

RECURSO DE CASACIÓN PENAL - REINCIDENCIA - FLEXIBILIZACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DE LA REINCIDENCIA-GARANTÍA CONSTITUCIONAL NE BIS IN IDEM - PRINCIPIO DE CULPABILIDAD-PROPÓSITOS RESOCIALIZADORES-DERECHO PENAL DE ACTO - PROYECCIÓN EN LA INDIVIDUALIZACIÓN LEGISLATIVA DE LA PENA- LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ES LA ÚLTIMA RATIO

1.En los últimos tiempos el régimen jurídico de la reincidencia ha atemperado sus efectos negativos sobre aquellos sujetos que revestían esa calidad. El proceso de reformas legislativas iniciado al recuperar la democracia, derogó la ley n° 21.338 en tanto estableció marcos punitivos más gravosos para las reincidencias (ley n° 23.077, arts. 1 y 2). La ley n° 23.057 modificó el sistema de la reincidencia adoptando el sistema de la reincidencia real en lugar de la reincidencia ficta hasta entonces vigente, estableció plazos de caducidad para las condenas anteriores para su valor como antecedentes para la reincidencia, estatuyó prohibiciones de informar a los entes oficiales de registros penales y estableció la caducidad del registro de las condenas una vez transcurridos los plazos legalmente fijados (C.P., 50 y 51). Asimismo la ley n° 24.660 de ejecución de la pena privativa de libertad, no excluye a los reincidentes de la flexibilización del encierro durante el periodo de prueba por medio de salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad; e incluso para el otorgamiento de la libertad asistida que es una modalidad de la libertad condicional pero con un tiempo de cumplimiento mayor de la pena (arts. 17 y 54).

2.El mantenimiento del texto del art. 41 y la exclusión de la libertad condicional a los reincidentes (art. 14), no son olvidos o errores del legislador conforme a la ya mencionada "*regla de la clara equivocación*", sino que muestran la decisión por la continuidad de disposiciones vigentes desde la sanción del Código Penal a partir de 1921.

3.El cuadro normativo de la reincidencia es dirimente en el análisis de la constitucionalidad del art. 14 del CP, que veda la posibilidad de acceder a la libertad condicional. Es que el incremento de la pena en razón de dicha calidad no importa una vulneración al principio de culpabilidad pues se justifica en la conducta puesta de relieve después de la primer sentencia, no comprendida ni penada -como es obvio- en ésta. Al contrario, se sostuvo que el hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de la libertad, pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Este mayor grado de culpabilidad no sólo ha incidido en el legislador al incorporar a la reincidencia como un factor de medición de la sanción (art. 41 del CP), sino que ha prohibido que el condenado a pena privativa de la libertad pudiera obtener el beneficio de la libertad condicional. Si se acepta la constitucionalidad de dicho instituto con respecto al art. 41 del CP, no puede sin contradecirse no hacer lo mismo respecto del art. 14 de dicho digesto.

4.El principio *ne bis in idem* prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal.

5.El Tribunal Superior ha continuado el proceso legislativo atenuante, a través de numerosos fallos en los que atemperó por vía de interpretación gran parte de los efectos negativos asignados a la reincidencia. En lo que atañe al régimen de ejecución penitenciaria, la ley n° 24.660 incluye a los reincidentes en el proceso de flexibilización del encierro. Al igual que los que carecen de dicha propiedad, éstos acceden a otras formas de libertad antes del agotamiento de la pena, como son las salidas transitorias (art. 15, inc. 2 y concordantes de la ley 24.660), la incorporación al régimen de semilibertad (arts. 23 y

concordantes), la prisión discontinua (art. 36 y concordantes) y semidetención (arts. 38 y 39), la sustitución de éstas por trabajos para la comunidad (art. 50), o por la prisión diurna o nocturna (arts. 41 a 44). Además, cuentan con el beneficio de la libertad asistida (arts. 54 y concordantes), que es una modalidad de la libertad condicional pero con un tiempo de cumplimiento mayor de la pena (arts. 17 y 54). **6.**En la actualidad, los efectos desfavorables de la reincidencia se ciñen a la posibilidad de su consideración como circunstancia agravante en la individualización judicial de la pena (CP, art. 40 y 41), a la exclusión de la libertad condicional que aquí se discute, y a la inviabilidad, en algunos supuestos, de obtener la condena de ejecución condicional (Cfr. art. 26 del CP). **7.**El régimen penitenciario de la ley n° 24.660, introduce un sistema de indeterminación del contenido de la pena dentro del límite máximo de la sanción individualizada judicialmente por el Tribunal de mérito, para permitir su adecuación al caso en orden al cumplimiento de los fines de resocialización del art. 1 de dicha ley. Tal flexibilidad incluye circunstancias relativas a la estrictez y hasta la propia duración de los períodos de restricción efectiva de la libertad ambulatoria. De manera que los alcances de las limitaciones a la libertad ambulatoria y hasta la propia duración del encierro carcelario podrán variar por decisiones que se adopten en la etapa de ejecución atendiendo a los fines preventivo especiales o de resocialización priorizados en esta etapa por la ley 24.660 (art. 1). **8.**Aunque los propósitos resocializadores toman un importante protagonismo durante la fase de ejecución de la pena privativa de la libertad (art. 1 ley 24.660), en un modelo partidario de un derecho penal de hecho, de acto, la prevención especial no puede constituir el único fin de las penas. Tanto la culpabilidad como la peligrosidad delictiva, habrán de armonizarse en términos que ni los fines resocializatorios vinculados a la idea de peligrosidad delictiva sean negados, ni la aceptación de estos últimos termine desvinculando la magnitud de la pena, de la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor. Una situación que importa dar cabida, tanto a la dimensión de garantía propia de la consideración individual de la persona, como a la dimensión de prevención que surge del reconocimiento de la función social del derecho penal. **9.**La declaración de inconstitucionalidad de una norma implica un acto de suma gravedad institucional y por ello debe ser considerado como *última ratio* del orden jurídico, determinando su reserva sólo para aquellos casos en que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.

SENTENCIA NÚMERO: DOSCIENTOS UNO

En la Ciudad de Córdoba, a los seis días del mes de agosto de dos mil trece, siendo las once horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos "GUARDOTTI, Ernesto Agustín p.s.a. encubrimiento, etc.-Recurso de Casación-" (Expte. "G", 32/2010), con motivo del recurso de casación interpuesto por la Sra. Asesora Letrada Penal del 12° Turno de la Ciudad de Córdoba, Dra. Graciela Inés Bassino, fundando técnicamente la voluntad impugnativa de su asistido Ernesto Agustín Guardotti, en contra de la sentencia número quince, dictada el 18 de mayo de 2010, por la Cámara del Crimen de Octava Nominación de esta Ciudad de Córdoba, en Sala Unipersonal.

Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Es nula la sentencia por vicios de fundamentación al sostener la participación del imputado Guardotti en los hechos en los que se lo involucra?

2º) ¿Se ha aplicado erróneamente el art. 50 del C.P. ?

3º) ¿Qué resolución corresponde adoptar?.

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aida Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTIÓN

La señora Vocal, doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por sentencia número 15, de fecha 18 de mayo de 2010, la Cámara en lo Criminal de Octava Nominación de la Ciudad de Córdoba, en Sala Unipersonal, resolvió -en lo que aquí interesa- *“Declarar a Ernesto Agustín Guardotti autor del delito de Encubrimiento Agravado –hecho nominado primero- y coautor de Robo Calificado por el Uso de Arma de Fuego Operativa y Violación de Domicilio, en concurso real –hecho nominado segundo- (arts. 45, 277 incs. b y c, 166 inc. 2º 2do. párrafo, 150 y 55 del C.P.), todo en concurso real (art. 55 del C.P.), e imponerle la pena de siete años y dos meses de prisión, con declaración de reincidencia, adicionales de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 29 inc. 3º, 40, 41, 50 y ccdtes. del C.P. y arts. 412, 550, 551 y ccdtes. del C.P.P.)...”* (fs. 298/336 vta.).

II. La Sra. Asesora Letrada Penal del 12º Turno de esta Ciudad de Córdoba, Dra. Graciela Inés Bassino, defensora del imputado Guardotti, interpone recurso de casación en contra la resolución aludida, fundando técnicamente la voluntad impugnativa de su asistido, invocando el motivo formal previsto en el inc. 2º del art. 468 del C.P.P. (fs. 341/356 vta.).

Propugna la nulidad absoluta del decisorio atacado, por haberse inobservado las reglas de la sana crítica racional –fundamentalmente el principio de razón suficiente- en la apreciación de prueba que se ha valorado, soslayando asimismo el análisis de elementos de convicción dirimientes, cuya inclusión y correcto examen dentro del plexo probatorio existente, lo hubiera llevado a reconocer, cuando menos, la existencia de una duda más que razonable en relación a la participación que en los hechos se le enrostra a su asistido y a la concurrencia de circunstancias relevantes; a saber: la detención por parte del nombrado del arma de fuego secuestrada y realización con ella de un disparo, y la vinculación de dicha arma con la empleada en la sustracción investigada.

Acota que también la falta de certeza se verifica respecto a la subsistencia de la acción penal emergente del delito de encubrimiento agravado que se le endilga a su asistido en el hecho nominado primero.

Sostiene que, por motivación ilegítima y/u omisiva derivada de la inobservancia de las reglas de la sana crítica racional, la sentencia deviene arbitraria y carente de fundamentación, conculcándose garantías constitucionales.

Transcribe luego la plataforma fáctica de la sentencia impugnada y reseña los fundamentos vertidos por el *a quo*, para a posteriori desarrollar sus argumentos impugnaticios.

1) Comienza por analizar el cuadro probatorio vinculado al hecho nominado segundo, efectuando las siguientes consideraciones.

a) En relación a la persecución del incoado Guardotti, expone que, a poco que se examina la prueba, se advierte que la pretendida inexistencia de discontinuidad en la persecución desatada en torno a los autores del desamparamiento, no es tal.

Es que -afirma- si bien puede sostenerse que el seguimiento no tuvo interrupción en el trayecto cumplido por Carnero Garay, no puede decirse lo mismo en relación a lo sucedido en el tramo de la persecución policial.

Expone que Carnero Garay perseguía una moto con dos sujetos a bordo, en tanto el policía Tobares dio cuenta del desplazamiento en el rodado de un solo individuo que, según aseguró, lo abandonó en la vereda del domicilio de Calle Villodas n° 851 y procuró huir por los techos, siendo finalmente aprehendido; transcribiendo a continuación las partes pertinentes de los testimonios aludidos.

Señala que el uniformado Tobares, pese a que antes siempre había hecho referencia a un solo individuo, en el curso de su declaración en la audiencia refirió -por primera vez y ante preguntas del Sr. Fiscal- que en el rodado había dos sujetos, dando incluso detalles del color de los cascos que cada uno llevaba.

Afirma que, sin perjuicio de advertir una variación inexplicable en la versión del policía, lo cierto es que del almacén salieron dos sujetos y Tobares sólo refiere la existencia de una persona sobre la moto o, en su caso, de ser cierta su versión última (dos individuos), hay que decir que la falta de percepción del funcionario de las alternativas temporales, espaciales y modales que rodearon la “desaparición de escena” del segundo sujeto, no hace más que enervar la afirmación que se formula con valor de certeza en el sentido de que el seguimiento “no tuvo solución de continuidad”.

Acota que incluso el propio Tobares, precisó en la audiencia de debate que “... *yo a la moto la encuentro tirada, yo no lo veo cuando la tira ...*”, admitiendo así que no siempre tuvo a la vista a él o a los perseguidos.

Señala que el sentenciante también admitió tal circunstancia al sostener “... *que uno de los delincuentes logró huir, siendo el que llevaba puesto un casco negro y que iba como acompañante ...*”, no ensayando hipótesis alguna sobre cómo, cuándo y dónde se verificó la huida.

b) Respecto al secuestro de la motocicleta y de un casco en la vereda de la vivienda de Calle Villodas n° 851 habitada por Guardatti, sostiene que se convirtió en un extremo controvertido cuando se incorporó prueba testimonial según la cual el vehículo en cuestión no fue habido en la vereda, sino en el interior de la morada desde donde lo habría sacado el personal policial.

Destaca que la distancia entre ambas hipótesis es abismal y viene a tallar decisivamente en la reconstrucción fáctica de los hechos, afectando inexorablemente la supuesta proximidad (temporal y espacial) de la persecución y, fundamentalmente, la pretendida identidad entre el sujeto perseguido y el finalmente aprehendido.

Expone que la elección llevada a cabo en este punto por el sentenciante resulta reprochable, desde que no encuentra respaldo de razones atendibles que satisfagan las exigencias de la sana crítica racional.

Reseña la versión de la testigo Garay, y apunta que la lectura de la misma permite advertir el carácter categórico de sus aseveraciones, no vislumbrándose viso alguno de duda o de inseguridad, razonando que esa debe haber sido también la sensación del Sr. Fiscal de Cámara, quien solicitó la realización de un careo entre esta testigo y el policía Oliva, que fue quien labró el acta de secuestro.

Consigna que los argumentos del *a quo* para adscribir a la versión policial no resultan de recibo, como tampoco los que escuetamente brindó para descreer de los dichos de la testigo o concluir que simplemente está equivocada.

Apoya lo dicho en la declaración detallada que efectuó Garay, y en descartar cualquier relación que permita tildar de interesada su versión (el imputado vivía en la cuadra desde hacía apenas seis meses), añadiendo que resulta inconsistente invocar “que al describir la motocicleta la testigo proporcionó un color distinto del que tiene” y convertir tal detalle en el eje del descrédito, para achacarle una percepción equivocada o una confusión en el hecho puntual que relata; menos aun cuando durante la audiencia de debate la mujer adjudicó al rodado color “negro” y “verde”.

Destaca que el procedimiento policial cumplido (fundamentalmente la actuación de Tobares) acusó irregularidades ostensibles que no han sido abordadas por el sentenciante y que contaminan la credibilidad de todo el operativo policial.

Apunta que, por el mismo motivo, tampoco corresponde declinar ligeramente la verosimilitud de la versión proporcionada por la testigo Mónica del Valle Zalazar, quien además refiere la existencia de una entrevista previa a la aprehensión entre los policías y el incoado, sostenida en el porch de la vivienda del nombrado, circunstancia ésta que obviamente tampoco se compeadece con una persecución en los términos que se ha postulado.

Refiere que, la sola circunstancia de que el padre de la testigo Zalazar sea propietario de la vivienda que alquila el imputado no excluye la validez de su aporte a la investigación, señalando además que las contradicciones menores en las que ésta pudo incurrir son insuficientes para determinar su falta de credibilidad, máxime si no se mide con igual parámetro la actuación policial que en forma ostensible muestra su irregularidad.

c) En lo que hace al secuestro de un arma de fuego (pistola 9 mm FM-HI-POWER-), de una vaina servida por dicha pistola y de una campera de corderoy de color marrón, sostiene que este extremo tiene directa vinculación con las circunstancias relativas a la “utilización del arma de fuego y realización del disparo que se le achaca a Guardotti”, como así también con la conclusión del *a quo* en cuanto a que “el arma secuestrada fue la utilizada en la sustracción”.

Se valora que tales elementos fueron habidos en el domicilio sito en Calle Juan de Escolar n° 852 de B° Mariano Fragueiro, más precisamente en el jardín delantero de la vivienda que se emplaza en la misma manzana en que se ubica el domicilio de Guardotti, concluyéndose que fue éste quien los arrojó, supuestamente desde el techo de la morada aludida, procurando desprenderse así de objetos que lo vinculaban con el ilícito.

Sostiene que resultan “forzadas” las elucubraciones realizadas a fin de sostener que el incoado tuvo tales efectos en su poder y que se desprendió de ellos.

Resalta que el testimonio del policía Tobares (sobre el que el sentenciante ha omitido juicio valorativo) constituye la columna vertebral en base a la cual se ha realizado la reconstrucción de los sucesos previos a la aprehensión del imputado, y señala que sus afirmaciones han sido irrefutablemente desautorizadas por la prueba, poniendo en jaque su credibilidad.

Resalta que, en primer lugar, el prevenido Guardotti no fue aprehendido en el patio de su casa sita en Villodas n° 851, sino en la vía pública, luego de que se “entregara” al personal policial, saliendo por el frente de la vivienda ubicada en Villodas n° 815, a la cual se había introducido por la parte trasera, reseñando el testimonio de los dueños de la morada, que lo tranquilizaron y lo instaron a salir al encuentro de los uniformados que se encontraban en la calle.

Luego se ocupa de las sucesivas declaraciones prestadas por el policía Tobares, concluyendo que éste mintió en relación al lugar en el cual aprehendió al incoado Guardotti, y señalando que el mismo uniformado evidenció lo falaz de su relato, pues en las actas y croquis labrados (fs. 3 y 5) individualizó en Villodas n° 815 el lugar de la aprehensión (posiblemente firmando lo que llenó y realizó su compañero de móvil u otro personal policial, como muestra la experiencia).

Destaca que Tobares, en contra de lo sostenido invariablemente en las declaraciones anteriores (lo que excluye la hipótesis de un simple error deslizado en un testimonio aislado), expresó durante la audiencia *“lo aprehendo no recuerdo si en el mismo domicilio que ingresa o en una casa del costado”*.

Resalta también que el uniformado en cuestión refirió que Carnero Garay le dijo que el sujeto perseguido tenía *“un fierro como el de ustedes”*, circunstancia ésta que el testigo de mención en ningún momento señaló, quien no dio cuenta de haber visto arma alguna.

Expone que Tobares es el único que vio a Guardotti efectuar el disparo, acción ésta que sitúa físicamente en el patio de la vivienda del nombrado (Villodas n° 851).

Señala que, curiosamente, pese a que el arma en cuestión expulsa la vaina del proyectil lanzado en el momento de la realización del disparo, por lo cual la misma debería haber sido hallada en el patio de la vivienda de Guardotti, tal elemento se secuestró al costado de la pistola incautada, esto es, en el jardín delantero de la vivienda de calle Juan de Escolar n° 852, esforzándose el personal policial actuante en explicar tal circunstancia con la argumentación de que *“a veces la vaina queda trabada”* y puede haber resultado expulsada con posterioridad.

Destaca al respecto que, sin embargo, el informe balístico no revela anomalía alguna en el funcionamiento de la pistola, concluyéndose sobre su aptitud operativa.

Reseña luego la versión del policía Tobares en relación al lugar del secuestro que nos ocupa, concluyendo que de ésta puede colegirse que, a lo sumo, el imputado ingresó al patio de la morada de calle Juan de Escolar, pero nunca llegó a ganar los techos; y, desde ese patio, volvió sobre sus pasos al

verse rodeado, entre otros, por el Agente Cappa (según refiere Tobares), resultando en tal contexto harto difícil, sino imposible de explicar, cómo el arma y la vaina (también la campera de cordero marrón) llegaron por obra de Guardotti a la parte delantera del jardín de la casa de Juan de Escolar.

Afirma que no puede sostenerse en forma razonable que el incoado arrojara tales elementos desde el patio de la vivienda en cuestión y lograra –en un lanzamiento digno de constituir un récord- sortear la altura y extensión de la edificación correspondiente a la morada, y también la mayor parte de la extensión del jardín delantero (de importantes dimensiones, pues se precisa que se trata de una casa con un “retiro” considerable) para caer finalmente a escasa distancia de la verja delantera.

Rechaza la afirmación del policía Carmona en cuanto a que resulta indudable que los objetos fueron arrojados sí o sí desde la vivienda porque si no hubieran chocado con la verja, pues el mismo precisa que se trata de una verja bajita, lo que la excluye como obstáculo de altura importante que impida el ingreso de objetos arrojados desde el exterior, o sea, desde la calle.

Destaca también, poniendo en cuestión los dichos del uniformado Tobares, que éste declaró que en ocasión de producirse los disparos había policías que escucharon los mismos, siendo uno de ellos Cappa, siendo que este último manifestó que desde su arribo se quedó a cargo del cuidado de la moto secuestrada y que no recordaba disparos.

Remarca, además, que Tobares dio cuenta de dos únicas detonaciones, mientras que los testigos Roxana Garay, Mónica del Valle Zalazar, Juan Fausto Pereyra y el propio Carnero Garay) hablaron de varias (y hasta muchas) detonaciones.

Sostiene que lo cierto es que el curso real del procedimiento cumplido no ha sido volcado en autos y escapa por ello al control de legalidad que asiste al imputado en el legítimo ejercicio de su derecho de defensa.

Se ocupa luego del informe glosado a raíz de la investigación suplementaria practicada correspondiente a los asientos de la central de comunicaciones de la policía, señalando que éste resulta elocuente y que concurre a socavar la autenticidad del procedimiento policial.

Al respecto, apunta que de la prueba referida se desprende que recién luego de que el móvil 5302 es liberado se consigna la asignación del móvil de Tobares (3932) al hecho investigado.

Asegura que los asientos referidos generan la duda acerca de la real intervención de Tobares en la persecución que dice haber cumplido y en el procedimiento y hechos que relata, duda que se potencia ante las comprobadas falacias en las que ha incurrido, y resalta que el sentenciante haya soslayado emitir consideración crítica alguna sobre el aporte del nombrado, como así también del informe referido, señalando que se trataba de cuestiones decisivas por hallarse vinculadas con la regularidad y credibilidad del procedimiento cumplido que no queda legitimado por el silencio sobre el punto.

Considera que no se le puede reprochar al planteo defensivo un análisis fragmentario del plexo probatorio, pues se trata de objeciones realizadas en relación al conjunto.

Así, sostiene que se encuentra desvirtuada la existencia de una persecución continua del acusado; que resulta dudosa incluso hasta la

identidad del personal policial que se avocó a tal tarea; que aparece igualmente dudosa o más bien falaz la versión de Tobares respecto de circunstancias claves (lugar de aprehensión del incoado, portación de un arma por parte de éste y realización de un disparo, detonaciones efectuadas durante el procedimiento, etc.); que está seriamente controvertido el lugar de hallazgo y secuestro de la motocicleta; que el sitio de incautación del arma no se compadece con las posibilidades físicas reales de Guardotti de desprenderse de ella desde donde estaba; que el lugar de hallazgo de la vaina servida tampoco se corresponde con la ubicación física del incoado al momento de efectuar el supuesto disparo.

Concluye que, entonces, no existe ninguna certeza para pretender adjudicar al imputado Guardotti la posesión del arma secuestrada, la supuesta producción de un disparo y la vinculación del arma en cuestión con la utilizada en el hecho.

d) Respecto de la sindicación del incoado efectuada por Elizabeth Luna, elemento al cual el *a quo* confirió valor dirimente; expone que desde el inicio de la investigación la testigo de mención señaló que no le resultaba posible efectuar descripción de los sujetos para la confección de retrato hablado ni efectuar un recorrido fotográfico, pues los individuos ingresaron con cascos en sus cabezas.

Acota que la utilización de tales accesorios impide la apreciación de rasgos o características fisonómicas fundamentales, invalidando la posibilidad de realizar un reconocimiento de resultado confiable, más aun en el *sublite*, por la rapidez en el accionar delictivo.

Sostiene que, por ello, resulta razonable que la testigo Luna, en lugar de efectuar una aseveración categórica, utilizó el modo verbal potencial, al afirmar que “... el imputado (refiriéndose a Guardotti) podría ser el sujeto más alto ...”.

Apunta que, si bien es razonable la elección de un parámetro de altura como pauta de comparación a los fines de la sindicación, no puede asignarse al mismo carácter dirimente.

Señala que, no habiéndose practicado reconocimiento en rueda de personas y siendo Guardotti el único sujeto sentado en el banquillo de los acusados, no se ajusta a las reglas de la sana crítica racional asignar a la sindicación realizada carácter dirimente; máxime si tal señalamiento no aparece corroborado por la otra testigo del hecho, Silvia Salomé Nieto, quien expresó “... No recuerdo exacto, pero puede ser el imputado uno de los sujetos ...”.

Afirma que los “reconocimientos” de casco, campera de cordero y arma secuestrados, llevados a cabo durante la audiencia, carecen de eficacia conviccional decisiva, aclarando que, a más de que tal exhibición (defendida en su legalidad por este Alto Cuerpo) traduce una práctica que cercena el derecho de defensa, por vulnerar las condiciones y formalidades previstas para la exhibición de objeto a los fines de reconocimiento (art. 254 y ccdtes. del C.P.P.), las manifestaciones de los reconocientes indican una correspondencia de género, tipo o colores, que no permiten sostener una individualización singular de tales objetos en el sentido de asegurar que se trata del mismo casco, de la misma campera y, muy particularmente, de la misma arma, utilizados por los autores del hecho durante su comisión.

Añade que, respecto a la campera, deben evocarse las consideraciones realizadas sobre el lugar en que se secuestró la misma, habiéndose evidenciado la imposibilidad de sindicar a Guardotti como la persona que se desprendió de tales elementos.

En base a todo lo expuesto concluye que, el sentenciante vulneró el principio de razón suficiente y soslayó el análisis de elementos de convicción dirimientes, cuya inclusión y correcto examen lo hubiera llevado a reconocer, al menos, una duda razonable en torno a la participación enrostrada a su asistido, a la utilización de un arma de fuego y realización de un disparo, y a la vinculación del arma de fuego secuestrada con el hecho investigado.

2) Respecto al hecho nominado primero, señala que, dando por reproducidos los argumentos que enervan la afirmación de que Guardotti tuvo en su poder el arma de fuego secuestrada (lo que importa su receptación) y, con ello, la de que es autor del delito de encubrimiento que se le achaca.

A ello adita la cuestión relativa a la imposibilidad de aseverar la subsistencia de la acción penal emergente de tal ilícito.

Destaca que, si bien se ha fijado como fecha del hecho el 25 de abril de 2009 (mismo día del secuestro del arma), no puede afirmarse que tal haya sido la fecha de receptación de tal objeto.

Afirma que corresponde, por el contrario, fijar su producción antes del día en cuestión, pero en un lapso cuya fecha inicial no puede determinarse.

Ello por cuanto el revenido químico tendiente a reflotar la numeración del arma arrojó resultado negativo, impidiéndose así contar con la historia de la misma y con fechas orientadoras, no siendo factible tampoco determinar la fecha en que se habría realizado la maniobra de supresión.

Sostiene que, entonces, no es posible determinar una fecha inicial tentativa de la conducta reprochada a su defendido, lo cual enerva inexorablemente un pronunciamiento afirmativo respecto de la subsistencia de la acción penal emergente del ilícito de encubrimiento que se le endilga y que se consuma en el momento mismo de la receptación, a partir del cual comienza a correr la prescripción (arts. 59 inc. 3°, 63 y ccdtes. del C.P.).

Expone que, entonces, queda habilitada la hipótesis de que su producción acuse una antigüedad mayor a la pena conminada para el ilícito (art. 62 inc. 2° del C.P.).

Afirma que tal duda resulta incompatible con el estado de certeza en el que se sustenta el pronunciamiento condenatorio, debiendo ello operar a favor del imputado.

Atento a lo referido, corresponde anular parcialmente el decisorio atacado, con repercusión en la individualización punitiva.

Concluye que la sentencia resulta arbitraria, habiéndose conculcado por ello garantías constitucionales que hacen a la obligación de fundar las resoluciones, al debido proceso legal y a la defensa en juicio.

Finaliza su escrito formulando reserva del caso federal.

III.a. El recurso de casación exige, bajo condición de forma cuya inobservancia acarrea la inadmisibilidad, que se expresen los fundamentos (CPP, arts. 449 y 474). Reiterada jurisprudencia de esta Sala recuerda que el recurso de casación, para ser formalmente admisible, debe bastarse a sí mismo, es decir, estar debidamente fundado conteniendo las razones de la impugnación, sea el error de derecho o el vicio anulatorio de la sentencia

recurrida (T.S.J. Sala Penal, "Romero" A.I. N° 43, 7/9/84; "De la Rubia" A.I. N° 21, 28/3/96; "Capdevila" A.I. N° 205, 11/8/98).

En esa dirección, es necesario destacar que cuando la denuncia de ponderar ilegítimamente ciertas pruebas se vincula con su pertinencia para acreditar cuestiones que se argumentan como trascendentes para lograr la absolución o una alternativa punitiva más beneficiosa para el imputado, pero ello no logra demostrarse hábilmente, la legitimidad de la sentencia de mérito se mantiene.

Es que, si la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al Tribunal de mérito –entre otros recaudos– *tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio* (DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal*, Depalma, 1994, p. 140; T.S.J., Sala Penal, S. n° 44, 8/06/00, "Terreno", entre muchos otros), y efectuar dicha ponderación *conforme la sana crítica racional* (art. 193 C.P.P.), resulta claro que el recurso que invoca la infracción a las reglas que la integran –lógica, psicología, experiencia– debe también contraponer un análisis de todo el cuadro convictivo meritado, y en función de éste, a su vez, evidenciar la decisividad del vicio que se denuncia (art. 413 inc. 4°, C.P.P.). De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que se contente sólo con reproches aislados que no atiendan al completo marco probatorio o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de aquél. En tales supuestos, al no efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica no alcanza a enervarla y la decisión transita incólume el control casatorio (T.S.J., Sala Penal, "Martínez", S. n° 36, 14/03/2008; "Fernández", S. n° 213, 15/08/2008; "Crivelli", S. n° 284, 17/10/2008; "Brizuela", S. n° 89, 23/04/2009).

Recordemos también que el respeto al principio de razón suficiente, cuando se requiera certeza acerca de la existencia de los extremos fácticos de la imputación delictiva, exigirá que la prueba en la que se basen las conclusiones a que se arribe en la sentencia, sólo pueden dar fundamento a esas conclusiones y no a otras; o expresado de otro modo, que aquellas deriven necesariamente de los elementos probatorios invocados en su sustento (T.S.J., Sala Penal, S. n° 13, 27/5/85, "Acevedo"; S. n° 11, 8/5/96, "Isoardi"; S. n° 12, 9/5/96, "Jaime", S. 41, 31/5/00, "Spampinatto", entre otras).

Por otra parte, la atribución de determinado valor convictivo a los elementos colectados constituye una facultad discrecional del juez de mérito que sólo es motivo de casación, en casos de arbitrariedad. Configura una variante de la arbitrariedad, la asignación de crédito o demérito irrazonable por parte del tribunal de juicio. En tales supuestos, el a quo desnaturaliza sus facultades discrecionales y ese vicio se presenta con tal evidencia o palmariedad, que es apreciable por el tribunal de casación, aún cuando éste a diferencia de aquél no ha receptado la prueba (inmediación), límite que alcanza a los testimonios y demás pruebas recepcionadas en la audiencia de debate.

b. Asimismo, como se ha advertido en numerosos precedentes, no resulta óbice para sostener una conclusión condenatoria, la valoración de prueba indirecta, en la medida en que los indicios meritados sean unívocos y no anfibológicos (T.S.J., Sala Penal, S. n° 41, 27/12/84, "Ramírez") y a su vez sean valorados en conjunto y no en forma separada o fragmentaria (T.S.J., S.

n° 45, 29/7/98, "Simoncelli"; "Bona", cit.; A. n° 1, 2/2/04, "Torres"; S. n° 49, 01/06/06, "Risso Patrón", entre muchos otros). Es indispensable la ineludible valoración integrada de la prueba indiciaria.

En similar sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la cual *"cuando se trata de una prueba de presunciones... es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del hecho al que se vinculan -en cuyo caso no cabría hablar con propiedad de este medio de prueba- y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ambivalentes"* ("Martínez, Saturnino"; 7/6/88, Fallos 311:948; cfr. T.S.J., Sala Penal, S. n° 45, 28/7/98, "Simoncelli"; A. 32, 24/2/99, "Vissani"); *"la confrontación crítica de todos los indicios resulta inexcusable para poder descartarlos, por lo que el argumento de la supuesta ambivalencia individual de cada uno de ellos constituye un fundamento sólo aparente que convierte en arbitraria a la sentencia portadora de este vicio"* (C.S.J.N., "Fiscal c/ Huerta Araya", 12/6/90, citado por Caubet, Amanda y Fernández Madrid, Javier, "La Constitución, su jurisprudencia y los tratados concordados", Errepar, 1995, n° 4840). Así fue que tal tesitura llevó al Alto Tribunal a dejar sin efecto *"la sentencia que absolvió al procesado desconociendo un cuerpo de pruebas e indicios precisos y concordantes que no permitían dudar sobre la existencia del hecho ilícito y la responsabilidad del autor del delito"* ("Lavia", 12/5/92, citado por Caubet y otro, ob.cit., n° 4390; T.S.J., Sala Penal, "Bona", cit.).

Así entonces, en la medida en que resulta inherente a la esencia de la prueba indiciaria la consideración conjunta de las distintas premisas que la integran, la fundamentación que prescinde de tal lectura global –única que confiere sentido convictivo a los indicios- configura una motivación omisiva que nulifica la decisión en ella sustentada (T.S.J., Sala Penal, S. n° 112, 13/10/05, "Brizuela"; "Risso Patrón").

IV.1. El eje de la cuestión debe virar hacia el examen de la suficiencia del total cuadro probatorio a los fines de sustentar con certeza la condena de Guardotti.

Proclama que la conclusión del fallo se encuentra en crisis con el plexo probatorio producido en el proceso, sin asumir éste en su totalidad, por lo que es la impetrante quien construye su ataque de modo defectuoso.

En efecto, al efectuar el cotejo del fallo con la impugnación deducida, se advierte que la motivación de aquél luce ajustada a derecho, sin lesión alguna al principio de razón suficiente. El a quo ha efectuado un estudio concatenado e integral de todos los elementos directos e indirectos recolectados en la causa, cuyo examen conjunto autoriza a tener por acreditada la participación del imputado en los dos hechos que se le atribuyen.

Pese a las advertencias que esgrime la quejosa, surge palmario que sus críticas se sustentan en un análisis fragmentario del cuadro convictivo y no objeciones realizadas al conjunto. Claramente se observa el énfasis colocado en censurar distintos elementos probatorios, sin asumir que los datos por ellos aportados, en relación a circunstancias de tiempo, modo, lugar y personas, de ambos hechos –nominados primero y segundo- son coincidentes en lo esencial, no alcanzando las diferencias y contradicciones subrayadas por la defensa para revertir las conclusiones de la sentencia.

El eje principal de sus reproches se dirige a desacreditar a Tobares – funcionario interviniente en el procedimiento policial practicado-, afirmando que las múltiples irregularidades existentes en la investigación, contaminan la credibilidad de este testigo, afectando, además, el derecho de defensa del imputado.

Asimismo, dirige su embate contra la ausencia de credibilidad otorgada a los testigos Zalazar y Garay –cuyos relatos benefician al imputado-, la confiabilidad de los reconocimientos realizados por las víctimas del primer hecho, Luna y Nieto -quienes identifican, sin dudar, a Guardotti como uno de los autores del robo-; objeta los secuestros practicados en la causa (moto, casco, arma, vaina servida, campera de corderoy) cuestionando lugar, modo de realización, testigos, en torno a derribar la identidad entre los objetos secuestrados y los descriptos por varios testigos al momento del robo, durante la persecución de los autores del mismo y en ocasión de la detención del acusado; incluyendo el rechazo a los reconocimientos de objetos practicados en la audiencia de debate, los que considera no reúnen eficacia conviccional.

Surge claro que sus críticas al dirigirse contra los elementos de la causa de modo individual o aislado, no alcanzan la fuerza necesaria para revertir la conclusión del sentenciante alcanzada con grado de certeza a partir de un examen conjunto y exhaustivo del material convictivo; trabajo sorteado por la quejosa.

El testimonio de Tobares resultó importante para la reconstrucción de los hechos, y si bien, como señala la defensa hubo contradicciones en sus distintas declaraciones, el eje de su relato se mantuvo en lo esencial, encontrando sustento en los restantes testimonios y probanzas de la causa.

El sentenciante en su razonamiento, destacó que la postura exculpatoria asumida por Guardotti (fs. 71/73, 195/197 y 183/185), en cuanto negó los hechos y brindó una muy distinta versión de los mismos, no encontró correlato en las pruebas reunidas en la causa.

Respecto de la prueba testimonial: Elizabeth Luna fue conteste al relatar datos de lo ocurrido, en todas las oportunidades que declaró. Dijo: “Ese día ingresan dos tipos con casco, estábamos tranquilas, con mi empleada, Silvina Salome Nieto, yo estaba en la caja, ingresan corriendo, uno estaba con un arma apuntando, el otro sacando cosas, se van rápido. Un tipo estaba a mi derecha y el otro a la izquierda; tenían casco puesto, les veo parte de los ojos, uno era más bajo y el otro más alto; el imputado (refiriéndose a Guardatti), podría ser el sujeto más alto; me llevaron dinero; cuando ellos salen, salgo afuera y venían unos chicos de jugar al fútbol. Uno de los sujetos tenía un casco rojo, el otro casco era negra; el del casco rojo era mas petizo y tenía el arma –larga y de color negra-; uno tenía una campera de corderoy marrón. Salgo cuando ellos se van, había un grupo de chicos que venían de jugar al fútbol, me dicen “te robaron” y les digo que sí; ahí Rodrigo Carnero salió a perseguirlos.

Durante la audiencia, se le exhibe un casco de motociclista color rojo y negro, una campera de corderoy marrón y una pistola calibre 9 x 19 mm, de origen Nacional, manufacturada por D. G. F. M., bajo licencia Browning, modelo FM Hi – Power, matrícula suprimida.- Exhibidos que le son los efectos en cuestión, reconoce el casco y la campera y en relación al arma dice que podría ser la misma con la que le apuntaron, dice “Si, puede ser la misma, me

apuntaron, yo estaba sentada a medio metro del tipo”. A preguntas contestó: “Uno tenía visera levantada, sí es él, estoy segura (en alusión al acusado Guardatti)”. “El hecho fue hace un año y todo ocurrió muy rápido, le vi bien los ojos, como me miraron, a él lo veo (Guardatti), reconozco las cejas y la mirada, sí, es él. En similares términos se expresó durante la etapa instructiva, en orden a lo sucedido, dos sujetos –a los que describe- a bordo de una moto, portando un arma de fuego, utilizando cascos, uno de ellos campera de corderoy color marrón. Se dan a la fuga a bordo de la motocicleta siendo perseguidos por Carnero que salió a bordo de su moto en persecución de los delincuentes. Fue clara al concluir que el acusado era uno de los sujetos que la asaltó y, que si bien en la ocasión llevaba un casco de moto puesto, pudo verle bien los ojos y sus cejas y, también su forma de mirar, por lo que estaba segura de que era el acusado Guardatti. También refirió que los elementos secuestrados en la causa fueron utilizados por los asaltantes el día del hecho y, ello tiene singular importancia a la hora de determinar la participación de Guardatti, porque ellos fueron secuestrados por la policía de una propiedad vecina a la de él, por donde el acusado trató de fugarse de la persecución de que era objeto, me refiero a la pistola y a la campera marrón de corderoy y, al casco que estaba tirado en la vereda del domicilio del acusado casi al lado de la moto utilizada en el hecho. Esta circunstancia despeja de toda duda la participación de Guardatti, a lo que se suma que fue perseguido por el testigo Carnero y por el policía Tobares sin espacios de discontinuidad, hasta su detención.

Silvina Salomé Nieto –empleada del almacén- corrobora a la testigo Luna, en lo fundamental, relatando lo vivido en relación a sus circunstancias de personas, tiempo, lugar y modo, en similares términos. Dos sujetos, con un arma. Uno tenía casco rojo y otro negro. Del negocio llevaron plata. Uno de los sujetos sería de mi estatura, yo mido 1,70 mts, y el otro más alto. El más petizo tenía casco rojo y el más alto negro. Uno tenía una campera marrón clarita, el otro no se. No conoce de armas, era negra. Los sujetos eran flacos, uno alto y el otro petizo “puede ser el imputado uno de los sujetos”.

En la audiencia, se le exhiben a la testigo los efectos secuestrados, una campera de corderoy color marrón, un casco de motociclista color rojo y negro y la pistola calibre 9 x 19 mm, de origen Nacional, manufacturada por D. G. F. M., bajo licencia Browning, modelo FM Hi – Power, matrícula suprimida. Exhibidos que le son la testigo dice en relación a la campera que es la misma que le vio a uno de los sujetos el día del hecho; del casco, piensa que sí puede ser y por último, en relación al arma, dice que la que vio era negra como la que se le exhibe.

En la etapa instructiva, a fs. 12 declaró: “Que el día del hecho fueron apersonadas por dos sujetos los cuales portando uno de ellos un arma de fuego, lograron sustraerles la suma aproximada de 500 pesos. Que mientras uno de los sujetos las apuntaba con el arma el otro sacaba la plata. Que el sujeto que portaba el arma es de contextura física delgada, de una estatura aproximada a los 1,70 mts. de cutis trigueño, ojos marrones, portando un casco de moto de color negro en su cabeza, no recordando su vestimenta. Que en cuanto al otro sujeto puede manifestar que era de contextura física delgada, estatura aproximada a los 1,90 mts. de cutis trigueño, ojos marrones, el cual también portaba un casco en su cabeza cuyo color cree que era rojo. Que lo

único que recuerda en cuanto a la vestimenta de este sujeto es que portaba una campera tipo corderoy de color marrón. Que luego de sustraerle el dinero los dos sujetos se retiraron del lugar, unos segundos después escuchó que una moto arrancó; inmediatamente Rodrigo Carnero arranca su moto y sale en persecución de los delincuentes. Que el arma que portaba uno de los sujetos era una pistola de color negra”. La testigo Nieto fue también coincidente a la testigo Luna en lo fundamental y en especial al asegurar que uno de los sujetos, que podría ser el acusado, vestía una campera de corderoy marrón y la misma fue reconocida en el debate como dicha campera, que es precisamente la secuestrada por la policía del lugar donde fue detenido el acusado Guardatti. Del casco rojo secuestrado dijo también que podía ser uno de los que vió a los delincuentes, al igual que la pistola negra que se le exhibió. Por otro lado, ambas testigos refieren que uno de los dos sujetos medía aproximadamente unos 1.90 mts de altura, que era delgado y de cutiz trigueño, características éstas que coinciden con las del acusado Guardatti. Las dos testigos y víctimas del hecho se mostraron sólidas y creíbles en sus dichos y fundamentos-conclusiones. Ambas sostienen que Carnero Garay salió en persecución de los asaltantes inmediatamente de ocurrido el hecho.

Rodrigo Carnero Garay, también brindó datos útiles y coincidentes con las manifestaciones de las víctimas. Ese día, terminé de jugar al fútbol, estaba anocheciendo, estábamos tomando unas gaseosas, a mis amigos les llamó la atención ver entrar a los sujetos con cascos puestos. Salen rápido. Luego sale la dueña, dice que le robaron, me subo a la moto, los sigo, veo un CAP, le digo que los sujetos que iban delante habían robado en barrio Jorge Newbery, razón por la cual el móvil salió en su persecución. Uno tenía un casco rojo, el otro no estoy seguro, iban en una moto NX 125 con letras azules. El que tenía el casco rojo y campera marrón creo que era el que conducía, el otro no recuerdo”. Continúa declarando “Yo iba a una distancia de 50 mts, no los perdí de vista en ningún momento.

En la audiencia se le exhibe a Carnero la campera de corderoy color marrón y el casco de motociclista color rojo y negro, manifestando reconocer ambos elementos como los que vio el día del hecho.

En la etapa instructiva declaró en similares términos, señaló que observó a los sujetos arriba de la moto, por lo que no puede aportar muchos datos de su contextura física, pudiendo aportar solo como estaban vestidos. Que uno vestía un pantalón de jean azul, campera marrón de corderoy y un casco rojo, y que el otro tenía un casco negro. Que ni bien le dio aviso a la Policía y estos salieron en persecución se dirigió atrás del móvil pero con más cuidado por temor a resultar lesionado. Que estaba con otros amigos de nombre Piozi, Fernández, Mazanet, Sotera, Paez, los cuales también vieron cuando estos sujetos entraron y salieron.

En todas las ocasiones que declaró brindó detalles semejantes, en lo esencial. Precisó que la moto en la que se conducían los sujetos, era una Honda NX 125cc de color negro, sin recordar mayores detalles; que el sujeto que manejaba la motocicleta tenía un casco de color rojo y una campera de color marrón de corderoy, y que el otro sujeto tenía un casco de color negro.

Destacó el juez que el testigo fue categórico en sus afirmaciones diciendo que ni bien salieron del negocio asaltado los persiguió sin perderlos de vista en ningún momento y que dio aviso a un CAP de lo que ocurría por lo que la policía continuó la persecución de dicha motocicleta con los dos sujetos asaltantes a bordo. Indudablemente que uno de los delincuentes logró huir, siendo el que llevaba puesto un casco negro y que iba como acompañante. Aseguró que el conductor de la moto Honda era quien vestía una campera marrón de cordero y llevaba puesto un casco rojo. Estas circunstancias fueron probadas al momento de la detención de Guardatti, toda vez que la policía secuestró los elementos mencionados, los que fueron reconocidos por el Sr. Carnero como los que vestía Guardatti, al igual que lo hicieron Luna y Nieto. Estos testimonios serios y concordantes indican que Guardatti fue uno de los autores del atraco, toda vez que el secuestro de los mencionados elementos fue realizado al momento de su detención al lado de su casa, cuando procuraba darse a la fuga de la persecución y cerco que había efectuado la policía en dicho lugar.

Cristian Dario Oliva, funcionario policial que procede al secuestro de una moto HONDA NX 150, color negra, sin dominio y del casco. Dijo que la moto estaba en la vereda, secuestró un casco, el rojo, que estaba a dos metros de la moto. En la persecución no escucho disparos. La moto tenía signos de haber sido usada, el motor estaba caliente. Señaló que su chofer era el agente Cappa -movil 4981-. Que el día del hecho, siendo aproximadamente las diecinueve horas con treinta y cinco minutos escuchó por radio que un móvil solicitaba colaboración debido a que se daba a la fuga una moto tipo enduro de color negro. Que el móvil que perseguía al rodado iba por Ávila y Quiroz, luego Odonell y luego por Mackay Gordon, y que en Villodas tiró la moto. Que todo esto, lo manifestaba el Cabo Tobares que realizaba la persecución, vía radial. Se dirige a Villodas equina Rosell y vio que sobre Villodas a la altura del ochocientos cincuenta había una moto arriba de la vereda y que también había un casco de color rojo a un metro y medio aproximadamente de la moto.

El agente Oliva fue categórico en afirmar varias veces que la moto estaba tirada en la vía pública y el casco rojo a unos dos mts. de distancia de la moto. Sostuvo también que tenía su motor caliente, signo de claro uso reciente del mencionado rodado, dado que según otros agentes policiales, el acusado Guardatti la había empleado para su fuga del lugar del hecho como también lo dijo el testigo presencial Carnero Vidal. Cabe aclarar que el testigo refirió también que se secuestró un arma de fuego y una campera, según se enteró en la policía. Respecto de la moto secuestrada informó el testigo que se enteró por la radio que estaba tirada donde fue secuestrada, en clara maniobra de abandono por parte de quien la conducía, que no es otro que el acusado, en su apresurado intento de evadirse de la policía que lo perseguía luego del dato recibido de Carnero Vidal.

Martín Esteban Cappa -dupla del policía Oliva- dijo que se encontraban patrullando y escuchan por radio acerca de la persecución de sujetos en moto, por lo que van en colaboración a pedido de Tobares. Al encontrar el movil de Tobares ven una moto en el suelo en la via pública, oscura, de cilindrada grande, y un casco; que Oliva descendió del coche y al tocar la moto, el motor estaba caliente. Proceden al secuestro de los objetos. El testigo corrobora que

la moto y el casco secuestrado estaban tirados en la vía pública desde donde fueron secuestrados y, que la moto tenía el motor caliente y era de color oscura, desmintiendo así a la testigo Garay, que refirió que la moto es verde y blanca o verde y negra y que los policías la sacan de adentro de la casa del imputado.

Mónica del Valle Zalazar -vecina de la damnificada- dijo que el día de los hechos vio al imputado en el porche de su casa con un policía y al lado, en la calle, un CAP; que escuchó disparos. Preciso que el Señor (en alusión al imputado) se llama Ernesto y tenía una moto grande, tipo cross de color blanca. Destacó que no vio cuando sacan detenido a Ernesto. Que se enteró que a Ernesto lo sacaron del local de quiniela y que en esa casa vive un matrimonio con dos hijos, cree que de apellido Pereyra. La testigo refirió que su padre le alquilaba la casa al acusado, lo que implica una relación comercial-económica sin duda. Que no vio a la moto en la calle o vereda ni tampoco al casco. Señala el a quo que la testigo está confundida y vio a otra persona conversar con la policía, recordemos que era de nochesita, o no dice la verdad. La moto secuestrada no es de color blanca como dice la Zalazar y otros testigos desinteresados, por lo que vemos siguen sus confusiones, dado que está probado que el acusado se conducía con dicha moto. El vecino Nievas la desmiente al respecto, vio a dicha moto tirada en la calle y afirma que era de color negra. La testigo Zalazar, al menos, está equivocada en sus afirmaciones.

Juan Fausto Pereyra –dueño de la vivienda donde aprehenden a Guardatti- dijo que “ escucharon disparos, como una persecución en la calle... siento un golpe al fondo de la casa y veo una persona que cae y me dice que me quede tranquilo, se va por un pasillo de la casa, se acucilló, estaba temeroso. En ningún momento nos agredió. Mi esposa le preguntaba si estaba armado, él se bajo un poco la ropa y mostró que no. Que el sujeto le dio una billetera, que cree tenía una llave adentro para que le de a una persona; que los policías se llevaron la billetera. Que el sujeto no estaba armado, estaba temeroso y le pidió un vaso de agua. Que el sujeto no ofreció resistencia y se lo llevaron detenido.

Según el a quo, el testigo fue creíble y afirmó en el debate que el acusado fue quien entró a su casa, por los techos y patio de la misma y que fue quien le entregó su billetera para que se la diera a su mujer, vecina del declarante. Desmiente al acusado que en su defensa material dijo que la policía le sacó su billetera. La misma fue secuestrada del domicilio de Pereyra quien la entregó previo haberla recibido de manos del acusado. Indudablemente que el ingreso de Guardatti a lo de Pereyra, fue porque huía desesperadamente de la policía y, que en ese momento no tenía armas de fuego pues a la que portaba la había dejado junto a la campera marrón de corderoy, lugar donde fue secuestrada rato después.

Roxana Alejandra Garay quien manifestó que había policías arriba de los techos y querían entrar a la casa de Ernesto. Querían sacar la moto, no salía de la reja y la rompen. Luego se la llevan. “La moto estaba adentro de la casa de Ernesto, era verde y negra”, que Mónica Zalazar le dijo que el motivo de la persecución era que había robado.

Destacó el tribunal que esta testigo fue desmentida por el personal policial interviniente en el procedimiento y hasta por Carnero Vidal, puesto que dijeron que la moto venía circulando en la fuga del atraco, conducida por el acusado. La participación de Guardotti quedó demostrada sin duda alguna, dado que se secuestró del lugar no sólo la moto y el casco rojo que portaba, sino también la pistola que empleara y la campera marrón de cordero que vistiera, de lo que se desprende al momento casi de ser detenido cuando intentaba huir de la policía, no ya en moto por la vía pública, sino por los techos de sus vecinos e incluso del interior de la vivienda de uno de ellos Pereyra, donde entró en forma intempestiva. Pondera el fallo que la policía no tiene motivo por mentir en esta circunstancia. El imputado en su huida dejó tirada la moto y el casco en la vía pública y huyó por los techos, hasta ser detenido en la casa de su vecino Pereyra. En un careo entre Garay y Oliva, ambos testigos se mantienen en sus dichos, quedando la impresión al Tribunal de que el testigo Oliva fue seguro y creíble, explicando que los plásticos rotos se habrían dañado al caer la moto y que la misma tenía su motor caliente por haber sido usada en forma reciente. Además, recordemos que la moto fue vista también por el vecino Nievas. En todas sus declaraciones Garay refirió a una moto tipo enduro, verdecita, o verde claro y blanco; y que se enteró por dichos de vecinos que a Ernesto lo detuvieron, pero no vio ese momento. Que Mónica Zalazar le dijo que Ernesto había robado y que la policía lo había perseguido y agarrado. La testigo refirió que la moto que sacaron de la casa del acusado era de color verde y blanca cuando la secuestrada era de color negra (ver acta secuestro de fs. 7), tal como lo sostienen también el vecino Nievas, el testigo Carnero y los policías que intervinieron en el procedimiento, por lo que concluye el juzgador que la testigo está equivocada.

Martín Angel Nievas –vecino de Guardotti- refirió que la moto del acusado es una tipo enduro de color negro –no verdecita, ni blanco como dijeron las testigos Zalazar y Garay- y el día del hecho, vio la moto del acusado en la calle al momento del procedimiento, frente a la casa de Angela, aunque dijo no ver el casco; destacó que había muchos policías.

Sergio Daniel Tobares, quien si bien tuvo algunos cambios y diferencias en sus distintas declaraciones, fue coherente y constante en relación a los detalles y circunstancias esenciales de lo sucedido. Manifestó que se encontraba patrullando cuando una persona le dice que un sujeto que iba a bordo de una moto enduro color negra a tres o cuatro cuadras había robado en barrio Jorge Newbery; que comienza a perseguirlo, y en un momento, tira la moto y continua la huida a pie, ascendiendo a través de techos; aclaro que él no ve el momento en que tira la moto, lo ve correr; que por radio dio aviso de la persecución, la huida y el domicilio donde se mete uno de los sujetos; que también él sube al techo buscándolo y escucha un disparo de arma de fuego; que se mete por los patios y en un momento lo pierde vista pero del otro lado había policías, Cappa era uno de ellos. Que consigue aprehender al sujeto. Que se secuestra arma y a la moto –negra tipo enduro- la secuestra el cabo Oliva. “Veo cuando sube la tapia, fue inmediato, cuando yo paso la moto estaba tirada, no hay posibilidades que la sacaran de adentro”.

Este testigo en sede instructoria declaró en tres oportunidades y si bien tuvo algunos cambios y diferencias en sus distintas declaraciones, fue

coherente y constante en relación a los detalles y circunstancias esenciales de lo sucedido. Señaló que procedió a la persecución al ser alertado por un particular –Carnero- y en un momento, este sujeto tira la moto en la vereda e ingresa al jardín de la casa y por la tapia se sube a los techos; que él sube por la misma tapia al techo y puede observar que este sujeto baja al patio de la referida casa al notar la presencia del declarante efectúa un disparo que no llegó a impactarle. Dadas las circunstancias, efectúa la voz de alto y realiza un disparo. En tal momento el sujeto se sube a la tapia del fondo del patio y ahí se da con la presencia de otros uniformados que también estaban en su búsqueda; finalmente logra aprehenderlo, procedió a identificarlo luego de hacerle conocer sus derechos constitucionales, manifestando llamarse Ernesto Guardotti. Aclara que después de ser entrevistado por el conductor de la motocicleta también escuchó por la central de radio que un sujeto en una moto negra tipo enduro había cometido un robo en barrio Jorge Newbery. Precisó que el día del hecho circulaba en el patrullero junto al agente Blanco Julio César.

Básicamente, el agente resultó constante en los detalles esenciales que brindó al relatar todo lo sucedido el día del hecho. Al encontrarse patrullando fue alertado por un particular acerca un robo en barrio Jorge Newbery a cargo de dos sujetos que venía a bordo de una motocicleta tipo enduro, de color negra, y a quienes éste –Carnero- venia persiguiendo; que en su móvil continuó la persecución, hasta el momento en que el sujeto abandona la motocicleta y se dio a la fuga a pie, por tapias y techos de viviendas vecinas; que continuó la persecución del sujeto, ascendiendo también él por los techos, que el sujeto desciende a los patios de una vivienda; que le da la voz de alto pero hace caso omiso, que le efectúa un disparo que no lo alcanza, obligándolo a responder con un disparo intimidatorio al aire, que seguidamente intenta escapar por el fondo de la vivienda pero advierte que estaba rodeado debido a la presencia de muchos otros policías que acudieron en su auxilio; el imputado vuelve sobre sus pasos, logrando finalmente aprehenderlo del interior de una vivienda vecina –tal como lo declaró Pereyra- . Igualmente este testigo destacó que el sujeto a bordo de la moto llevaba casco rojo o anaranjado, coincidiendo así con los restantes testigos y el casco finalmente secuestrado.

Destacó el sentenciante que Tobares fue categórico y serio en su declaración, aclarando también que la moto era de color negra y que el acusado la dejó tirada frente al domicilio donde subió a los techos para continuar su fuga, lugar de donde le efectuó un disparo con arma de fuego. Que detuvo al acusado Guardatti en dicho procedimiento y por el robo ocurrido momentos antes, del que tuvo noticias por la radio policial además de por Carnero.

Fabian Enrique Carmona -funcionario público- manifestó que en ocasión en que se encontraba patrullando a cargo del móvil N° 5294 por barrio Guiñazú escuchó por la frecuencia de radio que en barrio Jorge Newbery habían asaltado a un local comercial y que los móviles del distrito 8 habían ubicado a uno de los supuestos autores. Por tal motivo se traslada hacia barrio Mariano Fraguero y cuando llega a calle Juan de Escolar se baja de infante para chequear baldíos, jardines y construcciones para ver si encontraba alguno de los sujetos o algún indicio probatorio, es que a la altura el 852 esta calle observa detrás de una verja bajita en un jardín tres elementos: una pistola 9 milímetros marca FM HI POWER

color negra sin numeración visible, la cual posee seis en el cargador, un cartucho en la recámara. También se secuestro una vaina servida y una campera de corderoy color marrón claro con, corderito por dentro marca BANDO. Que por tal motivo procedió al secuestro de tales elementos.; destacó que las cosas estaban esparcidas no amontonaditas. Preguntado por el S.F.I. para que describa como encontró el arma, dijo: "la vaina servida no estaba dentro de la recámara de la pistola; que había un proyectil en la recámara listo para ser disparado —. Preguntado por el S.F.I. para que diga, según sus conocimientos y apreciación, a que se debe la presencia de la vaina en ese lugar, dijo: o que la vaina al ser disparada quedó en la recámara y luego, al arrojar en ese sector la pistola al piso, se destrabó y saltó, o el disparo se efectuó desde ese lugar dónde estaba la pistola y la vaina. Señaló el a quo que los elementos secuestrados son compatibles con los utilizados por el acusado en el robo y, la campera marrón fue reconocida por las víctimas del hecho y por el testigo Carnero, como la utilizada por uno de los autores del robo. Ello determina la participación de Guardatti en el asalto a mano armada y su posterior fuga a bordo de la moto secuestrada.

Mauricio Damián Paez –amigo de Carnero- declaró que el día del hecho, 25 de abril, siendo alrededor de las 20:00 hs. en ocasión en que se encontraba junto con amigos tomando unas gaseosa al costado autoservicio ubicado en calle Teniente Escola esquina Candelaria de barrio Jorge Newbery pudo observar que dos sujetos sospechosos ingresaron al local a lo que en principio no le dio mucha atención. Unos segundos después sale la propietaria del lugar Luna y les comenta que los dos sujetos que segundos antes ingresaron al local le habían robado. Que de manera inmediata un amigo que se encontraba ahí, Carnero, salió en su moto en persecución de los delincuentes. Aclara que solo recuerda a uno de los sujetos que ingreso al local el cual era alto, no recordando mas puesto que el mismo portaba un casco rojo en su cabeza, recordando también una campera de color marrón. Que estos sujetos ni bien salieron se subieron a una motocicleta de color negra tipo enduro marca honda NX.”

Gabriel Eduardo Sotera manifestó que en ocasión en que se encontraba junto con amigos tomando unas gaseosa al costado del autoservicio ubicado en calle Teniente Escota esquina Candelaria de barrio Jorge Newbery pudo observar que dos sujetos sospechosos ingresaron al local a lo que en principio no le dio mucha atención. Unos segundos después sale la propietaria del lugar, Luna y les comenta que los dos sujetos que segundos antes ingresaron al local le habían robado. Que de manera inmediata Carnero salió en su moto en persecución de los delincuentes. Preciso que recuerda que los dos sujetos portaban cascos en sus cabezas, portando uno de ellos una campera marrón y el otro una campera azul. Que estos sujetos ni bien salieron se subieron a una motocicleta de color oscuro tipo enduro no recordando la marca”.

Franco Adrian Pozzi quien de manera coincidente con los otros testigos, destacó que en ocasión en que se encontraba junto con amigos tomando unas gaseosa al costado del autoservicio ubicado en calle Teniente Escola esquina Candelaria de barrio Jorge Newbery, pudo escuchar que una motocicleta freno en la puerta del comercio y que la misma quedo en marcha. Que en ningún momento observo a los sujetos que se bajaron de la moto puesto que se encontraba en el

ingreso al garaje del local lo cual no le permitía observar la escena del hecho. Unos segundos después pudo escuchar que la moto arranco y al instante salió la propietaria del lugar,, Luna, les comento que los sujetos que se dieron a la fuga en la moto le habían robado, por lo que Carnero salió rápidamente en su moto en persecución de los delincuentes.

Los testigos Páez, Sotera y Pozzi corroboran el hecho del robo y los dos primeros indican que los delincuentes se motorizaron en una moto enduro de color negro, marca Honda, como la secuestrada e indican que uno de los delincuentes vestía campera marrón y llevaba un casco rojo teniendo una estatura alta, como el acusado; que en la zona de aprehensión del imputado se secuestran moto, casco, pistola 9 mm y la campera marrón.

Concluye el a quo que la prueba de cargo testimonial es contundente, seria y suficiente, para dar por tierra los argumentos esgrimidos por el acusado en su defensa material, en cuanto negó los hechos y dio algunas explicaciones sin sustento alguno. Su versión resultó desvirtuada por la prueba de cargo analizada que lo desmiente. La versión brindada por sus vecinas, Salazar y Garay, tratando de beneficiarlo, también quedó desmentida. Esto, además, resulta corroborado por abundante prueba documental (actas de aprehensión, actas de secuestro, actas de inspección ocular, croquis ilustrativos, informes técnico médico y técnico balísticos). Deriva el juzgador que esta documental reconocida por sus respectivos autores y protagonistas del hecho, confirma la dinámica de la persecución y detención del acusado que es la misma persona que cometió el robo calificado a Luna y a Nieto. También señalan los lugares donde Guardotti dejó la moto en la que huía y su casco como así también el arma de fuego que empleara y la campera marrón de corderoy que vestía, circunstancias éstas demostrativas de la exitosa persecución realizada por el ciudadano Carnero Vidal primero y personal de la policía, después. Se comprueba también que el arma secuestrada y utilizada por Guardotti, resultó ser operativa al igual que su munición y había sido disparada como sostuvo el agente Tobares. Si bien no se determinó la presencia de plomo, bario ni antimonio en las muestras levantadas de ambas manos de Guardotti, la explicación puede ser encontrada en que el acusado desde que se desprendió del arma y de la campera marrón de corderoy de donde fueron secuestradas, tuvo tiempo de limpiarse sus manos; estuvo sentado un rato en el domicilio de Pereyra, donde incluso tomó agua, se levantó su remera lo que implica que sus manos estuvieron en contacto con otros elementos, lo que bien puede ser la causa del informe negativo de dermatés.

Finaliza el fallo asegurando que de la totalidad de la prueba analizada y valorada, se desprende con total certeza que Guardotti recibió el arma de fuego tipo pistola cal. 9 mm marca FM-HI POWER, industria Argentina, de color negro sin numeración visible con el sector de numeración suprimido, tal como lo refiere la acusación en el primer hecho y, también que fue uno de los dos sujetos que cometió el robo calificado en perjuicio de Luna. Existe el grado de certeza necesario en esta etapa procesal para determinar que es autor y coautor penalmente responsable de ambos sucesos atribuidos, los que están probados absolutamente, quedando así totalmente desvirtuada la posición exculpatoria dada por Guardotti en su defensa material, tratando de eludir su responsabilidad. Por todo ello concluyo en que el acusado es autor penalmente responsable, habiendo cometido las conductas endilgadas con pleno

conocimiento y voluntad de realización, siendo una persona imputable para el derecho penal.

V. Se avala por completo la solución del tribunal de juicio pues –como se advierte- ella encuentra sustento en el análisis integral de todos los elementos colectados; desintegrarlos o analizarlos separadamente, como hace la defensora, resulta una estrategia ineficaz para rechazar la conclusión del fallo. El cuadro convictivo examinado y valorado de modo conjunto evidencia la íntima conexión entre los dos hechos atribuidos a Guardotti y la indudable identidad entre uno de los autores del robo perpetrado en perjuicio de Luna, el sujeto que se conducía a bordo de la motocicleta tipo enduro de color negro, perseguido por Carnero, en primer término y por Tobares, con posterioridad; y el finalmente detenido por el funcionario Tobares, en el domicilio de Pereyra. Ello, no solo por la inmediatez o proximidad de todo lo acontecido, prácticamente sin solución de continuidad, sino también por las coincidencias y analogías existentes entre los objetos descritos por los testigos en relación al suceso del robo, en el transcurso de la persecución en moto y los finalmente secuestrados en las cercanías al lugar de la detención de Guardotti –moto tipo enduro de color negro, casco de color rojo, arma de color negro, campera tipo de corderoy de color marrón-.

En efecto, las víctimas del robo, Luna y Nieto, coinciden en relatar que dos sujetos ingresaron al local, utilizando cascos en sus cabezas, uno de ellos, de color rojo; que uno de los delincuentes portaba un arma de fuego y vestía campera tipo de corderoy de color marrón. Que al salir del local abordaron una motocicleta tipo enduro de color negro y se dieron a la fuga velozmente.

Durante la audiencia de debate ambas coinciden en señalar a Guardotti, como uno de los autores, sin duda alguna. Además, reconocen los objetos que se les exhiben –casco de color rojo, campera tipo de corderoy de color marrón y una pistola calibre 9x19 mm- y afirman que son los mismos elementos que utilizaba unos de los sujetos el día del hecho y el arma podría ser la misma con la que las apuntaron.

Pozzi, Paez y Sotero –testigos de lo sucedido, por encontrarse reunidos ocasionalmente cerca del local- coinciden en relatar la presencia sospechosa de dos sujetos que arriban a bordo de una moto tipo enduro de color negro, que descienden con sus cascos colocados, utilizando uno de ellos, casco de color rojo y vestía una campera de color marrón. Que en segundos abandonan el lugar a bordo de la motocicleta descrita siendo perseguidos por Carnero a bordo de su ciclomotor.

De igual modo, Carnero describe la persecución de un rodado de color negro con dos sujetos a bordo, que llevaban cascos en sus cabezas, uno de color rojo y otro negro, y uno de ellos lucía campera de color marrón. Elementos que reconoce cuando le son exhibidos en la audiencia de debate. Aclaró este testigo que en ningún momento pierde de vista a los delincuentes, hasta que alerta de lo sucedido al funcionario Tobares, a quien encuentra patrullando en su camino, siendo éste quien continúa la persecución. Si bien podría sostenerse –como subraya la defensora- que no es correcto afirmar que hubo continuidad pues, por algunos intervalos, Tobares los pierde de vista, no es posible negar que se trató del mismo sujeto finalmente detenido, atento las coincidencias existentes entre los testigos intervinientes en las tres instancias: robo, persecución y momento de la aprehensión de Guardotti.

Los funcionarios Carmona y Oliva son los encargados de realizar los respectivos secuestros. El primero, el arma, vaina servida y la campera tipo de corderoy de color marrón y Oliva, la moto tipo enduro de color negro, abandonada en la vía pública con su motor caliente y el casco de color rojo. Todos objetos –como ya se destacó- reconocidos por los testigos Luna, Nieto y Carnero en ocasión del debate. Acto al que la defensora intenta restarle credibilidad, por resultar perjudicial a su asistido.

Zalazar y Garay, vecinas de Ernesto Guardotti, parecieran intentar beneficiarlo con sus declaraciones. Aseguran que Ernesto tenía una moto grande, tipo enduro, de color blanco o verdecito y blanco, lo que fácilmente quedó desvirtuado pues el rodado finalmente secuestrado como de su propiedad, es de color negro. Tampoco resultan avalados los dichos de Garay en cuanto señaló que la moto fue sacada por los policías del interior de la vivienda de Guardotti, pues otro vecino, Nievas –testigo independiente-, observa la moto tirada en la vía pública, mas los funcionarios policiales actuantes, coinciden en relatar que dicho rodado fue abandonado en la calle, cuando el imputado continua su huida a pie por las tapias y techos. De ello da cuenta el acta de secuestro confeccionada por Oliva.

Finalmente, resultan en vano los intentos de la quejosa por desacreditar al funcionario Tobares, debido a las irregularidades existentes en el procedimiento y las diferencias existentes en sus distintas declaraciones, en cuanto al concreto lugar de detención del imputado, la ubicación de los elementos secuestrados, portación de un arma de fuego y disparos a cargo de Guardotti. Esas quejas no resultan suficientes ni viables, para contrarrestar las múltiples coincidencias que también derivan de sus deposiciones –ya puntualizadas-, corroboradas por distintos testigos y probanzas de la causa, que autorizan a mantener la solución del fallo en cuanto concluye con grado de certeza, que el imputado Ernesto Agustin Guardotti, fue uno de los dos sujetos que participó del robo perpetrado en el local comercial de Luna, utilizando un arma de fuego que previamente había receptado de autor o autores desconocidos con conocimiento de su procedencia dolosa, y al intentar darse a la fuga a los fines de lograr su impunidad, no lo consigue, debido al accionar de Carnero –particular que salió en su persecución, inmediatamente luego de sucedido el atraco- y el funcionario Tobares quien tras perseguirlo procede a su detención, con la colaboración de otros policías, entre ellos, Carmona y Oliva, que son quienes consiguen secuestrar moto, casco, arma, vaina y campera tipo de corderoy de color marrón. Todo lo cual confluye para sustentar la conclusión del tribunal, derribando cualquier intento por desvirtuar la misma, máxime cuando ese empeño y esfuerzo luce infructuoso al tratarse de críticas aisladas de las distintas probanzas, cuando lo correcto resulta su ponderación conjunta.

Como se observa, el tribunal contó con una importante suma de elementos univocos, perjudiciales a Guardotti, que lo autorizaron a arribar a su decisión condenatoria, la que se mantiene, descartándose la censura de una deficiente motivación probatoria, así como la supuesta vulneración al principio de razón suficiente, luciendo la conclusión condenatoria como el producto de una razonable derivación del marco convictivo reunido.

Voto, pues, negativamente a esta cuestión.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente las presentes cuestiones. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aida Tarditti, dijo:

I. La defensora del imputado deduce un segundo escrito que denomina “Amplia Recurso de Casación. Solicita Inconstitucionalidad”. Pretende que el mismo se tenga como parte integrante del recurso oportunamente interpuesto (fs. 379/385) (Septiembre 2010).

Respetando la voluntad impugnativa de su asistido solicita la revocación de la declaración de reincidencia dispuesta en la sentencia n° 15 del 18/05/2010, dictada por la Cámara Octavo del Crimen de esta ciudad.

Da cuenta del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad formal exigidos legalmente.

Concretamente, controvierte la regularidad constitucional del art. 50 del CP, en virtud del cual se ha declarado la reincidencia de Guardotti, vulnerando principios constitucionales básicos como el non bis in idem, culpabilidad, prohibición de exceso, racionalidad de la pena y el derecho de defensa, lesividad, reserva y garantía de autonomía moral de la persona (arts.18 y 19 CN). Peticiona que se revoque, previa inconstitucionalidad de la norma legal citada, la declaración de reincidencia del imputado.

Observa que en la sentencia al pronunciarse sobre la pena a discernir el tribunal de juicio valoró en contra de Guardatti la existencia de “condenas penales anteriores” y le impuso para su tratamiento penitenciario la pena de siete años y dos meses de prisión “con declaración de reincidencia”, adicionales de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 50 y ccs del CP y 412, 415, 550, 551 y ccs del CPP).

El instituto de la reincidencia –art. 50 CP- habilita el ejercicio de un mayor poder punitivo estatal (plus punitivo) en relación a las personas que han sufrido pena por imposición de condenas anteriores.

La declaración de reincidencia –afirma- opera entre nosotros con un doble efecto perjudicial para el justiciable: a) como circunstancia agravante en la individualización de la pena que se discierne en la nueva condena –art. 41 de la ley penal sustantiva- y b) como circunstancia impeditiva de la libertad condicional –art. 14 ibid-.

Muestra que en la causa la condición de reincidente asignada a Guardatti en la sentencia impugnada ha gravitado en su perjuicio en los dos sentidos expresados.

Tal condición ha sido explícitamente invocada y computada como pauta automáticamente agravante de la pena (art. 41 CP) y ha puesto al incoado en un carril de ejecución penitenciaria que le veda la posibilidad de obtener la libertad condicional (art. 14 CP) privándolo del acceso a un régimen progresivo que fomente su compromiso y observancia de las pautas carcelarias.

Seguidamente, a mérito de la presentación formulada por su asistido, analiza en extenso la compatibilidad del instituto –reincidencia- con los

principios constitucionales que regulan el poder punitivo estatal en el marco de un estado de derecho y de una concepción liberal de derecho penal a los que adscribe nuestra Nación por expresa declaración formulada en la Carta Magna y Tratados Internacionales suscriptos a ella incorporados (CN, arts. 18, 19, 75 inc. 22).

Anticipa que el análisis obliga a concluir que, por el fundamento en el que reposa y los efectos perjudiciales que acarrea para el imputado, la aplicación del instituto pone en franca crisis la vigencia de garantías constitucionales básicas (fs. 380 vta.).

Señala que del examen crítico que propone aparece insalvable la objeción que corresponde formular al art. 50 del CP desde la óptica del non bis in idem o de la prohibición de doble punición. El plus de poder punitivo que genera la declaración de reincidencia se habilita en razón de un delito que ya fue juzgado y penado; se desdibuja la racionalidad de la pena que resulta ilegítima. La sanción no guarda relación con el injusto ni con la culpabilidad por el hecho violándose el principio “nulla poena sine culpa”. Sostiene que, en verdad, subyace como esencia o fundamento de la reincidencia una vedada concepción de “derecho penal de autor” (fs. 381).

Esgrime abundantes y serios fundamentos, así como doctrina en sustento de su censura, rechazando un “plus punitivo” constitucionalmente inadmisibles (fs. 381 vta./382 vta.).

Seguidamente, argumenta en torno al fin de la pena, “reinserción social”, “readaptación social mínima”, refiere al tratamiento programado, individualizado, progresivo y voluntario establecido en la ley penitenciaria, destacando que todo resulta “discursivo” desde que el condenado por ostentar la calidad de reincidente declarada al momento de su condena, carga ya con un juicio de peligrosidad presumido iuris et de iure por la ley que le veda automáticamente el acceso a la libertad condicional (fs. 382 vta.).

Cita jurisprudencia del Tribunal Oral N°1 de Cba. que se ha pronunciado declarando la inconstitucionalidad del art. 14 del CP (fs. 383). Asegura que las implicancias del instituto se proyectan a la vulneración del derecho de defensa pues le impiden al condenado demostrar la evolución de su conducta durante la ejecución y obtener los beneficios que la ley le acuerda en forma progresiva.

Agrega que el agravio que la aplicación del art. 50 del CP genera al condenado Guardatti, se configura en forma completa y no potencial, desde que la declaración de reincidencia ha agravado el monto de la pena impuesta y se proyecta en forma negativa desde el inicio de su ejecución al privarlo del acceso a un régimen progresivo que fomente su compromiso y observancia de las pautas carcelarias.

Pretende la declaración de inconstitucionalidad del art. 50 del CP en virtud del cual la Cámara Octava ha declarado la reincidencia de su asistido violando los principios constitucionales de non bis in idem, culpabilidad, prohibición de exceso, racionalidad de la pena y derecho de defensa, también de lesividad, reserva y garantía de autonomía moral de la persona.

Efectúa reserva de recurrir por la vía extraordinaria federal (art. 14 inc. 3º y 15 de la ley 48).

II.1. Previo ingresar al tratamiento de los agravios expuestos por la defensora, es necesario efectuar algunas consideraciones.

En primer término, si bien la quejosa enmarca sus críticas en un escrito que titula "*Amplia Recurso de Casación-Solicita inconstitucionalidad*", su razonamiento se orienta a denunciar la inconstitucionalidad del art. 50 del CP, por lo que claramente se trata de otra vía impugnativa: recurso de inconstitucionalidad (art. 483 CPP).

Concretamente, reprocha que el artículo 50 del Código Penal –al tener un doble efecto perjudicial para el justiciable: 1) circunstancia agravante en la individualización de la pena y 2) dato impedimento de la libertad condicional– repugna determinadas máximas constitucionales.

2.a. A partir del precedente de este T.S.J., en pleno, del 6/5/42, "Romero", se sostuvo una prolija escisión: a través del recurso de inconstitucionalidad podía discutirse la constitucionalidad de normas, mientras que a través del recurso de casación podía impugnarse la resolución que inobservara una garantía constitucional. La importancia del precedente radica en que, con motivo de la reforma al Código Procesal Penal de la Provincia y de la previsión de los recursos de casación e inconstitucionalidad, se hacía necesario interpretar el deslinde entre ambas vías extraordinarias (cfr. MARTINEZ PAZ, Enrique (h), "*Las violaciones de la Constitución en el Código de Procedimiento Penal*", Justicia, Revista de Jurisprudencia, t. 2, 1942-43, p. 235; NUÑEZ, Ricardo C., "*Recursos establecidos por el Código de Procedimiento Penal de Córdoba a los fines de que el Tribunal Superior pueda hacer efectivo el principio de supremacía de la Constitución*", LL, t. 28, p. 429, en nota a "Fernández, Raúl", T.S.J., en pleno, 30/10/42; posición que mantuvo en "*Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*", 2^{da}. edición, Lerner, 1986, p. 490; DE LA RUA, Fernando, "*La casación penal*", Depalma, 1994, p. 283 y ss.). En definitiva, es el recurso de inconstitucionalidad la vía que sirve para impugnar "*la ley misma; el vicio consiste -en ese recurso- no ya en aplicar erróneamente la ley, sino simplemente en aplicarla*" (de la Rúa, ob. cit., p. 285).

b. Asimismo, en los precedentes invocados se ha descartado que obste a tal hermenéutica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (C.S.J.N., "Strada, Luis v/. Ocupantes del perímetro ubicado entre las calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen", 8/4/86, Fallos t. 308-1:490; "Christou; Hugo y Otros v Municip. de Tres de Febrero", 20/2/87, Fallos 310/1:324; "Di Mascio, Juan R. interpone recurso de revisión", 1/12/88, Fallos 311/2:2478), en cuanto a la obligación del Tribunal Superior de Justicia de pronunciarse sobre las cuestiones federales planteadas por las partes, ya que para arribar a tal pronunciamiento es necesario abrir la competencia por la vía procesal apta o idónea que acuerda la legislación local y cuya infecundidad no ha demostrado la recurrente, que ha optado por una de las vías impugnativas previstas, sin reparar en la específica idoneidad de otra (T.S.J., Sala Civil, "Imaz de Maubecin Ana María c/Municipalidad de Córdoba - Daños y perjuicios -Recurso directo-", S. n° 75, 2/10/96; Sala Penal, "Bucheler", cit.; en igual sentido MORELLO, Augusto, "*El recurso extraordinario*", Abeledo-Perrot, 1987, p. 124; SAGÜES, Néstor Pedro, "*El concepto de instancia útil, apta o idónea provincial previa al recurso federal*", LL 1986/E, p. 1062).

c. También consolidada doctrina de la Sala ha señalado que el principio *iura novit curia*, permite superar errores de encuadre legal entre las distintas causales de un mismo recurso, no así cuando el error versa sobre la

elección del recurso extraordinario local (inconstitucionalidad o casación), atendiendo a las diferencias cualitativas de ambas vías y a la distinta competencia (Tribunal en Pleno o Sala) (T.S.J. , Sala Civil, "Imaz de Maubecin..."; Sala Penal, "Bucheler", "Aguirre Domínguez", cit. *supra*, entre otros). Si bien el principio de la formalidad *-particularmente acentuado en los recursos extraordinarios-* ha sido atenuado, no ha llegado a receptor legal ni jurisprudencialmente, el llamado recurso indiferente, conforme al cual el Tribunal puede adecuar la instancia recursiva a los parámetros legales supliendo vicios o deficiencias, máxime cuando *no se trata de un simple error material en su designación*, ya que la fundamentación del recurso exterioriza la consciente elección de una vía equivocada (T.S.J., Sala Civil, "Imaz de Maubecin...", cit.).

3. En orden a la declaración de inconstitucionalidad de una norma, recordemos que ello implica un acto de suma gravedad institucional y por ello debe ser considerado como "última ratio" del orden jurídico. Dicha declaración debe reservarse sólo para aquellos casos en que la "repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable".

El recurso de inconstitucionalidad es una vía incidental para traer la materia constitucional, por ello, para su procedencia, la resolución judicial recurrida debe haberse pronunciado en forma contraria a la pretensión del recurrente; debe existir una decisión contraria adversa. Esa resolución adversa puede ser expresa o implícita. En los supuestos en los cuales la cuestión constitucional ha sido introducida y mantenida pero el tribunal no se ha expedido respecto de ella, es decir que ha omitido su tratamiento, nos encontramos frente a la hipótesis de una resolución adversa implícita (Caferatta Nores, José I.-Tarditti Aida "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Comentado, Tomo II, pag. 492, Ed. Mediterránea).

En autos, los cuestionamientos constitucionales a la reincidencia en vinculación con los principios *non bis idem* y de *culpabilidad*, configuran una reflexión tardía de la defensa.

Ello así, desde que dicho asunto debió haber sido planteado en la primera oportunidad en que se suscitó o podía preverse que se suscitara (T.S.J., en pleno, "E.F.V.E.E. S.R.L. c/ Ochipinti", 13/7/59, Boletín Judicial Cba., 1959, III, p. 497; "Crespín", A. N° 135, 30/12/88; "Fernández", A. N° 77, 11/10/89; "Mazzochetti", A. N° 93, 2/11/90; "Aliendo", A. N° 37, 7/5/92; "Edelstein", A. N° 19, 1/3/93; "Acquesta", A. N° 19, 1/3/96; "Martínez", A. N° 151, 6/12/96, "Hernández", A. N° 20, 19/2/98, entre otros). Ello, sin lugar a dudas, ocurrió durante la audiencia de debate, puesto que a esa altura ya era previsible que en caso de condena procediera la declaración de reincidencia de Guardotti; el Fiscal de Cámara al momento de sus alegatos destacó que Guardotti ya tuvo tratamiento penitenciario y no obstante ello, reincide en el delito. Mantuvo la acusación y pidió que se lo declare reincidente (fs. 293 vta./294). La introducción del planteo constitucional en esta instancia, resulta claramente extemporánea.

4. No obstante lo señalado, a los fines de satisfacer las expectativas de la defensa y su asistido se dará respuesta a sus planteos.

Si bien la quejosa denuncia la inconstitucionalidad del art. 50 CP, debido a las consecuencias que acarrea su imposición para el condenado –

refiere a un doble efecto perjudicial- su objeción, indirectamente, se orienta hacia los arts. 41 y 14 del CP.

A.a. Desde este ángulo entonces se examinará si el artículo 41 del Cód. Penal en tanto indica dentro de las circunstancias de individualización de la pena que se tenga en cuenta "*las reincidencias en que hubiere incurrido*" el imputado, aparece como manifiestamente irrazonable cuando es ponderada como agravante, en un contexto de modificaciones legislativas orientadas a reducir el peso de las consecuencias de la reincidencia.

En efecto, el proceso de reformas legislativas iniciado al recuperar la democracia, derogó la ley n° 21.338 en tanto estableció marcos punitivos más gravosos para las reincidencias (ley n° 23.077, arts. 1 y 2). La ley n° 23.057 modificó el sistema de la reincidencia adoptando el sistema de la reincidencia real en lugar de la reincidencia ficta hasta entonces vigente, estableció plazos de caducidad para las condenas anteriores para su valor como antecedentes para la reincidencia, estatuyó prohibiciones de informar a los entes oficiales de registros penales y estableció la caducidad del registro de las condenas una vez transcurridos los plazos legalmente fijados (C.P., 50 y 51). Asimismo la ley n° 24.660 de ejecución de la pena privativa de libertad, no excluye a los reincidentes de la flexibilización del encierro durante el periodo de prueba por medio de salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad; e incluso para el otorgamiento de la libertad asistida que es una modalidad de la libertad condicional pero con un tiempo de cumplimiento mayor de la pena (arts. 17 y 54).

En ese contexto tanto el mantenimiento del texto del art. 41 y la exclusión de la libertad condicional a los reincidentes (art. 14), no son olvidos o errores del legislador conforme a la ya mencionada "*regla de la clara equivocación*", sino que muestran la decisión por la continuidad de disposiciones vigentes desde la sanción del Código Penal a partir de 1921.

Las modificaciones legislativas mencionadas no han sido ponderadas por el impugnante en orden a la carencia de efecto agravatorio actual en los marcos penales; alude al mantenimiento del "estigma" sin considerar los plazos acotados, y a la pérdida de la libertad condicional sin advertir que los reincidentes no han sido excluidos de otras modalidades de libertad anticipada.

b. En cuanto a si la reincidencia contraría la prohibición del non bis in ídem, la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo rechazó entendiendo que "*lo que se sanciona con mayor rigor sería, exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primer sentencia, no comprendida ni penada -como es obvio- en ésta*"; y a su vez en cuanto al principio de culpabilidad sostuvo que "*el hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de la libertad,... pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito*" (Fallos 311:1451).

En el caso bajo examen, Guardotti, registra condenas penales anteriores (Informe de Reincidencia, fs.79/80); así lo destacó el Fiscal en su alegato, al señalar que Guardotti ya tuvo tratamiento penitenciario y, no obstante ello, reincide en el delito. Como se observa la declaración de reincidencia de Guardotti, ocasiona una sanción con mayor rigor debido a las conductas puestas de relieve después de condenas previas; se le atribuye una mayor

culpabilidad debido al desprecio manifestado por la pena, pese a haberla sufrido antes.

En consecuencia, no corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 50 CP, en función del razonamiento de la quejosa que destaca el efecto perjudicial que acarrea la declaración de reincidencia en cuanto permite agravar las penas de los condenados.

B. En cuanto a la consecuencia gravosa que implica la declaración de reincidencia pues se proyecta en forma negativa desde el inicio de la ejecución de la pena al privar a Guardotti del acceso a un régimen progresivo que fomente su compromiso y observancia de las pautas carcelarias; se observa que esta queja se direcciona hacia el art. 14 CP, en cuanto restringe la concesión de la libertad condicional a los reincidentes, vulnerando principios constitucionales.

En relación a dicha norma, esta Sala ha sostenido que el art. 14 del CP que limita a los reincidentes el acceso a la libertad condicional, no vulnera ninguna de las garantías constitucionales denunciadas (culpabilidad, inocencia, non bis in idem). Como se señaló en el punto anterior, el régimen jurídico de la reincidencia ha atemperado sus efectos negativos sobre aquéllos sujetos que revestían dicha calidad y la jurisprudencia de este Alto Cuerpo ha ido acompañando esa etapa de flexibilización, que abarca tanto la existencia propia de dicho instituto cuanto los plazos de caducidad del mismo.

En efecto, este Tribunal Superior ha continuado el proceso legislativo atenuante, a través de numerosos fallos en los que atemperó por vía de interpretación gran parte de los efectos negativos asignados a la reincidencia.

Asimismo, resulta importante recordar que en lo que atañe al régimen de ejecución penitenciaria, la ley n° 24.660 incluye a los reincidentes en el proceso de flexibilización del encierro. Al igual que los que carecen de dicha propiedad, éstos acceden a otras formas de libertad antes del agotamiento de la pena, como son las salidas transitorias (art. 15, inc. 2 y concordantes de la ley 24.660), la incorporación al régimen de semilibertad (arts. 23 y concordantes), la prisión discontinua (art. 36 y concordantes) y semidetención (arts. 38 y 39), la sustitución de éstas por trabajos para la comunidad (art. 50), o por la prisión diurna o nocturna (arts. 41 a 44). Además, cuentan con el beneficio de la libertad asistida (arts. 54 y concordantes), que es una modalidad de la libertad condicional pero con un tiempo de cumplimiento mayor de la pena (arts. 17 y 54). Esto resulta advertido por la defensora, solo que minimizado.

Es evidente que la dureza con que fue implementado el instituto de la reincidencia ha ido cediendo con la posterior legislación, cuyo proceso, a su vez, fue acompañado jurisprudencialmente por esta Sala y ha coincidido mayoritariamente con la doctrina resuelta por la Corte Suprema de Justicia.

En la actualidad, los efectos desfavorables de la reincidencia se ciñen a la posibilidad de su consideración como circunstancia agravante en la individualización judicial de la pena (CP, art. 40 y 41), a la exclusión de la libertad condicional que aquí se discute, y a la inviabilidad, en algunos supuestos, de obtener la condena de ejecución condicional (Cfr. art. 26 del CP).

En orden a la constitucionalidad del art. 14 del CP., es necesario recordar que aunque los propósitos resocializadores toman un importante protagonismo durante la fase de ejecución de la pena privativa de la libertad

(art. 1 ley 24.660), en un modelo partidario de un derecho penal de hecho, de acto, la prevención especial no puede constituir el único fin de las penas. Tanto la culpabilidad como la peligrosidad delictiva, habrán de armonizarse en términos que ni los fines resocializatorios vinculados a la idea de peligrosidad delictiva sean negados, ni la aceptación de estos últimos termine desvinculando la magnitud de la pena, de la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor. Una situación que importa dar cabida, tanto a la dimensión de garantía propia de la consideración individual de la persona, como a la dimensión de prevención que surge del reconocimiento de la función social del derecho penal (CREUS, Carlos, *“Justificación, fines e individualización de la pena”*, en *Cuadernos del Departamento de derecho penal y criminología – Nueva Serie N° 1 Homenaje a Ricardo C. Núñez*, Universidad Nacional de Córdoba (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1995, p. 110) (TSJ, Sala Penal, Espíndola, S. n° 246, 15/09/2008; “Bachetti”, S. n° 271, 18/10/2010).

Asimismo, la normativa internacional con jerarquía constitucional establece que *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”* (art. 5.6 CADH); en igual sentido, se consignó que *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”* (art. 10.3 PIDCP).

La incorporación del instituto de reincidencia como impedimento del beneficio de libertad condicional, puede ser observado desde el punto de vista de la elección político criminal efectuada por el legislador, mas desde la perspectiva constitucional no ocasiona perjuicio alguno (DE LA RÚA, JORGE, *Código Penal Argentino. Parte General*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 229; CREUS, CARLOS, ob.cit., p. 505).

El régimen penitenciario de la ley n° 24.660, introduce un sistema de indeterminación del contenido de la pena dentro del límite máximo de la sanción individualizada judicialmente por el Tribunal de mérito, para permitir su adecuación al caso en orden al cumplimiento de los fines de resocialización del art. 1 de dicha ley. Tal flexibilidad incluye circunstancias relativas a la estrictez y hasta la propia duración de los períodos de restricción efectiva de la libertad ambulatoria. De manera que los alcances de las limitaciones a la libertad ambulatoria y hasta la propia duración del encierro carcelario podrán variar por decisiones que se adopten en la etapa de ejecución atendiendo a los fines preventivo especiales o de resocialización priorizados en esta etapa por la ley 24.660 (art. 1) (SALT, Marcos G. *“Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina”*, en RIVERA BEIRAS, Iñaqui; SALT, Marcos G. *“Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina”*, Ed. D.P., Buenos Aires, 1999, pág. 174; AROCENA, Gustavo A., ob. cit., p. 344, n. 28).

No sólo se ha flexibilizado la noción y efectos de quienes son considerados reincidentes, sino que además dicha categoría ha sido contemplada por el legislador en la ley de ejecución penitenciaria adecuando su encierro a sus necesidades concretas de prevención especial; ello es así, pues el condenado reincidente integra el régimen de progresividad dispuesto en la ley 24.660 y tiene la posibilidad de obtener la libertad asistida (art. 54), y de acceder al régimen de prueba, a salidas transitorias y a condiciones de semilibertad.

Valga señalar que en el período de prueba, se busca que el condenado realice conductas que le permitan "*demostrar su capacidad para el sostenimiento de la autodisciplina y la vida en libertad*" (PERANO, Jorge en CESANO, José Daniel y PERANO, Jorge, *El derecho de ejecución penal. Un análisis del ordenamiento jurídico de la Provincia de Córdoba*, edit. Alveroni, Córdoba, 2005, p. 44), el art. 15 de dicha legislación penitenciaria introduce para el período de prueba, la posibilidad de incorporar al condenado a un establecimiento abierto o sección independiente de éste que se base en el principio de auto disciplina, y la factibilidad de obtener salidas transitorias de incorporarse a un régimen de semilibertad.

Como se advierte, entonces, el reincidente no se encuentra privado de la posibilidad de resocializarse, puesto que la normativa penitenciaria le habilita una progresividad en las modalidades del encierro. Todas estas alternativas que ofrece la consideración de todo el sistema en conjunto no han sido asumidas por la recurrente.

Tampoco resulta viable el argumento que sustenta que la inconstitucionalidad del art. 14 del CP radica en que dicha norma lesiona el principio de *ne bis in idem* (Zaffaroni, Raúl E., Manual de derecho penal, 4ta. edición, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1985, p. 718; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Bs. As., 2000, p. 1009). Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en dos antiguos precedentes de 1988 -"Valdez" (Fallos 311:552) y "L'Eveque" (Fallos 311:1451)- sostuvo que el principio *ne bis in idem* prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena - entendida ésta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal. Uno de estos fallos cobró actualidad cuando fue recordado en el voto del Dr. Petracchi en autos "Gramajo", 5/09/2006.

En abono de esta postura, desde la órbita constitucional se expone que dicha garantía significa que por un mismo hecho criminoso una persona no puede ser enjuiciada ni penada sino una sola vez y nunca dos o más veces; entonces, se rechaza que privarlo de la libertad condicional al reincidente es juzgarlo o punirlo "más de una vez" por un mismo hecho que ya dio lugar a un anterior juicio y a una anterior aplicación de pena (Bidart Campos, Germán J., *Libertad condicional y reincidencia*, ED, 118, 146).

Otros argumentos refrendan que dicha restricción no afecta el principio de *ne bis in idem* (De la Rúa, Jorge, ob.cit., p. 228/229). A saber: la garantía invocada sólo rige hasta la segunda condena, no después, y, a su vez, no es un agravamiento de la pena sino la no concesión de un beneficio por falta de un requisito; la norma no apunta al hecho juzgado, sino al fracaso de prevención especial de la pena anterior.

Incluso quienes se oponen a la constitucionalidad de la disposición aceptan que éste no es el camino para derrumbarla. Es que, evidentemente ello supone un mayor celo en la legislación penal que el principio, correctamente interpretado, no exige (arg. cfr. Alderete Lobo, Rubén A., *La libertad condicional en el Código Penal Argentino*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2007, p. 172, 175 y 176; Ziffer, Patricia, *Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1997, p. 107, 116 a 118, quien considera

que incluso la prohibición de doble valoración -perspectiva sustancial de la garantía- cobra vida hasta la determinación judicial de la pena, mas no en la ejecución, donde la opción ya ha sido realizada por el legislador).

Tampoco corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 50 CP, en tanto la declaración de reincidencia resulta una circunstancia impeditiva de la libertad condicional, art. 14 CP.

En síntesis, la disposición puesta en crisis, artículo 50 del CP, no afecta garantía constitucional alguna, por lo que conserva su estatus legal y debe ser aplicada.

Así votamos.

La señora Vocal, doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

La señora Vocal, doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

A LA TERCERA CUESTIÓN:

La señora Vocal, Dra. Aida Tarditti, dijo:

Atento al resultado de la votación que precede, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la Sra. Asesora Letrada, Dra. Graciela Bassino, a favor de su asistido Ernesto Agustín Guardotti. Con costas (arts. 550 y 551 *ibidem*).

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente las presentes cuestiones. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aida Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto la Sra. Asesora Letrada, Dra. Graciela Bassino, a favor de su asistido Ernesto Agustín Guardotti. Con costas (arts. 550 y 551 *ibidem*).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

Dra. Aída TARDITTI

Presidenta de la Sala Penal del Tribunal Superior de

Justicia

Dra. María Esther CAFURE DE BATTISTELLI
de las Mercedes BLANC G. DE ARABEL
Vocal del Tribunal Superior de Justicia
Tribunal Superior de Justicia

Dra. M.
Vocal del

Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI
Secretario del Tribunal Superior de Justicia