

EXPEDIENTE: 3403187 -  - DÍAZ, FRANCISCO - CAUSA CON IMPUTADOS

SENTENCIA NUMERO: NUEVE

En la ciudad de Córdoba, a los dieciocho días del mes de febrero de dos mil diecinueve, siendo las nueve horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de los señores Vocales doctores Sebastián Cruz López Peña y María Marta Cáceres de Bollati, a los fines de dictar sentencia en los autos **“DÍAZ, Francisco p.s.a. homicidio calificado agravado por art. 41 bis en grado de tentativa -Recurso de Casación-”** (SAC 3403187), con motivo del recurso de casación interpuesto por el doctor Gerardo Damián Morales, defensor del imputado Francisco Díaz, en contra de la Sentencia número once, dictada el diez de abril de dos mil dieciocho, por la Cámara en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Río Tercero, integrada con jurados populares.

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

- 1) ¿Se encuentra indebidamente fundada la sentencia dictada en lo que hace a la pena impuesta al imputado Francisco Díaz?
- 2) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Doctores Aída Tarditti, Sebastián Cruz López Peña y María Marta Cáceres de Bollati.

A LA PRIMERA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:

I. Por Sentencia n° 11, del 10 de abril de 2018, la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Río Tercero, integrada con jurados populares resolvió -en lo que aquí interesa- **“...I) Declarar a FRANCISCO DÍAZ (...) autor responsable (art. 45 del Código Penal), del delito de lesiones graves doblemente calificadas, en concurso ideal, en los términos del art.92 en función del art. 90 y 80 inc 1º, 41 bis y 54 del Código Penal, por el hecho que le atribuye... II) Imponer a FRANCISCO DIAZ como**

sanción la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION, accesorias de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 29 inc, 3, 40 y 41 CP., 412, 550, 551 CPP). III) Oficiar al EP. N° 5 a fin que brinde tratamiento psicológico y/o psiquiátrico, previa anuencia del imputado, según sugiere Pericia Psiquiátrica de fs. 160/162, debiendo remitirse copia de la misma. IV) Remitir copia de las piezas pertinentes a la Fiscalía de Instrucción que por turno corresponda de esta sede judicial a los fines que se investigue la posible comisión del delito de daño perseguible de oficio (art.152 CPP)...”(ff. 404/425).

II. El Dr. Gerardo Damián Morales, defensor del imputado Francisco Díaz, interpuso recurso de casación en contra de la resolución aludida, con invocación del motivo formal de la vía escogida (inc. 2° del art. 468 del CPP).

En su escrito denuncia falta de fundamentación respecto de la individualización de la pena impuesta a su asistido, y arbitrariedad de esta última -con cita de jurisprudencia de esta Sala en torno a la cuestión aludida- (ff. 438/444).

Solicita la declaración de nulidad parcial de la sentencia, en relación al aspecto discutido, y transcribe la argumentación llevada adelante por el tribunal de juicio en el capítulo correspondiente de la misma. Señala que la fundamentación de la sanción exige, no sólo explicitar las circunstancias ponderadas, sino señalar por qué se valoran a favor o en contra y, en este último caso, en qué medida inciden en la intensidad de la pena.

Consigna que en la resolución impugnada se valoró en contra del imputado la “...*modalidad comisiva del hecho perpetrado, y que el mismo es de elevada gravedad...*” (f. 441 vta.), y denuncia que tal circunstancia constituye -en realidad- un rasgo típico de la figura en que se ha encuadrado legalmente la conducta del condenado.

Apunta que el legislador, al conminar el castigo de determinadas conductas a través del acuñamiento de tipos penales, ha seleccionado los bienes jurídicos que resultan acreedores de protección y el modo particular de afectarlos u ofenderlos que ingresan en el ámbito de la represión penal. Señala que, así, la figura de lesiones, tanto en su modalidad simple como en la calificada (que es, precisamente, la del *sublite*), supone precisamente un debilitamiento permanente de un sentido (visión), lo cual trae

necesariamente aparejado su gravedad.

Afirma que, en definitiva, tratándose de un delito en contra de la integridad física de una persona, calificado específicamente porque la lesión recae sobre un ascendiente (padre), y agravado genéricamente por el empleo de arma de fuego, resulta evidente -y forma parte de la esencia misma de tal ilícito- el “desprecio” a dicho bien.

Conforme a lo expuesto, denuncia que el tribunal de juicio ha efectuado una doble valoración, cuando refiere a la modalidad comisiva y su elevada gravedad, tenida en cuenta tanto para el encuadre legal como para la mensuración de la pena. Sostiene que, de ese modo, se afectó la garantía del *ne bis in idem*, conculcando además otras que hacen a la obligación de fundar las resoluciones, al debido proceso y a la defensa en juicio.

Señala luego las plurales circunstancias atenuantes ponderadas en relación a Francisco Díaz. Y afirma que, si la única circunstancia a la que se asignó carácter agravante no puede seleccionarse -por constituir un rasgo típico de la figura delictiva aplicada-, y si a las demás pautas evaluadas se les asignó carácter favorable; la individualización de la sanción en cuatro años y seis meses de prisión aparece como excesiva e injustificada, debiendo -en consecuencia- imponerse el mínimo legal.

Añade que, si hubo otras pautas de mensuración desfavorables que sustentaron tal aumento (además de que el imputado cursaba estudios universitarios), las mismas no fueron exteriorizadas, prescindiéndose pues de brindar las razones justificadoras de la cantidad impuesta -cita precedentes de esta Sala-. Y expone que, si bien se expresó que se tenían en cuenta las pautas de los arts. 40 y 41 del CP, no se especificó el modo en que operaron todas ellas, quedando reservadas así al ámbito de la íntima convicción de los juzgadores.

Por todo lo expuesto, solicita se declare la nulidad parcial de la sentencia en relación a la pena impuesta, y se fije a su defendido el mínimo legal, esto es, tres años de prisión, de ejecución condicional, sin proceder a su reenvío.

Finaliza su escrito formulando reserva del caso federal.

III. Surge de la sentencia atacada que el *a quo*, en oportunidad de proceder a la individualización de la

pena a imponer al imputado Díaz, comenzó por realizar ciertas consideraciones generales en torno al tópico, con cita y reseña de jurisprudencia de esta Sala (ff. 423 y vta.).

Luego de lo cual abordó concretamente la situación de Díaz: consignó que la escala penal en abstracto para el delito probado va de tres a diez años de pena privativa de la libertad, e hizo constar que el nombrado se encontraba detenido desde el 18/12/2016.

Seguidamente consignó como circunstancias atenuantes “...*que es una persona joven, de 27 años de edad con posibilidades de reencauzamiento. Que no tiene adicciones. Que reconoció los hechos y manifestó estar arrepentido. Que carece de antecedentes penales computables y que se trata de su primera condena. También debe considerarse las características traumáticas del robo violento del que fue víctima la familia en el año 2006, y que no habría sido superado por el imputado ni por su familia...*” (f. 423 vta.).

A la par que valoró en contra de Díaz “...*que al momento de la detención (...) cursaba sus estudios universitarios, lo que aparece como un factor negativo toda vez que dicha instrucción le proporciona mayor posibilidad de comprender sus acciones y distinguir entre las conductas adecuadas y las contrarias a derecho A ello se suma la modalidad comisiva del hecho perpetrado, y que el mismo es de elevada gravedad...*” (f. 423 vta.).

Sostuvo que “...*Lo expresado nos lleva a superar el mínimo de la pena, y disentir con la solicitada por el Sr. Fiscal de Cámara. La misma será de cumplimiento **efectivo**, toda vez que las penas se imponen para ser cumplidas (art. 6 y ss. C. Penal) y en el caso, la impuesta supera los tres años por lo que no se dan los requisitos del art. 26 del Código Penal. A su vez, en atención a su personalidad moral desfavorable, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y del daño causado, fundamentan la necesidad de cumplimiento efectivo y la imposición del tratamiento médico específico mientras cumple con la condena impuesta (art. 26 CP)...*” (f. 424).

Por todo lo expuesto, estimó justo imponerle a Francisco Díaz “...*la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION con accesorias de ley...*” (f. 424).

IV.1. De la lectura de lo reseñado supra surge claramente que el recurrente denuncia fundamentación

arbitraria de la individualización judicial de la pena. En resumidas cuentas, ataca una de las circunstancias agravantes ponderadas, por entender que viola la prohibición de doble valoración, y solicita la fijación del mínimo legal de la misma, como así también su ejecución condicional.

2. Atento al tenor del agravio traído, útil es comenzar por recordar que, conforme reiterada jurisprudencia de esta Sala, se ha sostenido que la facultad discrecional de fijar la pena es en principio exclusiva del tribunal de juicio, y sólo puede ser controlada por el de casación en los supuestos de arbitrariedad de la sentencia (TSJ, Sala Penal, S. n° 14, 7/7/88, "Gutiérrez"; S. n° 4, 28/3/90, "Ullua"; S. n° 69, 17/11/97, "Farías"; A. n° 93, 27/4/98, "Salomón", S. n° 162; 22/7/2011, "Defelippi", entre otras).

Dentro de ese margen de recurribilidad, relativo a las facultades discrecionales del Tribunal de sentencia, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva (T.S.J., Sala Penal, "Carnero", A. n° 181, 18/5/99; "Esteban", S. 119, 14/10/99; "Lanza Castelli", A. n° 346, 21/9/99; S. n° 162; 22/7/2011, "Defelippi", entre otros). El control alcanza el monto de la pena -posible entre el mínimo y el máximo de la escala-, cuando éste resulta manifiestamente desproporcionado o incongruente en relación a las circunstancias de la causa (T.S.J., Sala Penal, "Suárez", S. n° 31, 10/3/2008; "Ceballos", S. n° 77, 7/6/1999; "Robledo de Correa", S. n° 33, 7/5/2003; "Aguirre", S. n° 59, 28/6/2005).

3. Ingresando al análisis concreto de la cuestión planteada, se concluye que en el *sublite* se verifica la concurrencia de la violación de la prohibición de doble valoración traída por el recurrente; dando a continuación razones de ello.

En primer lugar, útil es recordar que, respecto a esta última, esta Sala tiene dicho **que** de ningún modo una circunstancia fáctica prevista normativamente para agravar la escala penal puede valorarse doblemente: como calificante en el tipo penal y como agravante en la individualización judicial. Ello obedece a que su consideración más gravosa ya fue motivo de valoración por parte del legislador a los efectos de la estructuración del respectivo tipo penal y, por ende, cometido el delito, su nueva selección por el juzgador a la hora de acrecentar la sanción importa una vulneración de la prohibición

de la doble valoración, comprendida actualmente como un aspecto de la garantía del *non bis in idem* (TSJ, Sala Penal, "Avalos", S. n° 13, 11/3/1998; "Ceballo", S. n° 77, 7/6/1999; "Reyna", S. n° 67, 7/8/2000; "Cuello", S. n° 74, 15/8/2001; "Juárez", S. n° 71, 23/3/2010; "Araos o Juárez", S. n° 37, 4/3/2011; "Bazán", S. n° 198, 20/8/2010; "Díaz", S. n° 434, 27/12/2013, entre muchos otros). En esta dirección, se ha señalado también que no debe confundirse duplicar la misma circunstancia ponderada ya por el legislador, con la consideración de la modalidad comisiva en el caso concreto (TSJ, Sala Penal, "Osella", S. n° 15, 25/2/2009, "Cruzado", S. n° 96, 8/4/2015; entre muchas otras). Y se ha dejado en claro que la gradación del ilícito es precisamente el terreno en donde el tribunal de mérito debe moverse a fin de no incurrir en una vulneración del *"non bis in idem"*. Por ejemplo, en el caso de robo, si bien no se podría valorar el uso de violencia "en sí", nada impediría considerar el grado de violencia, leve o intensa, que hubiera empleado el autor para el hecho (Ziffer, Patricia S., "Lineamientos de la determinación de la pena", Ed. Ad-Hoc, 2005, Bs. As., pág. 107; TSJ de la Pcia. de Cba., Sala Penal, "Piñero", S. n° 323, 4/9/2014; "Oliva", S. n° 300, 15/8/2014; entre muchos otros). Cotejando la doctrina judicial expuesta con los fundamentos dados por el tribunal de juicio, se detecta que el sentenciante sólo hace alusión de modo general y abstracto a la modalidad comisiva del hecho perpetrado, con la aclaración de que el mismo es de elevada gravedad. Pero no efectúa ninguna valoración concreta, que tome en consideración factores o características graduables o ajustables, que encierren un disvalor que pueda ser sopesado y que, por ende, pueda ser utilizado para la individualización de la pena como circunstancia agravante, al traslucir la magnitud del injusto cometido. Asimismo, se advierte que tales particularidades -que, reitero, de haber sido consignadas y explicadas, podrían incidir en la gradación del ilícito- tampoco surgen de la plataforma fáctica en la que se describe el suceso por el cual fue condenado Díaz (ff. 404 vta., 417 y vta.).

Más allá de todo lo señalado, se impone resaltar, además, que de las constancias de la causa se vislumbra un contexto fáctico especial dentro del cual el imputado desplegó el accionar lesivo que motivó la imposición de la pena. En efecto, repárese en que quedó probado que "...hubo una discusión entre Shirley Peretti y su esposo Eduardo Díaz, con motivo de que la esposa no había

llevado a tiempo el vehículo a arreglar un desperfecto (óptica), lo que ocasionó que Micaela Díaz abandonara la cocina ante los gritos e insultos, mientras el imputado se encontraba en su habitación, que Eduardo Díaz rompió una silla contra el piso y es allí donde ingresa el imputado y efectúa los disparos ya referidos y Micaela inmediatamente después, encontrando ya herido a su padre ... el padre gritaba y había roto una silla...” (ff. 416 vta. y 417). Así las cosas, entonces, se advierte que la conducta del imputado Díaz tuvo lugar en un escenario especial. Y se vislumbra que, si bien el tribunal de juicio descartó la concurrencia en el caso de un exceso en la legítima defensa de un tercero (ff. 421 vta. y 422) -sin ingresar a analizar aquí la corrección o no de dicho criterio y de su argumentación, al no haber sido materia de agravio-, lo narrado configura una situación particular que claramente impacta en la dimensión del grado de injusto que se le endilga a Díaz. Razón por la cual, entonces, si ante tal contexto fáctico el tribunal de juicio no aporta ninguna argumentación adicional que permita vislumbrar cuáles fueron las modalidades concretas de la comisión del tipo o ajenas a éste que denoten un mayor disvalor que, como tal, pueda ser ponderado como agravante -ni las mismas surgen de la plataforma fáctica de la sentencia-, resulta claro que las circunstancias cuestionadas por la defensa deben ser dejadas de lado. Ello, por haber implicado ponderar la misma pauta tenida en cuenta por el legislador al acuñar la figura delictiva aplicada por el *a quo*; esto es, la misma afectación del bien jurídico alcanzada por el tipo y, por tanto, considerada por el legislador para la determinación de la escala penal.

Siendo oportuno aclarar, para finalizar, que la restante circunstancia agravante ponderada por el tribunal de juicio en contra del imputado (cuál es que Díaz “*...cursaba sus estudios universitarios, lo que aparece como un factor negativo toda vez que dicha instrucción le proporciona mayor posibilidad de comprender sus acciones y distinguir entre las conductas adecuadas y las contrarias a derecho...*”); al no verse alcanzada por ninguna crítica del recurrente, permanece en pie.

Así voto.

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña 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.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde: hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el doctor Gerardo Damián Morales, en favor del imputado Francisco Díaz, en consecuencia, se debe anular parcialmente la sentencia impugnada, únicamente en lo que respecta a la individualización de la pena impuesta al nombrado, y reenviar la misma por ante el tribunal de origen, a fin de que renueve parcialmente dicho capítulo de la resolución impugnada, conforme los argumentos expuestos *supra*. Todo ello sin costas, debido al éxito obtenido (arts. 550 y 551 CPP).

Así, voto.

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña dijo:

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

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati 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.

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

RESUELVE:

I. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el doctor Gerardo Damián Morales, en favor del imputado Francisco Díaz, y, en consecuencia, anular parcialmente la sentencia impugnada, únicamente en lo que respecta a la individualización de la pena impuesta al nombrado.

II. Reenviar la presente por ante el tribunal de origen, a fin de que renueve parcialmente el aludido capítulo de la resolución impugnada, conforme los argumentos expuestos *supra*.

III. Sin costas, atento al éxito obtenido (arts. 550 y 551 CPP).

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 los señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

TARDITTI, Aida Lucia Teresa
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

LOPEZ PEÑA, Sebastián Cruz
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CACERES de BOLLATI, María Marta
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SOSA LANZA CASTELLI, Luis María
SECRETARIO/A GENERAL DEL T.S.J