

Causa: "LEVRAND, REINALDO E. - ACEVEDO, ESTEBAN A. - FRANCHESSI, ADELFI A. F. - CHINCUINI, FRANCISCO A. - ZAPATA, ALFREDO E. - ACHOR, ARIEL A. - SALZMANN, DANILO F. s/ HURTO CALIFICADO CALAMITOSO s/ RECURSO DE CASACIÓN".-

(Expte. Nº 4170 - Año 2012 Jurisd.: Juzgado Correccional nº2)

///C U E R D O:

En la ciudad de **Paraná**, Capital de la **Provincia de Entre Ríos**, a los **veintidos** días del mes de **octubre** de **dos mil doce**, reunidos los señores Miembros de la **Sala Nº1 del Excmo. Superior Tribunal de Justicia**, a saber: Presidente, Dr. **CARLOS ALBERTO CHIARA DIAZ**, y Vocales, Dres. **SUSANA MEDINA DE RIZZO** y **BERNARDO I. SALDUNA**, asistidos por el Secretario autorizante, **Dr. RUBEN A. CHAIA**, fue traída para resolver la causa caratulada: **"LEVRAND REINALDO E. - ACEVEDO, ESTEBAN A. - FRANCHESSI ADELFI F. - CHINCUINI FRANCISCO A. - ZAPATA, ALFREDO E. - ACHOR, ARIEL A. - SALZMANN, DANILO F. s/ HURTO CALIFICADO CALAMITOSO s/ RECURSO DE CASACIÓN".-**

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: **Dres. CHIARA DIAZ, MEDINA DE RIZZO y SALDUNA.-**

Estudiados los autos, la Excma. Sala planteó las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTION: ¿Son procedentes los recursos de casación interpuestos?

SEGUNDA CUESTION: ¿Cómo deben imponerse las costas?

A LA PRIMERA CUESTION PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL DR. CHIARA DIAZ, DIJO:

I.- Por sentencia de fecha cinco de marzo de 2012, el Sr. Juez en lo Correccional nº 2 –subrogante-, Dr. Pablo Andrés Vírgala, declaró a **REINALDO EDGARDO LEVRAND, ADELFI FABIAN FRANCHESSI, FRANCISCO ALBERTO CHINCUINI, ALFREDO ERNESTO ZAPATA y ARIEL ALEJANDRO ACHOR**, coautores penalmente responsables del delito de **HURTO CALIFICADO (calamitoso)** y condenó a **LEVRAND, FRANCHESSI y ZAPATA** a la pena de **DOS AÑOS de PRISION DE EJECUCION CONDICIONAL** y a **CHINCUINI y ACHOR** a la pena de **UN AÑO y SEIS MESES de PRISION DE EJECUCION CONDICIONAL** –arts.12, 45, 55, 166, inc. 2º, 2º párrafo y 189 bis, inc. 2º, párrafo cuarto-.-

Asimismo, se **ABSOLVIÓ** de culpa y cargo a **ESTEBAN ALBERTO ACEVEDO**, también imputado del delito de **HURTO CALIFICADO (calamitoso)** -art. 163, inc. 2º, del Código Penal-.-

II.- Contra esa decisión interpusieron recurso de casación los **Dres. Hugo Gemelli y Matías Arguello de la Vega** (fs. 2109/2128) en representación de Alfredo Zapata; **Marcos Rodríguez Allende y Walter Rolandelli** (fs. 2129/2145) letrados defensores de Reinaldo Edgardo Levrاند y **María Lucrecia Sabella** (fs. 2094/2108) asistiendo a Franchessi y Chincuini, a fs. 2147/2154, en nombre de Ariel Alejandro Achor.-

Los **Dres. Gemelli y Arguello de la Vega** sostuvieron que la sentencia es arbitraria y que en ella no se realizó un análisis sistemático del cúmulo de elementos recabados, sobre todo de los que dan cuenta de la mendacidad de las declaraciones testimoniales de cargo, habiéndose analizado la prueba fragmentariamente.-

Criticaron que el juez se haya inclinado por los fundamentos vertidos por el Ministerio Público Fiscal y destacaron que si bien el sentenciante reconoció que los testigos eran reticentes, pretendió mantener el valor probatorio de sus dichos. Precisó que, tal como surge del acta de debate, el representante del Ministerio Público Fiscal necesitó recurrir a lo declarado por los testigos durante las actuaciones administrativas porque lo depuesto durante la instrucción formal no formaba parte de un cuadro incriminatorio. Analizaron lo declarado por Bregant, Villaverde y Ramos en el

plenario y dijeron que sus reticencias no tiene otra explicación que la mendacidad.-

Agregaron que el fallo recurrido quebranta las reglas de la razonabilidad en la interpretación de la prueba y sostuvieron que el judicante efectuó afirmaciones en base a supuestas manifestaciones de los testigos, que de acuerdo a las constancias del acta de debate, no sucedieron así. Ejemplificaron que Bregant nunca dijo que el imputado Zapata se bajó del móvil y que éste ingresó de culata por el pasillo, sale cargado y allí Zapata vuelve a subir y el testigo afirmó que ni vió a Zapata ingresar al galpón. Además, remarcaron que no es posible equiparar la declaración de Bregant con la de Iturralde e insistieron en que Bregant fue mendaz.-

Mencionaron que Villaverde no dijo lo que afirma el sentenciante y expusieron que si bien ningún testigo desmintió la conducta atribuida a su pupilo, ninguno infirió que dicho suceso haya acontecido y opinaron que luce increíble que si Zapata hubiese manifestado por el altoparlante del móvil que se llevarían todo, ello no haya sido advertido por los demás integrantes del GIA.-

También cuestionaron la ponderación del testimonio de Ramos, ya que al realizarse la inspección ocular del lugar se advirtió que en el sitio donde el testigo afirmó que estaba el ventanal por donde Zapata ingresó al galpón no existía el mismo y había mampostería, pero no obstante la evidente mendacidad del testigo, el Juez acomodó y tergiverzó sus dichos.-

Adujeron que queda evidenciado que el sentenciante efectuó un análisis parcial y sesgado del plexo probatorio acopiado, con censurables omisiones y utilizando para fundar la condena fragmentos auto contradictorios de los testimonios brindados por funcionarios policiales que tenían interés en eludir su responsabilidad frente al incumplimiento evidente de sus funciones en la custodia del galpón del PROMIN. Adicionaron que la valoración de esos testimonios es arbitraria porque sólo aplicando el sentido común se advierte su mendacidad, justificando las reticencias de los mismos y afirmando manifestaciones de éstos que distan de lo dicho por ellos durante el debate.-

Puntualizaron que no pudo obtenerse la certeza que requiere todo fallo condenatorio y por ello, solicitaron que se decrete la nulidad de la sentencia impugnada en cuanto condenó a Zapata y que se reenvíen las actuaciones a la instancia inferior a fin de que el Tribunal de Juicio que corresponda dicte un fallo ajustado a derecho.-

Efectuaron también la "reserva del caso federal".-

Los **Dres. Rodríguez Allende** y **Rolandelli** plantearon que no existe en la causa un solo testigo que de manera clara, precisa y concreta haya visto que Levrant se haya apoderado de mercaderías pertenecientes al PROMIN y la condena solo se basa en los dichos de Bregant que en el careo realizado durante la audiencia de debate dijo que no estaba seguro si Levrant se encontraba junto con el móvil 95 cargado de mercadería, por lo cual su testimonio plantea serias dudas.-

Precisaron que la declaración de Bregant no puede objetivamente incriminar a Levrant y, además, no existe otra prueba relevante que pueda acompañar las dudas del testigo. Desatacaron que si el oficial que se encontraba al cuidado de las mercaderías del galpón del PROMIN se vió desbordado por la situación, lo lógico hubiese sido que se comunicue con sus superiores mediante los medios de comunicación que existían en el móvil nº 15 del GIA y no que haya dejado el lugar para ir a dar noticia a la jefatura central.-

Opinaron que en el fallo no se tuvo en cuenta lo declarado por Amatto, Ascua e Iturralde relativo a los horarios en los que se produjeron los desmanes en el lugar del hecho. Sostuvieron que de manera arbitraria se desestimaron los claros dichos de Rubio, Capriotti y Dalzotto, que corroboran las manifestaciones de Levrant, y lo depuesto por Ascua, Mendoza, Regondi, Amatto e Iturralde.-

Manifestaron que no hay dudas que los saqueos materia de debate fueron ocasionados pasada la medianoche, es decir, con posterioridad a los relevos de guardia realizados a las 22.30 hs. por el móvil 95.-

Solicitaron que se case la sentencia recurrida, se anule la misma y se ordene la sustanciación de un nuevo contradictorio o se dicte una sentencia absolutoria, aplicando el artículo 4 del CPPER.-

Realizaron la reserva del "caso federal" y de ocurrir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.-

Al ejercer la defensa técnica de Franchessi y Chincuini, la **Dra. Sabella** sostuvo que el fallo no aplicó el principio del *ne bis in ídem* y el plazo razonable, vulnerando el estado de inocencia y el *in dubio pro reo*, toda vez que, a su criterio, no se probó que Franchessi y Chincuini hayan tenido participación en el hecho, ya que ninguno fue comisionado a realizar tareas en el galpón del PROMIN y, por ende, dijo que el juzgador construyó una sentencia que no es coherente con el modelo discursivo constitucional y arribó a una presunta verdad en base a premisas falsas.-

Mencionó que el recurso del acusador viola la garantía del *ne bis in ídem* y que la facultad de recurrir es sólo del imputado y de su defensor, citando la opinión de Julio Maier al respecto.-

Analizó los argumentos sentenciales y destacó que durante el largo proceso no se ha podido controvertir los dichos de Franchessi, quien afirmó que no fue al PROMIN y no estuvo en esa jurisdicción, ni los dichos de Chincuini quien afirmó haber ido al PROMIN, pero luego de la ocurrencia del suceso.-

Criticó la valoración de las declaraciones de los testigos, sobre todo la de los testigos de cargo, que el propio juez reconoció que son reticentes, no obstante lo cual concluyó que era porque no querían comprometer a los imputados y remarcó que a los testigos de descargo no les creyó en virtud de considerar que no tenía otra opción frente a una posible autoincriminación.-

Puntualizó que es cierto que ningún defensor cuestionó los testimonios recibidos en el sumario administrativo, pero ello es así porque lo que se ofreció y admitió como prueba documental fue el expediente administrativo y no las declaraciones en él prestadas.-

Manifestó que es erróneo darle un valor acotado a los libros de comisaría y precisó que dichas pruebas amparan las versiones dadas por sus defendidos y por ello nunca pudieron ser desechados, máxime cuando tales libros son instrumentos públicos y para atacar su valor debió hacerse una acción de redargución de falsedad.-

También se quejó del nulo valor probatorio dado a los partes de novedad y consignó que en ellos Iturralde y Bregant insertaron datos que hacen a la materialidad del delito pero no a la autoría de sus pupilos. Agregó que hubo una imposibilidad material de corroborar la veracidad de las identidades consignadas, porque los que proporcionaron los nombres no estuvieron presentes al momento de la ocurrencia de los hechos y ni Iturralde ni Bregant realizaron reconocimiento en rueda de personas, por lo cual es inverosímil que luego de nueve años puedan afirmar que las personas que habían mencionado en los partes estaban presentes en el debate.-

Adujo que no es ajustado a derecho quitarle el valor probatorio a los allanamientos, máxime cuando a Chincuini nada se le secuestró, remarcando que sus defendidos no esgrimieron excusas hipotéticas e inexplicables, y habló de la falta de seriedad del testimonio de Iturralde, que es lo único que lo incrimina a Franchessi, porque el imputado fue secretario en las actuaciones administrativas en las cuales se trató la exoneración de la fuerza policial de la testigo.-

Adicionó que al momento de tratar la situación procesal de Chincuini no se valoraron las deposiciones de José Luis Retamar, Marcelo Abel Gerardo Martínez y Diego Alberto Bertoia.-

Precisó que a Chincuini se lo condenó solamente por los dichos de Bregant y a Franchessi por los de Iturralde.-

Indicó que la extensión del proceso por más de nueve años debió haber llevado a decidir la innecesariedad de la aplicación de pena.-

Propuso como solución que se anule la sentencia dictada y se remitan los actuados para que se dicte una nueva ajustada a derecho y, subsidiariamente interesó que este Tribunal absuelva a Ariel Alejandro Achor.-

Efectuó asimismo la reserva del "caso federal" y de ocurrir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.-

La **Dra. Sabella**, al fundamentar el recurso de casación in pauperis interpuesto por Achor, indicó que la sentencia no aplicó el principio del *ne bis in idem* ni el del plazo razonable y no valoró el material probatorio en su totalidad e hizo una incompleta, errónea y arbitraria valoración del cuadro probatorio, vulnerando el *in dubio pro reo*.-

Se refirió a la garantía del *non bis in idem* y dijo que la facultad de recurrir es sólo del imputado y de su defensor, citando la opinión de Maier en abono de su postura.-

Sostuvo que la valoración que efectuó el sentenciante de la totalidad del cuadro probatorio es arbitraria, señalando que es equivocada la ponderación de los testimonios de cargo y que a los testigos de descargo no les creyó.-

Asimismo, aclaró que lo que se ofreció como prueba fue el expediente administrativo pero no las declaraciones prestadas en el mismo, en cual no tuvieron intervención los abogados defensores, y criticó el poco valor dado en la sentencia a los libros de guardia.-

Opinó que creer, como lo entiende el Juez de grado, que en los libros de guardia se puede anotar cualquier cosa, implicaría afirmar que en la institución policial se puede hacer lo que se quiere y decir que los libros de la comisaría no tienen valor, en el caso de su pupilo es un absurdo, porque siendo ello una prueba a su favor nunca pudieron ser desechados. Planteó que al tratarse de instrumentos públicos debió hacerse una redargución de falsedad y señaló que dicha prueba fue ofrecida por el Ministerio Público Fiscal sin ser admitida.-

Mencionó que tampoco es acertado negarle valor probatorio a los partes de novedad y expuso que lo que Iturralde y Bregant vieron y consignaron en ellos hace a la materialidad del hecho pero no a la autoría de su defendido .-

Recalcó que no es ajustado a derecho que se le quite apriorísticamente todo valor probatorio a los allanamientos, máxime en el caso de Achor, a quien nada se le secuestró.-

Analizó el descargo formulado por Achor y dijo que sus dichos fueron corroborados con los asientos de los libros del Comando, a los cuales el juzgador le quitó valor probatorio, y por los dichos del testigo Salzman y ninguna de las afirmaciones de Achor fue desvirtuada por la prueba de autos, a pesar de lo cual el juzgador sólo se valió de algunas tibias declaraciones prestadas en el expediente administrativo.-

Restó valor al testimonio de Iturralde y mencionó que el mal desempeño de sus funciones –que llevaron a su exoneración- es suficiente para restarle toda seriedad a sus dichos.-

Habló de la extensa duración del proceso penal y estimó que ello hacía innecesaria la pena.-

Propuso como solución que se anule la sentencia dictada y se remitan los actuados para que se dicte una nueva ajustada a derecho y, subsidiariamente, interesó que este Tribunal absuelva a Ariel Alejandro Achor.-

Efectuó la reserva del “caso federal” y de ocurrir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.-

III.- A la audiencia de los arts. 485 y 486 del Código Procesal Penal comparecieron: el **Doctor MAXIMILIANO F. BENITEZ** -en representación de los encausados ACHOR, FRANCHESSI y CHINCUINI-; el Doctor **MATIAS ARGUELLO DE LA VEGA** en favor del encausado ZAPATA-; los Doctores **MARCOS GABRIEL RODRIGUEZ ALLENDE y WALTER ROLANDELLI**, en calidad de defensores del encausado LEVRAND, y el **Doctor JORGE AMILCAR LUCIANO GARCIA**, como Procurador General de la Provincia de Entre Ríos.-

El **Dr. RODRIGUEZ ALLENDE** manifestó que impugnó la sentencia condenatoria de su representado en orden al delito de hurto calamitoso y precisó que la imputación dirigida a LEVRAND es por el apoderamiento de mercaderías que se encontraba en el galpón del Promin, la que habría sido trasladada en un móvil perteneciente a la Comisaría 7ma. En

ese lugar había custodia de diversas Comisarías y del grupo GIA., ya que existía temor de saqueos de mercadería.-

Agregó que el hecho es del año 2003 y señaló que existieron errores, ya que en una primera sentencia se absolvió a todos, en tanto luego, con esos elementos, se los condenó, menos a uno. Hizo hincapié en que el único elemento supuestamente cargoso es la declaración del Oficial que conducía el GIA., BREGANT, y sostuvo que sus dichos no son concluyentes en señalar a LEVRAND como quien sustrajo mercaderías.-

Relató que la defensa interesó un careo entre ambos y, en esa ocasión, BREGANT reconoció que vio en varias ocasiones al móvil en que se conducía LEVRAND, sin embargo no pudo aseverar que éste haya estado en ese vehículo en todas las oportunidades, es decir, que no aseguró que su cliente haya estado en ese móvil al tiempo que se lo vio con mercaderías.

Analizó la declaración de la Oficial ITURRALDE, que era la responsable de hacer los recambios, y dijo que el Juez Correccional, de modo inmotivado, testarudamente, no reconoció la situación y desacreditó la defensa y las testimoniales que corroboran los dichos de LEVRAND. –

Se refirió al marco temporal de los acontecimientos, pasada la medianoche y con una situación incontrolable, y señaló que los testigos claves no sindicaron que Levrاند se haya llevado mercadería e incluso en el parte no se consignó ninguna intervención de su cliente en las sustracciones.-

Sostuvo que, en definitiva, no hay una construcción lógica, no existe plataforma armoniosa para sostener la acusación, más cuando el Juez termina definiendo a todo esto en un co-dominio funcional, consintiendo que los subalternos de LEVRAND se habrían apoderado de cosas de manera ilegítima, cuestión que no surge de ningún lado en el expediente y esto si que es arbitrario.-

Interesó se revoque la condena y se resuelva la absolución de culpa y cargo de su defendido por ese hecho del año 2003.-

A su turno, el **Dr. ARGUELLO DE LA VEGA**, ratificó en todos sus términos el escrito oportunamente presentado, mantuvo las reservas

efectuadas en el mismo y la solución pretendida para el presente caso, expuso que, sin perjuicio de compartir el análisis efectuado precedentemente por el colega preopinante, resalta que la sentencia es absolutamente arbitraria porque en la misma se utiliza una suerte de cosmética de motivación que se aleja de los elementos probatorios incorporados y por ello es descalificable por arbitrariedad, derivada de una aparente fundamentación y con una incorrecta fragmentación de pruebas.-

Adicionó que el juez de grado descartó absolutamente todo el plexo probatorio presentado por la defensa y sacó del análisis lo que tenía que ver con la prueba documental y pericial, la descartó y en función de ello, emitió la sentencia. Indicó también que la prueba descartada contradice el testimonio brindado por algunos testigos, lo cual no se incluyó en la ponderación sentencial.-

Precisó que el Magistrado tomó sólo a los testigos BREGANT, VILLAVARDE y RAMOS y en función de ello estructuró la culpabilidad de ZAPATA, pero en esa estructura, omitió toda la demás prueba testimonial que lo ubicaba a ZAPATA fuera del lugar del hecho. Criticó los dichos de BREGAN y mencionó que quiso mostrar una visión que no es la correcta, lo cual se explica porque él era el custodio de los bienes, quién cuidó sus espaldas con la versión que aportó.-

Afirmó que ZAPATA se fue del lugar a hacer un adicional, no estaba allí en el horario que refleja BREGANT, tal como lo sostienen todos los demás testigos descartados por el sentenciante. ZAPATA reconoció además, que fue al lugar e hizo cambio de guardia, pero no volvió más a ese sitio.-

Estimó que BREGANT no tenía necesidad de irse del lugar a Jefatura Central a comunicar la novedad y pudo usar la radio para ello; allí se encontró con la oficial ITURRALDE, quien estaba a cargo del Promin, y no le dijo nada, pero en la Jefatura no había superiores y le dejó dicho al cabo de guardia que tenía que comunicar una novedad, lo cual no es cierto porque había un oficial a cargo, el Comisario Mayor PASUTTI, pero no pasó la novedad y volvió al lugar, en un horario distinto al que había estado ZAPATA allí.-

Opinó que BREGANT miente y flaquea porque tenía que cubrirse y no hizo lo que debía hacer. Adujo que VILLAVERDE es mendaz y mentiroso en sus dichos, porque nadie escuchó que Zapata haya dicho por alto parlante "ahora nos vamos a llevar todo"; a eso no lo escuchó nadie.-

Indicó que quedó claro que VILLAVERDE no dijo la verdad porque afirmó haber visto a ZAPATA con CHINCUINI, pero este no era su chofer, tal como se reflejó en el debate; y el otro testigo en el cual el sentenciante apoyó la condena es RAMOS, quien sostuvo haber visto a ZAPATA ingresar por una ventana lateral y sacar mercadería, pero en la audiencia de debate se intentó ubicar la ventana y allí se ve mampostería en ese lugar, siendo imposible entonces que haya ingresado por ahí, máxime que el Juez Correccional al hacer la inspección se encontró con que había rejas, afirmando que no era factible que ingresara por esa ventana, por lo cual determinó arbitrariamente a su juicio que ingresó por la parte de atrás, trasladando a su ingreso al final del galpón, donde si había un hueco realizado por los bomberos para extinguir el incendio.-

Remarcó que no existe ningún elemento de prueba en contra de su asistido y por ello la sentencia es arbitraria al aparentar fundamentación, por vía de fragmentación de evidencias. Peticionó, en síntesis, que se case la sentencia dictada y se reenvíen las actuaciones para que un tribunal competente dicte un nuevo fallo ajustado a derecho y a los elementos de prueba incorporados, manteniendo las reservas efectuadas para concretar futuras impugnaciones extraordinarias.-

El **Dr. BENITEZ** sostuvo todos y cada uno de las manifestaciones del recurso interpuesto por la defensa de grado, ya que en el fallo se valoró erróneamente la prueba, se la fragmentó para hacerla de cargo y por tanto existe arbitrariedad del sentenciante. Indicó además que se violó el principio *in dubio pro reo*, por cuanto, ante la duda o falta de certeza debió aplicar el art. 4 del CPPER, al faltar prueba de cargo suficiente para condenar. Es decir, no hay ningún elemento positivo que produzca certeza sobre el desapoderamiento supuestamente cometido por sus defendidos.-

Puntualizó también que a CHINCUINI se le hizo un allanamiento y no se le encontró nada, mientras a ACHOR se lo condenó sólo porque vio que cerraban la parte trasera de un móvil.-

Se refirió al contexto en que se llevaron a cabo estos hechos y señaló que fueron ilícitos ocurridos durante la crisis más grave del país, cuando todo era un caos, los mandos estaban rotos y no había respeto por nada. Evidentemente se estaba frente a una situación de gravedad extrema, pero lo cierto es que no se demostró con certeza que los imputados fueran los autores del desapoderamiento imputado.-

Manifestó que se puso en duda si el incendio fue intencional y si bien existió un saqueo, no se logró determinar a los autores, mientras quienes debían cuidar la mercadería se convirtieron en jueces y decidieron indicar a los que sacaron o no efectos del lugar.-

Planteó además la violación de la garantía del *non bis in idem*, porque hubo una doble persecución, dado que a los imputados se los sometió a un nuevo juicio. Habló de las deficiencias de la etapa instructoria y agregó que en ella hubo morosidad.-

Sostuvo por último que el tiempo insumido el proceso violó claramente el principio del plazo razonable, porque hace casi diez años que estas personas están sometidas al mismo, con la consecuente mengua de su calidad de vida sin obtener todavía una definición acerca de su situación.-

Interesó como conclusión la nulidad y revisión del fallo criticado por la gravedad de sus defectos y en los términos expuestos en el libelo recursivo.-

El **Dr. RODRIGUEZ ALLENDE** mencionó que omitió señalar el allanamiento negativo de LEVRAND y la requisita practicada con ese mismo resultado, con lo cual completaba sus argumentos defensivos.-

Finalmente, el Procurador General, **Dr. GARCIA**, expresó que los hechos son enormemente graves porque quienes ejercían el rol de protección de los bienes de la sociedad se vieron involucrados como saqueadores en este caso. Todos han reconocido el caos y el saqueo, pero en ese contexto, los funcionarios encomendados expresamente para superarlos y

custodiar las cosas, en vez de hacerlo, se sumaron al tumulto para llevarse las mercaderías; por lo cual no merecen protección en ningún ámbito y deben ser sancionados como corresponde sin contemplaciones.-

Destacó que las defensas en el primer juicio llevaron cinco testigos falsos y ahora sumaron tres, en una actitud deplorable. Remarcó que el imputado LEVRAND tenía el deber de impedir que los riesgos se concreten y ello abona su tesis del encubrimiento institucional que se ha querido llevar adelante.-

Precisó que aquí analizamos sentencias y argumentamos en términos científicos, sin adjetivar sobre los funcionarios, ya que lo que está en discusión es la naturaleza del rol funcional, porque se violó el art.248 del Código Penal de manera grosera: los funcionarios, en vez de custodiar, robaron. No son hechos de propia mano, ésto está descripto en la plataforma fáctica, citó fallos del tribunal sobre congruencia y no compartió el criterio de la sentencia que se modificaría la plataforma con el cambio de calificación. Sin embargo, no hubo recurso sobre este punto.-

Explicó que los funcionarios no necesitaban tomar ellos por propia mano los efectos para ser considerados autores del hurto, ya que se trata -insistió- de un delito funcional y no se podían llevar ni siquiera la mercadería quemada, al no ser esa la función policial. El fallo anulatorio es contundente y el nuevo, es abrumador en relacionar la prueba y arribar a una conclusión inculpativa legítima, sostuvo, para recalcar que los funcionarios tenían el deber positivo de evitar lo ocurrido, pero prefirieron culpar a quienes no se prestaron al juego, existiendo para conseguirlo, durante todos estos años, una enorme presión hacia los testigos.-

Expresó que en el mismo debate LEVRAND declaró y cambió su versión sosteniendo que los del GIA son los autores del hecho, y para ello trajeron a un testigo falso, de apellido RUBIO, pero se pudo determinar que nunca hubo en el galpón juguetes ni pelotas, acreditándose que Levrاند no evitó el saqueo con la alta jerarquía que tenía.-

Afirmó que no es cierto que el juez sentenciante haya tenido en cuenta un solo testimonio, ni tampoco que los dichos de BREGANT

sean mendaces, porque siempre mantuvo su versión respecto a que lo vió a LEVRAND con dos bolsas en la mano y no se desdijo nunca de ello.-

En cuanto a FRANCHESSI, es terrible lo que hizo cuando ITURRALDE lo encaró con decisión y valentía para que no se lleve nada y el imputado la ninguneó, diciéndole "ya está". Aquella se paró con energía y riesgo físico adelante del auto donde aquel llevaba las cosas, pero la defensa tergiverza todo y toma la acusación de la testigo como una inexistente venganza para evitar su contundencia cargosa.-

Destacó que con CHINCUINI y ACHOR pasó lo mismo, porque estamos ante un contexto ilícito, donde hubo una convergencia objetiva, todos concurrieron a la configuración del hecho, concretando una real autoría paralela.-

Por último se refirió a ZAPATA, quien fue reconocido mediante su apodo de "COGOTE" sacando efectos y hasta se comprobó la presencia de restos de mercadería en su automóvil.-

Habló de la alegada e inexistente conculcación del *ne bis in ídem* y afirmó que el "double jeopardy" no se aplica en nuestro sistema con esos alcances por no haber sido receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siendo propio del sistema anglosajón de jurados, donde incluso puede haber nuevo juicio con otros elementos. Aquí se trata de un proceso aún no concluido porque se tramitó la fase impugnativa que se incluye en el mismo después de sancionada la Constitución Nacional de 1994, ya que a partir de la misma y por los tratados internacionales incorporados, en nuestro derecho se reconoce a la víctima y existe un esquema de igualdad de armas, y si no fuera así no habría habido posibilidad de juzgar los delitos de lesa humanidad como se hizo y se sigue haciendo, remitiéndose al fallo anulatorio donde se relata la postura de este Superior Tribunal sobre este tema.-

Solicitó, en definitiva, que se rechacen los recursos incoados y se confirme en todas sus partes la sentencia dictada en autos.-

IV.- Reseñadas así las posturas parciales, corresponde adentrarnos en el análisis del "thema decidendi".-

Liminarmente, debo señalar que la sentencia puesta en crisis exhibe una prolija estructura con base en el análisis pormenorizado del plexo probatorio producido, a partir del cual se ha construido la condena de Levrant, Franchessi, Chincuni, Achor y Zapata.-

En efecto, el sentenciante explica suficientemente que los testigos de cargo "*depusieron al borde de la reticencia y no de la falsedad*", sin que las tachas formuladas por los defensores recurrentes logren desvirtuar el examen integral y positivo de lo versionado por los citados testigos, efectuado con un escrupuloso respeto de las reglas de la lógica, la psicología y demás ciencias y la experiencia y el sentido común, que deben orientar la valoración de las pruebas, habiendo sido respaldados por el resto de las probanzas acopiadas durante el proceso. Por lo tanto, si los dichos de tales personas son verosímiles, no contradictorios y están abonados por un plexo probatorio que permitió arribar a las conclusiones con la certeza requerida en la instancia final del juicio oral y público, como ocurrió en el sub iudice, los mismos resultan plenamente válidos y conservan toda su eficacia como elementos de índole cargosa, más allá que hayan evidenciado ciertas imprecisiones, no fundamentales, derivadas no sólo del tiempo transcurrido (recuérdese que el hecho data del 21 de noviembre de 2003) sino también de la difícil situación de ser acusatorios para quienes eran además de compañeros de trabajo sus superiores jerárquicos en la fuerza policial, con toda la carga emocional que ello implica.-

Además, no debemos olvidar que como corolario de la vigencia del principio de inmediación no resulta revisable en esta instancia casatoria la impresión que la declaración de los testigos durante la audiencia oral le hayan causado al juez inferior, siempre que expliciten las razones tenidas en cuenta para darle crédito, lo cual ha sucedido en el *sub examine*.-

Así lo ha sostenido invariablemente este Tribunal casatorio (cnfr. "AREGUATTI, CARLOS A. – ABUSO SEXUAL CON AC. CARNAL AGR. POR EL PARENTESCO – REC. DE CASACION", sentencia del 26 de septiembre de 2007, "BOURDIN JOSE M. - SALAS LUIS F. S/ ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA APTA Y OTRO - RECURSO DE CASACION", resolución del 2 de marzo

de 2009 y "CACERES, GERÓNIMO E. s/ HOMICIDIO –RECURSO DE CASACION" del 28 de octubre de 2009, entre muchos otros).-

Es que el valor y el grado de credibilidad otorgados a los testimonios rendidos en el juicio oral derivan de su contacto directo con los testigos y es por ello una materia reservada para los jueces de grado, porque las impresiones y vivencias que ellos adquieren en la audiencia oral como consecuencia de su inmediación con la prueba, no pueden ser revisadas por los miembros del Tribunal de Casación, a cuyos miembros justamente les falta ese contacto inmediato e integral con los elementos probatorios, en el cual se sustentan las apreciaciones motivadas del sentenciante de instancia. Por ello, el control casatorio se limita a verificar que el examen desarrollado en la sentencia y la fundamentación resultante satisfagan las exigencias de los principios lógicos y en especial el de razón suficiente, respetándolos en su esencia como formas de expresar el correcto entendimiento humano, lo que se ha cumplido en el *sub judice*, porque el juez justificó y dio a conocer las razones básicas en que apoyó su convicción positiva acerca de la existencia de los hechos, según lo versionado por los testigos de cargo, lo cual no ha podido ser rebatido por las defensas con argumentos suficientes que lo desvirtúen o pongan en situación de duda.-

En similar orientación a la expuesta ha fallado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando al delinear los límites de la revisión casatoria sostuvo que: "(...) *el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable. Que formulada esta teoría, se impone preguntar qué es lo no revisable. Conforme a lo expuesto, **lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación (...)***" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, autos: "Casal, Matías E. y otro", sentencia del 20/09/2005).-

Siendo así, creo oportuno para dotar de mayor especificidad a mi exposición, abordar separadamente la situación procesal de cada uno de los inculcados a fin de contestar los agravios vertidos por las defensas técnicas de **Zapata, Levrant, Franchessi, Chincuni y Achor** y demostrar que el cúmulo de probanzas colectadas en el decurso de este

alongado trámite procesal, justifican suficientemente la decisión condenatoria adoptada.-

IV.1.- En efecto, en lo que respecta a la situación procesal del imputado **Alfredo Ernesto Zapata** es necesario precisar que el judicante basó su decisión en las contundentes declaraciones del Oficial Bregant, quien indicó certeramente que vió en el lugar de los hechos a un oficial, apodado "Cogote", que después supo que era Zapata, quien prestaba servicios en la Comisaría Quinta y llegó a bordo del Móvil 97, el cual ingresó al lugar y se retiró cargado con mercaderías.-

También se erigen como una prueba de indiscutible contenido cargoso los dichos de Villaverde, quien depuso que Zapata llegó en el móvil 97, cree que era una camioneta y por altoparlante dijo "ahora nos vamos a llevar todo", viéndolo después salir por el lateral; que los móviles salían bajitos, como si fueran con carga y que también observó al móvil 181 y a un grupo de unas diez personas que dentro del depósito alumbraran con encendedores, seleccionando cosas y especificó que "*vio cuando cargaban cosas en el móvil de Zapata*". El testigo Ramos afirmó, a su vez, que vió a Zapata ingresar al galpón por un ventanal grande, cree que era la primera ventana de la izquierda mirando desde el frente, a unos treinta metros de donde él estaba (cfr. fs. 2040).-

En punto a lo depuesto por Ramos respecto al lugar por el cual ingresó Zapata al galpón, tal como lo aclaró el sentenciante –luego de confrontar y relacionar dicha declaración con los resultados de la inspección ocular– es la primera ventana a la izquierda pero de la parte del galpón que el PROMIN compartía con la Secretaría de Salud, que estaba derrumbada y lucía ya reconstruida al momento de efectuar la referida inspección, con lo cual las objeciones defensivas quedan sin valor.-

Amén de lo expuesto, el juez de grado desechó las inverosímiles excusas dadas por el encausado, que pretendió avalar su actuación con la presentación de simples copias del libro de guardia, el cual nada prueba acerca de la acusación que pesa en su contra. Asimismo, luce absolutamente extemporánea e infundada la alegación relativa a que, en

realidad, quien se encontraba en el lugar donde se produjeron los desmanes era su hermano.-

IV.2.- Con respecto a la declaración de autoría penalmente responsable del imputado **Reinaldo Edgardo Levrاند**, debo remarcar que tal decisión se encuentra sustentada sobre la base de pruebas de cargo suficientes y concordantes que han logrado revertir el estado de inocencia del que goza todo ciudadano.-

En este sentido, la ponderación de la testimonial de Bregant (*quien depuso que vió a Levrاند llegar al lugar vestido de civil a bordo del móvil 95 de la Comisaría Sexta, que se bajó de la camioneta, no ingresó al galpón y que después se retiró en dicho móvil*); a lo que se suma lo declarado por Iturralde, Villaverde, Balcaza y Ramos- quienes reconocen haber visto al móvil 95 en el lugar de los hechos-, son elementos que confluyen y conducen a desvirtuar las críticas de los impugnantes relativas a que la única prueba en contra de su asistido es la declaración -mendaz, agregan- de Bregant.-

Es útil resaltar que, de manera elocuente, Ramos precisó que el móvil 95 salió del galpón cargado con gran cantidad de mercadería y que Iturralde, en su declaración en sede instructoria, obrante a fs. 31, indicó que Bregant le dijo que había escuchado a Levrاند ordenar a sus dependientes que entren al lugar y saquen la mercadería.-

En este contexto, no puedo obviar referir que durante la audiencia de debate se realizó un careo entre el imputado Levrاند y el testigo Bregant, quien dijo que le surgían dudas, que vió llegar al móvil 95 muchas veces, como todos, y no recuerda si cuando fue el Comisario Levrاند salió con cosas o no, lo cual no tiene la virtualidad desincriminante que le otorga la defensa técnica del acusado, toda vez que -como bien lo dice el sentenciante- Bregant mantuvo su versión respecto a que el móvil 95 entró y salió varias veces del lugar y esto se contrapone con las excusas dadas por Capriotti y Rubio, quienes evidentemente intentaron favorecer la situación procesal de su entonces superior jerárquico y ello lleva a desechar la inverosímil defensa material esbozada por Levrاند, quien pretendió ampararse en las ostensiblemente falsas declaraciones de Capriotti y Rubio.-

Es correcta la conclusión a la que arribó el magistrado de grado respecto a que no hay dudas que Levrant intervino en la sustracción de los elementos que se encontraban acopiados en el galpón del PROMIN siniestrado, aunque no haya sido el autor de la acción material del desapoderamiento ilegítimo, sino que consintió que sus subalternos lo hagan, verificándose así una coautoría funcional, en el sentido de que hubo una división de tareas previamente consensuada y los distintos sujetos realizaron sólo una parte de la acción descrita por el tipo penal infringido, completándose los elementos de la figura por el co-dominio que cada uno tuvo de una porción del acontecimiento, de acuerdo al plan común previamente pergeñado y luego ejecutado.-

Es claro que esa resolución común es lo que permite la recíproca imputación directa de todos los aportantes al hecho ilícito, con prescindencia de la intervención que hubiese tenido de modo concreto cada participante y, por ello, Levrant debe responder como coautor del delito de Hurto Calamitoso.-

IV.3.- Para decidir la situación procesal de **Adelfi Fabián Franchessi** es determinante lo afirmado por la Oficial Iturralde, sobre cuando dijo: "*...ve a Franchessi con dos bolsas grandes tipo consorcio en las manos, ella le dijo que las soltara y él le contestó que se quedara tranquila, que no había problema, cargó todo en el patrullero, que era una camioneta, y ella se paró delante para que no se llevaran las cosas, pero igualmente se fueron...*", situación que también fue observada por Bregant y por González.-

Ello es compatible y se adiciona al hallazgo en el domicilio de Franchessi (fs. 96), al otro día de los desmanes ocurridos en el galpón del PROMIN, de tres paquetes de leche en polvo y cuatro botellas de aceite Indigo, de análogas características a las que se acopiaban en el PROMIN.-

Por otra parte, de manera esclarecedora el magistrado de grado destruyó la artimaña defensiva desplegada por el nombrado y aclaró que la alegada "venganza personal" de Iturralde no tiene asidero porque de la copia simple del sumario interno realizado a la testigo, que presentó en respaldo de su versión, no surge que Franchessi haya sido el secretario de

tales actuaciones y ,además, dicho sumario se sustanció en el año 2006, es decir, casi tres años después del acaecimiento de los hechos objeto de investigación y decisión en estos obrados.-

IV.4.- La declaración de responsabilidad penal del acusado **Francisco Alberto Chincuini** se estructuró sobre el decisivo testimonio del Oficial Bregant, quien declaró que discutió con Chincuini porque se estaba llevando bolsas del lugar y éste le dijo que ya iba a dejar de cargarlas - cfr. fs. 2029 del acta de debate-, aclarando que el móvil que conducía el acusado (Nº 90) fue y vino varias veces del PROMIN.-

Ello fue avalado y reafirmado por los testigos Araujo (quien depuso que vio al móvil nº 90, conducido por Chincuini cargado con productos) y Balcaza, quien expresó que el móvil 90, una camioneta, era cargada con mercaderías y que Bregant intentó detener a los funcionarios que formaban parte de su dotación, siendo terminante al rematar su exposición diciendo que el móvil se retiró del predio "*con la carga hasta el techo*".-

IV.5.- La condena de **Ariel Alejandro Achor** fue resuelta por el magistrado de grado a partir de los irrefutables dichos del Oficial Bregant, quien aseveró que vió al móvil 181 -en el que se encontraba Achor- salir del PROMIN cargado con mercaderías en los asientos de atrás. Además, la oficial Iturralde habló del incumplimiento de sus órdenes por parte de Achor y dijo que tanto éste como Salzmán se fueron hacia adelante a la expectativa de lo que podían llevarse, siendo que a fs. 286 la testigo reconoció que el móvil se encontraba con la parte de atrás chata de la cantidad de cosas que se habían cargado en él.-

También Araujo reforzó la hipótesis acusatoria en contra de Achor y destacó que el móvil 181 en el que se conducía el acusado iba cargado, con la parte de atrás chata.-

En este contexto decididamente comprometedor para el oficial Achor, el judicante, luego de analizar las declaraciones de Salzmán, Pereyra y Degregori, rechazó correctamente la defensa material intentada por el imputado, siendo insuficientes los libros del Comando Radioeléctrico invocados por su asistente técnico para sustentar su coartada.-

IV.6.- No son audibles la tardías y, consecuentemente extemporáneas, quejas de la Dra. Sabella, en orden a la valoración de las declaraciones testimoniales asentadas en el sumario administrativo, ya que esa prueba fue expresa y legítimamente incorporada a los actuados, sin que se haya deducido queja u oposición alguna en la oportunidad procesal respectiva. Ello demuestra que el planteo es absolutamente extemporáneo y entonces es claro que la propia defensa no utilizó oportunamente los remedios que tenía a su alcance a fin de conjurar la supuesta lesión a los intereses que hoy pregona, tornándose el planteo extemporáneo por imperio del art. 173 del C.P.P.E.R.-

Además, no es posible escindir una prueba que ha sido admitida en el proceso y pretender que las partes esenciales de la misma no puedan ser tenidas en cuenta por el juzgador únicamente porque sustenta la hipótesis incriminatoria. En ese sentido carece de asidero la diferenciación que pretende imponer la impugnante respecto a la prueba documental y testimonial, porque no tendría sentido incorporar una prueba documental si no se pueden valorar los actos instrumentados por ese medio, entre ellos las declaraciones testimoniales recepcionadas en el sumario administrativo.-

V.- Como corolario de todo lo hasta aquí expuesto, debo afirmar que la pieza sentencial puesta en crisis es una derivación razonada de la prueba producida con una aplicación irreprochable del derecho vigente, cumpliendo así con lo exigido para la validez de las sentencias por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 238:550), ya que a partir de una ponderación integral y conglobada de los elementos probatorios colectados durante la tramitación, el judicante reconstruyó – sin vicios invalidantes- la plataforma fáctica y en función de ello determinó, de manera lógica y coherente, la coautoría penalmente responsable de Zapata, Levrant, Franchessi, Chincuni y Achor.-

En definitiva, creo que el sentenciante desgranó su razonamiento a partir del integral y correcto análisis del cúmulo de pruebas e indicios unívocos y concordantes, los cuales valorados – tal como se efectuó en la instancia de grado- de manera conjunta, tienen absoluta aptitud para llevar al descubrimiento de la verdad real y permiten arribar al estado de certeza

exigido constitucionalmente para condenar a los perseguidos, ya que luego de su análisis integral, concatenado y conjunto no se puede llegar a una conclusión diferente a la adoptada en el pronunciamiento atacado.-

De todo lo expuesto se colige que resulta inaudible el reclamo de que se absuelva a los encartados por la aplicación del *in dubio pro reo*, porque no se dá en esta hipótesis la situación de paridad de los elementos de índole cargosa con los de descargo para así hacerlo procedente y en el *sub iudice* – tal como surge del análisis efectuado *ut supra*-, no hay duda alguna en el juzgador, quien justificó debida y pluralmente su decisión condenatoria, mediante la explicitación de las razones por las cuales otorgó entidad cargosa a las pruebas rendidas, dando cuenta de cómo obtuvo la certeza positiva necesaria para concluir en tal sentido.-

VI.- Cuadra ahora referirnos a la alegación de la Dra. Sabella acerca de la supuesta conculcación del principio del *non bis in ídem*.-

Es preciso puntualizar que la mentada violación de la garantía constitucional del “*non bis in ídem*” no constituye argumento válido para impedir el doble grado de conocimiento en un mismo proceso por impulso de la acusación, sea oficial o privada, ya que en este proceso no se logró todavía llegar a una sentencia firme que haga aplicable tal prohibición.-

Es que desde la Constitución Nacional de 1994 y los Tratados Internacionales que ella incorporó en el art. 75, inc. 22, el derecho al recurso integra la garantía del debido proceso legal y la defensa en juicio. Por eso la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que:

“...todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma...”(Fallos: 268:266).-

Si bien la Convención Americana de Derechos Humanos – art. 8.2, h)- tiende a proteger a los seres humanos y no al Estado, no prohíbe que este último faculte a impugnar al que, según su normativa interna es el titular genuino de la acción penal y resulta ser el garante de la legalidad en

nombre de la sociedad, según lo expresa el art. 120 de la Constitución Nacional, y se le reconoce en especial respecto de las víctimas del accionar delictivo. Además, en la medida que se resguarde el doble conforme del imputado, aquello no quiebra el principio cardinal de su derecho al recurso, toda vez que los representantes del Ministerio Público Fiscal deben perseguir la correcta imposición del derecho sustantivo y procesal, siendo por ello, que pueden recurrir una resolución judicial que consideren errónea o viciada, es decir, que el recurso se dirige a evitar que sentencias injustas o defectuosas en aspectos esenciales adquieran autoridad de cosa juzgada.-

Ha dicho la jurisprudencia:

" ... estimo aplicable al recurso del Ministerio Público Fiscal lo expuesto por la Corte Interamericana en "Herrera Ulloa" en el sentido que el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior debe permitir el control perseguido antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada, otorgando la posibilidad de evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionan un perjuicio indebido... Entonces el recurso contemplado por el art. 452 inc. 1° del Código Procesal Penal debe ser un remedio eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho, en la medida que el Estado no haya limitado el "ius perseguendi" en los casos en que considere que no revisten suficiente relevancia como para justificar su actuación a través del Ministerio Público Fiscal, la cual muchas veces puede coincidir con el interés de los imputados, ya que su función es la de reconstrucción del orden jurídico alterado (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Arce, Jorge D." Resuelta el 14 de octubre de 1997)... Fuera de la limitación proveniente de la intransferible intermediación de los jueces de grado, la interpretación integradora de los arts. 18 de la Constitución Nacional, 15 de la Constitución Provincial y 452 inc. 1° del Cód. Procesal Penal, **lleva también a estimar aplicable la teoría del agotamiento de la capacidad de revisión, dejando a un lado la limitación del recurso fiscal a las denominadas cuestiones de derecho... el Ministerio Público Fiscal tiene igualmente un derecho**

constitucional (argumento de los art.s 18 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial) a que la revisión del veredicto abarque todos aquellos argumentos en los que descansa la absolución, y la sala no puede nunca dejar de considerarlos, cuando su tratamiento es posible...." (Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala II, autos: "Ministerio Público Fiscal c. L. B., H. J.", sentencia del 18/04/2006).

Es que estamos ante remedios e instrumentos procesales eficaces, que se pueden articular en contra de pronunciamientos que son reputados injustos o defectuosos por viciosidad esencial por alguno de los sujetos intervinientes en la relación procesal. Por ende, no existe óbice constitucional ni legal para que tanto el imputado como los acusadores ataquen la sentencia cuando la misma les cause agravio cierto, es decir que en ella se haya resuelto de manera diferente a sus pretensiones.-

En consecuencia estimo que el recurso de casación, en su nueva formulación y amplitud a partir del caso "Casal" – sent. de la CSJN del 20/09/2005-, reconociéndolo como un recurso amplio que permite la revisión integral de la sentencia, es bilateral e igualitario, ya que no sólo le incumbe al condenado sino también al querellante particular y al Ministerio Público Fiscal, debiendo recordarse que... " *las normas procesales penales deben interpretarse de modo que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías constitucionales, evitando darles un sentido que pone en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efectos...*" - CSJN, autos: "Santillán, Francisco A.", sentencia del 13/08/1998.-

En la orientación expuesta ya se ha pronunciado esta Sala nº 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal *in rebus*: "LENCIONI, LUIS M. s/ HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO Y OTRO - RECURSO DE CASACION", sentencia del 22 de junio de 2009, cuando estableció que: "...el principio "ne bis in idem" cuya violación se invoca, tiene origen en el Derecho Romano, que buscaba impedir que la persona absuelta, "vuelva a ser molestada": "absolutus semel non debet molestari", que "no haya dos veces acción acerca de lo mismo": "bis de eadem re ne sit actio", principio consagrado en nuestro ordenamiento positivo, tanto a nivel provincial, como

*internacional, siendo incluido además, dentro de las garantías implícitas por la Carta Magna Federal...Es claro entonces, que la garantía se expresa en el sentido de impedir que una persona, que ha visto cerrado definitivamente -por sentencia firme que lo absuelva o condene-, un capítulo en su vida, en el cual se lo involucraba en la comisión de un hecho delictivo, pueda ser perseguido nuevamente.Es decir, que la garantía bajo análisis, impide que quien ha sido absuelto o condenado (sentencia firme), pueda tener otro procedimiento por el mismo hecho, inobservancia que debe denunciarse vía excepción de "cosa juzgada" (así: MAIER, Fundamentos de Derecho Procesal, T.I, p. 631, conocida también como "exceptio rei iudicatae", pues la sentencia ha puesto fin a la disputa: "disputatum iudicatum", MANZINI, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. IV, p. 517 y ss.).En esa línea, si el impedimento de una nueva persecución penal encuentra su obstáculo en una excepción de "cosa juzgada", quien pretende esgrimirlo **debe contar en su haber con una sentencia pasada ha autoridad de cosa juzgada...** esta afirmación significa que la resolución, ha quedado "**firme**", que es irrevocable e inimpugnable, cualidad que se adquiere, al no poder ser objeto de recursos; sea porque se ha dejado vencer el plazo sin deducirlo, sea porque se ha desistido del presentado, renunciado al interpuesto o que éste, ha sido rechazado. (cfr. SCHMIDT, Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Proceso Penal, p. 44. p. 157 y ss., MANZINI, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. IV, p. 522)".-*

Consecuentemente, y por las razones expuestas, el planteo debe ser rechazado, por cuanto no cuenta con el sustrato fáctico y jurídico requerido para que el principio esgrimido cobre vigencia y operatividad en el *sub examine*.-

VII.- Finalmente, creo que no es audible por inadmisibles la postura de la Dra. Sabella relativa a que la extensa duración del proceso determine que la pena sea innecesaria y queda abrogada, porque si bien **el derecho de toda persona acusada de un delito a ser juzgada en tiempo razonable y sin dilaciones indebidas** es reconocido en instrumentos internacionales (Art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos) y por la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien ha

determinado que:" *...debe reputarse incluido en la garantía de defensa en juicio consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado de obtener – luego de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal*" – causa "Mattei", sent. del 29/11/1968, Fallos, 272:188-, postura ésta que fue reiterada y precisada en los precedentes: "Mozzatti", sent. del 17/10/78, Fallos, 300:1102; "Barra", sent. del 9/3/2004, Fallos: 327:327; "Santander", sent. del 28/10/08, Fallos, 331:2319 e "Ibañez", sent. del 11/08/2009, Fallos, 159:44 entre otros-, no es cierto que la duración de este proceso haya implicado violación inaceptable de ese derecho, teniendo en cuenta las vicisitudes y complejidades que se han suscitado durante su tramitación, muchas veces provocadas y/o aceptadas por las defensas en ejercicio de su actividad.-

Por ende, no hay aquí una clara e indiscutida afectación de la garantía a ser juzgado en un plazo razonable que lleve a admitir la impunidad de los delitos endilgados o que se constituya en una suerte de eximente de pena por innecesariedad, no establecida en el Código Penal.-

Por lo demás, las sanciones seleccionadas para los encausados son adecuadas y proporcionales a la magnitud de los injustos y a la culpabilidad acerditadas, sin existir vicios o defectos invalidantes, por lo cual merecen confirmación en esta instancia de control.-

En virtud de todo ello, concluyo

VIII.- Todas las razones propiciando el rechazo de los embates casatorios y que se confirme el pronunciamiento puesto en crisis.-

Así voto.-

A su turno, la señora Vocal, **Dra. MEDINA de RIZZO**, dijo:

I.- Resumidos los antecedentes del caso por el Sr. Vocal del primer voto, a los cuales me remito *brevitatis causae*, ingreso directamente

al tratamiento de la cuestión y adelanto que disiento con la solución que mi distinguido colega propicia.-

II.- En tal sentido, entiendo pertinente efectuar algunas consideraciones.-

La primera de ellas refiere a que la doble instancia judicial resulta la forma adecuada para el mejor resguardo de los derechos de quienes se hallan sometidos a restricciones a su libertad, adecuándose al principio plasmado en la Convención Americana de Derechos Humanos que asegura como garantía mínima el derecho a recurrir ante un tribunal superior.-

En esa misma línea de razonamiento es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Casal...", sentencia del 20/09/2005, sostuvo, que *"todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia para que un Tribunal Superior revise los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho, con el único límite de los que están ligados a la inmediación"*.-

Ahora bien: tal concepción, que ha eliminado en nuestro derecho procesal penal el principio de la instancia única, transformando el recurso de casación en una verdadera apelación, que obliga a revisar incluso la valoración de cuestiones de hecho y prueba, sólo puede, en mi concepto y tal como se encuentra preceptuado normativamente y receptado jurisprudencialmente, admitirse como un derecho del condenado.

Es en esta tesitura que coincido con el fallo que se recurre, en cuanto a que no resulta cuestión controvertida que el día 20 de noviembre de 2003 se desató un incendio, en un galpón sito en calle Croacia, zona de Bajada Grande de esta ciudad de Paraná, que funcionaba como depósito de alimentos, prendas de vestir y calzado, pertenecientes al programa estatal denominado "PROMIN", compartido con la Secretaría de Salud de la Provincia; y que gran parte de la mercadería se perdió por acción del fuego; y otra parte se salvó y fue embolsada por los empleados del PROMIN; que la Policía de Entre Ríos era la encargada de custodiar el lugar; que los únicos vehículos que ingresaban al predio en el momento del hecho eran de la citada fuerza; que algunos de dichos móviles salían del lugar cargados de mercaderías y que, al

momento de trasladar las pocas cosas que se salvaron del fuego y los posteriores saqueos a un galpón de la zona del viejo obrador del Túnel Subfluvial, el faltante de las bolsas era notoriamente alarmante.-

También acuerdo en que nadie vio ingresar cargados a los móviles policiales y que sí coinciden los testigos en que **salían cargados; y es un hecho irrefutable**, no sólo en lo atinente a que existió el saqueo, sino que el mismo fue realizado por personal policial.

Consecuentemente con ello, coincido con el Sr. Procurador General, en cuanto a que nos encontramos frente a un hecho de enorme gravedad. Ello, en razón de que, quienes ejercen el rol de protección de los bienes de la sociedad se encuentren involucrados en este caso; esto es: que los funcionarios estatales, expresamente encomendados para ejercer la custodia del lugar afectado por una circunstancia calamitosa, probablemente intencional, en lugar de vigilar y evitar la comisión de delitos, sean precisamente quienes los cometan, hurtando la mercadería salvada del incendio.-

Pero no por ello he de perder de vista que gran cantidad de agentes y funcionarios policiales se sucedieron durante esa noche y madrugada en el lugar de los hechos, a punto tal que el juez sentenciante adelanta su convencimiento respecto de que *"la cantidad enorme de mercadería sustraída del lugar debió necesariamente contar con el concurso de un número más elevado de partícipes"* y que los hechos ocurrieron *"en el contexto de un verdadero caos donde los mandos jerárquicos estaban rotos y no se respetaban, donde se podía ver entre la penumbra las siluetas de funcionarios policiales hurgando allí donde no deberían hacerlo"* y *"los móviles policiales salían cargados de mercaderías, en algunos casos, hasta el techo"* y quienes afirman no haber participado *"nada podían hacer frente a semejante desmadre, pues, lo único que quedaba era utilizar sus armas frente a sus propios camaradas devenidos en saqueadores"* (fallo del Sr. Juez Correccional, fs. 2073 vta.).-

Es decir conforme se reconoce en el fallo, cuya parte pertinente extracto, esas eran las circunstancias de tiempo y lugar en que se

produjo la sustracción de mercaderías, reitero "...donde se podía ver entre la penumbra las siluetas de funcionarios policiales hurgando allí donde no deberían hacerlo..." y donde el desorden generalizado reconocido por el propio juez *a quo*, hacía difícil atribuir responsabilidades individuales.-

Es de allí que explico, no es que sostenga que el delito - saqueo- no se haya cometido, sino que el gran número de partícipes, la confusión reinante, el desorden generalizado, la oscuridad y demás elementos contextuales que se han señalado a lo largo del debate y en esta instancia, impiden conocer a ciencia cierta el desarrollo de los acontecimientos y el deslinde de responsabilidades, en tanto no se trata de un delito cometido por múltiples actores, donde exista "presunción de autoría" en todos los partícipes, como podría ser el caso del art. 95 del Código Penal, sino que resulta necesario especificar y señalar concretamente la conducta típica, antijurídica y culpable, desplegada por cada uno de los imputados.-

La defensa de todos los encartados resalta la insuficiencia de las pruebas en las que se apoya el fallo condenatorio, y coincido con tal apreciación conforme a las siguientes consideraciones.-

Los testigos de cargo más importantes resultan ser Bregant e Iturralde.-

El primero flaquea en el careo con Levrand (acta de debate, fs. 2050 vta.), al señalar que "los móviles aparecían muchas veces, **no recuerda** cuantas veces fue el móvil del imputado". Es posible que se haya confundido, en tanto "**no recuerda** si cuando fue el Comisario Levrand, salió con cosas o no" (el resaltado me pertenece). El defensor hizo particular hincapié en que en el allanamiento a Levrand no se encontraron elementos, es decir resultó negativo.-

Por su parte, interpreto que la rueda de reconocimiento, tal como se sustanciara, preguntando a Bregant respecto de "la persona que, según sus dichos, iba vestido de civil en el interior del móvil 95, y que al preguntarle a un policía de su pelotón de quién se trataba dicha persona, éste le manifestó que era el Comisario Levrand" (fs. 129), sólo arroja que Bregant reconoció a Levrand, y que éste se encontraba en el lugar, lo que no fue

desmentido por el nombrado, (más aún, lo ubica dentro del móvil 95), pero no aporta nada en cuanto a la autoría del delito que se le imputa, lo que, sumado a la duda puesta de manifiesto en el careo que se suscitara en el debate, hace perder fuerza convictiva a tal elemento.

Continuando con el examen de los dichos del testigo Bregant, *"En Instrucción también hizo una distinción entre la mercadería de afuera, que estaba rota, y la de adentro que estaba sana, y que advirtió a los policías que entraron por las ventanas del galpón que no podían sacar esta última"* (fs. 2029 vta.). Ahora bien, la responsable administrativa del lugar, Sra. Pereyra, expuso que *"las rejas estaban antes del incendio y quedaron después, con los vidrios rotos"* (fs. 2033), lo que fue corroborado con la inspección judicial, al constatarse que *"a ambos costados hay ventanas con barrotes horizontales"*, y ante el requerimiento judicial, respondió que en esa época se encontraban igual, *"aclarando que tenían rejas como las que actualmente se observan en las que están en la pared del otro lado del galpón, que son de tipo malla cima. Indica que aquellas rejas estaban en su lugar al día siguiente al hecho aunque cree que los bomberos las rompieron para entrar, y que los vidrios estaban rotos"* (fs. 2048). Ahora bien, si se encontraban las rejas o la malla cima al día siguiente ¿cómo ingresaban por las ventanas los oficiales (que tampoco se individualizan) al interior del galpón? sin que baste para dar respuesta a ello la mera conjetura de Pereyra, respecto a que *"cree que los bomberos las rompieron para entrar"*, pero sin explicar la imposibilidad de ello ante los vidrios rotos que allí se encontraban.

Párrafo aparte merece la retirada de Bregant del lugar, por dos motivos: el primero, porque no se explica el motivo por el cual no empleó la frecuencia privada que tenía a su disposición para no ser escuchado por los demás agentes de la fuerza y sólo receptado por la guardia del GIA en la Jefatura Central. El segundo, en cuanto a que, al llegar a la Jefatura Central, no encontró a ningún oficial, lo cual fue desmentido por los registros del día, en los que consta que se hallaba el comisario general Pasutti a cargo de la Dirección de Operaciones. Tales inconsistencias no fueron debidamente sopesadas en la instancia inferior (cfr. fs. 983/984), pero sí cabe hacerlo aquí.-

Por lo demás cabe destacar la conclusión del juez -fs. 2079-, en cuanto a que Levrant "*no actuó de propia mano*", sino "*consintiendo ostensiblemente el accionar de sus subalternos*", en la que no se precisa a partir de qué prueba arriba a sostener ello, siendo que se contradice con su anterior afirmación, en cuanto a que los hechos ocurrieron "*en el contexto de un verdadero caos, donde los mandos jerárquicos estaban rotos y no se respetaban*".

La testigo Iturralde (acta de debate, fs. 2031 vta.), refiere que la mujer que cuidaba el local les dijo que las cosas que los bomberos habían sacado "*se podían llevar*", y "*No tiene claro si la mercadería que sacaba Franchessi era la que se podía llevar o no*". Si bien es cierto, y tal como lo señala el Ministerio Público en esta instancia (audiencia de fecha 1/10/12), que los oficiales no podían retirar ningún elemento del lugar, estuviere o no afectado por las llamas del incendio, también lo es que, en el marco de lo acontecido, cabía contemplar que el agente hubiere incurrido en un error justificable ante la autorización que, según se dijo, había dado la misma responsable administrativa del lugar, según dichos de Bregant (fs. 2029 y vta.) y la propia Iturralde (esta mujer había dicho algo como que las cosas que estaban tiradas afuera, al costado, que los bomberos habían sacado durante el día, se podían llevar) -fs. 2031 vta.-. En ese marco, y dando por ciertos los dichos de Iturralde, tampoco se desprende el contenido de tales "bolsas grandes tipo consorcio" (fs. 2031 vta.), por lo que no se puede desentrañar si era mercadería quemada o intacta. Así lo manifiesta la misma testigo, en cuanto a que "no tenía en claro si la mercadería que se llevaba Franchessi era la de la que se podía llevar o no", siendo también indeterminada la declaración de González, quien dijo haber presenciado la reyerta con Bregant, y que Franchessi portaba "algo en sus manos, no recordando si eran bolsas o algo armado" (fs. 2080 vta.). Cabe la duda razonable en este aspecto.-

El juez absuelve, por el beneficio de la duda (fs. 2084) a uno de los imputados, Acevedo, dejando de lado un fuerte indicio en su contra, como es el allanamiento en su domicilio, en el que se encuentran dos pares de zapatillas de la misma marca de las que existía en el depósito.-

Tal razonamiento deviene arbitrario pues tal situación de duda debió ser utilizada respecto a los otros imputados condenados -Levrant y Chincuini- cuyos allanamientos dieran resultado negativo. Respecto a Chincuini, el testigo Villaverde expresó en el debate que *"no puede decir que Chincuini cargara cosas. No pudo ver los ocupantes del móvil 90"*, en el que lo había visto antes, y a quien conoce *"de Casa de Gobierno"* (fs. 2038). Aún más, entiendo que se podría dar por acreditado, en su caso, un altercado entre Chincuini y Bregant, pero en ningún momento se ubica al imputado dentro del móvil 90 al retirarse del lugar con la mercadería, o cargando éstas al mismo.-

A Zapata se lo condena porque el testigo Villaverde, dice que gritó por un parlante *"ahora nos vamos a llevar todo"*, hecho inverosímil, además de **no haber sido escuchado por ningún otro testigo**, pese a la gran cantidad de personal que se encontraba en el lugar. Nótese en este punto la ilogicidad del razonamiento del juez que estima valioso tal testimonio en virtud *"que ningún testigo lo desmintió"* (fs. 2083 vta.). Por ello es que no puede darse por cierto un hecho que no fue corroborado por ningún testigo.-

El mismo testigo Villaverde expuso que *"Zapata y Levrant no entraron al galpón, no pudo ver quiénes eran los funcionarios que iban con ellos"* (fs. 2037 vta.).-

Sobre el mismo imputado cabe referirse particularmente a la inferencia que hace el Sr. Juez Correccional, en cuanto a la ubicación de la ventana por la que el testigo Ramos vio a Zapata ingresar al galpón del PROMIN, indicando *"que creía que se trataba de la primera a la izquierda desde la puerta de ingreso"*, y ello lo percibió *"desde la puerta"*, cambiándolo luego al expresar que fue *"cuando estaba haciendo una recorrida por el galpón con otro funcionario"*. Sin embargo, surge de la inspección judicial (fs. 2074 vta.) que por esa ventana no podía ingresar ninguna persona, *"no sólo por sus dimensiones, sino también por los vidrios rotos que, como puñales, quedaron luego del fuego"* (fs. 2084). Dicho esto, el sentenciante invierte la referencia empleada por el testigo y sostiene que la ventana en cuestión es *"la primera a la izquierda, pero de la parte del galpón que el PROMIN compartía con la*

Secretaría de Salud", esto es, nada menos que la última desde el lugar en que el declarante se encontraba para señalar el número ordinal (primera de la izquierda, siempre visto desde el frente del galpón que da a la calle (ver "Croquis referencial del lugar del hecho" obrante a fs. 9).-

Al imputado Achor, lo condena porque dicen haberlo visto "cerrando el baúl", pese a que *"Iturrealde no ve a Achor cargar nada en el móvil"* (fs. 2082 y vta.), sólo que se encontraba con la parte trasera chata. Por su parte, el testigo Bregant expuso que *"cuando mencionó la parte de atrás del móvil 181 se refirió a los asientos traseros"* (fs. 2030 vta.), es decir, no al baúl, agregando que *"no vio que Achor cargara mercadería, y no conoce a Salzman"*. *"No sabe qué mercadería se llevaron, había gente por todos lados que revisaba los montones de cosas quemadas de afuera y la de adentro"* (fs. 2032 vta.), lo cual indica la presencia de "gente" que no formaba parte de la fuerza policial.-

Ahora bien, en el móvil 181 se encontraban Achor y Salzman, que cubría al compañero del primero.-

El testigo Mendoza expresa que dicho móvil no estuvo todo el día en el galpón sino que estuvo en un punto de parada en un supermercado, porque la Comisión de Amigos había conseguido agregar la cena al racionamiento que recibían. El Supermercado Stock era socio de la Comisión de Amigos y hacía esa provista. Reseñó que *"más de una vez él autorizó a buscar mercadería con móviles del Comando"* (fs. 2041). Ello corrobora lo expresado por el mismo imputado (fs. 2028 vta.). Lo llamativo es que, encontrándose con Salzman al custodiar la parte trasera del galpón, según lo instruyera Iturrealde, a este último no se le sostuviera la acusación en su contra, mas sí respecto de Achor, pese a que estuvieran en todo momento juntos y, cuando se retirara sin avisar a la agente a cargo, Iturrealde, (y ello, en todo caso, podría revestir una falta en el proceder policial pero no dar motivos para inferir la comisión de semejante delito como el que se le endilga), era para cumplir la directiva de llevarlo a Salzman a la Jefatura Central, en la que se encuentra con su compañero Degregori, para no volver luego al lugar de los hechos.-

Las pericias que detectan en el móvil 97 "*granos de arroz, restos de harina de maíz y un pedazo de papel que podría llegar a ser parte de un envoltorio de un medicamento*", y "*granos de arroz*" en el móvil 181 (fs. 152), **sólo demuestran eso: que había "restos"**, no quién los hubiese cargado. El mismo juez *a quo* estima que, a su entender, "*algunos vehículos entraban y salían del lugar con diferente dotación de hombres en un descontrol absoluto y un frenesí de saqueo increíble*" (fs. 2084); por lo que cabe la duda respecto a que el móvil asignado a cada agente, en efecto, hubiera sido empleado por su responsable para perpetrar el hecho que se investiga. Más aún, según fuera consignado, el móvil 181 se había empleado en reiteradas oportunidades para el traslado de mercadería destinada al almuerzo de los agentes de la comisaría (fs. 2028 vta. y 2041), motivo más razonable para que se alojen "*granos de arroz en el compartimiento (sic) del baúl debajo de la alfombra*" (fs. 152), sumado a que no fue identificado el tipo de grano de arroz ya que no existían "*muestras testigo del arroz existente en el momento de producirse el hecho*" (fs. 703). Otra vez se vislumbra la duda, lo cual indica la falta del necesario convencimiento por parte del juez.-

Lógico es que se vislumbre esta duda porque se reconoció que todos los encartados se encontraban en el predio en el cual sucedieron los hechos, pero de las pruebas colectadas no surge fehacientemente acreditado que ellos hayan intervenido en la comisión del delito que se investiga, puesto que las pruebas antes valoradas carecen de la contundencia necesaria, certeza positiva necesaria, para destruir el estado de inocencia del que goza toda persona y condenar a los inculpados.-

Como lo reseñara *ut supra*, la sentencia en revisión absuelve a Acevedo (cfr. fs 2084vta) y para ello se funda en la existencia de serias y razonables dudas en torno a la participación de este en el hurto calamitoso que se le imputa (art. 163, inc. 2º del Cód. Penal), lo que también acontece, a mi entender, y tal como lo he puntualizado precedentemente, con el resto de los imputados, debiendo por ello y por imperio del beneficio de la duda consagrado en el art. 4º del Cód. Proc. Penal, arribar a la misma conclusión, respectos de los demás encartados.-

Por ende, no cabe mas que reivindicar -una vez más- lo que ya es pacífica doctrina casatoria sostenida por esta Sala *ad quem*, respecto a que sólo procede la aplicación del mentado principio constitucional cuando -al término del debate oral- existe una paridad entre los elementos de cargo y los de descargo que impiden al sentenciante arribar a un juicio de certeza positivo o negativo acerca de materialidad del hecho o la participación de los imputados en él, siendo aquél una derivación del estado jurídico de inocencia establecido en la Constitución Nacional (cfr. Sala Nº 1 del S.T.J.E.R., in re "SOTO, Juan A. - Robo simple RECURSO DE CASACION", sentencia del 13/07/01, "BOSCH, MARIA R.V. - DESOBEDIENCIA y OMISION de los deberes del oficio - REC. de CASACION", sentencia del 27/08/07, AREGUATTI, CARLOS A. - ABUSO SEXUAL CON AC. CARNAL AGR. POR EL PARENTESCO - REC. DE CASACION sentencia del 26/09/07, VILCHES, OSMAR S/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO Y OTROS - RECURSO DE CASACION", resolución del 6 de agosto de 2008, "ROMERO, CARLOS OSCAR - PORTACION DE ARMA DE USO CIVIL Y SUS ACUMULADAS - RECURSO DE CASACION", pronunciamiento del 22 de septiembre de 2008, "CACERES, GERÓNIMO E. s/ HOMICIDIO - RECURSO DE CASACION" del 28/10/09 y "ROMANUTTI, GUSTAVO MATIAS - ABUSO DE ARMA y TENTATIVA DE HOMICIDIO - RECURSO DE CASACION", resolución del 17 de febrero de 2010).-

En definitiva y conforme a lo antes expuesto, queda evidenciado que el sentenciante efectuó un análisis parcial y sesgado del -ya insuficiente- plexo probatorio acopiado a lo largo del trámite procesal, con censurables omisiones, incurriendo en errónea valoración de la prueba, puesto que la misma fue direccionada para justificar su convicción respecto a la materialidad de los hechos y a la autoría responsable de los imputados.-

Por todo ello y siendo que el fallo en examen no ha cumplido con los parámetros fijados para su validez, no puede ser mantenido como un acto jurisdiccional válido para sustentar la condena impuesta; en razón a lo cual soy de opinión que debe hacerse lugar al recurso deducido por los señores defensores, casar la sentencia y absolver de culpa y cargo a los imputados recurrentes.-

Así voto.-

El señor Vocal, **Dr. SALDUNA**, a la cuestión propuesta, dijo:

I.- Remitiéndome a la reseña de los antecedentes de la causa desarrollada por el Sr. Vocal de primer voto, cabe adentrarme a otorgar debida respuesta a la cuestión planteada.-

En tal sentido, entiendo pertinente efectuar algunas consideraciones en lo referente al reiteradamente invocado por las partes, principio "non bis in idem".-

Al introducirse en la reforma constitucional de 1994 el actual art. 75, inc. 22), que otorga jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, adquiere vigencia a tal nivel el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece en su art. 14, inc. 5, "*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescripto por la ley*". Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San Jose de Costa Rica), que comparte idéntica jerarquía normativa, en su art. 8º determina el derecho de toda persona inculpada de un delito a "*h) recurrir el fallo ante juez o tribunal competente*".-

En sintonía con tales principios, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó el fallo en la causa "Herrera Ulloa..." de julio de 2004, según el cual, el condenado por un delito tiene derecho a que su sentencia sea revisada en una instancia superior, "*a través de un procedimiento ágil y expeditivo*".-

En lo que hace a nuestro país, la cuestión ha sido contemplada en el famoso precedente "Casal..." (CSJN, Fallos 20/09/2005), expresando que "*todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia para que un Tribunal Superior revise los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho, con el único límite de los que están ligados a la inmediatez*". Ahora bien: tal concepción, que ha eliminado en nuestro derecho procesal penal el principio de la instancia única, transformando el recurso de casación en una verdadera apelación, que obliga a revisar incluso la valoración

de cuestiones de hecho y prueba, sólo puede, en mi concepto y tal como se encuentra preceptuado normativamente y receptado jurisprudencialmente, admitirse como un derecho del condenado.-

No otra cosa cabe inferir de los propios términos de las normas citadas, que hablan de la persona "declarada culpable de un delito" y del "condenado". No puede extenderse la interpretación al caso de una sentencia "absolutoria", que, recurrida, puede terminar en condena, porque, en tal caso, resultaría que estaríamos aplicando una norma procesal penal más gravosa, en perjuicio del imputado. Lo cual vulnera los más elementales principios del derecho en la materia. Téngase en cuenta además, que el fallo de la Corte Interamericana en citada causa "Herrera Ulloa" habla de "un procedimiento ágil y expeditivo", en beneficio del acusado, lo cual no se compatibiliza en forma alguna, con un alongado trámite como el que se imprimiera, por diversas razones, a la causa presente, que cuenta ya con más de nueve años.-

Es de destacar que la CSJN, en el fallo "Arce...", sentencia del 14/10/1997 (Fallos 320:2145), ha dejado bien en claro que la garantía constitucional del doble conforme o doble instancia (derecho a obtener una revisión, por parte de otro tribunal distinto al interviniente, respecto a las decisiones judiciales más importantes que se adopten durante la tramitación de una causa penal, de manera tal de que ésa sólo pueda continuar, e inclusive -en lo que ya resulta ser la cuestión más importante- condenar, únicamente cuando dos judicaturas distintas estén de acuerdo sobre lo que debe decidirse; garantía que resguarda sólo al imputado -arts. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCyP-, aunque la querrela también tiene un derecho al recurso, pero fundado en la tutela judicial efectiva o garantía de acceso a la jurisdicción -art. 25.1 de la CADH-, tal y como lo sostuvo la misma CSJN en la causa "Juri") no ampara ni beneficia a los Estados, ya que, como es sabido, los tratados de DDHH deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano, como tal.-

Sin perjuicio de ello, la CSJN en otro precedente posterior, concretamente el caso "Gorriarán Merlo...", sentencia del 19/10/1999 (Fallos

322:2488, consideró, al ratificar dicho criterio, que sin perjuicio de ello, el legislador, si lo considera necesario, puede conceder igual derecho (o sea, el de recurrir) al Ministerio Público Fiscal (MPF), más allá de que no se encuentre amparado por una norma con rango constitucional (ver el punto 1.2.4 de dicho fallo). En la causa "Sandoval..." sentencia del 30/8/10, (voto del Dr. Zaffaroni), la Corte pareciera haber retomado el criterio en cuanto a que, al dictarse una sentencia absolutoria, el Estado pierde la oportunidad de someter al imputado a un nuevo juicio. Sin embargo, como en definitiva, los Tratados de Derechos Humanos contemplan también los derechos de la víctima del delito, la jurisprudencia se ha ido inclinando a admitir la posibilidad recursoria del querellante particular.-

Es de hacer notar que los pronunciamientos de la Corte Suprema citados por la Sala Penal en fundamento de la nulidad del fallo absolutorio del Dr. Malatesta (sentencia del 02/05/2011), esto es, las causas "Martínez Juan..." (CSJN Fallos: 329:2450); y "Rodríguez, Lisandro..." (CSJN Fallos 330:4841), y que se mencionan como de la "parte acusatoria", son recursos interpuestos, en el caso, por la querrela y no por el Ministerio Público, como resultó ser en el caso. No obstante lo expuesto, y dejando de lado las diferencias doctrinarias, debo por fuerza, coincidir con los fundamentos expuestos en el fallo a fs. 2067, en cuanto a que, ante la falta de cuestionamiento, tanto del defensor oficial como de los abogados particulares, pudiendo impugnarlo, consintieron el recurso de casación interpuesto y la sentencia nulificante, como la bajada del expediente y el dictado de la nueva sentencia, hacen adquirir firmeza a tales actuaciones, impidiendo volver sobre las mismas.-

II.- Por lo expuesto, en sintonía con el voto que me precede, voy a pronunciarme por desechar el referido obstáculo procesal, e introducirme en el meollo de la cuestión.

Al respecto, coincido con el voto de la Sra. Vocal que me precede, en cuanto a que las circunstancias de tiempo, lugar y modo que, según se desprende de estos autos, contextualizaron los hechos -esto es, la nocturnidad, la gran cantidad de personas que se encontraban en el lugar, lo

confuso de la situación, el clima social e institucional que se vivía, etcétera-, y, sobre todo la endeblez y contradicción de las pruebas aportadas, que tornan sumamente difícil deslindar responsabilidades personales.-

Me viene a la memoria, porque se aplica al caso, la frase lapidaria de Bertrand Russell, relativa a aquellos momentos en que faltan o se descontrolan los resortes sociales "(...) en un campamento minero durante la fiebre del oro o en cualquier comunidad desordenada, roba casi todo el mundo" (Russell, Bertrand, "Porque no soy cristiano", Ed. Edhasa, 2009, p. 296). Sin llegar al extremo de "comunidad desordenada" figurada por el gran filósofo inglés, convengamos que la situación de crisis social y económica general, cuyo pico máximo se produjo en fines de 2001 y primeros meses de 2002, aún mostraba secuelas al momento de los hechos. Las reseña adecuadamente el Sr. Defensor General en el marco de la audiencia de casación (acta de fecha 01/10/2012), y las reconoce el fallo cuestionado. Ellas conforman el contexto anormal que necesariamente debe tenerse presente. No para justificar la conducta de los intervinientes, pero sí para ubicarnos más adecuadamente en las circunstancias de tiempo y lugar, y comprender mejor lo ocurrido.-

De alguna manera lo reconoce el Ministerio Público, al expresar gráficamente que se trata de una especie de "Fuenteovejuna al revés". Aunque en este caso, la acción colectiva no fuere, como en aquella obra de la literatura clásica, la de una comunidad para hacerse justicia por mano propia, sino para cometer un delito, la similitud surge de la circunstancia que, en el desorden generalizado reconocido por el propio juez a quo, resulta difícil atribuir las responsabilidades individuales. En esta tarea, debo coincidir con el pleanteo de la defensa, en lo que hace a la debilidad e insuficiencia de las pruebas en las que se apoya el fallo condenatorio.-

Haciendo propio y dando por reproducido el acertado análisis de los elementos probatorios que realiza la Sra. Vocal preopinante, y ya que el Ministerio Público ha hecho referencia a "Fuenteovejuna", vale citar un párrafo del inmortal poema de Lope de Vega, que bien puede aplicarse al sub case, "haciendo averiguación/ del cometido delito/ ni una sola línea se ha escrito/ que sirva en comprobación".-

Como consecuencia, habida cuenta de la imposibilidad que nos muestra el cuadro probatorio para deslindar clara, concreta y precisamente la responsabilidad o responsabilidades individuales, resultando imposible, por obvias razones, una condena genérica a la totalidad de los partícipes, debemos volver a "Fuenteovejuna": al no poder determinarse el culpable, el Inquisidor aconseja al Rey: Pues que tan mal se acomoda/el poderlo averiguar/ o tendreis que perdonar,/ o matar la villa toda"). -

Traspolando al caso, la absolución de los imputados se presenta como la única fórmula posible.-

Por lo expuesto, más los argumentos del voto que me precede en cuanto resulten compatibles, adhiero a la solución que propicia la Dra. Medina de Rizzo.-

Así voto.-

A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA, EL SR.

VOCAL DR. CHIARA DIAZ, DIJO:

Atento al resultado arribado por la mayoría, las costas de ambas instancias deben ser declaradas de oficio (arts. 547, 548 y ccdtes. del C.P.P.), sin perjuicio de los honorarios profesionales de los letrados particulares intervinientes, los que serán a exclusivo cargo de sus representados.-

La lectura íntegra de la sentencia, según lo dispuesto en los arts.407 y 484 del C.P.P., y el organigrama de tareas de la Sala N° 1 del S.T.J.E.R., cabe concretarla el **22 de octubre de 2012 a las 12.45 horas.-**

Tal es mi voto.-

La señora Vocal, **Dra. MEDINA De RIZZO**, dijo:

Adhiero al voto del Dr. Chiara Díaz.-

El señor Vocal, **Dr. SALDUNA**, a la cuestión propuesta, dijo:

Que, existiendo coincidencia de los señores Vocales que me preceden en la votación, hago uso de la facultad de abstención que me confiere el art. 33, última parte, de la L.O.P.J. *-texto según Ley N° 9234-.-*

Con lo cual se dio por terminado el acto, quedando acordada, **por mayoría**, la siguiente **sentencia**:

CARLOS A. CHIARA DIAZ

(en disidencia)

SUSANA MEDINA DE RIZZO

BERNARDO I. SALDUNA

SENTENCIA:

PARANA, 22 de octubre de 2012

Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede, **y por mayoría**,

SE RESUELVE:

I.- HACER LUGAR a los recursos de casación articulados a fs. 2094/2108, 2109/2128, 2129/2145 y 2147/2154 contra la sentencia dictada a fs. 2066/2087 vta., y, en consecuencia, **REVOCAR** los puntos **I.-, III.-, IV.-, V.-, VI.-, VII.- y X.-**, **CONFIRMANDOSE** respecto de los puntos **II.-, VIII.- y IX.-**.

II.- ABSOLVER de culpa y cargo a REINALDO EDGARDO LEVRAND, ADELFI FABIAN FRANCHESI y ALFREDO

ERNESTO ZAPATA -cuyos demás datos filiatorios obran en autos- del delito de **HURTO CALIFICADO -calamitoso-** por el cual fueran condenados a la pena de DOS AÑOS DE PRISION DE EJECUCION CONDICIONAL -arts.163, inc.2º, 20 bis, 26, 40, 41 del Cód.Penal, y 410 del CPPER-.

III.- ABSOLVER de culpa y cargo a **FRANCISCO ALBERTO CHINCUINI** y **ARIEL ALEJANDRO ACHOR** -cuyos demás datos de filiación obran en autos- del delito de **HURTO CALIFICADO -calamitoso-** por el que resultaron condenados a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISION DE EJECUCION CONDICIONAL -arts.163, inc.2º, 20 bis, 26, 40, 41 del Cód.Penal, y 410 del CPPER-

IV.- IMPONER las costas de ambas instancias de oficio (*arts.547, 548 y ccdtes. del CPPER.*), sin perjuicio de los honorarios profesionales de los letrados particulares intervinientes, los que serán a exclusivo cargo de sus representados.-

V.- FIJAR la audiencia del día **22 de octubre de 2012 a las 12:45 horas** para la lectura íntegra de la sentencia.-

Protocolícese, notifíquese, y en estado, bajen.-

CARLOS A. CHIARA DIAZ
(*en disidencia*)

SUSANA MEDINA DE RIZZO

BERNARDO I. SALDUNA

Ante mí:

Rubén A. Chaia
- Secretario -

Se protocolizo.- CONSTE.-

Rubén A. Chaia
- Secretario -