

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE TUCUMÁN

### CASACIÓN

SENT N° 1474

Provincia de Tucumán

**Y VISTO:** Llega a conocimiento y resolución de esta Excma. Corte Suprema de Justicia, Sala en lo Civil y Comercial Común, Civil en Familia y Sucesiones y Penal, que integran los señores Vocales doctores Daniel Leiva, Antonio D. Estofán y Daniel Oscar Posse, presidida por su titular doctor Daniel Leiva, el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de S. D. O. en contra de la sentencia dictada por el doctor Fabián Adolfo Fradejas, en su carácter de Tribunal unipersonal de la Sala III de la Excma. Cámara en lo Penal Conclusional, en fecha 25/4/2023, el que es concedido por el referido Tribunal mediante auto interlocutorio del 21/5/2024, en los autos: "**O.S.D- - s/ Homicidio agravado en grado de tentativa**". En esta sede, las partes no presentaron las memorias que autoriza el art. 487 CPP, conforme informe de fecha 11/6/2024. Pasada la causa a estudio de los señores Vocales, y establecidas las cuestiones a dilucidar, de conformidad con el sorteo practicado el orden de votación será el siguiente: doctores Daniel Oscar Posse, Antonio D. Estofán y Daniel Leiva. Luego de la pertinente deliberación, se procede a redactar la sentencia.

Las cuestiones propuestas son las siguientes: ¿Es admisible el recurso?; en su caso, ¿es procedente?

**A las cuestiones propuestas el señor Vocal doctor Daniel Oscar Posse, dijo:**

I.- Viene a conocimiento y resolución de esta Corte el recurso de casación presentado por la defensa técnica de S. D. O. en contra de la sentencia dictada por el doctor Fabián Adolfo Fradejas, en su carácter de Tribunal unipersonal de la Sala III de la Excma. Cámara en lo Penal Conclusional, en fecha 25 de abril de 2023.

II.- En lo que es materia de recurso, este Tribunal resolvió "(I) CONDENAR a O. S. DARIO, DNI N° XX.XXX.XXX, demás datos personales que constan en autos, como autor voluntario y penalmente responsable del delito de HOMICIDIO AGRAVADO -POR HABER TENIDO UNA

RELACIÓN DE PAREJA- EN GRADO DE TENTATIVA, previsto y penado en el Artículo 80 Inc. 1° del Código Penal, cometido en perjuicio de J. C. V., por el hecho ocurrido el día 01/10/2018, imponiéndosele la PENA DE ONCE (11) AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES (arts.12, 29 inc. 3°, 40, 41, 42, 45 y 80 inc. 1° del Código Penal y arts. 421, 559 y ccs. del C.P.P.)”.

III.- Contra dicha sentencia presenta recurso de casación la defensa del acusado, atacando puntual y exclusivamente el monto de la pena impuesta al señor O. y estimando que el Tribunal “no ha interpretado fielmente las previsiones de los arts. 40 y 41 del C.P., y en clara afectación del art. 18 de la Const. Nacional, ha fijado una pena excesiva e injustificada sin tener en cuenta elementales principios del derecho penal como la concurrencia de una pena natural, la particularidad psicológica de la situación en que se produjeron los hechos y los demás motivos que en esta presentación se detallan, así como sin haber valorado racionalmente las atenuantes del caso”.

Ingresando a la expresión puntual de agravios, el recurrente sostiene, en primer lugar, que el fallo cuestionado no ha merituado el elemento psicológico de la conducta del señor O., a la que define como “situación límite” y “de desesperación”.

Profundiza sobre esto manifestando que su defendido “se encontraba obviamente influido por un estado de alteración que no fue valorado ni analizado en el juicio y mucho menos en el fallo” y que tanto su declaración, como la de la víctima, dan cuenta de “un accionar violento y desesperado de un hombre que no tiene manejo de su conducta, o que al menos lo ha perdido en gran medida”.

Entiende que esta desesperación queda cabalmente demostrada con la autoagresión realizada por el propio acusado, lo que debería ser tenido en cuenta ya que “el derecho penal pretende nivelar con la pena la alteración de la norma efectuada por personas con absoluta libertad de acción, la que claramente está viciada cuando nuestros impulsos son dirigidos por la ira, el desconsuelo o la desesperación”.

Así afirma que, si bien su situación no lo llega a transformar en inimputable, sí “evidencia que no se trata de un hombre determinado a la acción violenta tal como lo muestran sus antecedentes y su conducta posterior al hecho”, lo que “debe ser tenido en cuenta al momento de la aplicación de la pena, la que necesariamente debe disminuirse al mínimo imprescindible justamente porque la culpa se encuentra disminuida en gran medida por el factor señalado”.

Continuando con su alocución, el letrado indica que dentro del vehículo donde ocurrieron los hechos existían “otros elementos

más propensos a ocasionar la muerte de la víctima como una masa”, por lo que “la intencionalidad que se menciona” en la sentencia de condena “no tiene correlato en las pruebas producidas”.

En idéntica sintonía, afirma que la intensidad de la lesión provocada no le impidió a la damnificada salir del vehículo, además de que tampoco fue obstaculizada por su defendido, quien “de inmediato inició su autolesión con intenciones suicidas”.

Partiendo de esto, manifiesta que “no puede argumentarse en forma definitiva que mi cliente quiso matar (dolo), sino más bien que quiso matarse ante el cuadro violento planteado” y “al no utilizar medios de mayor efectividad en su supuesta intención de matarla, se deja claro que se trató de una conducta enmarcada en una situación límite psicológica y no en la racionalidad de quien actúa libremente para realizar el tipo objetivo del homicidio”.

Como tercer punto de agravio, el recurrente manifiesta que el señor O. ha sufrido severas consecuencias en su salud, las que se tradujeron -en su momento- en un peligro concreto de fallecimiento, lo que enmarca dentro de lo que se denomina “pena natural”.

Luego de dar una definición del concepto, y de hacer mención a fallos de distintos tribunales que han reducido montos de condenas al presentarse situaciones de esta naturaleza, expresa que “S. D. O. se autolesionó en los hechos tratando de quitarse la vida” y que “permaneció ocho días internado y en su domicilio otros catorce días y las secuelas de lo sufrido le han generado hasta el día de hoy (y de por vida) un cuadro de salud delicado que puede corroborarse en autos”, por lo que “establecer una condena estatal sin tener en cuenta el daño que ha sufrido el acusado, implicaría un exceso en la pena, una desproporción entre el delito cometido y la condena que le corresponde”.

Agrega que el Tribunal de este caso “ha efectuado una valoración punitiva sin tener en cuenta la pena natural sufrida por el imputado, la que como se verá a continuación, se ha incrementado no solo por las lesiones y secuelas físicas sufridas por O., sino también por las penurias procesales que ha experimentado, al punto que se lo ha privado de la libertad sin encontrarse firme su condena durante casi un año”, situación que luego reseña detalladamente.

Como cuarto punto de agravio indica que se ha violado la prohibición de doble valoración en contra del señor O. ya que se tuvo en cuenta la “normativa nacional y supranacional vigente en tutela de los derechos de las mujeres y que propende a la obligación de los Estados de garantizar la referida normativa en protección y prevención de la violencia de género” a la hora de fijar la pena, cuando todas estas consideraciones ya las ha tenido el legislador a la hora de agravar el tipo penal del homicidio en el art. 80 del Código Penal

En quinto lugar, indica que el fallo cuestionado menciona circunstancias atenuantes de la pena, pero “no las aplica al caso (o no lo hace al punto de condenar al mínimo de la escala penal)” y que su representado “no tiene ningún antecedente penal ni policial, y jamás ha sido procesado ni investigado por ningún delito”.

Partiendo de todo lo señalado, entiende que en este caso “se evidencia la necesidad de reducir la pena a los límites básicos esenciales, el que estimamos en la pena de 6 (seis) años de prisión, incluso perforando a tal efecto los límites indicativos que la escala penal para el caso establece en 10 (diez) años”.

Sostiene que este monto “es incluso superior en dos años al mínimo de 4 (cuatro) años que correspondería en un caso de tentativa de homicidio simple, por lo que entendemos que resulta razonable en el marco de la situación planteada en este recurso”.

Dicho esto, reseña a diferentes autores y fallos que comparten su postura sobre el carácter indicativo de las penas, tras lo cual requiere, en caso de que esta Corte no comparta la solución propuesta, que se reduzca la pena del señor O. al mínimo previsto por la escala penal de la tentativa del homicidio agravado.

Finalmente, introduce la cuestión federal y solicita que se haga lugar al recurso interpuesto.

IV.- El recurso es concedido por la Sala mediante resolución del 21 de mayo de 2024. Dictada la providencia de autos, el recurrente no presentó memorial facultativo.

Corrida vista al Ministerio Público Fiscal, se expide por el rechazo del recurso a través de dictamen de fecha 28 de junio de 2024.

V.- Ingresando al examen de admisibilidad, se advierte que el recurso ha sido interpuesto en término (art. 485 C.P.P.T.), contra una sentencia definitiva, por ser una sentencia de condena (art. 480) y por la defensa del imputado, parte expresamente legitimada para hacerlo (art. 483).

En igual sentido, se comprueba que la fundamentación recursiva aparece vinculada a los antecedentes de la causa, con suficiente fundamentación, y resulta clara la solución que estima aplicable (art. 485)

Por lo tanto, el recurso deviene admisible.

VI.- En el análisis de procedencia, tal como lo solicita el recurrente, se deja establecido que el marco de análisis del presente recurso, de conformidad con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Casal”, se realizará de manera tal de “(...) *agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable*

*(...) en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible, al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular (...)*; y que *“(...) lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación”* (CSJN , “Casal Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa”, Fallos: 328:3399).

De manera coincidente, no se abordarán las cuestiones que fueron consentidas por las partes, ya que la revisión total del fallo impugnado no implica que el examen que el tribunal revisor debe hacer deba ir más allá de las cuestiones planteadas por el recurrente, porque al tratarse de un derecho que su titular ejerce en la medida en que la sentencia le causa agravio, resulta incorrecto intentar derivar de la garantía en cuestión una exigencia normativa que obligue a controlar aquellos extremos del fallo que el recurrente no ha sometido a revisión del tribunal examinador (cfr. “Casal”, voto de la doctora Carmen Argibay, punto 12).

Es decir, si bien se realizará una revisión amplia - de todo aquello que pueda ser objeto de análisis-, los puntos que delimitan este trabajo serán aquellos que se determinen eficazmente en el escrito recursivo en estudio. En este sentido, esta Corte ha reiterado en numerosos pronunciamientos que los agravios deben contener una crítica concreta y razonada del fallo que se recurre. *“Debe el recurrente expresar porqué la sentencia no es justa, diciendo en qué manera la decisión judicial no lo conforma, poniendo de manifiesto los errores de hecho y de derecho, omisiones, defectos, vicios o excesos, cumpliendo así con los deberes de colaboración y respeto a la justicia (Podetti, "Tratado de los recursos", pág. 163-164). El recurso no puede constituir un simple medio de someter el proceso al parecer de otro tribunal, sino que se trata de un medio de revisión de lo que el recurrente se agravia, es decir de aquellos puntos de la sentencia que considera injustos o contrarios a derecho en base a una exposición de las circunstancias jurídicas que fundan su criterio. La ausencia de fundamentación en el agravio en los casos en que se limitan a disentir con el fallo o a reiterar cuestiones ya planteadas, sella una suerte adversa”* (CSJT, Sentencia N° 488, 14/8/2020).

Establecidos los límites y la extensión de la revisión casatoria, corresponde ingresar ahora al análisis de los agravios sostenidos por la defensa.

VI.1- Como primer punto el recurrente manifiesta que S. O., al momento de cometer el hecho, se encontraba atravesando una situación psicológica límite, manejando un “estado de alteración” que viciaba su libertad de acción, lo que no fue debidamente considerado por el Tribunal del debate.

Sin embargo, las pruebas producidas durante el debate demuestran que, lejos de ser excepcional, los episodios de violencia de O. en contra de C. V. J., su ex pareja, eran frecuentes.

En efecto, al momento de declarar en el debate la víctima manifestó que había dejado al imputado en varias oportunidades, pero “él era muy insistente y para no pasar vergüenza y no me siguiera volví, pero yo le di final en ese mes y el no entendía. Seguía buscándome, sufrí una persecución por parte de él por la obsesión que tenía conmigo. Sufrí amenazas como ese día que me dijo que si no era de él no iba a ser de nadie. Me buscaba cuando llegaba de mi trabajo, conocía mi vehículo, sabía donde la dejaba, conocía mi casa también. No sé cómo hacía, pero lograba encontrarme. La relación se terminó por el hecho de que venía sufriendo cosas de él que no me agradaban, el hecho de hablarme mal, de decirme cosas feas”.

Luego, a preguntas de la defensa, amplió el relato, destacando que “hubo mensajes de que se iba a quitar la vida. Tanto por mensajes como personalmente él me dijo que no lo deje porque se iba a quitar la vida, en el puente que hay en Concepción. Ahí fue el momento en que tuve que volver porque me decía que yo me iba a sentir responsable de su muerte, entonces en ese momento yo volví con él”.

Como se puede observar, el relato de la víctima es claro al señalar que existía una historicidad de violencia por parte de S. D. O. en contra suya, inclusive con situaciones que habían llegado al punto de amenazar reiteradamente con quitarse la vida.

Si bien estas situaciones nunca fueron denunciadas por ella, y no son objeto de investigación y enjuiciamiento en este proceso, sí permiten desmentir fácilmente la afirmación del recurrente de que el acusado actuó en “estado de desesperación”.

En igual sentido, tampoco se incorporó durante el debate prueba alguna que acredite que el señor O. se encontraba pasando por alguna circunstancia personal o familiar que pudiera mantenerlo alterado emocionalmente.

Por otra parte, el psicodiagnóstico del acusado (obrante a fs. 192/193) no da cuenta de ningún trastorno o patología que pudiera redundar en una disminución de su culpabilidad o que ameritase una consideración particular por parte del Tribunal.

De esta manera, este agravio debe ser desechado.

VI.2- Misma suerte sigue lo postulado por el defensor sobre la presunta falta de intencionalidad del imputado de producir la muerte de la víctima.

Sobre esto, el escrito puntualmente dice que “se ha corroborado que existían en el auto en que ocurrieron los hechos, otros elementos más propensos a ocasionar la muerte de la víctima como una masa que allí se encontró y que no fue utilizada según los propios dichos de la Srta. C. V. J.”.

Pero que el acusado haya decidido usar un cuchillo en lugar de una masa lejos está de demostrar una falta de dolo. Al fin y al cabo se trata de dos instrumentos con similar potencialidad para quitarle la vida a una persona.

Es más: atento al lugar en el que fue atacada la víctima (el interior de un automóvil), probablemente le hubiese sido más fácil defenderse del intento de un ataque propinado con una masa. Ello en la medida en que esta herramienta necesita de una toma de impulso por parte del agresor, lo que facilita -levemente- la anticipación del acto y, consecuentemente, la ideación de una forma de defensa o evasión.

De este modo, la elección del cuchillo deja pocas dudas respecto de la intención de S. D. O. de quitarle la vida a su ex pareja.

Por otra parte, la menor intensidad de las lesiones pareciera responder más a las defensas que asumió la víctima que a una búsqueda deliberada por parte del imputado.

En efecto, el informe N° 1024/18 del Cuerpo Médico Forense del Centro Judicial Monteros da cuenta de que C. V. J., al momento del examen (realizado 10 días después del hecho), presentaba “en cuello, región anterior y lateral izquierda, herida suturada de 3 cm. de longitud aproximadamente, con placa equimótica perilesional de 10 x 5 cm. aproximadamente, de color rojo violácea; en mano derecha, dedo índice, cara palmar, herida suturada de 2 cm. de longitud aproximadamente; en brazo izquierdo, 1/3 superior, región postero externa, placa equimótica de color verde de 6 x 5 cm. aproximadamente”.

Al momento de brindar su testimonio en el debate, el doctor Raúl Roberto Afur, médico forense responsable de la confección de la pericia, dijo *“cuando están involucradas armas blancas las lesiones en la parte palmar de la mano es por actos defensivos por agarrar el arma blanca para evitar la agresión. Es una lesión de carácter defensiva. No solo la lesión de la mano sino del cuello y el brazo izquierdo. En todo ese contexto se le atribuye que es una lesión defensiva. Ante una agresión la víctima trataba de proteger zonas vitales para que no ingresara el arma blanca, la trata de agarrar para que no llegue el arma blanca a su cuerpo. Agredir es buscar un daño y la persona que se defiende busca evitar ese daño”* (el resaltado pertenece a la sentencia de debate).

Posteriormente, a consulta del Ministerio Público Fiscal sobre si el cuello se trata de una zona vital, explicó que “la zona del cuello

es muy vital porque está todo el paquete de carótidas y yugular que, si se lesionan corre, el riesgo de perder la vida”.

Los fragmentos citados del testimonio del médico permiten inferir dos cosas. La primera, que la víctima efectivamente intentó defenderse, siendo probablemente esto lo que motivó que sufriera lesiones en su mano y brazo y que sus heridas en la zona del cuello fueran leves.

Y la segunda es que el imputado deliberadamente la atacó en una zona vital, situación que, independientemente de lo dicho por el médico, es bastante conocida -o al menos deducible- para el común de las personas, más allá de que no cuenten con conocimientos médicos.

Tampoco cambia esta situación que el acusado no obstaculizara la huida de la víctima o no la persiguiera. Aún si la hubiese asistido, asumiendo una conducta activa de colaboración con ella, la agresión en su contra, en zonas vitales y con un medio idóneo para causar el resultado muerte, ya había sido cometida.

En esas condiciones, no existe ningún elemento que permita mantener en estado de duda razonable el dolo con el que obró S. D. O. al momento de agredir a su ex pareja.

Por lo tanto, el agravio debe ser desechado.

VI.3- Como tercer punto de agravio el recurrente afirma que el Tribunal de juicio ha omitido considerar la pena natural sufrida por el acusado, ya que “ha sufrido graves consecuencias en su salud, lo que han determinado en su momento el peligro concreto de fallecimiento”.

Nuevamente entiendo que este agravio no merece acogida.

Es que, como lo reconoce el propio recurrente, las lesiones que sufrió el imputado fueron generadas por sí mismo. En esas condiciones, mal podría hablarse de una pena natural cuando el padecimiento fue deliberadamente perseguido por el autor, mientras que el concepto bajo estudio se aplica para circunstancias que ocurren de manera fortuita e imprevista para el autor de un hecho, más allá de si el delito en cuestión es doloso o culposo.

Comparto aquí las expresiones de Montilla Zavalía y Vilecco, quienes, al hablar del instituto en el Nuevo Código Procesal Penal (donde se encuentra expresamente prevista como una causal para la aplicación de un criterio de oportunidad) señalan que “no todo mal sufrido puede ser considerado pena natural, sino que este no debe ser percibido por el propio autor del hecho como derivación directa de su accionar, ya que de ser así podría considerarse que el daño sufrido fue querido por el autor, siendo que la pena natural importa precisamente lo contrario, es decir que el sufrimiento sea imprevisto o fortuito” (Montilla Zavalía, Félix Alberto; Vilecco, Álvaro José; Código



Procesal Penal de Tucumán comentado y concordado, Tomo 1; Bibliotex Ediciones; San Miguel de Tucumán; 2020; pág. 247).

Dicho esto, no se observa que, en este aspecto, la pena impuesta a S. D. O. sea inconstitucional, ilícita, desproporcionada o innecesaria, sino que se mantiene perfectamente ajustada a la escala penal prevista y a las circunstancias del caso bajo estudio.

Vinculado con la pena natural, el letrado también plantea que existe una pena desproporcionada como consecuencia de las “penurias procesales” experimentadas por el señor O. luego de que se dictara la condena en su contra.

Sobre este punto, el recurrente nos dice que “el Tribunal del juicio que aplicó la condena que cuestiona y pretende modificar esta defensa, también ha sido el que le ha otorgado firmeza procesal al fallo sin tenerla, disponiendo su pase al Juzgado de Ejecución de Sentencia y la consecuente inmediata privación de la libertad de mi representado por casi un año hasta el fallo de esta Excma. Corte que dispuso la obligación de ser notificado conforme a derecho y su consecuente posibilidad de discutir recursivamente su condena”. Perjuicio que, a su entender, “no solo se limita a la referida privación de la libertad anticipada mencionada, sino a la necesidad de enfrentar y costear ya no un recurso de Casación, sino dos, puesto que durante meses hemos tenido litigar en pos de lograr la actual vía recursiva, y lo que es peor, es que lo ha tenido que hacer estando privado de libertad, y por tanto, restringido de posibilidades laborales y económicas para costear su defensa”.

Respecto de esta situación, y tal como también lo reconoce el propio defensor, esta Corte reconoció oportunamente que había existido una afectación al derecho al recurso del acusado y, en consecuencia, resolvió “**I. HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de S. D. O. y, en consecuencia, **CASAR** la resolución de la Sala III de la Excma. Cámara Penal en lo Conclusional de fecha 16 de agosto de 2023, el que quedará redactado en los siguientes términos: „**I. HACER LUGAR** al pedido de la defensa y, en consecuencia, ordenar la notificación personal a S. D. O. de los fundamentos de su sentencia condenatoria“. **II.** Consecuentemente con lo dispuesto en el apartado precedente, **DEJAR SIN EFECTO** el proveído de la Sala III de la Excma. Cámara Penal de fecha 1 de junio de 2023 que declara la firmeza de la misma sentencia, conforme lo considerado”. Esto mediante sentencia N° 299 del 26 de marzo de 2024.

Pero mal podría hablarse aquí de una falta de consideración de esta circunstancia por parte del Tribunal de juicio cuando la pena le fue impuesta al señor O. antes de que se le denegara su derecho al recurso.

Y tampoco existen razones como para que esta

Corte lo utilice como un criterio para reducir la pena que le fuera aplicada. Es que, además de que se ordenó su libertad luego de que adquiriera firmeza el fallo antes citado, el plazo que permaneció privado de su libertad le debería ser computado al momento de ejecutarse finalmente la condena.

Situación que en este caso necesariamente ocurrirá, ya que el defensor ha dejado firme la declaración de responsabilidad penal, cuestionando únicamente el monto de la pena impuesta.

En ese marco, el recurrente podrá oportunamente hacer los planteos correspondientes ante el Juez o Jueza de ejecución si se diera el hipotético caso de que ese plazo no fuese computado como término de cumplimiento, pero no constituye un motivo válido para considerarlo una pena natural y, consecuentemente, reducir el monto global de la condena impuesta.

VI.4- Donde sí le asiste razón al recurrente es en el cuarto punto de agravio, relativo a la violación de la prohibición de doble valoración.

Es que la sentencia de condena, al momento de mensurar la pena aplicable a S. O., manifiesta que “en cuanto a la naturaleza de la acción y los medios empleados para ejecutarla, debe considerarse las circunstancias de la comisión de este hecho. En particular debe destacarse el contexto que los unía, es decir, víctima e imputado tenían una relación de más de cinco años”.

A esto le añade luego que el imputado “valiéndose del vínculo que los unía (novios durante cinco años) y la confianza que de dicha relación se derivaba, todo lo que fue aprovechado por O. para poder consumar el hecho”. Y concluye indicando que “merece un mayor reproche por su condición de ex pareja, con quien la víctima compartía de manera asidua y en un ámbito de confianza dado que ambos fueron novios durante más de cinco años, lo que le permitió a O. consumar el hecho que fue objeto del presente debate”.

Como se puede observar en los fragmentos citados, es claro que el Tribunal utilizó el vínculo existente entre acusado y víctima como criterio para agravar el *quantum* punitivo contra S. O.. Pero esta postura constituye una clara violación a la prohibición de doble valoración.

Es que el señor O. fue condenado “como autor voluntario y penalmente responsable del delito de HOMICIDIO AGRAVADO -POR HABER TENIDO UNA RELACIÓN DE PAREJA- EN GRADO DE TENTATIVA, previsto y penado en el Artículo 80 Inc. 1° del Código Penal”.

Ese artículo del Código, a su vez, expresa que “se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1° A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de

pareja, mediar o no convivencia”.

Es decir, la figura penal ya impone una pena mayor al autor de un homicidio por el solo hecho de que el sujeto pasivo sea su pareja o ex pareja, sin exigir ningún otro condicionante.

Sobre el instituto de la prohibición de doble valoración, Zaffaroni, Alagia y Slokar nos dicen que “impide que una circunstancia, cuando forma parte de la descripción típica en su determinación básica o cualificada, pueda ser considerada entre los criterios que agraven la pena, pues ya integra el desvalor del injusto que se reprocha” (Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; Derecho Penal, Parte General, segunda edición; Ediar; Buenos Aires; 2002; pág. 1046).

Los mismos autores sostienen que “no existe doble desvaloración cuando el mismo elemento se toma en cuenta en la cuantificación de la pena para particularizar su intensidad” (Ob. Cit.; pág. 1047), lo que también es compartido por Ziffer, que señala que “la gradación del ilícito es el terreno propio de la prohibición de doble valoración. Así, en el caso del robo, si bien no se podría valorar el uso de la violencia „en sí“, nada impediría considerar el grado de violencia, leve o intensa, que hubiera empleado el autor para el hecho” (cfr. Ziffer, Patricia S., Lineamientos de la determinación de la pena, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 107).

Pero entiendo que no son estas las circunstancias que se presentan en ese caso.

Es que el fallo condenatorio hace alusiones genéricas al “contexto que los unía” y a la confianza que presuntamente existía entre imputado y víctima como consecuencia de esa relación, pero sin demostrar alguna intensidad dañosa particular nacida a partir de ese vínculo previo.

En estas condiciones, la sentencia valora como agravantes de la pena circunstancias que ya fueron tenidas en cuenta por el legislador a la hora de agravar el tipo penal, lo que la descalifica como acto jurisdiccional válido.

Por lo tanto, este punto de agravio sí resulta procedente, lo que será retomado más adelante.

VI.5- Finalmente, cabe analizar el último agravio expresado por la defensa. Esto es, la supuesta falta de consideración, o la defectuosa estimación, de la inexistencia de antecedentes penales del señor O. al no habersele reducido la pena al mínimo imponible.

Sobre esto debo decir, en primer término, que de una simple lectura de la sentencia se advierte que la Sala sí ha hecho una consideración de la ausencia de antecedentes por parte del acusado, lo que fue expresamente valorado como una circunstancia atenuante.

Sin perjuicio de ello, de la compulsas del fallo condenatorio advierto que existe una aparente contradicción en la forma en la que el Tribunal pondera la edad, el nivel de instrucción formal del acusado y su situación laboral.

En efecto, llegando hacia el final de ese apartado, el sentenciante manifiesta que “además, el acusado era una persona con instrucción, edad y condición social económica que perfectamente le permitía conocer la ilegalidad de sus acciones”, lo que pareciera ser tomado como un agravante de la pena.

Sin embargo, en el párrafo siguiente expresa que “además valoro como atenuante (...), que es una persona joven, con recursos y trabajo”, lo que, ante la insuficiente motivación del punto, luce contradictorio en lo relativo a los parámetros bajo los cuales considera los mismos tópicos, debido a que menciona ciertas condiciones personales del imputado a efectos de agravar y atenuar la pena sin ponderarlas minuciosamente, ni brindar una explicación precisa sobre la incidencia que poseen.

Este punto, entonces, también torna inválida la “cuarta cuestión” del fallo recurrido, denominada “sanción aplicable”, en la medida en la que una misma circunstancia no puede ser valorada, a la vez, como un criterio agravante y atenuante de la pena, lo que deberá ser tenido en cuenta por el Tribunal a cargo de efectuar la debida audiencia de visu para fijar la nueva pena del señor O., tópico que será explicitado en el punto siguiente.

Por otra parte, y vinculado estrechamente con lo primero, cabe dejar en claro que la existencia de circunstancias atenuantes no obliga al juzgador a imponer el mínimo de la escala penal aplicable.

Como bien es sabido, nuestro Código Penal prevé un sistema semi discrecional para la fijación de penas, teniendo como único límite la debida y expresa consideración de las circunstancias previstas por el artículo 41 de la norma, la que debe ir acompañada de una razonable fundamentación sobre cómo se utiliza cada una. Además de la prohibición de imponer un monto mayor al solicitado por las partes acusadoras.

En ese marco, no reviste arbitrariedad alguna la decisión del Tribunal de no aplicar el mínimo de la escala penal pese a existir circunstancias atenuantes.

VII.- Partiendo de lo valorado en los apartados VI.4 y VI.5 del presente voto, entiendo que debe hacerse lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de S. D. O. en contra de la sentencia condenatoria de fecha 25 de abril de 2023, dictada por la Sala III de la Excma. Cámara en lo Penal Conclusional.

Respecto de la solución a adoptar, considero que

las que fueron propuestas por el defensor tampoco lucen razonables.

Sobre la perforación del mínimo de la escala penal, el letrado no ha probado la existencia de elementos que demuestren realmente que, para el presente caso, el marco normativo es irrazonable, desproporcionado o de aplicación innecesaria.

Debe añadirse también que la perforación de mínimos no es un derecho de los acusados, sino una excepción, que puede llegar a darse ante hipotéticos casos en los que la escala penal prevista por la normativa resulta profundamente irrazonable, innecesaria o injusta.

A su vez, la teoría del carácter indicativo de los mínimos de las escalas penales ha sido desechada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo reciente, donde dijo que perforar los mínimos de las escalas penales sin mediar una declaración de inconstitucionalidad “supone prescindir de lo estipulado por el legislador”, lo que implica desoír “el mandato constitucional de reconocer la supremacía de las leyes por encima del criterio individual de los magistrados” (fallo Agüero, Julio César s/incidente de recurso extraordinario - voto de los doctores Horacio Rosatti y Juan Carlos Maqueda, sentencia del 27 de agosto de 2024).

En igual sentido, el voto del doctor Lorenzetti señala que “los jueces sólo pueden dejar de aplicar las leyes sancionadas por el Congreso cuando declaren que las mismas resultan incompatibles con la Constitución Nacional. De lo contrario, se invaden competencias propias de otro poder del Estado, afectando la división de poderes establecida -precisamente- en la Carta Magna”.

En este caso, el recurrente no ha solicitado la declaración de inconstitucionalidad de la escala mínima prevista para el homicidio agravado, en caso de tentativa, conforme arts. 80, 42 y 44 del Código Penal, y no encuentro razones para intentar su declaración de oficio.

Por otra parte, tampoco ha aportado motivos suficientes para justificar un apartamiento de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo de la Nación.

En consecuencia, este pedido debe ser desechado.

Yendo a la solución propuesta de manera subsidiaria por el recurrente, entiendo que esta Corte tampoco cuenta con elementos como para dictar una nueva pena sin caer en una violación del art. 41 del Código Penal, que prevé que la sanción debe imponerse luego de que el tribunal tome “conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.

Así las cosas, entiendo que la solución adecuada

es anular el punto I de la sentencia condenatoria de la Sala III de la Excma. Cámara en lo Penal Conclusional, únicamente en lo relativo al punto de la pena impuesta. En consecuencia, se deben remitir los autos a la misma Sala para que, con otra integración, realice la correspondiente audiencia de visu, garantizando debidamente el contradictorio, e imponga una nueva pena a S. D. O., respetando el encuadre jurídico definido oportunamente, los criterios de los arts. 40 y 41 del C.P. y la prohibición de incurrir *en reformatio in peius*, por lo que no podrá exceder el monto 11 años de prisión.

Esto basado en la siguiente doctrina legal: “***no constituye acto jurisdiccional válido la sentencia condenatoria que considera como agravante de la pena una circunstancia que ya ha sido tomada por el Código Penal para agravar la figura típica, o que valora de manera ambigua alguno de los puntos establecidos en su art. 41***”.

VIII.- En relación a las costas, corresponde imponerlas por el orden causado, atento al resultado arribado (arts. 559, 560 en sentido contrario y concordantes del C.P.P.T.)

Por su parte, se debe diferir regulación de honorarios hasta tanto los profesionales intervinientes lo soliciten y acrediten su situación ante la AFIP.

***A las cuestiones propuestas el señor Vocal doctor Antonio D. Estofán, dijo:***

Estando conforme con los fundamentos dados por el señor Vocal preopinante doctor Daniel Oscar Posse, sobre las cuestiones propuestas, vota en igual sentido.

***A las cuestiones propuestas el señor Vocal doctor Daniel Leiva, dijo:***

Estando conforme con los fundamentos dados por el señor Vocal preopinante doctor Daniel Oscar Posse, sobre las cuestiones propuestas, vota en igual sentido.

**Y VISTO:** El resultado del precedente acuerdo, la Excma. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Comercial Común, Civil en Familia y Sucesiones y Penal,

#### **RESUELVE:**

**I.- HACER LUGAR** parcialmente al recurso de casación interpuesto

por la defensa técnica de S. D. O. en contra de la sentencia de la Sala III de la Excma. Cámara en lo Penal Conclusional de fecha 25 de abril de 2023 conforme la doctrina legal propuesta y, consecuentemente, **ANULAR** el punto I de dicha sentencia, únicamente en lo relativo al monto de la pena impuesta al señor O., conforme lo considerado.

**II.- REMITIR** la causa a la Sala III de la Excma. Cámara en lo Penal Conclusional a fin de que, con una integración unipersonal diferente, realizando audiencia de visu y respetando el encuadre jurídico definido oportunamente, los criterios de los arts. 40 y 41 del C.P., el debido contradictorio y la prohibición de incurrir *en reformatio in peius*, expida nuevo fallo individualizando la sanción que merece el imputado.

**III.- COSTAS** por el orden causado.

**IV.- DIFERIR** regulación de honorarios para su oportunidad.

### **HÁGASE SABER.**

SUSCRIPTA Y REGISTRADA POR LA ACTUARIA/O FIRMANTE EN LA PROVINCIA DE TUCUMÁN, EN LA FECHA INDICADA EN LA CONSTANCIA DE LA REFERIDA FIRMA DIGITAL DE LA ACTUARIA/O. MEG

NRO. SENT.: 1474 - FECHA SENT.: 29/10/2024 Firmado digitalmente por: CN=FORTE C. Maria C=AR SERIALNUMBER=CUIL 27166855859 FECHA FIRMA=29/10/2024 CN=ESTOFAN Antonio Daniel C=AR SERIALNUMBER=CUIL 20080365749 FECHA FIRMA=25/10/2024 CN=POSSE Daniel Oscar C=AR SERIALNUMBER=CUIL 23126070039 FECHA FIRMA=28/10/2024 CN=LEIVA Daniel C=AR SERIALNUMBER=CUIL 20161768368 FECHA FIRMA=25/10/2024