

TSJ, Sala Penal, S. n° 210, del 19/8/2011, "**MORATA, Franco p.s.a. lesiones culposas agravadas -Recurso de Casación-**". Vocales: Tarditti, Cafure de

PENA: *Individualización judicial. Potestad discrecional reglada del Tribunal interviniente. Estándar de revisión:* posibilidad de control a través del motivo formal o sustancial de casación. **CONDENA CONDICIONAL** (art. 26 C.P.). *Deber de fundar su concesión. Requisitos para su otorgamiento:* Pronóstico de no comisión de futuros delitos. **PRUEBA PERICIAL:** *Concepto. Obligación de fundamentar los motivos de su apartamiento por parte del Juez. Utilidad. Supuesto del juez que posee conocimientos especiales sobre la materia peritada. Valor convictivo. Forma de cuestionarla.* **DECLARACIÓN DEL IMPUTADO:** *Valoración:* Fuente eventual de prueba. **RECURSO DE CASACIÓN:** *Impugnabilidad objetiva. Resoluciones que restringen la libertad del imputado.* **COERCIÓN PERSONAL:** *Fundamentación. Requisitos.* **PRISION PREVENTIVA:** *Privación cautelar de la libertad dispuesta con posterioridad al dictado de la condena. Facultad del Tribunal de juicio. Vinculación con el efecto suspensivo de los recursos. Pronóstico punitivo hipotético:* *Noción. Fundamento. Presunción iuris tantum:* excepciones. **RECURSOS:** *Efecto suspensivo.*

SENTENCIA NÚMERO: DOSCIENTOS DIEZ

En la Ciudad de Córdoba, a los diecinueve días del mes de agosto de dos mil once, siendo las doce y treinta horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, con asistencia de las señoras Vocales doctoras Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos "**MORATA, Franco p.s.a. lesiones culposas agravadas -Recurso de Casación-**" (Expte. "M", 38/2011), con motivo del recurso de casación interpuesto por los Dres. Cristian Moyano y Marcelo Brito a favor del acusado Franco Morata, en contra de la sentencia número cinco, dictada el siete de abril de dos mil once, por el Juzgado Correccional de Cuarta Nominación de esta ciudad.

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

- I. ¿Se ha aplicado erróneamente el artículo 26 bis del Código Penal?
- II. ¿Es nula la sentencia al decidir el encarcelamiento cautelar del acusado?
- III. ¿Qué resolución corresponde adoptar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída 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 n° 5, del 7 de abril de 2011, el Juzgado Correccional de Cuarta Nominación de esta ciudad, resolvió -en lo que aquí interesa-: "...I. Declarar a Franco Morata, de condiciones personales ya relacionadas autor responsable del delito de lesiones culposas agravadas (art. 45 y 94, 1° y 2° párrafo C.P.) e imponerle la pena de dos años de prisión y de cuatro años de inhabilitación especial para conducir todo tipo de vehículos automotores, con costas (art. 5, 40, 41 y 94 del CP y 550 y 551 del CPP), debiendo oportunamente retirársele el carnet de conductor y oficiar a la entidad otorgante y demás organismos, a sus efectos (art. 510 C.P.P.). II. Ordenar el encierro cautelar de Franco Morata (art. 510 C.P.P.), haciéndolo efectivo desde la sede del Tribunal y disponiendo su traslado y alojamiento en la Unidad Carcelaria n° 1 del Servicio Penitenciario, a cuyo fin oficiase y cancelar la caución real oportunamente impuesta (art. 295 CPP)" (fs. 1946 y vta.).

II. En contra de la decisión aludida, los Dres. Cristian Moyano y Marcelo Brito deducen recurso de casación a favor del imputado Franco Morata, invocando el motivo sustancial de la referida vía impugnativa (CPP, 468 inc. 1º) (fs. 1986 a 2021).

Los recurrentes señalan que el *a quo* incurre en un error *in procedendo* en cuanto deniega el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Se agravian desde que, a partir de una equivocada apreciación de elementos probatorios jurídicamente relevantes, se impone una sanción privativa de libertad de cumplimiento efectivo, desechando la preceptiva del artículo 26 del Código Penal.

Propugnan cierta dosis de amplitud al momento de examinarse el cauce casatorio que se le brinda al referido agravio, máxime si se tiene en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado al remedio aludido como el vehículo realizador de la garantía de la doble instancia. Cita jurisprudencia en abono de su posición.

Previa reseña de los antecedentes de la causa, señalan -en primer lugar- que comparten el criterio expuesto en la sentencia en orden a que la libertad condicional representa un derecho del acusado, por lo que su aplicación no ha de efectuarse al modo de una excepción a la regla genérica, sino con un discernimiento amplio que permita su procedencia a menos que concurran con extrema gravedad supuestos que lo tornen desaconsejable.

Luego de aludir al fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re: "Squilaro", aducen que el aludido Tribunal reconoce la imposibilidad

de alcanzar la finalidad legítima de la sanción penal en el corto lapso de tiempo de prisión comprendido en el artículo 26 de la ley fonal. Ello, sumado a lo que el propio Juzgado "*a quo*" interpreta como una prerrogativa del condenado, no deja margen de vacilaciones con relación a que el apartamiento de la disposición del nombrado artículo debe estar penetrado de un fundamento singularmente grave, singularmente significativo, y singularmente excepcional.

Tal perspectiva -añaden- impone un fundamento riguroso en función de la propia excepcionalidad que la prescindencia del beneficio legal representa, la motivación explicitada por el resolutorio recurrido se revela manifiestamente endeble en la textura de su composición racional.

1. En el fallo se principia el análisis, aludiéndose a la noción de personalidad moral que campea en el dispositivo legal, aclarándose que "el término moral no debe ser entendido como moral individual, que es una cuestión de conciencia". En relación concreta a Morata, el *a quo* brinda respuesta negativa a la capacidad de este para asumir el deber u obligación de no volver a delinquir.

Destacan que la Sentenciante para mientes en tres contrafuertes: 1) los dichos de vecinos expresados a la encuestadora social acerca de que a Morata "...le gusta salir arrancando..."; 2) las referencias de su ex novia Florencia Bernardi relacionadas con su presumible impulsividad y gusto por la velocidad; 3) las características presuntamente psicopáticas reveladas en la pericia psicológica rendida en el proceso.

Los impugnantes entienden que los elementos de prueba que se citan carecen de relevancia para sostener la prognosis bajo examen, incurriendo el fallo atacado

en una escasa o nula valoración de otras evidencias adquiridas en el proceso, con eficacia para concluir de modo distinto.

a. En lo que respecta al medio que contiene los dichos de los vecinos, alegan que la Jueza incurre en una errónea nominación de la misma, pues el informe de la licenciada Troillo no es el fruto de una labor pericial materializada con las formalidades de ley, sino de una encuesta técnica social, realizada sin posibilidad de control por parte de la defensa del imputado.

Afirman, a su vez, que los dichos de los vecinos, a quienes la entrevistadora social no identifica, constituyan una evidencia incontrovertible para construir, como arbitrariamente lo hace la Juzgadora, un pronóstico de volver a delinquir, a partir de la mera circunstancia de "arrancar fuerte", hecho que al parecer sería del "agrado" de Morata.

Criticán que la sentenciante haya aceptado las manifestaciones genéricas de "vecinos", omitiendo efectuar un análisis de la ubicación contextual y detallada en cuanto a lo que en la particular apreciación de aquella significaría "arrancar fuerte".

Reparan además que el informe no resulta preciso si dicha expresión se refiere a un hábito antiguo de Morata, anterior al hecho objeto de su persecución penal o, por el contrario, de uno posterior a la comisión del mismo. Esto último es lo que parece creer la señora Jueza cuando alude a que la entrevista se realizó dos años después del evento.

Pero, héte aquí que para llegar a tal conclusión el fallo omite considerar que Morata tenía como restricción, desde que recuperó su libertad, el 25 de junio de 2008, la conducción de automotores. Entonces, si la encuesta social aludida por la

Juzgadora se realizó mucho tiempo después de tal restricción, es altamente improbable que la referencia a "arrancar fuerte" a la que habrían aludido ignotos vecinos se relacione a conductas de Morata, contemporáneas a la realización de la mentada encuesta. No puede soslayarse que el automóvil con el que acusado protagonizó el hecho salió de su tenencia mucho tiempo antes de la realización del referido informe.

Es razonable afirmar que los vecinos de que se trata la pudieron haber referido a un hábito anterior de Morata, propio quizá de sus años más juveniles.

Si no se compartiera la razonabilidad del referido aserto señalan que no puede adquirirse la certeza de que lo referido haya sido un hecho post delictual, como por el contrario parece hacerlo la sentenciante, al mencionar los "dos años" posteriores al siniestro, como sugiriendo que, a pesar de haber cometido el delito y aún hallándose en espera de su juzgamiento, nuestro defendido no escarmentaba y revelaba con ello su vocación antinormativa. Mucho menos si no se conoce el contexto barrial de Morata, ni lo que estos abstractos "vecinos" sin identificación ponderarían como "fuerte".

b. La defensa considera no menos acertada la alusión al testimonio de la señorita Bernardi sobre la impulsividad y gusto por la velocidad del acusado.

Resulta arbitraria la afirmación de la Juzgadora -agregan-, relativa a que luego de haber hecho aquellas manifestaciones la testigo tuvo el "afán" de disminuir el alcance de las mismas al decir que cuando Morata corría deportivamente en motocicleta "se sacaba las ganas de la velocidad y de todo". Sin mayor esfuerzo, se advierte que la Juzgadora no ha expuesto cuanto menos un solo

motivo o razón que le permita siquiera presumir que con los referidos dichos la testigo Bernardi se mostrase dispuesta a paliar o minimizar en favor de Morata su dicho sobre el "gusto" de éste por la "velocidad".

La sentencia tampoco es precisa respecto a si aquellos rasgos de Morata, sobre "impulsividad" y "gusto por la velocidad" referidos por la testigo Bernardi, son anteriores o posteriores al hecho reprochado al imputado. Es que, si son anteriores, entonces, no pueden incidir en nada sobre el pronóstico negativo realizado sobre Morata, porque de lo que se trata tal prognosis es de evaluar la inclinación del imputado a "volver a delinquir".

En cambio, lo anterior, lo pretérito al acontecer antijurídico, no sirve para formular tal pronóstico, sino que puede resultar útil para confrontar al protagonista con sus propios actos, induciéndolo a una brusca introspección y reevaluación de sus modos de vida o de sus actitudes.

Con relación a la "impulsividad" que la testigo Bernardi le atribuye a Morata, los impugnantes alegan que en la audiencia de debate la testigo no hizo siquiera la más mínima referencia de poseer conocimientos científicos que le permitiera a los sujetos procesales comprender acabadamente lo que la testigo quiso significar cuando señaló a la impulsividad como rasgo de Morata; ni tampoco en la audiencia se la interrogó sobre el referido extremo.

Entienden que, si se aceptare como hipótesis que es un hecho probado la impulsividad de Morata, el estudio de la sentencia torna evidente que la Juzgadora no ha expuesto siquiera ínfimamente qué entiende por impulsividad, si ese rasgo es

en sí mismo siempre resulta disvalioso, y los motivos por lo que ese extremo la autorizan a señalar que el imputado no es capaz de asumir su deber de no delinquir.

c. Por otro lado, aducen que el elemento asentado en la pericia psicológica practicada al imputado y las derivaciones que de ella se extraen, como igualmente de las deposiciones que en el debate realizara la perito oficial prácticamente de aquella, es sencillamente insostenible como prenda inconcusa para el Sentenciante, edifique sobre ellas la prognosis de falta de capacidad de Morata para asumir con seriedad el deber o la obligación de no volver a delinquir.

Es palmario que la pericia fue receptada de manera acrítica por la Juzgadora, sin mensurar su evidente carestía de fundamentos. La revelación de determinados perfiles psicológicos dentro del modesto rango de profundidad que puede predicarse de un dictamen pericial forense construido después de unas pocas entrevistas, carente de toda fundamentación, y que sólo contiene conclusiones, no conduce necesariamente a un pronóstico como el que formula el Sentenciante, aunque a pesar de la negatividad de aquellos trazos.

Si aceptáramos el dictamen pericial de marras -dicen-, pensaríamos que los posibles rasgos de personalidad de Morata tornarían todavía más desaconsejable la imposición a éste de una pena de prisión de cumplimiento efectivo y, en cambio, demostraría la necesidad de recurrir a algunas de las variantes disciplinadas en el artículo 27 bis del Código Penal, como carriles mucho más idóneos para la resocialización del condenado o para la paliación de aquellos presuntos atributos nocivos de su personalidad.

Destacan que el dictamen pericial psicológico es por demás escueto que se limita a enunciar conclusiones desprovistas de una adecuada fundamentación respecto al origen, métodos y desarrollos a través de los cuales la perito arriba a aquéllas.

Luego de repasar algunos conceptos vertidos en la pericia psicológica señalan que la evaluación psicológica no se sabe cómo se logran dichas conclusiones. A ello agregan que la pericia aparece moteada con verbos en modo potencial y con imprecisiones que aperplejan más al observador.

Ahora bien; estas apreciaciones dogmáticas, inficionadas de una verdad que se clama a sí misma a poco que se repase el contenido del dictamen pericial, hayan servido de pena para postular en la sentencia como un dato cierto e irrefragable de que Morata es una persona incapaz de asumir su obligación de no delinquir.

Consideran que la afirmación de la Sentenciante en orden a que la refutación de la pericia psicológica debe ser realizada por otro profesional de la especialidad, resultan arbitrarios, pues debe destacarse que el referido medio de prueba puede ser censurado por la sencilla e incontrovertible circunstancia de que los recursos técnicos ni siquiera están explicitados con precisión en el dictamen pericial.

Reparan que la introducción de la perito oficial en cuanto menciona "entrevistas clínicas", "test gráficos", "cuestionarios", pero no los demuestra en cuanto a su efectividad, no dice cómo de tal o cuál prueba fluye una conclusión cierta o probable; ni por qué esa prueba es la mejor indicada para tal propósito. Es verdad que ni la Juzgadora ni los defensores somos psicólogos, pero de ello no

deriva que cualquier opinión, aunque provenga de sedicentes expertos, deba ser aceptada a rajatabla como una verdad revelada.

La sentencia destaca que la perito da cuenta que los rasgos psicopatológicos del imputado sólo podrían modificarse mediante una terapia. Es evidente -dicen- que la señora Jueza confunde rasgos psicopáticos con rasgos psicopatológicos.

Expresan que ninguna expresión de la pericia psicológica permite sostener que Morata presenta alguna entidad de índole patológica. Tan es así que la perito psicóloga en ninguna parte indica que Morata presente ya sea un tipo de personalidad, ya sea un mecanismo defensivo, ya sea una modalidad conductual, que adquiera el rango de patológico, ni aún cuando se refiere a los supuestos rasgos menos adaptativos de aquél.

Destacan que la Jueza de la causa se aparta de la prueba de la causa al dar cuenta de los rasgos narcisistas del acusado, pues le atribuye que tal conformación de la personalidad hacen que siempre está pensando en si mismo, cuando el adverbio de tiempo que se utiliza no surge del dictame pericial como así tampoco de la declaración testimonial de la perito. Decir que una persona con rasgo narcisista piensa en si mismo, no es lo mismo que afirmar que la persona que posee aquél rasgo siempre está pensando en sí mismo.

De tal manera que, la juzgadora, actuando de manera acrítica e incurriendo por ello en un notable déficit valorativo, ha aceptado como soportes válidos de su conclusión el dictamen pericial, el cual es incompleto, infundado y carente de solvencia técnica bastante como para arribar convicción fehaciente acerca de los

rasgos negativos que evoca en la persona de aquél. Cita doctrina en abono de su posición.

2. De otro costado, los recurrentes señalan que aún si se tuviera por verdaderos y aceptables los enunciados de la pericia, la erradicación de los factores de negatividad psicológica de Morata hallaría mejor cauce en las reglas del artículo 27 bis del Código Penal, imponiéndosele un tratamiento psicoterapéutico, que en la sanción de una pena efectiva de prisión.

Ya ha aludido a la imposibilidad objetiva reconocida por el más alto Tribunal de la Nación de que un corto encierro, presumiblemente más corto aún a la luz de los beneficios de la libertad anticipada del actual régimen penitenciario, haya de operar una función resocializadora o contener el imperativo de prevención positiva en el artículo 18 de la Constitución Nacional. En tal contexto, la finalidad social de mejoramiento del individuo no se logra a través de la punición carcelaria sino por aplicación de los dispositivos de la norma aludida, entre las cuales se cuenta, la posibilidad de someter al condenado a un tratamiento terapéutico, lo que en el caso es suplido, en cambio, por una pena de prisión que aparece ostensiblemente como un deseo de satisfacer las expectativas de la víctima, reconocidamente inficionadas de un afán vindicativo, ubicándose así en el polo opuesto de los propósitos de la represión criminológica.

Es perfectamente plausible -añaden- que varias de las facetas negativas que las peritos hallan en la personalidad de Morata hubiese estado motivadas por la constante presión de encontrarse señalado en forma pública y masiva como autor de un suceso sindicado como aberrante, con el adorno circunstancias rumorosas,

tales como una velocidad suicida o una pierna enyesada que luego se revelaron apócrifas.

Criticar que el fallo que, con ilustrada penetración ha sabido recurrir al pensamiento sociológico para bocetar las características hedonistas de la modernidad, no ha sabido contemplar la posibilidad de que acaso Moratta, en la exteriorización de su psiquis, no haya sido otra cosa que una víctima más de tales impulsos contemporáneos de frenesí, individualismo y moral consumista. No es que ello ahogue la subjetividad y permita, al compás de tales relevamientos, una suerte de impersonalismo en donde todo sea justificable bajo el pretexto de las influencias del entorno. Pero, sin dudas, debió evaluarse cuánto de lo negativo es fruto de una naturaleza inmanente y cuánto de un ambiente social adverso o, cuanto menos, trastocado en la primacía de sus valores.

Luego de citar doctrina en orden al principio de razón suficiente, denuncian que la sentencia recurrida establece una conclusión contingente; esto es, que no se deriva necesariamente de la prueba adquirida por el proceso y de los antecedentes en que la Juzgadora intenta cimentarla, puesto que -según se ha visto- dichos antecedentes son susceptibles de patrocinar diversas conclusiones. Se quiere, sí, que se advierta cómo los estándares de la sana crítica racional no consienten que la evidencia escogida por el Sentenciante sea refinada a través de sus exigencias y quede airosa como sostén de una conclusión de certeza de condena de cumplimiento efectivo.

La defensa, luego de reparar en la agitación en la opinión pública que el suceso objeto del proceso ha concitado, señala que cualquier inclinación ha recaer

en el delito habrá de quedar seguramente obturada por esta experiencia traumática de la mediatización de su persona. Este importante elemento -huelga notarlo- ha sido completamente soslayado por la sentencia en crisis.

De lo hasta ahora vertido se aprecia que el entramado racional del pronunciamiento descansa -en punto al elemento que el artículo 26 del Código Penal define como "personalidad moral"- sobre columnas que no sortean la prueba de las reglas del buen pensar y de la experiencia. Cuando la señora jueza define aquel componente lo hace de modo palmariamente omisivo y hasta con veladas incursiones en la ilegalidad, al permitirse descreer, a contramarcha de las mandas constitucionales, de un arrepentimiento expresado como mera proclama sino como un acto de defensa.

3. Los recurrentes también censuran el aserto expuesto por el *a quo* en orden a la actitud asumida por el imputado posteriormente al delito, en la que se destaca el profundo desinterés por la situación de la víctima, manifestando incluso al momento de las entrevistas psicológicas. Es que, la fuentes probatorias de donde se procura extraerlas no permiten colegirlo.

En primer lugar, la pericia psicológica no dice en ninguno de sus tramos que Morata no quiera saber más el estado en que estaba la persona que él atropellara, dijo que no le interesaba.

Lo que da cuenta el dictamen psicológico es que "la organización yoica apela a mecanismos defensivos tales como la negación, la evasión y la proyección, lo que se habría expresado también en su posición y respuesta frente al accidente...

esto es, manteniendo distancia, evitando y evadiendo, así como también negando las consecuencias que tuvo para el damnificado los hechos ocurridos".

En su deposición en el debate, la perito oficial tampoco ha expuesto textualmente lo que en el tramo bajo análisis refiere la sentencia.

Si se analiza el dictamen pericial, no puede soslayarse que no es lo mismo - en realidad, es muy distinto- que a modo de defensa yoica Morata tenga un comportamiento evasivo y negador, que un petulante y cínico desinterés que la expresión literal del fallo arrostra a Morata, atribuyéndole sin más e ignoran aquellos rasgos de personalidad, no querer saber más o no interesarle la situación de la víctima.

Criticar también que la Juzgadora omitió valorar otros elementos de prueba que surgen de manifestaciones de la perito psicóloga oficial al deponer en el debate, que correctamente valorados posibilitarían explicar comportamiento del imputado.

Al criticar el aserto expuesto en orden a que las características en la personalidad de Morata se manifiestan durante su deposición en la cual, pese a pedir disculpas destacó su propio sufrimiento por la pérdida del padre; señalan que tal conclusión resulta inaudita, por cuanto reseñar el propio sufrimiento no puede ser demostración del desinterés en el otro. Diríase al revés: si la situación del otro no interesa, en nada se sufriría, no hay mejor anestésico que la indiferencia.

El fallo se vale de los dichos del imputado para incriminarlo, lo cual es ilegal en sí mismo, pero tanto más cuando se hace decir lo que en realidad no dijo,

o se extraen de sus dichos conclusiones que razonablemente no pueden extraerse, a partir de una mera impresión personal de la Juzgadora.

Pretenden que esta Sala Penal acoja el recurso interpuesto, casando la sentencia impugnada y otorgando a Franco Morata el beneficio de la condenación condicional (CP, 26) con imposición al condenado de las reglas de conducta que estime pertinentes en el marco del artículo 27 bis del Código Penal, tanto de carácter educativo, socializador y terapéutico que juzguen adecuadas. Cita doctrina judicial en abono de su posición.

III. Al abordar la Tercera Cuestión, la señora Jueza señaló que: *"Con arreglo a lo dispuesto en el art. 26 del C.P., cuando la pena de prisión no exceda los tres años y se trate de la primera condena la misma puede pronunciarse condicionalmente. Ahora bien, el mero cumplimiento de los requisitos formales, si bien necesarios, no son suficientes a efectos de hacer surgir el derecho a la condicionalidad para lo cual deberán reunirse también requisitos materiales. Con esto dejo sentado mi opinión acerca de que la condicionalidad de la condena no es una facultad que la ley le otorga al Tribunal, sino, un derecho del condenado en tanto reúna tales requisitos.*

Al respecto, la regla citada dispone que la condenación condicional deberá ser fundada en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad.

El concepto de personalidad moral constituye uno de los criterios a considerar a los efectos de ese juicio. El término moral no debe ser entendido como moral individual, que es una cuestión de conciencia. De lo que se trata es de saber simplemente si el sujeto es capaz de asumir seriamente como una obligación o como un deber, el no volver a delinquir (Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Sexta Edición, Ed. Ediar, pag. 732.). Esta apreciación debe efectuarse no de manera general, sino con relación a hechos similares al que motiva esta condena.

En el caso, la pericia social practicada casi dos años después del hecho, hace constar que al referirse a Morata, sus vecinos destacan su modo de conducir vehículos automotores (Ver C.4). Le expresan a la Lic. Troillo, es un muchacho que le gusta correr, salir arrancando fuerte con el auto. Su ex novia Florencia Bernardi también refirió que era impulsivo y que le gustaba la velocidad, aunque inmediatamente en afán de disminuir el alcance de esas expresiones agregó que cuando corría en moto "se sacaba las ganas de la velocidad y de todo".

Por su parte, la pericia psicológica da cuenta de las características psicopáticas de su personalidad. Cabe señalar al respecto, que las objeciones efectuadas por el defensor de Morata no son de recibo. En efecto, como medio de prueba y tratándose de cuestiones propias de ese saber, los recursos técnicos de que el perito se vale para arribar a las conclusiones de su informe no pueden ser refutados, sino por otro profesional de la especialidad. En el caso el

imputado no ofreció perito de control, como estaba facultado a hacerlo. Por otra parte, el mismo defensor que la cuestionó luego valoró algunas de las conclusiones de ella. La perito informa que los rasgos psicopatológicos del imputado sólo podrían modificarse mediante una terapia. Refirió como parte de ellas la impulsividad. También señaló sus marcados rasgos narcisistas, que lo hacen sentir que está por sobre los otros, pensando siempre en si mismo, por lo que es muy difícil el acatamiento de las normas, tendiendo a descuidarlas, sin reconocer al otro (Ver C.3)

Todas estas consideraciones permiten realizar una prognosis acerca de la posibilidad de comisión futura de ilícitos de igual naturaleza.

En cuanto a su conducta posterior al delito no puedo dejar de destacar su profundo desinterés por la situación de la víctima, manifestado incluso al momento de las entrevistas psicológicas. Durante el acto pericial manifestó no querer saber más el estado en que estaba la persona que él atropellara, dijo que no le interesaba. También estas características se revelaron durante su deposición, ocasión en la cual, pese a pedir disculpas destacó insistentemente su propio sufrimiento por la pérdida del padre y por las consecuencias de este hecho en su vida.

Por todo ello, entiendo que por las particulares características señaladas, no se verifican los requisitos necesarios para que la condena sea de ejecución condicional (fs. 1884 a 1885).

IV.1.A. Conforme se sostuviera en el precedente "Díaz, Carlos Alberto" (s. n° 29, del 5/6/97), cuyos lineamientos se tendrán en cuenta en el presente análisis, el legislador le ha dejado al juez un margen de discrecionalidad para la individualización de las penas. En primer término para seleccionar la **especie**, cuando se conminan **penas alternativas**. En segundo lugar, para la fijación de su **monto**, cuando se conminan **penas divisibles por su duración o cantidad**. Por fin, para decidir cuando impone una **pena de prisión que no exceda de tres años**, su cumplimiento efectivo o su suspensión condicional.

En todos los casos, la discrecionalidad del Juez está **reglada**, por cuanto la ley le suministra un conjunto de **circunstancias** que debe ponderar para la determinación de la **especie, monto y modo de cumplimiento** de la pena.

El contralor del ejercicio de una facultad discrecional es posible tanto a través del motivo formal de casación (cuando no existe motivación o ésta es arbitraria), como también del motivo sustancial (cuando la regla que rige el caso ha sido inobservada o erróneamente aplicada) (En tal sentido, Núñez, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 3° ed., Ed. Lerner, p. 356, nota 76 bis).

En el caso bajo examen los quejosos fincan su embate en los vicios de razonamiento en que -a su ver- incurrió el Tribunal *a quo* al pronunciarse por la efectividad de la condena impuesta; por lo que la crítica va a ser analizada bajo el motivo formal de la vía impugnativa seleccionada (CPP, 468 inc. 2°).

B. En este estadio de análisis debe recordarse que este Tribunal sostiene de manera inveterada que el ejercicio de la facultad discrecional de fijar la pena es

revisable a través del recurso de casación en los supuestos de arbitrariedad de la sentencia. 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", S. nº 14, 7/7/88, "Gutiérrez"; S. nº 4, 28/3/90, "Ullua"; S. nº 69, 17/11/97, "Villagra", S. 148 del 3/11/06, "Ortiz Rojas", S. 66, 3/5/07, entre otras).

Configura una variante de la arbitrariedad la valoración positiva o negativa **absurda** de las circunstancias objetivas y subjetivas seleccionadas por el Tribunal de juicio. En tales supuestos, el *a quo* utiliza irracionalmente sus facultades discrecionales y ese vicio se presenta con tal evidencia o palmariedad, que es apreciable por el tribunal de casación.

Por consiguiente, el ejercicio de esta facultad discrecional por parte del Juez se encuentra condicionado a que **la prudencia pueda ser objetivamente verificable, y que la conclusión que se estime como razonable no aparezca absurda respecto de las circunstancias de la causa**, extremo éste demostrativo de un ejercicio arbitrario de aquellas potestades (T.S.J., Sala Penal, "Villacorta", S. 3, 11/2/2000, entre otros).

C. Antes de ingresar al examen de la procedencia de los agravios deducidos por los quejosos debe señalarse que la reforma al texto del artículo 26 del Código Penal, efectuada por ley 23.057 estableció la obligación de fundamentar la decisión de suspender la ejecución de la pena, en orden a las circunstancias personales que

menciona y que deben ser ponderadas respecto de la **inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad**.

Debe destacarse que tanto en los precedentes y más aún en el texto actual, el otorgamiento de la condena condicional se encuentra ligado a un pronóstico de que el condenado **no volverá a delinquir**. Sólo cuando este pronóstico desfavorable existe, la suspensión se presenta como **inconveniente** y entonces es la efectividad del cumplimiento de la pena, por medio del sometimiento al encierro para permitir el tratamiento penitenciario, el instrumento apto desde la óptica de **prevención especial** que, de acuerdo a la Constitución de la Nación, es el fin esencial de la pena (artículo 75 inc. 22 en vinculación con el artículo 5 inc. 6, **Convención Americana sobre Derechos Humanos**).

2. Resulta claro entonces que, la fundamentación que debe brindar el *a quo* sobre el referido extremo debe edificarse sobre pautas que tengan virtualidad para evidenciar la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad.

A. Justamente, los impugnantes critican el mérito convictivo otorgado por la Sentenciante a los indicios seleccionados por la Juzgadora al sostener una prognosis acerca de la posibilidad de comisión futura de ilícitos de igual naturaleza.

Sobre el punto debe recordarse que, en diversos precedentes, hemos sostenido que hoy en día está fuera de discusión la posibilidad de alcanzar la certeza sobre la participación del imputado valiéndose de indicios, con la condición de que éstos sean unívocos y no anfibológicos. Por esa razón, se ha advertido reiteradamente que su valoración exige una **consideración conjunta** y no un

examen separado o fragmentario, puesto que la **meritación independiente** de cada indicio desnaturaliza la esencia que es inherente a este tipo de prueba (T.S.J., S. n° 45, 29/7/98, “Simoncelli”; A.I. n° 205, 11/8/98, “Capdevila”; A. n° 49, 4/3/99, “Galeano”; A. n° 109, 5/5/00, "Pompas"; A. n° 517, 19/12/01, "Carnero"; A. n° 95,18/4/02, "Caballero"; S. n° 97, 29/9/03, "Paglione"; S. n° 112, 13/10/2005, “Brizuela”; entre muchos otros).

El contraste de lo reseñado precedentemente permite advertir en primer lugar que los argumentos ensayados por el recurrente, derivan de una consideración fragmentada de los indicios ponderados, que le resta la univocidad que, en cambio, sí deriva de su apreciación conjunta.

a. Así, en primer lugar, los recurrentes ponen en tela de juicio la encuesta ambiental, afirmando que la misma fue realizada sin posibilidad de control por parte de la defensa del imputado; por lo que se trató de un informe técnico.

En cuanto a la hipotética vulneración del derecho de defensa debe considerarse que, más allá de la manera en que la misma es nominada, de la lectura de los presentes actuados surge que al admitirse la encuesta ambiental como prueba se requirió de un Perito Social Forense para la realización de la misma (fs. 1167 vta.), siendo dicha admisión notificada debidamente a los recurrentes (fs. 1175/1176). A su vez se le notificó, tanto a la defensa como al acusado, que el 28 de octubre de 2010, se iba a realizar la encuesta ambiental sobre la persona de Franco Morata en los consultorios de Gabinete del Servicio Social Forense, sito en Tribunales II (fs. 1192,1200).

De otro costado debe advertirse que en ningún momento la Sentenciante consideró que los datos que proporciona la aludida medida de prueba constituían una evidencia controvertible, como presentan los quejosos. Por el contrario, su conclusión acerca de la personalidad moral del acusado fue sustentada en la valoración conjunta de los datos aportados por la encuesta ambiental, el testimonio de Florencia Bernardi, y la pericia psicológica realizada sobre la persona del imputado.

Los impugnantes colocan el énfasis de su crítica en que la Juzgadora omitió un análisis contextual de lo que significa "arrancar fuerte", pero eluden considerar que ese extremo que fue relatado por los vecinos entrevistados en la encuesta ambiental es congruente con el dato que surge del testimonio de Florencia Bernardi, quien hace alusión al gusto por la velocidad que evidenciaba Morata al conducir vehículos.

El recurso se focaliza en señalar que no resulta preciso si las expresiones que refieren los vecinos aluden a conductas actuales o pasadas de Morata, sin advertir que aún cuando se pueda sostenerse razonablemente que los recuerdos de las personas entrevistadas aluden a la actitud evidenciada antes de que se le impusiera al acusado la restricción de conducir automotores, y contemporáneamente a la ejecución del hecho por el cual fue juzgado, lo cierto es que no se advierte -ni los recurrentes intentan demostrarlo- por qué tales datos no sirven para realizar el pronóstico que se requiere para la procedencia de la condena condicional. El último de los extremos adquiere mayor relevancia si se repara en que los enunciados normativos que regulan la procedencia de la

condenación condicional además de la valoración del ilícito culpable se sustentan en consideraciones preventivas vinculadas a la posibilidad cierta que tiene el acusado de asumir el deber de no delinquir.

b. En los mismos defectos se incurre al criticar la ponderación del testimonio de Florencia Bernardi, por cuanto insisten en aislar la referida probanza del marco probatorio valorado por el Tribunal *a quo*, para sostener que lo pretérito al acontecer al hecho antijurídico no sirve para realizar el pronóstico que requiere la condena condicional, lo cual no resultan de recibo por las razones ya señaladas.

Además, al censurar la valoración del testimonio de Bernardi por la carencia de conocimientos técnicos cuando emitió su parecer en relación con la impulsividad del acusado, desconocen que el extremo que alude la referida testigo concuerda con los datos que la pericia psicológica brinda en orden a la estructura de la personalidad del acusado, más allá de las consideraciones vertidas por la Juzgadora en orden a que los dichos expuestos por la referida testigo fueron con posterioridad fueron para minimizar aquella manifestación.

c.a) De otro costado, debe repararse que para verificar la procedencia de los planteos efectuados en contra de la pericia psicológica realizada al acusado debe señalarse que la pericia es aquel medio de prueba en virtud del cual *“personas ajenas a las partes y a los restantes sujetos del proceso, a raíz de un específico encargo judicial y fundados en los conocimientos científicos, artísticos o técnicos que poseen, comunican al juez o tribunal las comprobaciones, opiniones o*

deducciones extraídas de los hechos sometidos a su dictamen” (PALACIO, Lino Enrique, La prueba en el proceso penal, Abeledo-Perrot, Bs.As., 2000). Está destinada a *“establecer o garantizar la existencia o el valor de una prueba que no se puede advertir o apreciar con seguridad mediante la observación y conocimientos comunes”* (cfr. NÚÑEZ, Ricardo C., Código Procesal Penal, Lerner, Córdoba, 1986, 2º ed. actualizada, p. 230, nota 3 al artículo 255; cit. en TSJ., Sala Penal, S. n° 193 del 21/12/2006, “Batisttón”; S. n° 111 del 19/05/2007, “Risso Patrón”).

Teniendo en cuenta su especial naturaleza es que reiterada jurisprudencia ha puesto especial énfasis en requerir suma cautela, so pena de arbitrariedad, al magistrado que pretende apartarse de dicho dictamen ya que, *“aún cuando el juez posea para el caso particular conocimientos especiales sobre la cuestión que se presenta, no le está permitido prescindir del auxilio del perito”* (JAUCHEN, Eduardo M., *Tratado de la Prueba en materia penal*, Rubinzal – Culzoni, Bs. As., 2002., p. 375; PALACIO, Lino, ob.cit., p.130). Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al dejar sin efecto, *“por no ser derivación razonada del derecho vigente, la sentencia que tiene un fundamento sólo aparente pues niega eficacia probatoria a la pericia médica producida y no observada por las partes, sustituyendo el criterio del perito por la experiencia que manifiestan los miembros del tribunal haber adquirido en casos análogos”* (C.S.J.N., 5/12/78, “Medina c. Siam Di Tella, S.A.”).

Ahora bien, la prudencia aludida impacta también en los requerimientos que debe cumplimentarse al momento de intentar impugnar el valor convictivo de los datos que surgen de un dictamen pericial toda vez que -así como carece de todo sentido convocar al experto para que emita su parecer técnico y luego prescindir de éste sin exponer las razones de tal solución- tampoco resulta aceptable, a efectos de controvertirlo, contraponer al dictamen del profesional la opinión individual (del Juez, del Defensor, etc.) en un área que, en principio, resulta ajena a su incumbencia específica.

c.b) Dentro de este marco corresponde rechazar las diversas críticas que formula la defensa en aras de desvirtuar el valor convictivo de la pericia psicológica.

El dictamen en cuestión cumple de manera satisfactoria con las prescripciones establecidas en el art. 242 del C.P.P., sin que pueda achacársele defecto alguno; comprende la correcta identificación de la persona examinada, su fecha de realización, una relación detallada de las pruebas administradas (entrevistas clínicas, *tests* gráficos, Rorschach, cuestionario desiderativo), y las conclusiones a las que arribó las peritos psicólogas, Licenciadas Mariana Salguero y Liliana Montero.

Las críticas dirigidas en contra del referido medio de prueba, en orden a que el dictamen se encuentra moteado con verbos en modo potencial o que los profesionales intervinientes debieron explicitar cómo de *"tal o cual prueba fluye su conclusión... ni por qué esa prueba es la mejor indicada para tal propósito..."* tampoco pueden proceder. Ello es así, pues para analizar la dirimencia de los

supuestos yerros que los defensores le achacan a la pericia resulta necesario contraponer al dictamen pericial la opinión individual de los defensores acerca de la hipotética decisividad que puede tener los aducidos defectos en que ellos dicen se ha incurrido al elaborarse la conclusión técnica, en un ámbito que, en principio, resulta extraño a la competencia específica de aquéllos.

La misma suerte corre la censura vinculada a que ninguna expresión de la pericia psicológica permite sostener que Morata presenta alguna entidad de índole patológica. Ello es así, pues más allá del término que hubiese utilizado la Sentenciante al referirse a los rasgos psicopáticos que se evidencian en la personalidad del acusado, el sentido que se le brinda a los mismos resulta arreglado con las acepciones que la Real Academia Española prescribe para el término psicopatía, esto es, "*enfermedad mental*"; "*anomalía psíquica por obra de la cual, a pesar de la integridad de las funciones perceptivas y mentales, se halla patológicamente alterada la conducta social del individuo que la padece*" (Real Academia Española, www.rae.es; consultado el 13/06/11).

Si bien es cierto que ni de la pericia psicológica realizada sobre la persona del acusado ni de las respuestas brindadas por la perito sicóloga Mariana Salguero a las preguntas aclaratorias que se realizaron en el debate surge que la utilización del adverbio de tiempo que emplea la Sentenciante al referirse a que "sus marcados rasgos narcisistas, que lo hacen sentir que está por sobre los otros, pensando **siempre** en si mismo", no lo es menos que el referido agregado no muta de manera decisiva el sentido de las manifestaciones brindadas por la aludida profesional cuando expresa que los rasgos narcisistas tienen que ver con el amor por sí mismo

y que es esperable que exista dentro del desarrollo del ser humano. Esta persona - en referencia al imputado- tiene un marcado rasgo narcisista. No reconoce el sufrimiento del otro, de lo que al otro le está pasando. No reconoce al otro como semejante (fs. 1838 vta./1839).

Por todo lo expuesto, debe señalarse que el *a quo* al valorar los datos que proporcionan la encuesta ambiental, el testimonio de Bernardi y la pericia psicológica ha ejercido razonablemente la examinada potestad reglada, toda vez que la valoración conjunta de las referidas probanzas permiten dar cuenta de una estructura en la personalidad del acusado que no autoriza ha sostener que Morata es capaz de asumir seriamente la obligación de no volver a cometer delitos de igual naturaleza a los que aquí se juzgaron.

B. No resulta hábil para enervar tal conclusión los reparos expuestos por los quejosos en lo relativo a los argumentos expuestos por la Juzgadora en orden a que su conducta posterior al delito evidencia un profundo desinterés por la situación de la víctima. Es que, aún cuando la génesis del desinterés por la suerte de Gonzalo Nicolás Sánchez se encontrara en la estructura de la personalidad de Morata y no en conductas "petulantes" asumidas deliberadamente con posterioridad al delito, ello no controvierte el aserto expuesto en orden a que tal desinterés también demuestra la imposibilidad de este último de asumir seriamente el deber de no volver a delinquir.

Adviértase además que la crítica realizada en orden a la ilegalidad de inferir el desinterés de la propia declaración del imputado, desconoce que la aludida declaración, analizada desde la óptica del imputado, importa un medio idóneo para

la materialización de su defensa en juicio, pero ello conlleva, necesariamente, que dicho acto se traduzca en **una fuente eventual de pruebas** desde la óptica del Juzgador (T.S.J., "Simoncelli", S. N° 45, del 28/7/98; "Olmos", A. n° 175, 13/5/1999; "Santalises", S. n° 20, 12/4/2002; "Jarma", S. n° 46, 26/05/2005; "Salvay", S. n° 165, 30/07/2007; "Avila", S. n° 13, 20/02/2008, entre otros).

C. Por lo demás, deben rechazarse los argumentos vertidos por los recurrentes en orden a que el tratamiento penitenciario puede suplirse con la imposición de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal.

Ello es así, pues el examen de la referida regla de conducta adquiere relevancia cuando -a diferencia de lo que sucede en el *sub examine*- las circunstancias personales que evidencia el acusado permite sostener una prognosis de abstención delictiva.

D. A modo de colofón cabe sostener que la Juzgadora al imponer la condena de manera efectiva ha ejercido de manera razonable la potestad que el ordenamiento penal sustantivo le reconoce, toda vez que al fundar su decisión repara en que pese a tratarse de la primera condena y que la misma no excede los tres años de prisión, las condiciones personales que se evidencian en el acusado no hacen posible sostener la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad.

Pese al plausible esfuerzo que realiza la defensa para conmovier la aludida conclusión, el recurso elude considerar la contundencia que el análisis conjunto de las circunstancias personales seleccionadas evidencian en orden a la imposibilidad

de predicar la abstención delictiva del acusado, al poner el énfasis en el análisis aislado de cada una de ellas.

Por todo lo anterior, a la primera cuestión planteada, respondo en forma negativa.

Así voto.

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

La señora Vocal del primer voto 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 SEGUNDA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Bajo el motivo formal de casación, la defensa de Franco Morata deduce recurso de casación, por entender que resulta nula la decisión de ordenar el encierro cautelar del acusado, haciéndolo efectivo desde la sede del Tribunal.

1. Alegan que, es sabido que toda sentencia debe pronunciarse y estar limitada a los hechos que constituyen el objeto procesal, perfectamente delimitado por la acusación. Ésta, define aquél objeto, delimita y circunscribe la competencia material y funcional del órgano jurisdiccional.

Expresan que la cuestión relativa al derecho de Morata a permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso, derecho que fuera declarado por el

órgano judicial competente, en ningún momento constituyó una cuestión a resolver en la sentencia. De lo que deviene que al hacerlo del modo que lo hizo, esto es, a través de la sentencia, V.S. incurrió en un injustificable exceso funcional manifiesto.

El decisorio se apartó de la regulación legal al introducir una cuestión ajena al debate; lo segundo, porque el derecho del imputado Morata a permanecer en libertad durante el proceso no constituía el objeto de la acusación, tampoco de prueba, y muchos menos de defensa. Por tanto, es clara la lesión que el vicio procedimental ha causado al imputado.

Lo que por derecho correspondía era dar trámite al incidente que el Fiscal Correccional planteara sobre el referido punto en el desarrollo de su alegato, correr vista del planteo de la defensa, y que la Sentenciante dictara su resolución en el curso del debate, posibilitando así que ante una decisión adversa el defensor tuviera la posibilidad de plantear recurso de reposición, posibilitando así que la argumentación defensiva sea acogida por el mismo órgano jurisdiccional. Obrando del modo como lo ha hecho la Juzgadora, privó del derecho a interponer el referido recurso y, además, no dictó la resolución interlocutoria que correspondía, la que en su caso podía ser objeto de un recurso de casación, limitado al único agravio de haber dispuesto el encarcelamiento cautelar.

2. Luego de transcribir los fundamentos vertidos por la Sentenciante al momento de expedirse sobre el tópico objeto de crítica, la defensa del acusado sostiene que el Tribunal incurre en una valoración omisiva, porque para revocar la libertad caucionada de Morata, por una parte, ha computado antecedentes que no revisten entidad bastante en orden al designio que intenta justificarse y, por otra

parte, ha omitido valorar otras condiciones que amortizan, hasta extinguirla, la sospecha de fuga.

Critican que la reticencia a comparecer ante la autoridad judicial vinculada a la inasistencia de las entrevistas dispuestas a los fines del peritaje psicológico, considerando como una excusa los dichos del acusado que justifican la referida inasistencia en la convalecencia de una intervención quirúrgica.

Entienden que los referidos dichos constituyen una manifestación defensiva que al no haber sido abatida por prueba alguna permanece incólume bajo el amparo del principio de inocencia.

Con relación a las demás inasistencias -aducen-, las mismas fueron ocurridas mucho tiempo atrás, por lo que no se pueden considerar como indicios actuales de fuga, por cuanto las mismas fueron posteriormente salvados con su presencia. Además el simple apercebimiento que se le efectuara fue motivo para que Morata compareciera ante el Tribunal, tornando así evidente su voluntad de someterse a la acción de la justicia. En el peor de los supuestos las referidas inasistencias constituyen matices que son muestras, a lo sumo, de una cierta negligencia o indisciplina que desde ningún modo se conjugan con el riesgo de fuga.

Destacan que en lo referente al viaje de Morata a Uruguay, amén de haber estado motivado por razones de salud suficientemente esclarecidas, incluso por el testimonio de la señorita Bernardi, tiene una contracara positiva que la sentenciante omite considerar, Morata decidió regresar a Córdoba para someterse voluntariamente a la acción de la justicia, y así lo hizo.

La positividad de esa contracara fue advertida por el Fiscal de Instrucción quien hizo cesar la detención impuesta al acusado, pues el estado de libertad del acusado no constituía ningún riesgo procesal, incluido, el de fuga.

No obstante encontrarse en el exterior y conocer acabadamente bien que el proceso penal en su contra, a partir de su confesión y la prueba colectada, podía culminar con una sentencia condenatoria en su contra, el imputado eligió regresar al país y continuar sometido a la acción de la justicia.

La defensa alega también que las singulares características de este proceso, principalmente su repercusión mediática, podrían haber actuado como un poderoso impulso para que Morata se persuadiera de un afán fugitivo. Sin embargo, todo ello no modificó en absoluto su decisión de someterse al proceso hasta la última audiencia de debate.

Al tomar la Sentenciante la decisión de encarcelar a Morata, no consideró mínimamente algunos hechos con aptitud probatoria para enervar la inferencia cuya razonabilidad la misma señora Jueza pregona.

En efecto, varios meses antes de su encarcelamiento Morata conoció que se le había negado su solicitud de suspensión del juicio a prueba y, por cierto, se anotició también del severo dictamen en contra del Fiscal Correccional, no obstante decidió someterse al debate.

Destacan también que en la audiencia en la que se realizó la discusión final, Morata escuchó que el actor penal público requirió la imposición de una pena de dos años y ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo y, además, que al condenarlo la señora Jueza dispusiera la inmediata detención cautelar del acusado.

Entre los días que se formularon el pedido de condena efectiva y la detención inmediata habían pasado un tiempo prolongado en el que el imputado pudo darse a la fuga, al saber que estaba en riesgo cierto de ser privado de su libertad ambulatoria y, sin embargo, no lo hizo.

Con base a todo lo expuesto entienden que, la sospecha de fuga que el fallo edifica a la luz de los precedentes del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba no pasa de constituir la fluencia acrítica de un postulado dogmático que hace suponer - sin el cedazo adecuado de un examen consistente de las evidencias disponibles- que a mayor certeza de prisión mayor peligro de fuga, como si se tratase de un axioma incontestable.

Es que se omite considerar que, tras la comisión del delito confeso, en dos oportunidades el imputado tuvo oportunidad de salir del país y retornó para continuar siendo enjuiciado y, en definitiva, serlo. Esto, desde luego, amén de la caución real impuesta para garantizar el sometimiento a la acción de la justicia, que por lo visto ha constituido hasta ahora una caución real justa.

La mayor convicción que trasunta la condena sólo podría requerir, a lo sumo, un incremento razonable de la fianza. Y es que no se concibe tampoco que una persona que en el peor de los casos gozaría de la posibilidad de que mediante los beneficios de la legislación penitenciaria recuperara su libertad ambulatoria tras un encierro relativamente breve, en el improbable supuesto que la condena se confirme haya de preferir, en cambio, la dudosa libertad de la huída, con todos los trastrueques y alteraciones que ello aparejaría para su vida personal.

Desde otro ángulo, ya en un plano estrictamente jurídico, flaco favor se le haría a la garantía constitucional del doble conforme, si se pensase que la sentencia no hace concluir el proceso, sino sólo una fase de él comporta una escisión al principio genérico de libertad del imputado durante el proceso. En tal hipótesis la actividad recursoria se tornaría inane desde que supondría la posibilidad de variación del status del imputado sin la concurrencia de nuevos elementos objetivos que ameriten el aumento de peligrosidad procesal, los cuales, si se supusieran presentes a partir de la emisión del fallo condenatorio. Citan jurisprudencia en abono de su posición.

Hacen reserva del caso federal.

II.1. Como cuestión previa se exige dar tratamiento a la formal cuestión relativa a la **impugnabilidad objetiva** de la resolución puesta en crisis.

En innumerables precedentes, esta Sala ha tomado razón de la doctrina judicial establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha considerado recurribles aquellas decisiones que antes de la sentencia que pone fin a la causa, resuelven sobre **medidas de coerción personal** (Fallos 280:297; 290:393; 300:642; 301:664; 302:865; 306, V. I.:262; 307:549; 308:1631; 311, Vol. I.:359; T.S.J., Sala Penal, “Aguirre Domínguez”, S. n° 76, 11/12/1997; “Martínez Minetti”, S. n° 51, 21/6/2001; "Oliva", S. n° 53, 13/06/2005; "Mansilla", S n° 203, 24/08/07, entre otros).

Dicha hermenéutica ha sido expuesta con relación a resoluciones que **restringen la libertad del imputado**, puesto que –dada la jerarquía constitucional de la libertad personal de quien cuenta con la presunción de inocencia– son

susceptibles de irrogar agravios de imposible reparación posterior, y por ende resultan equiparables a una sentencia definitiva, en los términos del artículo 469 del C.P.P. (cfr., T.S.J., Sala Penal, "Pérez", S. n° 57, 3/7/2003; "Carranza", S. n° 88, 25/08/2006; "Alvarez", S. n° 140, 28/06/2007; "Carranza", S. n° 116, 21/05/2008, entre muchos otros).

2. La lectura de los argumentos vertidos por la defensa del acusado permite sostener que los reproches se dirigen a cuestionar, por un lado, un exceso funcional de la Sentenciante al resolver la prisión preventiva de Morata (v.gr., no formar parte de las cuestiones planteadas en el debate; el pronunciamiento sobre el encarcelamiento debió ser dictado durante el curso del debate); por el otro, una valoración arbitraria al expedirse sobre la prisión preventiva dispuesta con relación al imputado.

A. En lo que atañe a la primera de sus censuras, debe señalarse que más allá que de la simple lectura de las actas del debate correspondientes a la discusión final surge claramente que el representante del órgano público de la acusación solicitó la inmediata detención del imputado como medida de coerción (fs. 1677), no existe norma procesal alguna que impida al Tribunal de mérito disponer *-motu proprio-* el encarcelamiento cautelar del acusado al leerse la parte dispositiva del fallo, máxime cuando al acusado se le impone una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo que autoriza el dictado de la prisión preventiva (arg. art. 281 inc. 1° del CPP).

A mayor abundamiento debe señalarse que la pretensión de la defensa en orden a que la decisión sobre la prisión preventiva debía ser resuelta en el curso del

debate no puede proceder, toda vez que su dictado presupone un prejuzgamiento sobre la eficacia conviccional de las pruebas incorporadas, incompatible con la imparcialidad que debe resguardar el Tribunal de juicio.

B. En cuanto al segundo de sus reparos, se debe señalar que este Tribunal Superior ya se ha expedido reiteradamente sobre la cuestión relativa al encierro cautelar ordenado al momento de dictarse sentencia condenatoria, a partir de los fallos "Esteban" (A. n° 301, 27/10/1998) y "Boasso" (A. n° 423, 9/12/2004); cfr., "Caro", A. n° 210, 26/09/2006; "Bustamante", S. n° 344, 21/12/2007; "Fahotto", S. n° 365, 28/12/2007).

a. Como cuestión liminar, en dichos precedentes se sostuvo que, dentro de la regulación normativa del proceso, corresponde la ejecución inmediata de cualquier resolución jurisdiccional o bien, dentro del término legal y judicial que se disponga. Se advirtió sin embargo que **en materia recursiva, la regla general dispone que la resolución no podrá ser ejecutada durante el término para recurrir y mientras se tramite el recurso**, salvo disposición en contrario (art. 453, C.P.P.). En efecto, por el carácter mutable de toda resolución impugnada y para evitar la irreparabilidad del perjuicio, hasta tanto lo resuelto adquiera firmeza y quede en condiciones de efectivizarse, debe suspenderse su ejecución (AYÁN, Manuel N., *Recursos en materia penal*, 2° ed., Lerner, Córdoba, 2001, págs. 280/281; "Boasso", "Caro", cits.).

Tal disposición tiene plena vigencia en orden al recurso de casación, e incide especialmente en el condenado a pena privativa de la libertad, la que evidentemente **no se ejecutará como tal**, esto es, como **pena**, hasta tanto la sentencia no pase en

autoridad de cosa juzgada. Si el mismo se encontrara sujeto a una medida cautelar, **permanece dentro del régimen de privación de la libertad provisoria** de los sometidos a proceso y va de suyo, que ésta no puede transformarse en prisión o reclusión a título de pena durante el lapso de tramitación de la impugnación extraordinaria. Igual **naturaleza cautelar reviste el encierro ordenado al condenar a quien hasta ese momento se encontraba en libertad**, como sucedió en los presentes, cuestión ésta sobre la que volveremos más abajo ("Boasso", "Caro", cits.).

Por lo tanto, la privación de la libertad como medida cautelar **no importa una excepción al efecto suspensivo del recurso**, sino la **aplicación del régimen de la prisión preventiva** para aquellos casos taxativamente enumerados por la ley del rito ("Boasso", "Caro", cits.).

b. En consecuencia, debe analizarse el encierro que padece el imputado Morata dentro de la hermenéutica pacíficamente sostenida por esta Sala en materia de prisión preventiva.

Cabe aclarar que si bien reiteradamente se ha expuesto que *“la prueba sobre la existencia del hecho y las circunstancias que permiten inferir el riesgo procesal son condiciones que deben concurrir simultáneamente para la justificación de la coerción, debiendo la fundamentación del pronunciamiento que dispone la medida, proyectarse en forma autónoma con relación a cada uno de ellos”* (T.S.J., Sala Penal, “Conesa”, S. nº 97, 20/11/2002; “Vivanco”, S. nº 111, 19/11/2003; “Montero”, S. nº 1, 14/02/2005; “Peralta”, S. 195, 21/12/2006;

"Bustos Fierro", S. n° 110, 19/05/2008), el recurso bajo análisis acota la controversia sólo al segundo extremo, por lo cual allí se focalizará el control casatorio.

b.a. Para el supuesto de prisión preventiva del art. 281 inc. 1° del C.P.P. - que es aquí de aplicación frente a la condena efectiva a pena de prisión de dos años- hemos dicho que el legislador ha presumido *iuris tantum* la peligrosidad procesal frente a un pronóstico de pena privativa de la libertad de cumplimiento efectivo por el delito que se le sigue en el proceso.

De tal modo, la ley local -idéntica a la vigente en el orden federal (artículo 312, 1°, C.P.P.N.) y a las de la mayoría de la Provincias-, consagra una presunción del legislador según la cual el peligro para los fines del proceso existe toda vez que la amenaza penal exceda de cierto límite (T.S.J., Sala Penal, "Alvarez", S. n° 140, 28/06/2007, entre muchos otros).

Por ser *iuris tantum*, dicha presunción admite prueba en contrario. Ello supone que puedan concurrir circunstancias específicas que enerven la sospecha en el caso concreto, como ocurre cuando se presentan condiciones distintas del común denominador de las personas imputadas por un delito, que por sí resulten suficientes para desactivar la presunción legal (T.S.J., Sala Penal, "Santucho", S. 54, 14/06/2004; "Montero", S. n° 1, 14/02/2004; "Navarrete", S. n° 114, 18/10/2005; "Spizzo", S. n° 66, 7/07/2006; "Alvarez", cit.).

Empero, si esta excepcionalidad no se verifica, no hay razón legal para apartarse del esquema normativo y corresponde en el caso mantener la vigencia de la medida de coerción.

b. Este Tribunal ya cuenta con un nutrido elenco de supuestos en los cuales se ha examinado la magnitud de las circunstancias invocadas a los fines de posicionar al imputado en este margen extraordinario que autorizaría su libertad durante el proceso pese a predicarse su futuro sometimiento de una pena efectiva.

Concretamente y en lo que aquí interesa, se ha explicitado que **no resultan suficientes** para neutralizar la presunción que el imputado haya observado una **comparecencia espontánea y actitud colaboradora con el proceso** (“Gallotti”, S. n° 113, 28/09/2006; “Mansilla”, S. n° 203).

De tal manera que, más allá que luzca razonable valorar como indicios de peligrosidad procesal las reticencias a comparecer en los actos preliminares del juicio y la conducta que evidenció con posterioridad al hecho que se le enrostra y con anterioridad a su puesta a disposición de la justicia, lo cierto es que al no lograrse en el *sub júdice* enervar la presunción de peligrosidad procesal que surge de la ley, la decisión de ordenar el encarcelamiento cautelar debe ser mantenida.

Por lo demás, en cuanto a lo "trastueques y dificultoso" que la defensa reputa la decisión de colocarse en una **situación de prófugo**, resulta claro que dicho aspecto ya ha sido objeto de ponderación por parte del legislador, y que precisamente en función de tal consideración es que ha presumido que, ante el inestimable valor de la libertad personal, cuando la **amenaza penal exceda de cierto límite** surge la posibilidad de que el imputado opte por darse a la fuga, y con ello, la necesidad de asegurar los fines del proceso.

Finalmente, en cuanto al impacto **que pudiera ocasionar al imputado la privación cautelar de la libertad aún cuando la actividad recursiva está**

vigente, debe recordarse que el derecho fundamental a la libertad, como todo derecho, no es absoluto (art. XXVIII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; se la subordina, implícitamente, a la existencia de garantías que aseguren la comparecencia del imputado durante el proceso y eventualmente para la ejecución de la pena, art. 9.3, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En efecto, no todos los derechos fundamentales son ilimitados sino que deben medirse en la concurrencia de otros valores que el ordenamiento jurídico también protege, tal como ocurre con los fines del proceso, en tanto la consecución de la verdad objetiva y la actuación de la ley penal, preservan la tutela de intereses y derechos que también cuentan con protección constitucional. En ello consiste precisamente la interpretación del alcance de los derechos e intereses en conflicto conforme al método del balanceo o *balancín test*, que este Tribunal, siguiendo al Tribunal Constitucional español (S.T.C. S. 81/83 del 10 de octubre), ha adoptado en varios precedentes sobre cuestiones de distinta naturaleza (T.S.J., Sala Penal, "Carranza", S. n° 33, del 25/08/1997, "Aguirre Domínguez", cit; "Querella Caruso c/ Remonda", S. n° 108, del 9/09/1999; y "Sánchez", S. n° 45, del 8/06/2000) y que tienen en común con la presente que el conflicto en lugar de resolverse atendiendo a la supremacía absoluta de uno sobre otro, pondera a todos los derechos como limitados y analiza en cada caso concreto la razonabilidad de la restricción de uno por otro. Y precisamente, al evaluar el modo en que nuestro régimen procesal estructura la coerción personal, esta Sala ha concluido que las disposiciones legales y constitucionales logran un aceptable equilibrio entre el **interés individual** y el **interés social**, haciendo prevalecer de acuerdo al momento

del proceso a uno y, a veces, a otro ("Bustos Fierro", cit., entre muchos otros). En consecuencia, aún cuando fuere cierto que de prosperar su impugnación contra la condena impuesta el imputado habrá sufrido una irreparable privación de la libertad, dicho gravamen deriva como consecuencia razonable de los valores en pugna. Máxime que la medida cautelar se adoptó luego de dictarse la sentencia (en su parte resolutive) y donde el tratamiento de los agravios en lo que respecta a la cuestión penal se le ha otorgado prioridad, todo lo cual abona a favor del mantenimiento de la resolución impugnada.

Por último, cabe acotar que el pedido de reemplazar el encarcelamiento por un incremento razonable de la fianza, no resulta de recibo, pues la libertad caucionada sólo adquiere relevancia cuando -a diferencia del *sub examine*- aquella presunción *iuris tantum* aparece enervada por circunstancias que muestran suficiente el resguardo de los fines del proceso con medidas asegurativas de menor entidad.

c. En suma, las plurales razones que preceden evidencian la adecuación del encierro cautelar de Franco Morata al espectro normativo constitucional e infraconstitucional, y por ende corresponde rechazar la pretensión impugnativa.

Voto, pues, negativamente a esta cuestión.

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

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

A LA TERCERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación deducido por los Dres. Cristian Moyano y Marcelo Brito, a favor del acusado Franco Morata. Con costas (CPP, 550/551).

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 la presente cuestión. 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 del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

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

RESUELVE: Rechazar el recurso de casación deducido por los Dres. Cristian Moyano y Marcelo Brito, a favor del acusado Franco Morata. Con costas (CPP, 550/551).

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. María Esther CAFURE DE BATTISTELLI
Presidenta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. Aída TARDITTI
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

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