

RECURSO DE CASACION. *Facultades discrecionales. Individualización de la pena: estándar de revisión.* **PENA.** *Individualización judicial. Interpretación de los artículos 40 y 41 del C.P. carácter atenuante o agravante de sus criterios. Relación de los mismos con los principios de culpabilidad y de peligrosidad del autor: coexistencia de ambos. Circunstancias subjetivas del autor: condición social y profesión. El ilícito y la culpabilidad en la determinación de la pena. Individualización. Etapas.* **EJECUCIÓN PENAL.** *Flexibilización de la pena privativa de libertad.*

I. La facultad discrecional de fijar la pena es exclusiva del tribunal de juicio y revisable en casación en supuestos de arbitrariedad. Dentro de ese estrecho 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. El control alcanza el monto de la pena -posible entre el mínimo y el máximo de la escala-, cuando éste resulta manifiestamente desproporcionado o incongruente en relación a las circunstancias de la causa.

II. Las circunstancias de mensuración de la pena contenidas en los artículos 40 y 41 C.P. no computan *per se* de manera agravante o atenuante, ni se encuentran preestablecidas como tales. La previsión del artículo 41 es "abierta", y por ello permite que sea el Juzgador quien oriente su sentido según el caso concreto.

III. Los artículos 40 y 41 del Código Penal exigen que para la individualización judicial de la pena, se tengan en cuenta tanto circunstancias que hacen al grado de culpabilidad del autor, como accidentes que hacen a su grado de peligrosidad delictiva. Por ello, ambos intereses -culpabilidad y peligrosidad delictiva- deben armonizarse en términos que ni los fines resocializatorios vinculados a la idea de peligrosidad delictiva sean negados, ni la aceptación de estos últimos termine desvinculando la magnitud de la pena, de la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor. Ello importa dar cabida tanto a la dimensión de garantía propia de la consideración individual de la persona, como a la dimensión de prevención que surge del reconocimiento de la función social del derecho penal.

IV. En lo que particularmente atañe al juicio de peligrosidad relativo a la individualización judicial de la pena, su ponderación emana de los fines de resocialización que -con jerarquía constitucional- también debe cumplir la sanción penal, al ser orientada hacia la "reforma y readaptación social de los condenados" (arts. 5 inc. 6 de la CADDHH; Pacto de San José de Costa Rica; 75 inc. 22 C.N.). Dicha peligrosidad, a su vez, se ha definido en términos de peligrosidad delictiva, tal como ha propiciado la doctrina dominante y surge de los criterios particulares que la disposición enuncia; esto es, la "capacidad delictiva" del autor, como un pronóstico respecto del obrar futuro del condenado después de cumplida la pena.

V. Dentro de las circunstancias de mensuración de la pena contenidas en el art. 41 del C.P., la situación personal del autor puede resultar decisiva para fundamentar un deber mayor. Por lo general, las circunstancias personales del autor, tales como situación familiar, profesión, origen social, infancia, educación en general, serán de importancia para determinar la capacidad del autor para reconocer la antijuridicidad del hecho y para determinarse conforme ese conocimiento. Para ello, lo decisivo será el momento del hecho. Tanto la posición social elevada como la profesión, en principio, no agravan el ilícito por sí mismas. Sin embargo, la posición social o la profesión pueden implicar en ciertos casos una fuerte conciencia acerca de la ilicitud de ciertas conductas, que revelará una decisión más consciente en contra del derecho, una mayor culpabilidad. En general, y en la doctrina argentina, se acepta que los antecedentes y condiciones personales (edad, educación, conducta precedente) permiten reconocer si el autor tuvo mayor o menor autodeterminación.

VI. La afirmación de la existencia de un ilícito culpable es el presupuesto de una pena. El ilícito y la culpabilidad como presupuestos de la punibilidad se encuentran fuera de discusión, aun cuando existan numerosas discrepancias en cuanto a su contenido. Pero se trata, además, de conceptos graduables, y la problemática que plantea su graduación es diferente de la de su presencia o no en el sentido de la teoría del delito. Sin embargo, esto no debe llevar a afirmar que se trata de conceptos distintos de los de la teoría del delito: el ilícito y la culpabilidad en la determinación de la pena no se diferencian del ilícito y la

culpabilidad de la teoría de la imputación en general. La única diferencia es de perspectiva: en la teoría del delito sólo interesa si se encuentran dados sus presupuestos; en la determinación de la pena, cuál es su intensidad. Atento a lo referido, si bien es cierto que la posibilidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir las acciones (art. 34, inc. 1º, 1er párrafo del C.P.) representan aspectos de la imputabilidad, que -a su vez- constituye el presupuesto de la culpabilidad y, en consecuencia, un requisito insoslayable que debe concurrir para que sea posible la respuesta punitiva estatal; no menos cierto es que, superado ese piso mínimo de exigencias, las circunstancias de referencia pueden tener impacto en la intensidad de ese castigo, pues inciden claramente en la reprochabilidad del hecho cometido con respecto a su autor.

VII. La individualización de la sanción impuesta no se agota en la sentencia judicial que la impone, sino que las fases de determinación legislativa, judicial y de ejecución de la pena, importan la progresión de un único proceso de individualización para el caso concreto. De modo que en la etapa de ejecución, el Juez encargado de ella continuará la misma labor político-criminal de individualización de la pena para el caso concreto iniciada por el legislador con su individualización en abstracto para la clase de figura de que se trate y seguida por el Tribunal de mérito en su determinación judicial de la pena.

VIII. El régimen penitenciario de la ley 24.660 introduce un sistema de indeterminación del contenido de la pena dentro del límite máximo de la sanción individualizada judicialmente por el Tribunal de mérito, para permitir su adecuación al caso en orden al cumplimiento de los fines de resocialización del art. 1 de dicha ley. Tal flexibilidad incluye circunstancias relativas a la estrictez y hasta la propia duración de los períodos de restricción efectiva de la libertad ambulatoria. De manera que los alcances de las limitaciones a la libertad ambulatoria y hasta la propia duración del encierro carcelario podrán variar por decisiones que se adopten en la etapa de ejecución atendiendo a los fines preventivo especiales o de resocialización priorizados en esta etapa por la ley 24.660 (art. 1).

T.S.J., Sala Penal, S. Nº 174, 27/06/2013, “**PIATTI MARTÍNEZ, Claudio p.s.a. abuso sexual, etc. – Recurso de Casación-**” Vocales: Tarditti, Cafure de Battistelli y Blanc G. de Arabel.

SENTENCIA NÚMERO: CIENTO SETENTA Y CUATRO

En la Ciudad de Córdoba, a los días veintisiete del mes de junio de dos mil trece, siendo las nueve horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos **"PIATTI MARTINEZ, Claudio p.s.a. abuso sexual, etc. -Recurso de Casación-"** (Expte. "P", 53/2012), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Dr. Alejandro Dragotto, en su carácter de abogado defensor del imputado Claudio Piatti Martínez, en contra de la sentencia número veintiséis, dictada el diecinueve de junio de dos mil doce, por la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Cruz del Eje, en Sala Unipersonal.

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

I. ¿Es nula la sentencia por incurrir en vicios de fundamentación al individualizar la pena impuesta al imputado Claudio Piatti Martínez?

II. ¿Qué resolución corresponde dictar?

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 CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por Sentencia N° 26, de fecha 19 de junio de 2012, la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Cruz del Eje, en Sala Unipersonal, resolvió, en lo que aquí interesa, “...*Declarar al Señor Claudio Martínez Piatti... autor penalmente responsable del hecho estimado acreditado... calificado como abuso sexual y aplicarle para su tratamiento penitenciario la pena de tres años y cuatro meses de prisión, accesoria de inhabilitación absoluta y costas (artículos 5, 9, 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, 72 y 119 primer párrafo, todos del Código Penal; artículos 408, 409, 412, 550 y 551 del CPP)...*” (fs. 314/328 vta.).

II. Contra dicha resolución comparece el Dr. Alejandro Dragotto, en su carácter de defensor del imputado Claudio Piatti Martínez, e **interpone recurso de casación**, invocando el **motivo formal** previsto por la citada vía impugnativa (art. 468 inc. 2° del C.P.P.).

Sostiene que el fallo atacado resulta nulo, de nulidad absoluta, en virtud de la inficción que consagra el art. 413 inc. 4° del C.P.P., por carecer de motivación

lógica y legal en orden a la determinación de la sanción impuesta a su asistido, toda vez que el juez no ha obrado de modo discrecional, sino arbitrariamente, individualizando una pena **irrazonablemente desproporcionada**.

Cita doctrina de esta Sala en cuanto al estándar casatorio que se aplica en casos como el *sublite*, y pone énfasis en la necesidad de que el *a quo* examine las condiciones previstas en los arts. 40 y 41 del C.P., de manera que pueda apreciarse de qué modo ellas trascienden el juicio sobre la mayor o menor peligrosidad del condenado y, en definitiva, inciden en la medida de la pena, destacando que cuando ello no ocurre el ejercicio de esas facultades resulta arbitrario y genera la nulidad de la sentencia, al impedir su control.

A continuación, el recurrente transcribe la parte pertinente de la resolución puesta en crisis, luego de lo cual desarrolla en forma detallada los reparos que opone a la misma.

Así, comienza por afirmar que el *a quo* **confunde una circunstancia relevante para la individualización de la pena con una condición o presupuesto esencial de la posibilidad de punir**.

Ello por cuanto -refiere- la capacidad de comprender la antijuridicidad de la propia conducta y la posibilidad de decidir libre y voluntariamente cómo

actuar, a las que alude la sentencia, atañen precisamente a la imputabilidad, presupuesto de la culpabilidad.

Por ello es que sostiene que, la verificación de dichos extremos, mal puede ser ponderada como una razón para acrecentar el castigo, cuando, antes bien, dicha corroboración es imprescindible para poder castigar.

Dirige la misma crítica a la ponderación que efectúa la sentencia del tratarse de una persona adulta y con un elevado nivel de educación, por cuanto tales circunstancias constituyen a su criterio **pautas concretas que permiten asegurar una verosímil readaptación del imputado**, que en definitiva constituye el fin al que se orienta la pena.

Denuncia que el tribunal de juicio no sólo efectuó una **motivación arbitraria** al ponderar tales pautas de modo desfavorable a su asistido, sino que además incurrió en otro vicio, cual es la **omisión de valorar aspectos favorables al imputado** que, de haber sido correctamente considerados, hubieran podido disminuir la sanción penal a imponer.

Sostiene que, entonces, el juez afectó la debida fundamentación de la sentencia desde un doble enfoque: tanto al valorar arbitrariamente las circunstancias referidas supra como agravantes, como al omitir en contrapartida ponderarlas como atenuantes.

Crítica luego el impugnante la meritación como agravante que efectúa el *a quo* de la **conducta pre delictiva de su defendido**, por cuanto estima que las circunstancias a las que se refiere, más allá de constituir “actos preparatorios” – como el propio sentenciante lo reconoce- y, por ende, no punibles, son considerados como que “...*traslucen síntomas de una personalidad propensa a la comisión del delito en cuestión...*”, lo cual implica una aberración, si tenemos en cuenta que en nuestro sistema represivo liberal a la persona se la juzga y castiga por lo que “**hace**”, y no por lo que “**es**”.

Se ocupa a continuación el quejoso de abordar **otra circunstancia que, pese a su relevancia, tampoco fue considerada por el sentenciante.**

Así, refiere que la Sra. Fiscal de Cámara y la Representante Promiscua de los menores reclamaron en contra del incoado Piatti Martínez la sanción de seis años de prisión, por considerarlo autor de los delitos de abuso sexual simple y abuso sexual gravemente ultrajante, que prevén en abstracto una escala punitiva que parte de un mínimo de cuatro años de prisión y asciende a un máximo de catorce años de la misma especie de pena.

Pero destaca que el juez absolvió a su defendido del delito más grave que se le atribuía, **condenándolo -en cambio- por una figura delictiva**

considerablemente más leve, que tiene una pena que va desde los seis meses a los cuatro años de prisión.

Afirma el quejoso que, pese a haber asumido expresamente el menor disvalor de la conducta del incoado, **el sentenciante terminó imponiéndole una pena irrazonablemente elevada, que supera con creces el término medio de la escala penal aplicable y que resulta apenas inferior a su máximo.**

Denuncia que lo señalado también implica una individualización arbitraria de la sanción impuesta, ya que la absolución dispuesta para el más grave de los delitos que se le recriminaban al encartado Piatti Martínez, que debió haber gravitado preponderantemente a favor del nombrado, no se tradujo en una proporcional y efectiva reducción de la pena.

Cita doctrina en cuanto a que el primer criterio para la individualización de la pena *“está dado por las **escalas penales**, pues su función **no es la mera fijación de un límite a la discrecionalidad judicial** ... se trata de un **parámetro para la individualización de la pena que sólo puede ser fijada teniendo en cuenta cuál es el mínimo y cuál es el máximo**, pues sólo **en esa relación** puede continuar reflejando **la importancia de la contrariedad al derecho que ha implicado el hecho**”* (fs. 334 vta. y 335 del libelo recursivo).

Afirma que si, en el caso concreto, frente a una escala punitiva de entre cuatro y catorce años de prisión, los acusadores pidieron seis años de prisión - esto es, una sanción apenas por encima del mínimo-, deviene evidente que la pena de tres años y cuatro meses de privación de la libertad impuesta al encartado, frente a una escala que va de los seis meses a los cuatro años de dicha especie de sanción, resulta absolutamente desproporcionada, toda vez que la escala más leve de la figura en la cual se encuadró su conducta reflejaba la menor contrariedad al derecho que implicaba el hecho por el cual se lo condenó.

Sostiene el impugnante que, ante la acreditación de un hecho que reflejaba un menor disvalor que aquel por el cual los acusadores reclamaron una sanción proporcionalmente menor, la pena impuesta debió ser sensiblemente inferior a la que se le aplicó.

Por ello, **denuncia que el *a quo* incurrió en un ejercicio arbitrario de sus facultades discrecionales, al haber eludido arbitrariamente el efecto jurídico de la escala más leve.**

Afirma que la menor contrariedad del hecho con el derecho que refleja una escala reducida (fundamento de la individualización de la pena) imponía de por sí -y con prescindencia de las demás pautas del art. 41 del C.P.- un reflejo minorante en la pena fijada, ya que, de lo contrario, la escala no tendría función.

Solicita que sea acogido su reclamo, se anule parcialmente la sentencia dictada y que, atento a las circunstancias particulares del caso y a cuestiones de economía procesal, esta Sala reduzca la pena impuesta, sin proceder al reenvío, teniendo en cuenta las pautas favorables a su asistido que han sido soslayadas por el sentenciante y excluyendo de la valoración las que han sido arbitrariamente consideradas.

Concretamente, propugna la imposición de una sanción que no supere el término medio de la escala penal, es decir, dos años de prisión de ejecución condicional (fs. 330/336).

III.1. De la atenta lectura del libelo presentado surge claro que **el quejoso cuestiona la pena de prisión de tres años y cuatro meses impuesta a su defendido, a la cual considera irrazonablemente desproporcionada.**

Para sustentar tal afirmación, se ocupa de analizar ciertas circunstancias agravantes ponderadas por el sentenciante, a fin de evidenciar que éste incurrió en algún vicio nulificante a la hora de valorarlas.

2. Atento a ello, resulta necesario analizar los argumentos expuestos por el *a quo* en aras a justificar la imposición de la pena cuestionada.

Así, repárese en que, luego de valorar como circunstancia atenuante en favor del incoado Claudio Piatti Martínez la ausencia de antecedentes penales, el

sentenciante consignó una serie de circunstancias agravantes, en relación a las cuales efectuó las siguientes consideraciones; a saber: “...**1.- la edad:** *el acusado contaba con cuarenta y siete años de edad al momento del hecho, por lo que se puede concluir que se encontraba en un momento de plena madurez que le permitía escoger un comportamiento lícito, no obstante lo cual se decidió por la infracción legal lo que hace más reprochable su proceder;* **2.- la educación:** *el victimario cuenta con una completa formación en el sistema de educación formal, en virtud de que alcanzó un nivel universitario, incluso es docente en la universidad e investigador, circunstancias que le permitían reconocer adecuadamente la antijuridicidad de sus actos y pese a ello –o sobre la base de ello- se determinó a cometer el ilícito; por su educación le era exigible una conducta acorde a derecho;* **3.- la conducta precedente:** *la conducta pre-delictiva de Piatti Martínez, reflejada en los actos preparatorios al hecho – concurrir en horarios nocturnos a bares de la ciudad, buscar jóvenes de temprana edad, invitarlos a tomar bebidas alcohólicas, llevarlos a su casa, inducirlos a practicar allí actos sexuales y compensar con dinero o cosas- que en el caso de marras se concretó en la observación y elección de las víctimas menores, elección previa del lugar y del modo en dónde y cómo cometería el hecho, traslucen síntomas de una personalidad propensa a la comisión del delito*

en cuestión; 4.- el daño ocasionado: indudablemente el hecho provocó daños en el menor víctima, incluso una prueba de ello es la declaración de la perito psicóloga oficial quien dijo que los menores habían tenido un impacto grande cuando desde lo familiar y los amigos se les cuestionara la orientación sexual; 5.- el lugar: la comisión del hecho en el interior de su vivienda particular, con las aberturas cerradas y con rejas y de noche, son circunstancias de lugar que fueron predisuestas y aprovechadas por el victimario para disminuir las posibilidades de defensa de la víctima; 6.- el modo: la comisión del hecho en presencia de otro menor de edad, implica un mayor reproche, en atención a que expuso a ambos al acto ilícito y especialmente a la víctima, quien debió soportar ser abusada al frente de su primo. Que todo ello amerita fijar la pena en tres años y cuatro meses de prisión. Que atento al tipo y monto de la pena, deberá el condenado soportar la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena (art. 12 del Código Penal)...” (fs. 327 vta. y 328).

IV. Realizado un minucioso estudio de la resolución atacada concluyo que, pese al esfuerzo impugnativo desarrollado, la crítica del quejoso no puede prosperar, debiendo -en consecuencia- confirmarse la sentencia puesta en crisis.

A continuación doy razones de ello.

1- Para comenzar, estimo útil recordar que, en lo que a la individualización de la sanción penal se refiere, esta Sala ha sostenido reiteradamente que la facultad discrecional de fijar la pena es exclusiva del tribunal de juicio y revisable en casación en supuestos de arbitrariedad (T.S.J., S. n° 14, 7/7/88, "Gutiérrez"; S. n° 4, 28/3/90, "Ullua"; S. n° 69, 17/11/97, "Farías"; A. n° 93, 27/4/98, "Salomón"; S. n° 215, 31/08/07, "Grosso", entre otras).

Dentro de ese estrecho margen de recurribilidad relativo a las facultades discrecionales del tribunal de sentencia, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de **falta de motivación** de la sentencia, de **motivación ilegítima** o de **motivación omisiva** (T.S.J., Sala Penal, Carnero, A. n° 181, 18/5/99; "Esteban", S. n° 119, 14/10/99; "Lanza Castelli", A. n° 346, 21/9/99; "Tarditti", A. n° 362, 6/10/99; S. n° 215, 31/08/07, "Grosso", entre otros). El control alcanza el **monto de la pena** -posible entre el mínimo y el máximo de la escala-, cuando éste resulta manifiestamente desproporcionado o incongruente en relación a las circunstancias de la causa (T.S.J., Sala Penal, "Suárez", S. n° 31, 10/03/2008; "Moya", S. n° 130, 26/05/2009; "Aguirre Pereyra", S. n° 125, 22/05/2009, entre otros).

2- a) Ingresando ya al análisis concreto de las críticas expuestas, comienzo por rechazar aquella que alude a que algunas circunstancias consignadas por el *a*

quo (la edad y la educación del imputado), que resultan reveladoras de cierta capacidad del imputado Piatti para comprender la antijuridicidad de la conducta y posibilidad de decidir como actuar (edad y educación), no pueden ser valoradas para acrecentar el castigo del nombrado, toda vez que constituyen extremos cuya corroboración resulta imprescindible para poder castigar.

Es que resulta claro que el sentenciante no incurrió en confusión alguna, pues si bien es cierto que *la posibilidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir las acciones* (art. 34, inc. 1º, 1er párrafo del C.P.) representan aspectos de la **imputabilidad**, que -a su vez- constituye el **presupuesto de la culpabilidad** y, en consecuencia, un **requisito insoslayable que debe concurrir para que sea posible la respuesta punitiva estatal**; no menos cierto es que, superado ese piso mínimo de exigencias, las circunstancias de referencia **pueden tener impacto en la intensidad de ese castigo, pues inciden claramente en la reprochabilidad del hecho cometido con respecto a su autor.**

En efecto, repárese que autorizada doctrina sostiene que “...*La afirmación de la existencia de un ilícito culpable es el presupuesto de una pena... El ilícito y la culpabilidad como presupuestos de la punibilidad se encuentran fuera de discusión, aun cuando existan numerosas discrepancias en cuanto a su contenido. Pero se trata, además, de conceptos graduables, y la problemática*

que plantea su graduación es diferente de la de su presencia o no en el sentido de la teoría del delito. Sin embargo, esto no debe llevar a afirmar que se trata de conceptos distintos de los de la teoría del delito: el ilícito y la culpabilidad en la determinación de la pena no se diferencian del ilícito y la culpabilidad de la teoría de la imputación en general. La única diferencia es de perspectiva: en la teoría del delito sólo interesa si se encuentran dados sus presupuestos; en la determinación de la pena, cuál es su intensidad...” (ZIFFER, Patricia S., “Lineamientos de la determinación de la pena”, Editorial AD-HOC, 2ª edición inalterada, Reimpresión, pág. 121, párrafos 2 y 3, el subrayado me corresponde).

En el *sublite* resulta claro que el sentenciante, luego de haber determinado que el encartado Piatti Martínez era imputable (conforme las conclusiones de la pericia psiquiátrica de fs. 131 y 131 vta. de autos, meritadas a fs. 326 de la resolución en análisis), ponderó que el hecho de tener 47 años de edad, significaba que éste se encontraba en un momento de plena madurez, que le permitía escoger un comportamiento lícito, pese a lo cual se decidió por lo contrario, ***lo cual hacía más reprochable su proceder***. Y de modo similar valoró que, su formación universitaria y su actividad como docente de ese nivel e investigador, le permitían reconocer adecuadamente la antijuridicidad de sus actos y, a pesar a ello, el imputado se determinó por cometer el ilícito.

Así las cosas, entonces, se advierte de modo prístino que, al seleccionar la pena a imponer al encartado Piatti Martínez, el *a quo*, lejos de incurrir en confusiones, **efectuó una ponderación que apunta a señalar en el nombrado una mayor culpabilidad, por cuanto, atento a las circunstancias meritadas, porque era plenamente capaz y por su nivel cultural, conocía que realizaba un injusto.**

b) Corresponde analizar ahora la segunda crítica que traza el quejoso en su libelo y que pretende demostrar que, al ponderar la edad y educación de Piatti Martínez como circunstancias agravantes, el *a quo* efectuó una motivación arbitraria y, además, una motivación omisiva, por cuanto tales aspectos debieron ser ponderados como atenuantes en favor de su asistido, toda vez que constituyen pautas que permiten asegurar una verosímil readaptación del imputado, lo que, en definitiva, constituye el fin buscado por la pena.

Tal como se adelantó *supra*, este cuestionamiento -que en cierta medida se relaciona con el anterior- tampoco resulta de recibo.

En efecto, en primer lugar ha menester recordar que existe consenso suficiente en cuanto a que las circunstancias de mensuración de la pena no computan *per se* de manera agravante o atenuante, ni se encuentran preestablecidas como tales. La previsión del artículo 41 es "abierta", y por ello

permite que sea el Juzgador quien oriente su sentido según el caso concreto (ZIFFER, Patricia S., obra cit., págs. 100/101; DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal Argentino -Parte General*, Depalma, Bs.As., 1997, págs. 698 y 705/706; T.S.J. de la Pcia. De Córdoba, Sala Penal, “Druetta”, S. n° 259, 02/10/2009).

Asimismo, no puede perderse de vista que esta Sala tiene dicho que los artículos 40 y 41 del Código Penal exigen que para la individualización judicial de la pena, se tengan en cuenta tanto circunstancias que hacen al **grado de culpabilidad del autor**, como accidentes que hacen a su **grado de peligrosidad delictiva**. Por ello, **ambos intereses -culpabilidad y peligrosidad delictiva- deben armonizarse en términos que ni los fines resocializatorios vinculados a la idea de peligrosidad delictiva sean negados, ni la aceptación de estos últimos termine desvinculando la magnitud de la pena, de la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor**. Ello importa dar cabida tanto a la dimensión de garantía propia de la consideración individual de la persona, como a la dimensión de prevención que surge del reconocimiento de la función social del derecho penal (T.S.J., Sala Penal, "Espíndola", S. n° 246, 15/09/2008; “Druetta”, S. n° 259, 02/10/2009).

Así las cosas, entonces, en contra de lo sostenido por el recurrente y tal como se señaló en el punto V.2-a) de la presente, **estimo que resulta**

plenamente razonable meritar la edad y la educación del condenado Piatti Martínez como circunstancias agravantes, por ser reveladoras de una mayor culpabilidad.

Útil es señalar que lo resuelto por el *a quo* encuentra apoyo, además, en autorizada doctrina. En efecto, repárese que se ha dicho que “...La situación personal del autor puede resultar decisiva para fundamentar un deber mayor. Por lo general, las circunstancias personales del autor, tales como situación familiar, profesión, origen social, infancia, educación en general, serán de importancia para determinar la capacidad del autor para reconocer la antijuridicidad del hecho y para determinarse conforme ese conocimiento. Para ello, lo decisivo será el momento del hecho... Tanto la posición social elevada como la profesión, en principio, no agravan el ilícito por sí mismas... Sin embargo, la posición social o la profesión pueden implicar en ciertos casos una fuerte conciencia acerca de la ilicitud de ciertas conductas, que revelará una decisión más consciente en contra del derecho, una mayor culpabilidad...” (ZIFFER, Patricia S., obra citada, pág. 139, el énfasis es mío).

Asimismo, la autora de mención reconoce que “...*En general, se acepta que los antecedentes y condiciones personales (edad, educación, conducta precedente) permiten reconocer si el autor tuvo mayor o menor*

autodeterminación. Ésta es la posición también en la doctrina argentina..." (obra cit., pág. 153).

Sin perjuicio de todos los argumentos expuestos, a fin de satisfacer completamente las expectativas del recurrente (quien pone énfasis en la posibilidad de readaptación de su defendido), estimo útil recordar que la individualización de la sanción impuesta no se agota en la sentencia judicial que la impone, sino que las fases de determinación legislativa, judicial y de ejecución de la pena, importan la progresión de un único proceso de individualización para el caso concreto (BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. Y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: "*Lecciones de derecho penal*", Madrid, 1997, vol. I, pp. 194 y 195; AROCENA, Gustavo A., "*La relativa indeterminación de la pena privativa de la libertad durante su ejecución y el rol del Juez de Ejecución Penal en la individualización penitenciaria de la sanción*", *Zeus Córdoba*, N° 289, año VII, 29 de Abril de 2008, Tomo 12, p. 338). De modo que en la etapa de ejecución, el Juez encargado de ella continuará la misma labor político-criminal de individualización de la pena para el caso concreto iniciada por el legislador con su individualización en abstracto para la clase de figura de que se trate y seguida por el Tribunal de mérito en su determinación judicial de la pena (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "*¿Política criminal del legislador, del juez, de la*

administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal español", pág. 4, <http://www.fiscalia.org/doctdocu/doc/doct00103.pdf>; AROCENA, Gustavo A., op. Cit., p. 339 y 339 n. 10 y ss.).

En ese marco, debe destacarse que el régimen penitenciario de **la ley 24.660, introduce un sistema de indeterminación del contenido de la pena dentro del límite máximo de la sanción individualizada judicialmente** por el Tribunal de mérito, para permitir su adecuación al caso en orden al cumplimiento de los fines de resocialización del art. 1 de dicha ley. Tal flexibilidad incluye circunstancias relativas a la estrictez y hasta la propia duración de los períodos de restricción efectiva de la libertad ambulatoria. De manera que los alcances de las limitaciones a la libertad ambulatoria y hasta la propia duración del encierro carcelario podrán variar por decisiones que se adopten en la etapa de ejecución atendiendo a los fines preventivo especiales o de resocialización priorizados en esta etapa por la ley 24.660 (art. 1) (SALT, Marcos G. *"Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina"*, en RIVERA BEIRAS, Iñiqui; SALT, Marcos G. *"Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina"*, Ed. D.P., Buenos Aires, 1999, pág. 174; AROCENA, Gustavo A., ob. cit., p. 344, n. 28; T.S.J. de la Pcia. de Cba., en pleno, "Rosas", S. N° 162 del 22/6/10; T.S.J. de la Pcia. de Cba., Sala Penal, "Bachetti", S. n° 271, 18710/2010).

c) También debe ser rechazada la crítica del impugnante en cuanto a que resulta aberrante la ponderación como agravante de la **conducta pre delictiva** de su defendido, por implicar una condena por lo que el imputado “es” y no por lo que “hace”, al aludirse a “...*una personalidad propensa a la comisión del delito en cuestión...*”.

Es que de la sentencia cuestionada se desprende claramente que el *a quo* ha tomado una de las pautas mencionadas por el art. 41 inc. 2º del C.P. (“**conducta precedente del sujeto**”) y ha mencionado en el contexto de ésta **un cúmulo de circunstancias, ponderando la incidencia de las mismas en la peligrosidad imputado Piatti Martínez**, análisis éste que, precisamente, exige la norma de mención.

En efecto, el tribunal de mérito consideró que el accionar previo del incoado consistente en concurrir en horarios nocturnos a bares, buscar jóvenes de temprana edad, invitarlos a tomar bebidas alcohólicas, llevarlos a su casa, inducirlos allí a practicar actos sexuales y compensarlos con dinero o cosas - elección de víctimas menores, elección previa del lugar y del modo como cometería el hecho-, dejaba al descubierto *una personalidad propensa a la comisión del delito en cuestión*.

No se advierte en la valoración referida viso alguno de arbitrariedad. Por el contrario, estimo que la misma se ajusta a los estándares que respecto a la individualización de la pena ha fijado esta Sala.

En efecto, repárese en que, en lo que atañe al **juicio de peligrosidad**, en los precedentes “Espíndola” y “Druetta” (citados *supra*) se ha dicho que su ponderación emana de los fines de resocialización que -con jerarquía constitucional- también debe cumplir la sanción penal, al ser orientada hacia la “*reforma y readaptación social de los condenados*” (arts. 5 inc. 6 de la CADDHH; Pacto de San José de Costa Rica; 75 inc. 22 C.N.; T.S.J., Sala Penal, “Espíndola” -ya cit.-).

Y dicha peligrosidad, a su vez, se ha definido en términos de *peligrosidad delictiva*, tal como ha propiciado la doctrina dominante y surge de los criterios particulares que la disposición enuncia; esto es, la “*capacidad delictiva*” del autor, como un pronóstico respecto del obrar futuro del condenado después de cumplida la pena (DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal Argentino -Parte General*, 2da. edición, Depalma, Bs. As., 1997, p. 717; T.S.J., Sala Penal, “Espíndola” -ya cit.-).

Así las cosas, entonces, debe descartarse la crítica analizada.

d) Por último, corresponde examinar el cuestionamiento del recurrente en cuanto a que el tribunal de juicio eludió arbitrariamente considerar el efecto jurídico de la escala más leve que se aplicó a su asistido; cuestionamiento éste que debe correr la misma suerte que los anteriores.

Ello así toda vez que, sin perjuicio de que durante el proceso se haya considerado la probable comisión de ilícitos penales que preveían escalas punitivas muy elevadas (abuso sexual gravemente ultrajante y promoción a la corrupción de menores, conforme surge de la requisitoria de citación a juicio de fs. 233/240 de autos), lo cierto es que el *a quo* -sin analizar la eventual aplicación del art. 120 del C.P., tópico éste sobre el cual no podemos expedirnos, en virtud de la *prohibición de la reformatio in peius*- decidió encuadrar el accionar del imputado en la figura del **abuso sexual del art. 119 primer párrafo de la ley de fondo** (fs. 125 vta./126, 327). Así las cosas, entonces, el tipo penal aplicado, que establece una pena privativa de la libertad de entre seis meses y cuatro años, **constituye el único marco legal dentro del cual el sentenciante debe moverse a los fines de determinar la sanción que estima justa aplicar.**

Efectuada tal aclaración, **dentro de la escala penal señalada, teniendo en cuenta el contundente y abundante grupo de circunstancias agravantes meritadas por el tribunal de juicio, y la sola ponderación por parte de éste**

de la concurrencia de una situación atenuante, no se advierte en modo alguno que la pena de tres años y cuatro meses de prisión impuesta al prevenido Piatti Martínez resulte manifiestamente desproporcionada o incongruente en relación a las circunstancias de la causa.

En nada empece la conclusión señalada el argumento del quejoso en cuanto a que, manejando escalas penales más elevadas (abuso sexual simple y abuso sexual gravemente ultrajante), la Sra. Fiscal de Cámara solicitó la aplicación de una pena de seis años de prisión (fs. 323).

Ello así toda vez que no se advierte la incidencia que en el monto de la pena impuesta puede tener el pedido de un sujeto procesal distinto al juez, que es quien -en definitiva- debe dictar sentencia. En efecto, tal solicitud en modo alguno condiciona la decisión del *a quo* que, incluso aun en la hipótesis de tener que moverse dentro de la escala penal más gravosa que finalmente descartó, hubiera podido imponer una pena mayor a la propugnada por el Ministerio Público Fiscal.

V. Por todo lo expuesto, entonces, voto negativamente a la cuestión planteada.

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 Dra. Aída Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aida Tarditti, dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso deducido, con costas (arts. 550 y 551, C.P.P.).

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 Dra. Aída Tarditti, 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 interpuesto por el Dr. Alejandro Dragotto, defensor del imputado Claudio Piatti Martínez, 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. Aída TARDITTI

Presidenta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María Esther CAFURE DE BATTISTELLI

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

