en lo pertinente: 1- Condenar a Juan José Romano como autor penalmente responsable del delito de portación ilegítima de arma de fuego de guerra (arts. 45, 189 bis inciso 2 cuarto párrafo del Código Penal) a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41 del CP y 331 ssgtes y ccdtes del CPP); 2- Declarando al imputado Juan José Romano reincidente por tercera vez en los términos del artículo 50 del CP; 3 - Disponiendo el decomiso de cosas que han servido para cometer el hecho, en este caso, de un arma de fuego revólver calibre 38 largo Smith & Wesson nro de serie ... y cartuchos proyectiles que fueron incautados, todo lo que pasará a la órbita correspondiente de destrucción (artículos 23 CP y 332 inciso 7° del CPP). Que este pronunciamiento obedece a la interposición del recurso de apelación que formularan la Dras. Paula Álvarez y Marianela Di Ponte, Defensoras Públicas Adjuntas del Servicio Público Provincial de Defensa Penal de Santa Fe, representantes de Juan José Romano. RESULTANDO: I) El Ministerio Público de la Acusación le atribuye a Romano "El día 29 de abril de 2015 a las 02:15 horas aproximadamente, el imputado fue interceptado en la vía pública, en calles Martínez de Estrada y Colombes de Rosario, por personal policial, en momentos en que se desplazaba como acompañante del moto-vehículo marca Gilera 119 cc de color gris conducido por Damián Emanuel Ávalos, circunstancia en la que le fue secuestrado, desde la cintura y por dicho personal policial actuante que lo intercepta, el revólver calibre 38 marca Smith & Wesson con numeración ...". La defensora Marianela Diponte comienza su locución esbozando un breve esquema de la presente causa. Indica que el hecho data de fecha 29 de Abril de 2015 inicialmente calificado como portación ilegítima de arma de fuego de guerra, el que motivó la detención de su defendido convirtiéndose a partir de la audiencia imputativa y de medida cautelar en prisión preventiva. Precisa que en Mayo del mismo año, la Sra. Jueza de la IPP Dra. Cosgaya resolvió otorgarle la libertad a Romano, cuyo estado se mantuvo hasta la fecha por esta causa. Prosigue su exposición manifestando que en marzo de 2016 se desarrolló el juicio oral y público, en el que se postuló la irregularidad del procedimiento policial y la insuficiencia probatoria recolectada por el Ministerio Público de la Acusación. Finalmente, el Dr. Beltramone resolvió absolver al acusado por aplicación del principio "in dubio pro reo". Sostiene que dicho decisorio fue recurrido por el actor penal fundándose únicamente en la mera disconformidad con la valoración de la prueba. Expresa que el día 06 de Julio de 2016 el Tribunal de Apelación Oral del Colegio de Jueces de Segunda Instancia de Rosario, presidido por el Dr. Carbone e integrado por los Dres Depetris y Acosta, resolvieron revocar la sentencia absolutoria apelada y reenviar la causa a un juez de baja instancia para el dictado de un nuevo fallo. Aclara que el Dr. Beltramone al pronunciar el decisorio recurrido, ordena remitir copia al Jefe de Policía de la UR II de Rosario para que analice la comisión de faltas contenidas en la ley 12.521 por parte del personal policial actuante en el procedimiento. Agrega que la Dra Depetris en su voto hizo hincapié en la precariedad de la labor de la preventora e instó a la superioridad a fin de que se instruya y determine protocolos de actuación en todo lo que hace a la preservación de la evidencia, como así también a las medidas a adoptar ante la ausencia de testigos de actuación, como lo es la utilidad de requerir la asistencia de otros móviles para que en caso similares se permita realizar las investigaciones necesarias. Continúa la letrada apelante informando que a partir del reenvío aludido fue designado el Dr. Alejandro Negroni, Juez del Colegio de Jueces de Primera Instancia de Rosario, para intervenir en la presente causa. Ante ello, la Defensa solicitó una audiencia especial con el citado magistrado a fin de mantener todos los planteos y las reservas constitucionales efectuadas oportunamente, tales como la violación al "non bis in idem", al plazo razonable de juzgamiento, a la garantía de juez natural, progresividad de preclusión procesal y afectación al principio de la oralidad, intermediación y publicidad. Expresa la recurrente que en fecha 01 de Junio el Dr. Negroni emite su fallo omitiendo pronunciarse sobre la totalidad de los planteos mencionados, condenando a Romano a la pena de cuatro años de prisión efectiva, accesorias legales y costas, con

declaración de reincidencia, siendo éste el fallo que motiva la presente apelación. II) El primero de los agravios que esgrime la defensora lo es en orden a la inconstitucionalidad de los artículos 396 y 404 del CPP los que considera violatorios de la garantía de la prohibición de la persecución penal múltiple y al derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Precisa que su defendido fue expuesto por segunda vez no sólo al riesgo de ser condenado, sino que efectivamente así sucedió en el fallo que viene en apelación. Cita normativa convencional y constitucional en el punto. Continúa su exposición al afirmar que esta Alzada incurrió en una maniobra abusiva al admitir el recurso del MPA contra una sentencia absolutoria y reenviar la causa a un juez de baja instancia para un nuevo pronunciamiento. Entiende que si bien se impide a éste Tribunal de Apelación condenar por sí mismo en resguardo de la garantía del doble conforme, ello no significa que el reenvío constituya un mecanismo constitucional admitido. Expresa que el órgano revisor debe limitarse a evaluar si el A-quo juzgó válidamente. III) El segundo de los agravios postulados por la letrada defensora se sustenta en la violación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Arguye que el proceso se extiende irrazonablemente en el tiempo ya que una persona condenada en baja instancia sólo se somete a una doble instancia ordinaria, mientras que Romano se vio sujeto a tres o más. Cita jurisprudencia que avalan su postura - Polak - Weissbrod - Néstor Álvarez - David Sandoval - Kang Yoong Soo -, todos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y el voto de la Ministra Gastaldi en el precedente "Suárez" de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe - IV) Continúa la Defensora Di Ponte su exposición considerando que el fallo puesto en crisis violenta los principios de oralidad, inmediación y publicidad en tanto es emitido a partir del reenvío ordenado por ésta Alzada sobre la base de los mismos elementos probatorios tenidos por el Juzgador originario. Lo expuesto sostiene, implica para el Magistrado Negroni la reproducción en su integridad de los registros de audio y video del juicio oral y público por el que se lo absolvió a Romano, violentando asimismo ello el derecho de defensa en juicio en cuanto no es posible un efectivo contralor de la prueba. Entiende que en el caso se dictó una sentencia sin un juicio afectando todos los principios citados además del debido proceso. V) Expresa la apelante que el fallo le causa agravio por arbitrariedad en la omisión de los planteos precedentes por el Juez del reenvío, Dr. Negroni, en violación al artículo 95 de la Constitución Provincial. Sostiene la Dra. Di Ponte que éste no trató los puntos desarrollados en la audiencia del día 26 de Mayo del corriente año en relación a los principios constitucionales afectados. Apunta que todo magistrado tiene la obligación de ejercer el control de convencionalidad y constitucionalidad de todo caso sometido a su jurisdicción, y en los presentes no se hizo ni en la audiencia ni en la correspondiente resolución. VI) Toma la palabra la Defensora Álvarez para adentrarse al desarrollo de otros agravios que le causa el decisorio recurrido, consistente uno de ellos en la omisión del tratamiento de un planteo de nulidad esgrimido por la Defensa en relación a la introducción de prueba material. Precisa que su parte cuestionó el arma de fuego que se incorporó al debate presidido por el Dr. Beltramone, con fundamento en que ésta no había sido ofrecida ni en la audiencia preliminar ni en el auto de apertura a juicio, habiendo precluido su oportunidad procesal. Expresa que el Juez Negroni sólo mantuvo las reservas efectuadas sin ingresar al tratamiento de éstas al considerar que no había cuestiones previas en la causa. Entiende que ello es arbitrario y violatorio al derecho de defensa en juicio. Agrega que la Defensa sostuvo asimismo que no resultaba de aplicación el artículo 305 último párrafo en relación a que la prueba no admitida o rechazada no era vinculante para el juez de juicio, considerando que contrariamente a ello, en el caso se trató directamente de una omisión u olvido de su ofrecimiento. Menciona que habiendo sido admitida la prueba por el Dr. Beltramone, fue motivo de protesta en los términos del artículo 247 del CPP al tratarse de una resolución absolutamente sorpresiva. Aduce que el juez del reenvío debió haberse expedido sobre el punto ya que constituyó materia de debate, omitiendo el orden de tratamiento de las cuestiones que prevé el CPP como lo es las incidentales en primer lugar. Afirma que los planteos formulados fueron mantenidos en todas las instancias. Cita el fallo "Petroli" de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe que avala su postura. VII) Continúa la Dra. Álvarez su expresión de agravios haciéndolo respecto al hecho concreto que motivó el inicio de la presente causa. Considera que se afectó el principio "in dubio pro reo" y se invirtió la carga de la prueba. Sostiene que su defendido el día del hecho se había dirigido a la casa de sus hijos como acompañante de una motocicleta que conducía su sobrino Ávalos, y cuando volvía a su domicilio personal policial de su barrio - sub comisaría 21° - lo encierra con el patrullero, lo hace bajar de la moto y le dice "tirate al piso ya conocés la rutina". Afirma que le secuestran el DNI, dinero y lo golpean en algunas partes de su cuerpo. Alega que durante todo el debate la Defensa sostuvo que Romano no portaba el arma de fuego. Le causa agravio que el Dr. Negroni en el fallo puesto en crisis haya considerado que la Defensa si bien cuestionó el procedimiento policial, no contó con elementos que puedan avalar su posición. Hace alusión a la ausencia de testigos en aquel y lo expresado por el juez sentenciante referido a que si bien es cierto que nuestro código ritual exige la presencia de testigos, debe atenderse que la preventora no puede en horas de la noche convocar a vecinos para que participen de un acto que no presenciaron. Agrega la recurrente que tampoco se probó por otros elementos la legalidad de la intervención policial. Refiere a la falta de llamado de refuerzos por parte de los actuantes a otras dependencias como al gabinete de criminalística, también a la inexistencia de fotografías del arma secuestrada, al menos precariamente con un teléfono celular, a la ausencia de la toma de huellas dactilares en dicho elemento y del croquis ilustrativo del

lugar del hecho. Apunta que sólo tenemos en los presentes la declaración del personal policial, sin contar con otras probanzas que permitan echar luz sobre lo ocurrido. Por otro lado, expresa que el conductor de la motocicleta, Emanuel Ávalos, ni siquiera fue citado al juicio, descartándose otra líneas investigativas antes del inicio de aquel debido a la constatación de la ausencia de pedido de secuestro del vehículo en el que circulaban. Advierte la apelante que el razonamiento del juzgador al considerar que no se encuentra acreditado que Romano se dirigía a la vivienda de su hijo atento a que del visu efectuado declaró que vive con su madre, importa una inversión de la carga probatoria. Prosigue la Defensa respecto a la relación entre Romano y el personal policial actuante, Guirin y Quintana, resultando llamativo que hayan declarado que no lo conocían cuando éstos trabajan a unas pocas cuadras de la vivienda del imputado. Resalta que contrario a ello, Quintana lo conoce muy bien a su defendido, ha sido trasladado en varias ocasiones a esa sub comisaría por averiguación de antecedentes, y que tal vez lo haya parado sabiendo perfectamente de su identidad, volcando en el acta de procedimiento circunstancias que no fueron las ocurridas. Alega la defensora que en el marco del debate se ofreció prueba sobre prueba debido a que al momento de contraexaminar al agente Quintana se le preguntó respecto a sus antecedentes penales y a las sanciones administrativas, y éste respondió que no tenía causas abiertas, no contaba con sanciones y que su carrera policial era intachable. Ante ello, la Defensa advirtió que mentía al contar con informes de asuntos internos y de la división personal de la Unidad Regional II, en los que constaban las causas abiertas y las sanciones que el testigo tenía. Agrega que de la prueba sobre prueba admitida por el Dr. Beltramone e incorporada a la carpeta judicial como informativa, surgen causas en trámite del oficial Quintana por apremios ilegales en el Juzgado en lo Penal de Instrucción de la 8va Nominación y sanciones por prestar servicios en violación a los artículos 41 y 42 de la ley provincial 12.521. Resalta que si hubiese sido cierto que su defendido portaba un arma de fuego y que la policía pretendió hacer frenar su marcha con luces, sirenas y dándole la voz de alto, Romano se hubiera descartado del arma tirándola. Refiere la apelante que otro punto que aborda el a quo es la mención que hace el testigo Daniel Borbisconi apodado "el Salpi". Comenta que la gente del barrio tenía miedo de ir a declarar contra el personal de la subcomisaría 21°. Afirma que la Fiscalía contó con dos meses de anticipación al inicio del juicio con una declaración escrita de un testigo que sí se hizo presente ante el SPPDP, Matías Albornoz, quien manifiesta que el salpi había estado dentro del grupo de gente que observó lo ocurrido. Resalta que poco o nula actividad ha realizado la Fiscalía en materia de inteligencia, como llevarlo por la fuerza al apodado Salpi. Respecto al único testigo ofrecido por la Defensa, Matías Albornoz, alude que declaró que esa noche volvía de un festejo en el caribe canalla, para en un kiosco a comprar una cerveza y ahí es donde observa que el patrullero arrinconaba a Romano, lo hace bajar de la motocicleta y le secuestra las pertenencias, pero no un arma de fuego. Afirma que el sentenciante consideró que no se acreditó dónde se encontraba el kiosco, invirtiendo la carga de la prueba, cuando la Fiscalía contando con la declaración con dos meses de anticipación, no hizo nada para confirmar la ubicación de aquel. Entiende que tanto la actora penal como el juez incurren en el mismo error, intentan evidenciar contradicciones pero ninguno lo controvierte como testigo presencial en el hecho. Se pregunta la defensora, si fue así, por qué la policía no lo convocó, por qué no le hizo firmar el acta de procedimiento. Sostiene que otro de los puntos que se discutió en el debate es el referido a la cadena de custodia del arma de fuego. Coincide con el magistrado respecto a que el hecho de la custodia puede ser confirmada por testigos que puedan ser examinados y contraexaminados por las partes, pero en el caso, no existen. Afirma que fueron contundentes los agentes Quintana y Guirin respecto a que ellos no pusieron el arma en ningún sobre, que eso lo pudo haber hecho el personal de la comisaría. Mientras que el perito balístico informó que el arma estaba adentro de un sobre que tenía varias firmas pero no recordaba de quienes. En síntesis, expresa la Defensa que estaría faltando una persona en la cadena de custodia que la haya puesto. Aduce que la cita de Baytelman y Duce que hace el Dr. Negroni en el fallo que cuestiona, en rigor avala su postura. Prosigue su locución haciendo hincapié en la ausencia de consignación del número del tambor del arma en la pericia balística, por lo que no pudo determinarse si es el mismo que se secuestró. Afirma que el perito que declaró en el juicio no lo pudo confirmar. Agrega que si se perita el tambor y éste está descargado, la figura de portación deviene en atípica. En relación a la posibilidad de aplicar la figura atenuada de la portación, estima que la Defensa logró acreditar que su defendido tenía un pie vendado y no estaba calzado, con una sutura en el pie izquierdo, conforme los dichos de la médica de policía, incluso le impedía conducir la motocicleta y esa es la razón por la que iba de acompañante en su moto, que se probó que no provenía de un ilícito como así también que no hubo disparos ni llamadas a la Central de Emergencia 911, por lo que se requiere mucho mas esfuerzo del juez colegir que Romano iba a cometer un delito. El último agravio que expone la apelante lo es en relación al quantum de la pena impuesta. Expresa que el A quo utiliza grados de riesgos como agravante en un delito de peligro abstracto, situación que resulta a su criterio dogmáticamente imposible. Asimismo critica que haya tenido a la falta de arrepentimiento como pauta de mensuración, la que no está contenida en el artículo 41 del CP en flagrante violación al principio de legalidad, afectando asimismo la prohibición de la autoincriminación. Cita jurisprudencia de la CSJN - fallo "Casas Alejandro" - Además de lo expuesto, la recurrente manifiesta que en contraposición a dicha conclusión, Romano declaró en el juicio manteniendo su inocencia. Puntualiza que su defendido se encuentra actualmente detenido por otra condena en el que se

omitió la unificación encontrándose aquella ya firme, por lo que en caso de confirmación del decisorio, la Defensa tendrá que volver a apelar a esos efectos. Por todo lo expuesto, peticona la nulidad del fallo apelado por violación a las garantías constitucionales mencionadas. En subsidio, solicita se lo revoque y se absuelva a Romano, dejando introducida y mantenida todas las reservas constitucionales. A su turno, toma la palabra la representante del Ministerio Público de la Acusación, Dra. Maríangeles Lagar, para efectuar su conteste. VIII) Principia su locución haciendo un racconto de las instancias procesales de la presente causa. Aclara que la Defensa omitió decir que contra la resolución de ésta Alzada, interpuso recurso de inconstitucionalidad que fue declarado inadmisibles no solo por cuestiones formales, quedando firme la misma al no haberse interpuesto la correspondiente queja ante la CSJSF. Sostiene la acusadora que en la audiencia pedida al Dr. Negroni y a la que ha hecho referencia la Defensa, se pretendió reeditar todas las cuestiones que no fueron admitidas en los recursos supra aludidos. Entiende que el a quo no trató dichos cuestionamientos como pretende su contradictora porque ya habían sido abordados por ésta Cámara y había pasado en autoridad de cosa juzgada. IX) Entiende la Sra Fiscal que el recurso del MPA contra las sentencias absolutorias se compadece con la igualdad de armas de las partes. Expresa que en el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de DD HH en el caso "Mohamed vs Argentina". Cita los votos del vocal de ésta Alzada Dr. Ivaldi Artacho en los fallos "Gómez" y "Fleitas". Sostiene que los precedentes jurisprudenciales vertidos por la apelante no son de aplicación en el presente caso. X) Respecto al agravio postulado por la defensora en orden a la arbitrariedad por omisión del tratamiento de las postulaciones constitucionales estima que son improcedentes y que el sentenciante no debió referirse por haber quedado firme la resolución anterior de ésta Cámara. XI) En punto a la nulidad solicitada por la recurrente en el debate oral referida a la incorporación del arma de fuego como prueba material en tanto no fue ofrecida en la preliminar, entiende que la acreditación se encuentra satisfecha por la declaración del personal prevencional que intervino, como del perito que da cuenta que el arma peritada es la misma que la secuestrada. Agrega que se pidió informe al RENAR que fue incorporado al debate y que dio cuenta que dicha arma no estaba inscripta. Además sostiene que en varias pronunciamientos la Corte Nacional se ha expedido en el sentido que no es necesario el abordaje de todas las cuestiones planteadas para la resolución del caso. XII) En orden a la materialidad del hecho y a la responsabilidad penal que le cupo al acusado, entiende que es ajustada a derecho la sentencia del Dr. Negroni por la que tiene por acreditado el ilícito que motivó su acusación, con los testimonios del personal actuante, los que resultan contestes, coincidentes y sin fisuras. Considera que la teoría del caso de su contradictora postulando que el arma de fuego le fue plantada conforme lo declara el imputado, fue contrarrestado por la Fiscalía. Respecto del supuesto golpe que le efectuó la policía afirma que no hubo denuncias de apremios anteriores a ello. Sin perjuicio de esto, manifiesta que se ofreció a la Dra. Lorena Vega, quien revisó a Romano horas posteriores a su aprehensión y declaró que no había lesiones visibles actuales, sólo una de vieja data, por lo que quedó descartada la versión de que había sido golpeado. En relación a la falta de declaración en juicio de Ávalos, el acompañante del imputado, se pregunta por qué no fue ofrecido por la Defensa. No sólo ello, sino que trajo a juicio al testigo Matías Albornoz. Resalta las contradicciones de éste en su testimonio, considera que esa noche había estado en el caribe canalla tomando mucho alcohol, que justamente paró en un kiosco a comprar cerveza cuando observa el procedimiento policial y la aprehensión de Romano, aunque se contradice en el examen de la Fiscalía cuando declara que no pudo ver cuando la policía lo golpeó al imputado por el amontonamiento de gente. Refiere que el supuesto testigo apodado "el Salpi" no quiso declarar y aparece luego de presentada la acusación, cuestiones que le restan credibilidad. Alega la actora penal que la falta de testigos en el procedimiento tal como lo ha expresado en el alegato de clausura, se encuentra plenamente justificado por las condiciones de modo, tiempo y lugar en el que se sucedieron los hechos, la nocturnidad, el barrio en dónde se produjo, el horario. Concluye que no había testigos, y si hubiesen ido a buscarlos, serían posteriores a la aprehensión. Refiere que no se acreditó que el arma la portaba el acusado para fines lícitos, asimismo, en lo que respecta a la cadena de custodia que la Defensa pretende atacar, entiende que fue debidamente conservado, donde en el juicio el perito balístico Torres relató cómo le llegó el arma y cómo son los procedimientos. Resalta la falta de autorización de Romano para portar armas de fuego. Finalmente en lo que hace a la imposición de la pena no compartida por la Defensa, la considera ajustada a derecho ya que el mínimo de la escala penal contemplada en la figura legal es de tres años y seis meses, habiendo pedido la acusadora una pena de cuatro años y seis meses teniendo en cuenta que el peligro causado con su accionar y las declaraciones de reincidencias precedentes. Conforme a lo expuesto, peticona el rechazo de los agravios defensoristas y la confirmación del fallo puesto en crisis. XIII) Al ejercer su derecho de réplica la Defensa expresa que la omisión de ir en queja a la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe por el recurso de inconstitucionalidad denegado fue por una decisión estratégica defensorista, en tanto si el nuevo fallo hubiese sido absolutorio no hubiese habido agravio alguno, pero en caso de confirmación de la sentencia habría más posibilidades que la Corte abra el remedio procesal por la pena de prisión efectiva impuesta. Respecto a la falta de contestación de traslado de Negroni en la audiencia previa peticonada por la Defensa, consideró que ello no es cierto, que la acusadora no dijo nada porque prefirió que se resuelva el fondo para luego hacer los cuestionamientos que correspondían. Sostiene que éste es el momento para plantear el bis

in ídem porque no lo había en otra instancia, explica que si Romano fuera absuelto no hay un bis in ídem. La cámara revoca y reenvía, es la audiencia de reenvío en la que la Defensa puede plantear la afectación al principio de prohibición de persecución penal múltiple. Aduce que la mención de la Fiscalía al oficio de cambio de disposición del arma al depósito judicial no es la prueba material directamente hubo un olvido. En cuanto a la falta de legitimidad de Romano para portar armas conforme surge del informe del RENAR, afirma que hubo una convención probatoria de las partes en el punto que en nada afecta a su teoría del caso. Apunta que la ausencia de postulación de agravio contra el primer decisorio absolutorio referido a la falta de ingreso del arma en el debate obedeció a que dicho resolutorio no le causó agravio alguno aunque si formuló las correspondientes reservas. Expresa que la falta de convocatoria de testigos que fue achacado por su contradictora entiende que es la titular de la acción penal quien tiene a su cargo llevarlos a juicio, y la Defensa no puede suplir su deficiente actividad. Apunta que no hubo un planteo subsidiario como entendió la acusadora respecto a que si Romano portó lo hizo en forma atenuada sin fines ilícitos, sino que ni siquiera la Fiscalía solicitó la aplicación de la misma. Por último, señala que la referencia de la actora penal a las reincidencias declaradas a su defendido al momento de la individualización de la pena implica un derecho penal de autor. Efectuada la audiencia de visu, y finalizada la audiencia, los jueces pasan a deliberar. Primera cuestión: ¿Es justa la sentencia apelada? Segunda cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar en definitiva? Luego de un intercambio de opiniones acerca de los temas propuestos, de conformidad a la distribución efectuada para llevar a cabo el estudio de los autos, resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Doctores Carolina Hernández, Alfredo Ivaldi Artacho y Gustavo Salvador. A la primera cuestión la señora Vocal Dra. Carolina Hernandez dijo: Venida la presente carpeta judicial a consideración de la suscripta y analizados los agravios de la defensa y su conteste por parte de la Fiscalía, previo a ingresar al fondo de la cuestión, entiendo necesario evaluar en primer lugar las quejas defensas en lo orden a las cuestiones constitucionales y procesales planteadas atinentes a la tramitación de la presente causa para luego recién después de ello ingresar al tratamiento de los planteos de fondo. En esa línea sostienen inicialmente la inconstitucionalidad de los arts. 396 y 404 del CPP; violación a la prohibición de la doble persecución, del plazo razonable, juez natural, oralidad, intermediación y publicidad. La postulación no puede tener favorable acogida. No puede soslayarse y así quedó patentizado en la audiencia ante esta Alzada, haciéndolo notar la parte acusadora, que la mayoría de los planteos esgrimidos como agravios ya fueron tratados por el Tribunal Pluripersonal de Cámara en oportunidad de rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Defensa contra el reenvío que fuera dispuesto siendo que luego, los ahora recurrentes, no acudieron en queja dejando firme el pronunciamiento, por lo que mal pueden ahora reeditar aquéllo intentando una suerte de tercera instancia inadmisibles ante este otro Tribunal pretendiendo un nuevo tratamiento sobre cuestiones ya zanjadas. Es que el principio de estabilidad de las sentencias veda al litigante someter a decisión judicial una cuestión que fue anteriormente resuelta con efectos definitivos, por lo que se impone desestimar las pretensiones que se esgriman en tal sentido. Tampoco puede ejercitarse la potestad jurisdiccional respecto de un litigio más de una vez, pues de lo contrario se producirá indefinidamente el tratamiento de cuestiones litigiosas, desvirtuando la esencia del proceso y desnaturalizando el mismo. Es por ello que tampoco puede endilgársele al Juez A-quo, Dr. Negroni, la falta de tratamiento de las cuestiones aludidas, por cuanto, más allá de la decisión estratégica que la defensa hubiera querido instrumentar al no articular la queja prevista en el art. 8 de la ley 7055, se trata de situaciones ya dilucidadas y precluidas y por ende abstractas, por lo que mal podía abordarlas el sentenciante. Sentado aquéllo, no obstante, deviene oportuno recordar que resulta inveterada doctrina del Máximo Tribunal del país que la inconstitucionalidad de una norma resulta la última ratio del ordenamiento y de carácter excepcional (CSJN fallos 311:394; 312:122; 322:842) por lo demás ya se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la potestad fiscal de recurrir un fallo absolutorio, clarificando que si bien no es la Fiscalía la destinataria de la garantía, ello "no obst[a] a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho" (CSJN Arce Jorge D., 14/10/1997, 320:2145). En sentido similar lo ha hecho nuestra Corte local precisando que la instancia recursiva prevista en el ordenamiento no puede ser descalificada desde lo constitucional ya que "si bien las normas de jerarquía constitucional (arts 8.2.h CADH y 14.5. PIDCP) refieren exclusivamente al derecho al recurso del condenado, no existiendo por ende un derecho convencional a la doble instancia para el acusador, ello no impide que los ordenamientos locales o nacionales regulen la bilateralidad previendo la vía recursiva al actor penal" (CSJSF "Galmarini"; Reg A y S T. 252; p 388/395). En este punto y como miembro integrante del Colegio de Jueces de 2da. Instancia de la Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, debo traer a colación los numerosos fallos y la posición pública que tiene dicho Colegio -según mayoría- sobre la apelabilidad de la sentencia absolutoria por parte del Ministerio Público de la Acusación. Para ello y sin pretensiones de tener por agotada la cuestión voy a remitirme al fallo N° 750 dentro de este mismo CUIJ que denegara el recurso de Inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara que revocara la absolución dispuesta por el Dr. Beltramone, dictado por los Dres. Carbone, Acosta y Depetris en el cual se hace un pormenorizado y detallado estudio del campo jurídico sobre la postura -indiscutida a mi criterio- de la igualdad de armas dentro del proceso penal y de la posibilidad del Sr. Fiscal de apelar sentencias absolutorias, a cuyos fundamentos me remito en función de brevedad, y porque

esencialmente -como dije con anterioridad-, los planteos defensores hoy traídos a consideración ya fueron dirimidos oportunamente. Creo necesario traer a colación únicamente lo expuesto por el Dr. Javier De Luca, al hacer un comentario al fallo de la CSJN "Kang, Yoong Soo" cuando menciona que: "el principio republicano de gobierno (Art. 1º, Const. Nacional) impide que se mantenga con virtualidad jurídica (como acto de gobierno, como expresión del Estado en el caso concreto) algo que es intrínsecamente nulo, irracional y antitético, producto del delito o carente de sentido, y la única concesión que se da en este sentido es cuando ha operado la cosa juzgada....Un sistema en el que ciertas decisiones de uno de los poderes del Estado no puedan ser revisadas en alguna instancia, genera un grave riesgo de que todo el sistema se caiga como un castillo de naipes, porque invita a la corrupción y a la arbitrariedad. Un sistema debe ser coherente desde todos los puntos de vista, e incluir también los elementos de política criminal que no le agradan al intérprete. Si se edifica un constructo que sólo atiende el derecho al recurso del condenado contra la condena y otras decisiones importantes (Art. 8.2.h, CADH y su interpretación por la Corte Interamericana), a corto o largo plazo, fallará porque no contempla la exigencia republicana de fundamentación de sentencias." (conf. De Luca, Javier Augusto, "Recurso Fiscal contra Absoluciones y Nuevo Debate" (comentario al Fallo "Kang" de la Corte Suprema) Publicado en AA.VV, Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (dirigida por Leonardo Pitlevnik), Número 13, Edit Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 189). Cabe resaltar, a su vez, que los fallos que invocan las letradas no son de aplicación a este caso, y que es público que tanto la CSJN como nuestro máximo Tribunal provincial han fijado doctrina rechazando el planteo en cuanto a la vulneración al non bis in ídem con la facultad del Fiscal de solicitar que un nuevo Tribunal revise una absolución, así citando nuevamente el fallo Galmarini la Corte local ha expresado que "habiéndose regulado legalmente la bilateralidad de los recursos, no puede, en abstracto y de modo general suponerse una lesión a la garantía del "ne bis in idem" por la existencia de un doble grado de conocimiento dentro del mismo proceso". La alegada violación del "non bis in idem" no puede compartirse por cuanto no debe confundirse el agotamiento de la instancia recursiva cuando el fallo no ha alcanzado firmeza, con el sometimiento a una nueva persecución por el mismo hecho que es lo que la garantía prohíbe. Es que mientras no exista sentencia firme no hay violación a la prohibición de la doble persecución. Y así lo ha dicho nuestro máximo Tribunal Nacional al determinar que "el nuevo pronunciamiento adoptado por el Tribunal superior no sólo importó un exceso en su jurisdicción de acuerdo a lo establecido en la Constitución provincial y en las normas procesales locales sino que, además, significó dejar sin efecto el dictado de una decisión que, además de desvincularlo del proceso, había quedado firme en clara afectación de la garantía constitucional que ampara la cosa juzgada" (Cfme. "Alvarez, Néstor Hugo s/homicidio simple" CSJN 08/03/2005). En apoyo a esa decisión puede citarse también el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en "Mohamed Vs Argentina" en el cual se ha precisado que "La Corte reitera que el principio non bis in idem, consagrado en el art 8.4 de la Convención, se sustenta en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa Juzgada - párr 125. En cuanto a la cita que se hace del fallo "Kang" de la CSJN por parte de la defensa, en aval de su posición en orden a la apelación Fiscal, no puede decirse que dicho pronunciamiento haya venido a zanjar la cuestión por cuanto la posición que postula la parte recurrente no se ve reflejada en el voto mayoritario de sus miembros, siendo tan sólo la opinión de tres de sus jueces, quedando perdido el planteo (ob cit. De Luca, Javier Augusto pág. 186). Finalmente en orden a que el reenvío afecta los principios de oralidad, intermediación y preclusión, se advierte, muy por el contrario, que la previsión procesal del art 404 del CPP, como así también la creación jurisprudencial de la apelación horizontal, permiten garantizar al imputado el derecho al recurso el que se vería afectado si la Alzada pronunciara condena y no existiera posibilidad de una instancia revisora que le cabe como garantía mínima consagrada en los pactos internacionales (art. 8.2 h del PSJCR). Ahora bien, en el caso puntual del reenvío, no se trata de hacer un nuevo juicio, sino de emitir un nuevo pronunciamiento en el cual el juzgador es libre en su convicción; "los fundamentos que le compete desarrollar a la Cámara, entonces tendrán ese objeto...pero en modo alguno indicar el sentido- condenatorio o absolutorio- del nuevo pronunciamiento, ni desarrollar las consideraciones en los que concretamente debe fundamentarse (CSJSF 10/04/2012 "Chiazza" A y S. T244 P6684); doctrina profundizada luego en "Alí" (CSJSF 15/12/2009) receptada por la normativa procesal actual, pudiendo incluso emitirse nueva absolución y con ello el cierre definitivo del debate. Y es recién que con la firmeza del fallo se torna operativo el principio de preclusión y no antes (Art. 8.4 del PSJCR). En cuanto a la oralidad como principio estructural del actual sistema de enjuiciamiento penal, no se advierte vulnerado en los presentes, sin que pueda receptarse la queja de que se habría afectado la percepción directa de la prueba por cuanto la registración -se aduce- resulta de baja calidad, extremo que no se verifica ni se puede receptar, apareciendo como hipótesis meramente conjetural y teórica lo sostenido en cuanto a la incertidumbre planteada respecto de si el A-quo ha observado las instancias del juicio, cuestión obvia a esta altura como realizada, y a la luz del pronunciamiento emitido, luciendo el argumento huérfano de todo aval concreto. La defensa alega también violación al plazo razonable, en tanto entiende que la revocación de la absolución de su defendido por parte de la Cámara y el reenvío a otro Juez para que dicte un nuevo pronunciamiento llevaron a que Romano se encuentre sometido a proceso desde abril de 2015. En tal sentido, es conteste la

doctrina y la Jurisprudencia en entender que el plazo razonable no puede determinarse a priori o según cantidad de días o meses exactos, sino que eso va a depender de la situación del caso particular. La CSJN reconoció la necesidad de una duración razonable del proceso penal pero también que dicho plazo no puede traducirse en un número fijo o predeterminado de días, meses o años, y que debe relacionarse con las circunstancias concretas del caso (310:1476), en otras palabras, para aplicarse la garantía en cuestión debe analizarse la actividad llevada a cabo, tanto por los magistrados, como por las partes, en el transcurso del proceso. Estos aspectos, deben ser analizados en forma detenida para poder concluir si tuvo lugar una duración indebida del proceso, y entiendo que ello aquí no ha sucedido. En el caso, la primera audiencia realizada fue en fecha 29 de abril del 2015, imputándose el hecho al Sr. Romano. Asimismo la sentencia absolutoria dictada por el Sr. Juez de primera instancia Dr. Javier Beltramone, se dictó en fecha 08 de marzo del 2016, previo juicio oral que se llevó adelante durante tres días -02, 03 y 08 de marzo de 2016-; resolución revocada por la Cámara Penal la cual fue notificada el día 26 de julio de 2016 -previo audiencia de agravios de fecha 05 de mayo del mismo año- y habiéndose rechazado el recurso de inconstitucionalidad planteado por la defensa y designado el nuevo Tribunal que debía intervenir para que se dicte un nuevo pronunciamiento, el Dr. Negroni, quien en fecha 01 de junio del cte., dicta el fallo N° 1433 hoy materia de recurso por este Tribunal pluripersonal de apelación oral. El tiempo transcurrido desde que Romano fuera imputado hasta la fecha, teniendo en cuenta las distintas instancias procesales atravesadas sin advertirse paralización o suspensión alguna del trámite, verificándose etapas propias del devenir procedimental, ampliamente justificadas en la normativa y en la labor que conlleva un juicio no aparece como irracional ni exorbitante, sino todo lo contrario, por lo que la supuesta violación a la garantía constitucional que alega la defensa no ha sido tal. El art. 8.1 de la Convención Americana de DDHH. establece la garantía del plazo razonable, considerando la CIDH en "Gimenez vs. Argentina" al tiempo que debe durar el proceso, midiéndose el mismo en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y las diligencias de las autoridades competentes en la conducción del proceso. Y en el caso traído a estudio no se evidencia que el Sr. Romano, haya transcurrido por el proceso un plazo más del normal o esperable, incluso si nos atenemos a considerar que nos encontramos a partir del 2014 en un nuevo sistema de enjuiciamiento con más celeridad que el anterior sistema, denominado conclusional. Si a ello le sumamos lo dicho por la CSJN en el caso "Mattei", la misma fue explícita en el sentido de que "(...) el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento [...] en la necesidad de lograr una administración de Justicia rápida dentro de lo razonable, evitando que los procesos se prolonguen indefinidamente y satisfacer una exigencia consubstancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a librarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal" (Fallos 272:188). Criterio que aplicó posteriormente en "Mozzatti" (Fallos 300:1102), en "Casiraghi" (Fallos 306:1705), y más cerca, en los casos "Bobadilla y otros" (Fallos 332:2604) y "Olima" (335:1467). Entiendo que este caso no es a lo que refiere nuestro máximo Tribunal, si consideramos los plazos anteriormente expuestos, la defensa no presenta una razón fundada en la cual determine que Romano ha atravesado un proceso que se haya prolongado indefinidamente ni ha sufrido un perjuicio relevante en su persona por el proceso llevado en su contra, el que ha transitado en su mayoría en libertad -dicho sea de paso-. Bueno es también traer a colación el PIDCyP en tanto establece la garantía a ser juzgado sin dilaciones "indebidas" (art. 14.3 "c") y justamente aquí no puede sostenerse que el tiempo transcurrido obedezca a alongamientos innecesarios, por fuera de la normativa ni desidiosos, sino los propios de cualquier proceso. Por lo que teniendo a su vez en cuenta que se trata el presente de un supuesto de reenvío, avalado por la normativa y aceptado constitucionalmente, como se dijera, no aparece lo transitado temporalmente por Romano como una situación de dilación indebida, sino más bien como las "debidas" como para hacer operativa la garantía de la doble instancia. Por todo ello entiendo que dicho principio con jerarquía constitucional no se ha vulnerado y por lo tanto debe rechazarse el agravio defensivo. Dicho ésto, adentrándonos ahora a la cuestión procesal relativa al planteo de nulidad esgrimido por la defensa en relación a la introducción de prueba material que el Dr. Beltramone admitió pese a la queja defensiva y que el Dr. Negroni nada dijo al respecto, la crítica no puede prosperar. Más allá de aquella omisión a la que se alude en los agravios no puede descalificarse el fallo dado que es sabido que no procede la nulidad por la nulidad misma, sino que debe verificarse un perjuicio en concreto, y en tal sentido acierta la Fiscalía cuando apunta que el arma de fuego objeto de cuestionamiento ha sido incorporada por diversas fuentes alternativas, ya que los Policías al ratificar el acta de procedimiento en donde constaba el número de registro de la misma y testimoniar al respecto, oportunamente detallan y describen el arma -afirmando incluso que era un arma de características muy particulares y muy difícil de olvidar, por la marca y por el estado en que se encontraba (del testimonio de Guirin)- objeto que fuera, por lo demás, peritado por Claudio Torres -experto encargado de la tarea- cuyo resultado se incorpora testimonialmente, sumado al informe del RENAR sobre dicho objeto (revólver "Smith & Wesson" cal. 38 PLG N° ... serie ?), que motivara incluso una convención probatoria entre las partes para obviar la concurrencia del funcionario informante al juicio. Por todo ello debe tenerse, en consecuencia, por probado -tal como hiciera el sentenciante- que el Sr. Romano al ser detenido portaba dicha arma. Ingresando

ya al fondo de la cuestión y analizando los elementos probatorios que sellaron la suerte de Romano, entiendo que la sentencia del Dr. Negroni debe ser confirmada en todos sus extremos, debiendo ser rechazado el recurso. Debo comenzar por la supuesta ausencia de motivación para efectuar el procedimiento y secuestro del arma, toda vez que como bien afirma el acusador la moto en la cual iba de acompañante Romano no tenía dominio, por lo cual -anticipo- aquéllo por sí solo autorizaba la pesquisa e indagación policial. Y no sólo éso, se desprende del testimonio del agente Quintana que siendo las dos y media o tres de la mañana, aproximadamente, visualizó la moto con dos personas a bordo que se desplazaba sin luces y tampoco tenía chapa patente, por lo que deciden detener la marcha para identificarla; que enciende la sirena y la moto acelera como para irse, que los agentes pegan un segundo "sirenado" y finalmente el motovehículo se detiene. Que el acompañante de la moto "hecha mano a la cintura" por lo que el agente saca su arma y le dice que no se mueva. Que lo requisó hallando el arma de fuego. En suma, al ser interrogado y luego contra interrogado da las razones del procedimiento y detalla la actividad llevada a cabo por ellos, aclarando incluso que dado el horario no había personas en la vía pública como para poder oficiar de testigos. En sentido concordante con el anterior, bien expresa el A-quo, depone Guirin, compañero de aquél y en orden coincidente manifiesta que el acompañante de la moto, que sería el aquí acusado, era quien portaba el arma de fuego. En cuanto al procedimiento descripto y además de la previsiones normativas del Código procesal en cuanto a la actuación del personal policial como auxiliar de la justicia en el esclarecimiento del delito, debe recordarse que la Ley Orgánica de Policía prevé una función preventiva de la fuerza, por lo cual se advierte que el procedimiento se enmarca en las normativas aludidas sin que deba ser desmerecido lo actuado. En orden a la crítica que se hace de la valoración del testimonio de Quintana, cuestionado en orden a su desempeño por la defensa, lo que motivó el ofrecimiento de prueba sobre prueba, en nada modifica el decisorio, en primer término por cuanto las alegadas sanciones administrativas no refieren a este proceso ni se ha acreditado un nexo causal con el actual imputado; y tampoco ha sido el único elemento probatorio -el testimonio de Quintana- en el que se funda el fallo, existiendo asimismo el testimonio no controvertido como agente de la fuerza de Guidin, en sentido concordante con el anterior. La teoría del caso de la defensa basada en los dichos de su pupilo que nada le secuestraron, se desvirtúa por cuanto de la constancia policial no se advierte vicio alguno de mendacidad, máxime cuando el acta en cuestión ha sido ratificada por los policías de actuación en el juicio oral, siendo los mismos contra interrogados por la defensa, y ambos mantienen un discurso coherente, conteste que nos lleva a darle una entidad convictiva a los mismos en el sentido ya expuesto, sin que pueda aducirse déficit alguno en la cadena de custodia como pretende la defensa para sembrar la incertidumbre tendiente a la absolución del imputado y/o eventualmente alegar una supuesta sustitución de tambor, hipótesis totalmente conjetural que, en su caso, en nada afectaría la tipicidad en tratamiento. En relación a la ausencia de testigos de actuación, los agentes han dado las razones de aquéllo, luciendo las misma plausibles, dado la hora, siendo un día de semana, y en horario en que la mayoría de las personas se encuentran pernoctando; y asimismo teniendo en cuenta la premura del caso y la necesidad de actuar sin dilaciones. Por ello, sin expresar la defensa cuál es el perjuicio que invoca, estimo que la descalificación del Acta no puede tener favorable acogida; dicha Acta ha recibido el aval del testimonio de los agentes y el hallazgo -arma de fuego- fue debidamente peritada por personal idóneo arrojando como resultado que contenía seis cartuchos intactos y era apta para el disparo, careciendo Romero de autorización para portarla. Debe recordarse que este Colegio tiene dicho que la invalidación de un acta procedimental y su consiguiente inaprovechabilidad en ausencia de testigos, debe estar acompañada de otros elementos que ante tal ausencia se presume de algún tipo de irregularidad y que no pueda ser salvada en forma alternativa por otros medios probatorios, sumado al hecho de no explicarse adecuadamente las motivaciones de la ausencia de testigos que manda el Código de rito. Salvo ello, la preservación del acto, debe primar sobre la irregularidad señalada, cuando como ocurre en la presente no es la única prueba acompañada, sino que además los policías justifican por qué no hubo testigos que ratifiquen el acto porque eran pasadas las dos de la mañana en un día de semana, y no había nadie en la calle. Bajo ese lineamiento, la pretensión defensiva de sembrar dudas sobre el proceder policial, en orden a lo actuado y lo incautado, en base a la declaración de Romano y del testigo Albornoz, bien señala el Sentenciante, no luce con argumentos sólidos o consistentes como para desmerecerlos como elementos para formar convicción. En primer lugar no se advierte que pudiera haber habido por parte del personal policial alguna suerte de trama u orquestación para perjudicar maliciosamente al imputado. Por lo demás ambos aluden, para descalificar a los agentes, que Romano fue golpeado por éstos, siendo que la médica Ana Lorena Vega fue quien lo examinó quedando desmerecidos esos dichos por cuanto sólo constata en el inculpado la herida en el pie, preexistente al procedimiento y sin huellas de otras recientes; y traumatismo en región clavicular de antigua data. Por último en la propia deposición de Albornoz se advierten serias inconsistencias intrínsecas que le quitan verosimilitud y credibilidad a sus dichos y entran incluso en colisión con Romano al situarse Albornoz en la cercanías del lugar, cuando ni el propio Romano lo percibió. Por ello luce correcta la valoración hecha por el A-quo del único testimonio presentado por la defensa -Matías Albornoz-. Albornoz brinda su primer testimonio en la Fiscalía, siendo tomada dicha declaración por la propia Fiscal del caso; y al momento de ratificar el mismo en el juicio, impresiona su falta de certeza en muchos aspectos, diciendo incluso que había cosas que no le

cerraban de la entrevista fiscal y que quiso cambiar pero que nadie "lo escuchó" -claramente para hacer más firme un relato que no supera el más mínimo de los exámenes-. Es claro que su intención de hacer querer ver un error por parte de la Fiscalía se debe a que al momento de ser examinado por dicho Ministerio, se evidencian muchas contradicciones, la cantidad de personas que estaban en el lugar, la distancia de su casa con la de Romano y la presencia de otros testigos que nunca fueron corroborados. Lo que termina de sellar la suerte de Romano, es que su testimonio ni siquiera se condice con lo relatado por Albornoz, dando cuenta que según este último se pone en contacto con la defensora a pedido del propio acusado, situación que Romano dice que fue su mamá la que se reúne con Albornoz para que brinde su testimonio para poder colaborar con la situación procesal de su hijo. Frente a tamañas contradicciones se puede concluir que Albornoz o no estuvo en el lugar al momento de la detención de Romano o estuvo pero no lo suficientemente cerca como para poder dar detalles de lo que ocurrió. En suma las inconsistencias discursivas de ambos, Romano y Albornoz, sobre aspectos sustanciales de sus narrativas han tenido un adecuado y pormenorizado tratamiento por parte del Magistrado Negroni por lo que poco resta por agregar. Ante toda esta situación, si la Defensa pretendía reforzar su posición bien pudo ofrecer otros testimonios -como Avalos, el conductor de la motocicleta o el tal "Salpi" que menciona Albornoz-, ya que esto no tiene nada que ver con la carga de la prueba, sino con apoyar su teoría del caso. Acreditada la materialidad y autoría de los hechos por parte de Romano, debemos ocuparnos del agravio respecto a la no aplicación de la atenuante prevista en el art. 189 bis, apartado segundo, párrafo sexto del CP, y entiendo que el mismo no puede ser atendido. En primer lugar el A-quo se ciñe a la calificación requerida por la Fiscalía que es la que resultaba adecuada al caso; por otro lado, no logra entenderse la queja de la defensa de por qué la Fiscalía no solicitó la aplicación de la misma, es que va de suyo que si no lo hizo es porque entendió que no era procedente. Sobre el tema es conteste la jurisprudencia y doctrina en que la comprobación de la atenuante en este tipo de delitos es la excepción a la regla y por lo tanto es la defensa la que debe poner a disposición del Tribunal las circunstancias personales del autor que compatibilicen que no existió intención de cometer un delito, situación que no ocurrió -no bastando la mención a la herida que Romano poseía en el pie al momento de ser detenido para ello; o la sola invocación de la atenuante sin elemento alguno que la avale-. En el sentido expuesto se ha dicho que "...dada la estructura marcadamente subjetiva ("falta de intención de utilizar las armas con fines ilícitos") su invocación debe surgir de la defensa material o técnica. Esta última cuestión es la que se analizará más detalladamente en este fallo en relación al caso concreto. Cuando se sostiene que el tipo atenuado tiene una estructura marcadamente subjetiva y que, por ello, su invocación debe surgir de la defensa material o técnica, con ello se está aludiendo a situaciones comunes con las causas que excluyen el dolo (error de tipo), las que excluyen o excusan la culpabilidad (vgr. error de prohibición, coacción) o las que la atenúan (por ejemplo la emoción violenta en el homicidio), en las que su invocación integra la refutación de la defensa a la acusación, sea para obtener una resolución desinriminatoria o bien como en este caso interesa, para una calificación legal más beneficiosa. Así como el acusador debe relatar un hecho que se subsuma en un tipo para la acusación, si la defensa procura refutar esa subsunción mediante la invocación de una atenuante subjetiva, debe mínimamente explicitar las circunstancias que suscitan la subsunción pretendida, sin que deba probarlas porque conforme al principio de inocencia, el imputado no tiene la carga probatoria de las circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal que invoque (v. CAFFERATA NORES-TARDITTI, COLAB. AROCENA, Cód. Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado, Ed. Mediterránea, 2003, Córdoba, T. 1, p. 27). Será carga del acusador desvirtuarlas mediante pruebas, porque a diferencia de la defensa sobre él pesa la responsabilidad probatoria. Las circunstancias que la defensa debe invocar, como se ha explicitado, son las "condiciones personales del autor" y las "circunstancias del hecho" para derivar -con certeza o por duda- la falta de intención de utilizar el arma portada con fines ilícitos, sin necesidad de producir prueba para su verificación." TSJC -Sala Penal- "A., E. A. p.s.a. s/ portación ilegal de arma de guerra -recurso de casación" del 03/08/2015 Cita Online: AR/JUR/36852/2015. A fines ilustrativos, se señalaron, tanto en relación a la información que aporta la interpretación histórica durante el tratamiento parlamentario de la ley, más precisamente en el dictamen elaborado por la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados (en la que se introdujo esta atenuante no contenida en el proyecto original), explicándose esta cláusula ejemplificando que sería de aplicación a aquellos casos en los que alguien porta las armas con finalidad deportiva, de caza o de colección (Cfr. OTRANTO, Guido S., "Armas y explosivos. El nuevo régimen penal del artículo 189 bis del Cód. Penal (ley 25.886)", LA LEY, 22/7/04, versión on line, nota al pie de página n° 22); en la doctrina se ha entendido que la atenuante podría aplicarse incluso a otros casos, ejemplificado con aquél que porta un arma para acudir en defensa legítima de un tercero o bien del que, por error estimó que lo hacía para defender a una persona que creyó que era agredida ilegítimamente por otro (LAJE ANAYA, Justo-LAJE ROS, Cristóbal, "Notas al Cód. Penal Argentino. Reformas 2000-2006", Ed. Alveroni, Córdoba, 2006, p. 312, ABOSO, Gustavo E., "Régimen penal de armas de fuego, municiones y explosivos a partir de la reforma introducida por la ley 25.886", en "Reformas penales al Cód. Penal", Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, p. 210). Y yendo al caso, las circunstancias de detención y secuestro ya referidas, en las cuales se advierte que el Sr. Romano, circulaba en una motocicleta, en horas de madrugada, siendo que la misma se encontraba en muy mal

estado de conservación, sin carenado, sin dominio visible ni luces reglamentarias que hizo que los efectivos encendieron las sirenas para que se detengan, pero siguen adelante, y luego recién en una segunda oportunidad se detienen; tal situación en tanto generadora de una conducta al menos no permitida por las reglamentaciones, es decir para nada una conducta lícita, es lo que repele la subsunción en la atenuante pretendida. En ningún momento de toda la situación se prevé que el Sr. Romano haya tenido una intención lícita de portar el arma ni que lo haya justificado, es más, desde el inicio de la investigación niega haberla tenido en su poder, ejerciendo un descargo material que hace a su derecho, en el que aduce que la Policía se la plantó, por lo que deviene incluso en irracional o de una incongruencia intelectual el planteo defensivo de la atenuación. En lo que hace al agravio del monto de la pena impuesta, entiendo que el A-quo actuó dentro del marco legal establecido para el delito por el que Romano fuera declarado autor, en tanto se ha apartado escasamente del mínimo legal teniendo en cuenta las pautas que agravan la misma insertas en el art. 40 y 41 del CP adecuadamente ponderadas por el Magistrado: la mayor vulnerabilidad en que se encontraba el bien jurídico tutelado por la norma -la seguridad pública- en tanto ocurre en un escenario de madrugada, en un día laborable, siendo el inculpaado una persona madura, con una vida transitada, que seguramente le ha mostrado oportunidades de capacitación y reflexión sobre la motivación debida en la norma; el cúmulo de antecedentes condenatorios que registra y las comprobadas reincidencias que, lejos de un derecho penal de autor, evidencian el desaprovechamiento de las oportunidades otorgadas por el sistema, sin verificarse en el caso, como explicita el A-quo, circunstancias atenuantes autorizadas por la ley que ameriten volver hacia el mínimo legal. En cuanto al agravio relativo a la utilización de grados de riesgo como agravante de un delito de peligro abstracto, situación que resulta a criterio de la defensa dogmáticamente imposible, lejos estuvo el juzgador de utilizar esa pauta para la mensuración sino que analizó en el caso concreto las condiciones más riesgosas de esa portación por cuanto Romano la trasladaba con el tambor repleto de municiones. Por lo cual no se trata de una pauta enfrentada con la dogmática penal sino de la subsunción al caso particular de las pautas insertas en la normativa sustancial. Por último, si bien la falta de arrepentimiento mencionada por el A-quo que motivara agravio de la defensa podría ser atendible, en nada modificaría el monto finalmente establecido teniendo en cuenta la concurrencia de las agravantes ya aludidas y el escaso apartamiento del fallo, pese a ello, del mínimo legal del tipo. Finalmente en cuanto al agravio entorno a la falta de unificación de pena cabe hacer una aclaración. Expresa la defensa que Romano se encuentra actualmente detenido por otra condena, estando aquella firme, por lo cual debió haberse procedido a la unificación. Sin embargo, tal déficit no puede ser atribuido a un error del sentenciante, toda vez que no luce informada la condena que la defensa refiere del repaso de los antecedentes condenatorios que detalla el Dr. Negroni en el fallo, pese al requerimiento del A-quo a la Fiscalía a esos fines en cumplimiento de lo normado en el art. 105 del CPP conforme luce plasmado en el acta de audiencia de fecha 26/05/2017 agregada a este Legajo. Tampoco fue información brindada por las partes al A-quo en dicha audiencia, en especial la defensa causando perplejidad el silencio al respecto de lo cual hoy pretende agravarse, por lo cual mal podría haber procedido el Dr. Negroni a la unificación ante la falta de la información pertinente. Bajo esa línea, del sistema informático de la Oficina de Gestión Judicial disponible para cualquier usuario del sistema, se advierte la existencia del CUIJ N° 21-06329616-0 en el cual se condena por procedimiento abreviado a Juan José Romano por un hecho de Robo calificado por uso de arma de fuego en grado de tentativa en calidad de coautor de fecha 15/10/2015 -posterior al que nos ocupa- a la pena de tres años y cuatro meses de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas, por sentencia fechada el 19/05/2016 N° 29 T° II F° 135/146 suscripta por el Dr. Eduardo Alfredo Filocco, Juez Penal de 1° Instancia del distrito N° 12 San Lorenzo, cuyo vencimiento opera el 15/02/2019. La pretensión de unificación de condenas que se esgrime en esta Alzada cuando el antecedente condenatorio era conocido por la defensa, aunque no pedido por ninguna de las partes, impidió que el Juez de Primera Instancia practicara dicho remedio previsto por el art 58 del CP. Pero es del caso que el artículo citado prevé otra vía de enmienda para supuestos como el de autos sin que sea pertinente la dilación pretendida por la defensa, es decir por nueva apelación, o que se haga, en su caso, por reenvío, y es aquel que la doctrina llama unificación de sentencias que es una modalidad de la unificación de condena pero para los casos en que ambas sentencias dictadas en violación de las reglas del concurso hubieran quedado firmes. En tal caso, una de las partes debe pedir al juez que impuso la pena mayor la unificación de ambas sentencias, correspondiendo a la acusación pedir una pena en función de las reglas del concurso real (art. 55) y el art. 41 del CP y a la defensa ejercer el correspondiente rol. La defensa pretende impugnar una sentencia que fue resuelta con los elementos en debate, estimando que el agravio no puede prosperar por lo antedicho y cuando existe un remedio para la pretensión unificatoria que deberá hacerse tras otro debate que le permitirá a la hoy recurrente defender el pedido de pena concreto de la acusación. Por ello corresponde así expedirse debiendo acudir las partes, tras la firmeza del presente, por ante el Juez que dictara la pena mayor a los fines dispuestos. Siendo así, debe confirmarse la sentencia en su totalidad, acudiendo las partes, tras la firmeza del presente, por ante el Juez que dictara la pena mayor a los fines dispuestos en orden a la unificación pendiente. A la primera cuestión el señor Vocal Dr. Alfredo Ivaldi Artacho dijo: 1.- Analizados los agravios de la apelante, lo expuesto en la audiencia oral por las partes, el fallo impugnado y los elementos disponibles del caso voto en el mismo

sentido que la Dra. Hernández, ampliando e ingresando muy puntuales fundamentos que estimo procedentes, más allá de no incidir ello sobre la solución confirmatoria adoptada. Al respecto es dable señalar que la decisión del anterior órgano de Alzada -Carbone, Depetris, Acosta- que anteriormente revocó la absolució dictada en el Juicio Oral y reenvió para la emisió de un nuevo fallo, en el sub-lite, cuando adquirió firmeza, no causó cosa juzgada por fuera de los aspectos decisorios pronunciados, esto son: la revocació de la absolució y la orden de reenvío, pero no adquirió inmutabilidad sobre otras quejas cuya discusió y decisió puede reexaminarse ante esta instancia en la nueva apelació de la sentencia de grado, como ser: la violació a ciertos principios constitucionales alegada por la recurrente (doble persecució, plazo razonable, juez natural, oralidad, intermediació o la publicidad), extremos que pueden ser revisados ahora en esta segunda sentencia apelada ya que por su naturaleza no causan cosa juzgada material. Ello en mayor medida si advertimos que las cuestiones referidas y reiteradas por el impugnante, conformarían cuestionamientos supralegales que -de existir, lo que la Sra. Vocal preopinante acertadamente repele- alcanzarían también a las nuevas etapas procesales celebradas tras el primer fallo de Cámara aludido. Esto es conteste a lo que el precedente "Chiazza" (CSJSFe, 15/12/09) -mencionado por la Dra. Hernández- aclaró en cuanto a la libertad de motivació y decisió que mantiene el tribunal reenviado para resolver cualquier aspecto de interés en la nueva sentencia de mérito, incluso para emitir otra segunda (y definitiva) absolució. Sin embargo, y más allá de tales consideraciones, la disidencia apuntada es de relativo peso y no aparece como contradictoria ni dirimente para la solució del sub-júdice, dado que la propia Jueza primeropinante, tras cartón, aborda y resuelve adecuadamente cada uno los mencionados principios cuya vulneració esgrime la impugnante.

2.- En cuanto a la alegada afectació de los principios de intermediació y oralidad por el reenvío efectuado para una sentencia sin un nuevo debate, tradicionalmente se estimó que la mejor calidad en la apreciació de la prueba no podría prescindir del contacto directo del tribunal con los órganos probatorios. Sin embargo las modernas tecnologías audiovisuales de registros de datos y escenas permiten asegurar con una muy aceptable vecindad las expresiones e impresiones de los relatos y posiciones que los testigos y las partes exponen en las audiencias, incluso a un punto tal que ello puede llegar a permitir zanjar, excluir o confirmar cualquier duda con la reedició del testimonio a través de la nueva observació del registro de video y audio. Ni qué decir cuando además asumimos que a pesar de la intermediació tanto alguna de las partes como el propio tribunal puedan desaprovechar la percepció directa por distracciones o lagunas momentáneas de mayor o menor extensió. Esta es la idea que trasunta Grisetti, para quien entonces no configuran afirmaciones apodócticas "...que la intermediació sólo pueda darse en la audiencia oral y aquella de la fugacidad de las expresiones que acompañan al mensaje verbal, ya que casi todo puede registrarse y reproducirse, hoy en día, incluso con mayor fidelidad (captándose múltiples planos de visió, matices de voz y demás actitudes, que escapan a la simple percepció sensorial humana) debe admitirse que puede darse hasta un mayor contacto con los eventos de prueba, cuando éstos se valoran conforme a una variedad de datos, logrados con el empleo de medios electrónicos audiovisuales... Debe entonces aceptarse que la intermediació, en cuanto posibilidad de contemplació de la prueba, en su gestació, puede darse a posteriori, gracias a un registro que llamaríamos virtual -incluso más fiel y completo que el grabado en la poco fiable memoria de los jueces- y al cual si es posible que el Tribunal Superior tenga acceso. Es verdad que nunca se podrá practicar idéntica prueba (lo actuado, actuado queda), pero que si se puede tomar íntimo contacto con su escenificació, ventajosamente, mediante apoyos tecnológicos conseguimos la perennidad de la memoria" ("Recurso de casació. Adecuació de la organizació judicial a la flexibilizació del recurso", LL, 23/7/12). Es así que revocada una absolució, el reenvío para la renovació de la actividad que se trate, no involucra mecánicamente -como se afirmaba a modo de dogma en la era pre-tecnológica- la realizació de un nuevo juicio oral, sino sólo cuando ello se juzgue necesario de acuerdo a las circunstancias del caso: tal es la idea que trasunta el art. 404 del CPP y subyace casi explícitamente en la doctrina "Scalcione" (CSJSFe, 4/10/16) al permitir que la Alzada dicte sin reenvío la sentencia de reemplazo al descalificar la absolució apelada, similar situació a la legitimada por la Corte Nacional en el caso "Menem, Sarlenga y otros" (22/8/17). En esta línea, es ajustado lo que expone la Dra. Hernández en cuanto a las simples conjeturas que plantea la defensa sobre el punto, las que por su exclusivo sustento dogmático -sin demostració ni respaldo en las circunstancias del caso- deben así descartarse.

3.- En lo relativo a otros de los puntos objeto de apelació, debe precisarse que en un sistema acusatorio las actas de procedimientos policiales son documentos de la investigació que, por regla, sólo representan declaraciones previas que pueden emplearse para refrescar memoria o evidenciar contradicciones de lo depuesto en el debate oral. Pero nunca son por sí pruebas introducibles por lectura en el juicio (art. 326 CPP). Por ende, no debe ser sobrevalorada más allá de lo legalmente permitido en razó de su aludida naturaleza. En el subexamine, el acta prevencional no desarticuló la credibilidad que merecen los testimonios de los policías actuantes deponentes en el juicio (Quintana, Guidin) conforme se afirma en el primero voto. Y menos ello ocurre cuando la falta de testigos del procedimiento -sea que ello se consigne o no en el "acta"- es explicada con suficiencia por los actuantes y se justifica bajo las circunstancias de la producció del acto, actos que aquéllas formalizan y que los testigos relatan en el plenario. En efecto, tal como sostuvo este juzgador desde el caso "Angelo" (22/6/10, C.A.Pen.Ros., S.I) la invocada falta de testigos que

acompañen en el acta lo desenvuelto por la preventora, así como la ausencia de motivos explicitados en el documento que justifiquen esa situación, no invalida automáticamente el acto formalizado por el instrumento ni los resultados del mismo deben sino más inaprovecharse como evidencia de cargo. La inobservancia de las exigencias formales de testigos de actuación o de la explicación de porqué se prescindió de ellos no se encuentra apercibida por la normativa aplicable como motivo expreso de invalidación ni vulnera formas sustanciales (268 inc. 6° del CPP ley 12.734): el mayor esfuerzo policial al que aspira el legislador con los testigos de actuación, tiene como objetivo maximizar cautelarmente condiciones idóneas para que los órganos judiciales ulteriormente valoren y controlen el desempeño prevencional documentado en el acta, persiguiendo así minimizar la soledad y autonomía que -por regla, naturaleza y dinámica- gobiernan estas injerencias policíacas. De este modo, cuando la ley busca que en diligencias que aportan información relevante para la justicia penal se acompañen -en lo posible- testigos de actuación, no inserta un recaudo letalmente ritual a los actos que formalice la policía sino un mecanismo de control -en miras a las futuras fases del proceso- de múltiples diligencias (interdicción de sospechosos y vehículos, detenciones, secuestros o medidas similares), las que natural y muy frecuentemente se producen sin "testigos" ajenos a estos operativos. La experiencia judicial revela que los testigos de actuación muchas veces son captados para el acta (o el acto) cuando se ha ya consumado la intervención cautelar, en otras los han mostrado como testigos oculares directos de los procedimientos y hasta de los hechos delictivos mismos investigados, pero también como personas que nada aportan, o en otros casos suministran datos que revelan un actuar prevencional sospechoso, directamente fraudulento o al menos incompatible con los episodios formalizados en la mentada "acta". Este panorama indica a las claras que el reclamo de testigos imparciales para las actas policiales no es un requisito formal cuya ausencia fulmina de ineficacia lo documentado en el acta o lo realizado en el acto, sino que apunta a suministrar a los órganos judiciales incrementar material de convicción que permita echar mayor luz a lo ocurrido. Por ende el núcleo del entuerto se circunscribe, por aplicación del ppio. de sana crítica, a una cuestión de mayor, menor o nula credibilidad en lo actuado policialmente, y no en cambio en un apercibimiento legal que amenace o reprima con una irracional y automática invalidez futura. Con este norte aparece como razonable que si bien el contenido de las actuaciones policiales carecen de la fe pública otorgable a los documentos emanados de aquellos funcionarios a quienes específicamente la ley otorga la función fedataria (CAPRos., S.IV, 23/12/93 en "B.P.M. s/robo", pub. en Rev.de Doct.y Jurisp.Santafec. N°3, p.114/5), la sobrevaloración de las actas policiales obstaculiza la función imparcial del juzgador en la correcta y funcional estimativa probatoria, ya que esto conduciría al reduccionismo de tener por acreditado o no un hecho o circunstancias en base a las actuaciones del funcionario público. Pero tampoco puede negarse la relevancia que adquiere lo declarado por los policías intervinientes -sin contradicciones sustanciales con el acta confrontada-, dado que aún sin intervenir ningún fedatario, ni mediar una ciega ni mecánica plena fe, resulta en exceso descalificar tales relatos volcados en juicio por el simple argumento de la negativa que produce el justiciable cuando ningún dato de peso, probado o verosímil permite sostener o sospechar que no refleje la realidad de lo ocurrido.

4.- Por último, también merece respaldo lo analizado y concluido por la Dra. Hernández en relación a la inadmisión de la figura atenuada sobre Portación Ilegal de AFG. Invoca la defensa la falta de fines ilícitos por parte de su asistido en la portación de arma atribuida, quejándose de lo que afirma el A-quo, en cuanto a que la defensa no probó que no iba a ser utilizada, dado que la Fiscalía no acreditó el fin ilícito de la portación del arma endilgada. El párrafo 6to. del inc. 2 del art. 189 bis CP. establece la reducción a un tercio del mínimo y del máximo de la escala penal prevista para la portación ilegal de armas "cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos". Tal como expusimos en el caso "Bassi Marcelo" (año 2017), "la falta de intención de cometer delitos con el arma ilegalmente portada, conforme exige la ley, debe estar acreditada en forma "evidente", esto es, permitiendo un conocimiento de tal extremo colindante con la "certeza": "cierto, claro, manifiesto, es decir, sin la menor duda", de lo cual se desprende que ley no sólo supone en el tipo básico de portación la intención de cometer otros delitos, sino que no basta para ser beneficiado con pena atenuada demostrar una duda razonable sobre la ilicitud en la intencionalidad de su empleo: se exige algo más, que ello resulte evidente conforme a las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor (así, De Langhe Marcela, T° 8 del "Código Penal" comentado, p. 417/8, dir.: Baigún-Zaffaroni, Ed. Hammurabi, 2009); más allá de las "condiciones personales del autor" (giro en el que no se adentra esta instancia en razón de los arbitrarios y discriminantes prejuicios a los que puede dar lugar su interpretación y aplicación) las "circunstancias del hecho" que con evidencia deben señalar la falta de intencionalidad en el uso delictivo del armamento portado aluden a un panorama objetivo relativo "al tiempo, modo y ocasión en que se portan las armas de fuego" (op.cit.sup., p.418). En el caso, y tal como se afirma en el primer voto de este fallo, Romano es sorprendido en circunstancias que bajo ningún aspecto autorizan a asegurar con certeza, tal es la exigencia legal según dijimos, que el armamento objeto de reproche era portado sin fines de utilización ilícita (circulación en motocicleta sin dominio visible, ni luces; en la madrugada, sin responder a la voz de alto policial, etc.). Por tanto, corresponde también desatender este reclamo defensivo. En consecuencia y de acuerdo a lo analizado, a la primera cuestión voto también por la afirmativa -por la confirmación-. A la primera cuestión el señor Vocal Dr.

Gustavo Salvador dijo: Comparto la opinión de la Vocal preopinante Dra. Carolina Hernández y por iguales fundamentos y razones de brevedad, voto en idéntico sentido. A la segunda cuestión los señores Vocales Dres. Carolina Hernández, Alfredo Ivaldi Artacho y Gustavo Salvador dijeron: Visto el resultado obtenido al tratar la anterior cuestión, corresponde confirmar la sentencia en su totalidad, acudiendo las partes, tras la firmeza del presente, por ante el Juez que dictara la pena mayor a los fines dispuestos en orden a la unificación pendiente. Por tanto, en nombre del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, este Tribunal Pluripersonal de Apelación Oral; FALLA: 1) Rechazar el planteo de invalidación formulado por la defensa de Juan José Romano. 2) Confirmar la sentencia venida en apelación en cuanto fuera materia de recurso, debiendo las partes acudir, tras la firmeza del presente, por ante el Juez que dictara la pena mayor a los fines dispuestos en orden a la unificación pendiente. Insértese, agréguese copia y hágase saber.

033623E