

ACUERDO N° 34/2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los dos (2) días del mes de noviembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores **EVALDO DARÍO MOYA, OSCAR E. MASSEI** y **ANTONIO GUILLERMO LABATE**, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, **Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA**, para resolver en los autos caratulados: **"RIQUELME ABDON MIGUEL S/ HOMICIDIO CULPOSO (ART. 84) 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** (Expte. Nro. 69 Año 2015) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: Que por sentencia Nro. 31/2015 del Tribunal de Impugnación, en la oportunidad integrado por los magistrados Mabel FOLONE, Alfredo Alejandro ELOSU LARUMBE y Andrés REPETTO, de fecha 29/05/15, se resolvió -por unanimidad- confirmar la pena impuesta a "Miguel Abdon" o **Abdon Miguel RIQUELME** -D.N.I. Nro. 33.426.359-, de tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, inhabilitación especial para conducir vehículos por el término de ocho años y la inhabilitación absoluta prevista en el artículo 12 del Código Penal, en calidad de autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo (artículo 84 segundo párrafo del código sustantivo).

Contra la decisión del Tribunal de Impugnación, el Dr. Juan Pablo DIRR, Defensor Público de la Unidad Operativa de la V Circunscripción Judicial, interpuso impugnación extraordinaria a favor del nombrado.

Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en la que las partes presentes produjeron sus respectivas argumentaciones; en este contexto, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. OSCAR E. MASSEI, Dr. Evaldo Darío MOYA y Dr. Antonio Guillermo LABATE.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes:

CUESTIONES: 1º) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2º) En el supuesto afirmativo, ¿resulta procedente la misma?; 3º) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4º) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión**, el **Dr. OSCAR E. MASSEI** dijo:

El escrito fue presentado en término, por quien se encuentra legitimado para ello, por ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, revistiendo el mismo el carácter de decisión impugnabile (artículos 233, 239, 242, primer párrafo y 249 del C.P.P.N.).

Además, la impugnación resulta autosuficiente porque de su lectura se hace posible conocer cómo se configuran -a juicio del recurrente- los motivos de impugnación extraordinaria aducidos y la solución final que propone.

Por consiguiente, corresponde declarar la admisibilidad formal de la presente impugnación. Mi voto.

El **Dr. Evaldo Darío MOYA** dijo: por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del vocal preopinante a esta primera cuestión. Mi voto.

El **Dr. Antonio Guillermo LABATE** dijo: Por compartir sus fundamentos, adhiero a la solución plasmada en el voto que abre el Acuerdo.

A la **segunda cuestión**, el **Dr. OSCAR E. MASSEI** dijo:

I.- En contra de la sentencia Nro. 31/2015 del *a quo*, la Defensa Oficial interpuso impugnación extraordinaria por el artículo 248 inciso 2 del C.P.P.N., a favor de Abdon Miguel RIQUELME.

Adujo una presunta arbitrariedad por falta de fundamentación o motivación aparente al denegarse los agravios planteados ante el Tribunal de Impugnación; lo que afectaría garantías constitucionales como el debido proceso y el derecho de defensa en juicio (artículos 18 de la Constitución Nacional; 5 ptos. 5 y 6 de la C.A.D.H., 10.3 del P.I.D.C.yP., Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de la Libertad -Reglas de Tokio-, D.U.D.H.; 5, 6, 8, 17, 20 y 23 del C.P.P.N.).

Expresó que el resolutorio impugnado adolecería de defectos de carácter sustancial, al supuestamente vulnerarse principios de la lógica -los de razón suficiente y el de no contradicción-.

Reseñó los antecedentes del caso y aclaró que no se opusieron a la pena de inhabilitación impuesta.

Expuso los siguientes agravios:

a) Que el Tribunal de Impugnación sostendría la innecesaridad de la fundamentación del encierro como respuesta al planteo de que los jueces de cesura omitirían "todo tipo de motivación" y que efectuaría una errónea interpretación del precedente "SQUILARIO" de la C.S.J.N.; que el juez tendría un mandato implícito, mediante una derivación razonada del derecho vigente que, en este caso, serían principios constitucionales y procesales. A su entender, en los términos del fallo "ACOSTA" del Máximo Tribunal, lo sostenido por el a quo sería una exégesis irrazonable de la norma.

Afirmó que se confirmaría una condena de cumplimiento efectivo cuando la escala penal en abstracto permitiría la ejecución condicional.

Opinó que se brindarían fundamentos que no se condecirían con el actual paradigma en la interpretación del artículo 26 del Código Penal por la influencia de los tratados internacionales que obligan al país y que se verían reflejados en la normativa procesal penal local.

Sostuvo que el tribunal de imposición de pena tendría que fundar la conveniencia de aplicar, en el caso particular, la prisión de cumplimiento efectivo.

Cuestionó cuál sería el efecto resocializador de una pena corta atendiendo a las características del imputado, su evolución y a la readaptación social que evidenciaría; lo que estaría acreditado por la pericia de la Licenciada Belén SEMPER.

b) Que se admitiría la valoración de cuestiones no probadas en la audiencia de cesura como

agravantes; cuando -a su parecer- sólo tendrían que valorarse las pruebas producidas y los hechos acreditados en dicha audiencia.

Criticó que el tribunal que impuso la pena, haría referencia a la conducta anterior del imputado - "previamente casi atropella a dos adolescentes y sus compañeros le insistían que dejara la conducción del rodado"-, que no figuraría en el hecho por el que habría sido condenado y que tal circunstancia habría sido tomada del alegato de la Fiscalía, que no sería prueba. Que tampoco podría valorarse como prueba una circunstancia valorada por los jueces del juicio al momento de determinar la responsabilidad del imputado.

Argumentó que la Defensa no habría podido controlar dicha prueba ni siquiera habría sido producida ante los magistrados que la considerarían para agravar la pena.

Discrepó con lo sostenido por el *a quo*, en el sentido de que se trataría de un único juicio en dos fases y que la prueba producida en el juicio podría valorarse en la imposición de pena; dijo que ello sería arbitrario presuntamente por falta de razón suficiente.

Indicó que tanto el tribunal de la cesura como el *a quo* vulnerarían el principio de contradicción y el derecho de defensa en juicio, como así también, el debido proceso.

Agregó que tendría que valorarse la prueba pericial -del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de la Nación- que acompañaría con el recurso; la que -a su parecer- contradeciría las valoraciones referidas al

severo grado de culpabilidad y que tendría que considerarse como atenuante una supuesta "proximidad a la exculpación del artículo 34 del Código Penal", debido a la alta intoxicación alcohólica que influiría en la autodeterminación del sujeto -más allá de que se determinó su responsabilidad penal-.

c) Que el resolutorio impugnado sería arbitrario al sostener que los jueces de la cesura habrían valorado debidamente las atenuantes, cuando existiría una motivación aparente.

Aludió a que el tribunal de cesura consideraría circunstancias atenuantes y que, sin embargo, habría optado por una pena "cercana al máximo"; que no se explicaría cómo impactarían en la determinación de la pena.

Sostuvo que no se tendría en cuenta, a los fines preventivos especiales de la pena y su función resocializadora, el tiempo transcurrido desde el ilícito -cinco años- y una supuesta maduración del imputado.

Expresó que el Tribunal de Impugnación intentaría dar respuesta a las presuntas omisiones en la fundamentación del tribunal de cesura y que no podría hacer ningún tipo de deducción o conjetura de lo que habrían querido decir dichos jueces al imponer la pena.

d) Que el a quo habría entendido que no se habrían valorado como agravantes genéricas a cuestiones que harían referencia a elementos propios del tipo penal del artículo 84 segundo párrafo del Código sustantivo, lo que vulneraría el *ne bis in idem*.

Adujo que sería una cuestión ya resuelta en una intervención anterior por el Tribunal de Impugnación -con otra integración- (sentencia Nro. 92/2014, del 02/09/2014), que anuló parcialmente la sentencia condenatoria por arbitrariedad y violación al principio mencionado; a su parecer, se incurriría nuevamente en ello.

Agregó que en el pronunciamiento aquí cuestionado, se omitiría tratar los puntos objeto de agravio, no se condeciría con las constancias de la sentencia de cesura o se realizaría una valoración parcial de las mismas.

Que se habría planteado que el tribunal de cesura valoraría, por ejemplo, que persistió en su conducción negligente, en pleno horario escolar, lo que tendría que prever el imputado, que llevaría a concluir que demostró una conducta desinteresada y desprecio hacia la vida e integridad física de las personas, que tendría que haber previsto el resultado; que se esperaría que el nombrado en función de la actividad riesgosa -conducción de automotor- adoptara medidas tendientes a neutralizar o aminorar la peligrosidad del vehículo, se corroboraría que aumentó la misma al continuar manejando pese al estado de ebriedad, que constituiría en grave violación al deber de cuidado que las circunstancias le exigirían; manifestó que el aumento del riesgo jurídicamente relevante serviría para el juicio de imputación y ya estaría determinado en el juicio de responsabilidad de RIQUELME.

Que el *a quo*, citando a la Dra. Patricia ZIFFER, habría resuelto que sería legítimo elevar la pena sobre la base de la "intensidad" con que las circunstancias -que integrarían el tipo- se manifestarían en el hecho; que con ello, no se habría tenido en cuenta que "precedía" una sentencia firme que habría declarado la arbitrariedad de tal proceder y le impediría reiterarlo sin vulnerar los alcances de la cosa juzgada y el derecho adquirido por el imputado al amparo de la doble instancia penal.

Ofreció prueba -agregada al presente legajo.

Transcribió las partes que estimó pertinentes de las consideraciones del pronunciamiento impugnado.

Citó doctrina y jurisprudencia.

Mantuvo la reserva del caso federal.

Solicitó que se haga lugar a la impugnación y se anule la sentencia impugnada, que -sin reenvío- se condene al sr. RIQUELME a la pena de dos años de prisión de cumplimiento condicional.

II.- Que en la audiencia, fijada en los términos de los artículos 245 y 249 del C.P.P.N., la Defensa y el Ministerio Fiscal fundaron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida, en tanto, que el querellante que se encontraba presente -sin asistencia letrada- no hizo uso de la palabra (cfr. registro de audio y acta de audiencia del 18/09/15).

1º) El Dr. Ricardo Horacio CANCELA, Defensor General, reiteró las argumentaciones del libelo impugnativo. Manifestó que la vía intentada sería admisible porque existirían cuestiones federales que

tornarían viciosa la resolución en crisis, asociadas a los agravios planteados, y que la revisión de la pena impuesta tendría validez constitucional (art. 14.5 del P.I.D.C.yP.). Aclaró que, en este caso, no se discuten los hechos, la responsabilidad ni la calificación legal, tampoco la inhabilitación impuesta.

En relación a los cuatro agravios planteados -conforme al orden e identificación del escrito recursivo- agregó:

a) Que el Dr. ELOSU LARUMBE habría sostenido que en el antecedente "SQUILARIO" de la C.S.J.N. se habría interpretado que se deben fundamentar cuando son de cumplimiento condicional pero también cuando se aplica una sanción de cumplimiento efectivo siempre que exista la posibilidad de que pueda corresponderle condena condicional. Que el magistrado habría dicho que como -en este caso- la sanción es de tres años y seis meses por imperativo legal correspondería cumplimiento efectivo así que no habría que justificar absolutamente nada. Que esa interpretación se haría en relación a una sanción concreta pero si se tendría en cuenta la escala penal en abstracto de dos a cuatro años, no se podría decir que RIQUELME no tendría la posibilidad de que la condena fuera condicional. Entonces el juez, más allá de que estuviera convencido de que tendría que ser de cumplimiento efectivo, tendría que explicar el "por qué", para que el condenado supiera los motivos por los que no tendría acceso al beneficio y conocieran los agravios tanto la Defensa como el tribunal que tuviera que resolver. Aludió al principio de resocialización y a la

readaptación como fines del tratamiento en la ejecución de la pena, que se procura que el condenado comprenda y aprenda a respetar la ley (arts. 10.3 del P.I.D.C.yP.; 6.3 de la C.A.D.H.; art. 1 de la L.E.P.). Que la pena tiene un fin de resocialización y si tiene un fin preventivo especial o si sería retributiva o utilitaria, lo tendrían que decir y no lo harían. Reiteró lo referente a la pericia de la licenciada SEMPER y la supuesta contradicción con la aplicación de una pena de cumplimiento efectivo y de corta duración. Aludió a que la condena condicional se habría establecido hasta los tres años a los fines de que una pena corta no afectara al imputado por las consecuencias nocivas del encarcelamiento. Se preguntó si no bastaría en este caso que aparte de la condena que lo inhabilite por la pena máxima; si sería necesario después de tanto tiempo, que el hecho ocurrió en el 2008, seguramente la pérdida de un hijo es irreparable, tampoco se recuperaría aunque estuviera detenido, insistió en las circunstancias subjetivas actuales del imputado.

b) Sostuvo que no sería cierto que el juicio fuese único como lo sostuviera el *a quo*; que cuando se hace la división de cesura no sería para que se trajera toda la prueba que se tuvo ya sino para que se incorporara prueba conforme al art. 178 del C.P.P.N. Que se afectaría el contradictorio si no se debatiera, que tendría que ofrecerse como prueba y después refutarse por la otra parte.

c) Criticó que el Dr. ELOSU LARUMBE diría que los jueces de la cesura comenzaron con las atenuantes y

después con las agravantes bajarían de cuatro a tres años y seis meses. Afirmó que nuestro sistema normativo no establecería ningún tipo de agravante o atenuante, sino indicadores de los artículos 40 y 41 -del C.P.- a los fines de establecer la sanción; que -sobre todo- el último respecto a la acción y extensión del daño pero la segunda parte cuando habla del imputado, -a su entender- no se habría efectuado. Dijo que podría ser que hubieran más agravantes pero tendría que decirse cuáles, porque no sería cuestión de decir: la extensión del daño, el resultado, la imprudencia, porque eso ya estaría y tampoco sería razonable que dijeran que tomarían en cuenta las circunstancias atenuantes -reiteró las del escrito impugnativo-. Que tendrían que decir cómo pesan esas atenuantes con respecto a las agravantes, porque sería una forma de exigencia de la motivación de cualquier resolución y se estaría hablando de la sanción. Expuso que antes de "CASAL", del doble conforme de rango constitucional, no eran apelables los hechos ni la sanción, pero que hoy no existirían argumentos para sostener que no se podría motivar.

d) Que el *a quo* sostendría que en principio, no se puede tomar ninguna circunstancia del tipo penal para analizar la sanción, "pero", en este caso, lo que "han querido decir", "lo que han tomado" los jueces sería la intensidad de la culpa, entonces no cualquier culpa sino una culpa mayor. Que tampoco eso sería cierto y sería un plus que le agregaría para justificar la sanción, que habrían vuelto a tener en cuenta, porque el

hecho, el alcoholismo, la imprudencia y hasta el resultado formarían parte del tipo penal.

2º) Por su parte, la Dra. Sandra Inés GONZÁLEZ TABOADA, Fiscal Jefe, refutó los argumentos de la contraria. Advirtió que la Defensa habría reeditado los agravios postulados en la impugnación ordinaria y que el a quo habría dado respuesta razonada a cada uno de ellos. Reseñó el hecho por el que fue condenado RIQUELME y los antecedentes del caso. En cuanto a la presunta arbitrariedad en la ponderación de las agravantes, opinó que le asistiría razón al a quo al sostener que el juicio sería uno. Que el art. 178 2º párrafo del rito hablaría de nuevas pruebas para fijar la pena, porque se desdoblaría para hacer esta última parte del proceso que tendría que ver con las pautas de los arts. 40 y 41 del C.P. y la producción de los elementos de convicción que hicieran a ese extremo pero que sin duda formarían parte de un único juicio. Argumentó que siempre los fiscales y los defensores comenzarían los juicios de cesura hablando del "hecho acreditado y que escucharon los jueces" porque sería un todo, no estaría desconectado y por eso se tendría en cuenta aquello que se habría producido en la audiencia del juicio, por eso no se valoraría prueba no producida como alegaría la Defensa sino que se valoraría que RIQUELME habría tenido que sortear a dos jóvenes que habrían saltado hacia la banquina y así evitarían ser embestidos por el mismo vehículo; la conducta del nombrado que, a pesar de que sus amigos le habrían dicho que no estaba en condiciones de manejar y que continuarían conduciendo ellos, habría mantenido la

conducción del rodado que posteriormente embistiera a Enzo BARAHONA y estas circunstancias que no se habrían producido en la audiencia de cesura, sí se habrían producido, habrían sido controladas por la Defensa en el juicio e ingresarían sin duda al objeto del proceso. Respecto a las pautas que considerarían los jueces para merituar la pena, dijo que las circunstancias objetivas habrían sido: el lugar donde sucedió el hecho, que la calle Tucumán une el Barrio Uriburu, uno de los más populosos de Chos Malal, con el centro; el horario en el que sucedió, que era el de ingreso escolar y laboral, que había mucho tránsito peatonal; también que el nombrado por ser oriundo del lugar, sabría que en Chos Malal tendrían la costumbre de caminar por la calle, que eso sería habitual y en aquel momento la calle Tucumán era de ripio, no había una delimitación de vereda; el alcohol en sangre. Que los jueces dirían que dentro del abanico de culpabilidad, habría menor o mayor y por eso los legisladores habrían dado una escala entre un mínimo y un máximo en cada tipo penal; se tendría que ver la culpabilidad en el caso concreto para individualizarla en ese abanico. Que los jueces dirían que por esas circunstancias habría un severo grado de culpabilidad, en apoyo a su línea argumental trajeron a colación el libro de Patricia ZIFFER "Los lineamientos de la determinación de la pena", en el que se sostendría que tendría que tenerse en cuenta que no sería algo que se encontraría tasado, se tendría que tener en cuenta la contribución y las circunstancias en que se habría producido para individualizar la pena; no todos los accidentes de

tránsito ni todos los hechos culposos merecerían la misma sanción, se tendrían que ver las circunstancias en que ocurrieron. Respecto al método para determinar la pena, opinó que surgiría claro de cómo se llegaría al monto final. Que los jueces analizarían, en primer lugar, las agravantes, luego la aplicarían al caso concreto y después, harían el estudio y análisis de las atenuantes y que se tendrían en cuenta: el arrepentimiento, la ausencia de antecedentes, los 20 años de edad que tenía el imputado, la confesión y el pedido de perdón al padre del menor víctima. Que en la sentencia se harían jugar las circunstancias atenuantes y agravantes, se sopesarían y merituarían para arribar a los tres años y seis meses de cumplimiento efectivo. Que también estaría fundado por qué efectivo, que se basaría en el antecedente "SQUILARIO" de la C.S.J.N. Respecto a la agravante, dijo que no podría reeditarse la discusión que se habría tenido en la cesura, porque eso ya se habría discutido, y allí se pronunció por los tres años y seis meses, por eso entendería que el fallo "SQUILARIO" ingresaría en esta hipótesis. Opinó que la sentencia del *a quo* no sería arbitraria, que estaría fundada, daría razón suficiente de cada una de las conclusiones y todas tendrían en cuenta los elementos que se fueron sustanciando tanto en la audiencia de cesura, en la primera etapa que se iniciaría en el régimen procesal derogado y en la sentencia de los jueces de mérito dictada el 05/02/2015. Solicitó que se confirme la resolución recaída en el presente legajo y la sentencia del *a quo*.

3º) Finalmente, hizo uso de la palabra la Defensa (artículo 85 segundo párrafo, *in fine*, del C.P.P.N.), el Dr. CANCELA dijo que creería que la Sra. Fiscal volvería a analizar las circunstancias del tipo penal, que al relatar el hecho, diría que RIQUELME aun sabiendo que la gente iba por allá y representándose que podría ocurrirle algo o un accidente, continuaría igual con su automóvil, si esto sería así se hablaría de otra cuestión, un dolo eventual, que ya se habría definido esto, por eso el tema de la responsabilidad y de la calificación ya se discutió. Discrepó con que el juicio sea único, una cosa sería que se divida en dos fases, que es una cuestión muy distinta. También discrepó con que esquivó a dos jóvenes antes del hecho y que otros le pidieron la conducción del rodado, no estaría en el hecho, no sería una circunstancia fáctica, tampoco lo habrían planteado ni se discutiría como prueba en la cesura, que solamente lo agregaría la Fiscalía en el alegato, insistiría en que no es prueba (cfr. registro de audio y acta de audiencia del 18/09/15).

III.- Que luego de analizada la impugnación, el pronunciamiento cuestionado así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos defensas, propongo al Acuerdo que la impugnación extraordinaria sea declarada **improcedente**.

En referencia a los antecedentes de este caso:

A fs. 1/9 vta. obra la sentencia condenatoria dictada por la ex Cámara en Todos los Fueros de la III Circunscripción Judicial por la que se condenó a Abdon

Miguel RIQUELME como autor del delito de homicidio culposo agravado (artículo 84 segundo párrafo del Código Penal) y se impuso la pena de cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo, con más la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena e inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por el término de ocho años y costas (registro de sentencia Nro. 10/2013, del 23/08/2013).

A fs. 10/21, la sentencia Nro. 92/2014 del Tribunal de Impugnación, de fecha 02/09/2014, que confirmó la condena e hizo lugar parcialmente a la impugnación de la Defensa en lo que respecta a la arbitrariedad de la sentencia por falta de fundamentación de la pena, disponiendo el reenvío para que se realice un nuevo juicio de cesura (artículos 179 y 247 del C.P.P.N.).

A fs. 22/26, la sentencia de imposición de pena de fecha 05/02/2015 por la que se resolvió imponer al nombrado la pena de tres años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, inhabilitación especial para la conducción de vehículos por el término de ocho años e inhabilitación absoluta por el mismo término y costas.

A fs. 37/48 vta., la sentencia Nro. 31/2015 del Tribunal de impugnación, de fecha 29/05/2015 -aquí impugnada- por la que no se hizo lugar al recurso planteado por la Defensa y se confirmó la sentencia de imposición de pena del 05/02/2015.

1) En cuanto a los agravios planteados, están asociados al monto de la pena de prisión impuesta y al modo de cumplimiento efectivo.

En principio, ambas cuestiones resultan privativas de los jueces del juicio por lo que, tras la revisión integral llevada a cabo en la instancia anterior, corresponde efectuar un control extraordinario por vía de excepción, sólo para descartar o no la pretendida afectación de garantías constitucionales o un supuesto de arbitrariedad.

2) En relación al *quantum* punitivo, se impuso al Sr. RIQUELME la pena de tres años y seis meses de prisión, por considerarlo autor del delito de homicidio culposo previsto en el artículo 84 segundo párrafo del Código sustantivo -que establece una escala penal de dos a cinco años de prisión- (cfr. sentencia de imposición de pena de fecha 05/02/2015, fs. 22/26).

En el presente caso, el máximo punitivo quedó limitado por la primera sentencia condenatoria, que le impuso al nombrado la pena de cuatro años de prisión - ante la prohibición de *reformatio in pejus*- (cfr. registro de sentencia Nro. 10/2013 dejada sin efecto sólo en cuanto a la pena impuesta por sentencia Nro. 92/2014 del Tribunal de Impugnación, de fecha 02/09/2014 -fs. 1/9 vta. y 10/21, respectivamente-).

2.1) Respecto a las circunstancias tenidas en cuenta para la determinación de la pena impuesta a RIQUELME, caben las siguientes consideraciones:

2.1.1) En este caso, el juicio se efectuó conforme a las previsiones del anterior sistema procesal -hoy derogado- por lo que toda la prueba producida en el debate formó parte del acervo probatorio a valorar para

la determinación de la existencia del hecho, la responsabilidad del imputado y la pena correspondiente.

En cuanto a las circunstancias acreditadas en el mismo, de la sentencia condenatoria se desprende que "...[n]o existe duda alguna que Riquelme estuvo toda la noche del 7 al 8 de agosto de 2008 dando vueltas con el rodado y bebiendo alcohol, junto [a] Diego Paz, Romina Riquelme (su hermana) y Rodrigo Moyano [...] Que cerca de las 08:00 hs. del día viernes 8 [], cuando varias personas se dirigían a su trabajo o niños a la escuela, Andrea del Carmen Maureira junto a su hijo Enzo Barahona, de doce años de edad, venían caminando por calle Tucumán desde el B. Uriburu con dirección al centro para llevar a este último a la escuela. Sabemos también que esta calle [a esa fecha], era de ripio compactado y no tenía veredas, pudiendo decirse que la gente caminaba por la calle y/o por el borde tirando hacia el guardarraíl. Que el imputado fue hasta el B. Uriburu y cuando volvía por calle Tucumán hacia el centro a la altura del chorro y a raíz de que chocó con un pozo de piedras -según el relato de Moyano-, comenzó a acelerar constantemente hasta colocar la tercera, lo que produjo que el auto fuera realizando zigzag por la calle hasta que a la altura de la usina vieja, golpeó con el paragolpe y capot derecho al menor Enzo Barahona arrancándolo de la mano de la madre y arrojándolo aproximadamente unos 20m, hasta cerca del guardarraíl, provocándole entre otras lesiones un traumatismo craneoencefálico severo, que determinó la muerte al día siguiente.[...] Una vez ocurrido el accidente, el vehículo continuó su marcha cerca de unos

60m, hasta que se detuvo. Allí se bajaron Romina Riquelme, Diego Paz y Rodrigo Moyano, quienes se quedaron en el lugar hasta que llegó la ambulancia. Por su parte, el imputado continuó su marcha, siendo detenido en calle Caicayén a pocos minutos del hecho. Adentro del rodado Fiat Duna había[n envases vacíos de bebidas alcohólicas, papeles y documentos]. De acuerdo a lo relatado por Moyano, en varias oportunidades le pidió el rodado a Riquelme y éste no se lo quería dar hasta que finalmente le expresó que cuando llegaran al centro se lo entregaría, [lo] que nunca ocurrió porque el hecho [jugado] se produjo con antelación. A ello cabe agregar que el imputado poseía a las 09:50 hs. 2 g/l de alcohol en sangre, que de acuerdo a los especialistas y lo que se degrada por el paso de las horas, podría haber tenido a las 08:10 hs. alrededor de 2,20 ó 2,30 g/l de alcohol en sangre..."; como así también, que "...[c]abe destacar que [el imputado] iba tomando alcohol arriba del rodado y seguía tomando hasta último momento [...] Ya para ese momento [-del hecho-] se le había desviado el rodado casi atropellando a otros dos chicos que caminaban hacia el colegio en el centro (Corbera y Palero), provocando un serio peligro para conductores y peatones..." (reg. sentencia N° 10/2013, fs. 2 vta./3 y 8, respectivamente).

En el juicio sobre la pena, los magistrados tuvieron en cuenta entre las circunstancias acreditadas en el debate, aquellas que consideraron relevantes a los fines de individualizar el quantum punitivo junto a los demás elementos de convicción producidos en la audiencia de cesura (fs. 22/26).

En cuanto al Tribunal de impugnación -entre otras consideraciones- sostuvo que "...[el] juicio es uno solo. Se divide -se cesura- en dos partes para facilitar un mejor debate respecto de la cuantificación de la sanción y para permitir que se produzca prueba 'específica' vinculada a todas las cuestiones que atañen a las pautas de dosimetría establecidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal. Y si bien en el presente caso el juicio se llevó a cabo de manera unificada por haberse realizado bajo el régimen de la ley 1677, la nulidad parcial dispuesta por el Tribunal de Impugnación hizo que se deba celebrar una nueva audiencia de cesura, esta vez bajo las normas que establece el nuevo digesto adjetivo.

De esta manera, toda la prueba que se produjo en el juicio y que se detalla en la sentencia dictada el 23 de agosto de 2013 en la ciudad de Zapala puede perfectamente ser valorada en la sentencia de imposición de pena. Ello es así porque, como se dijo, forma parte de un único juicio que, por las razones expuestas, se realizó en dos fases..." (fs. 44/vta.).

En el contexto mencionado, la Defensa tuvo la posibilidad de controlar la prueba de cargo y producir la de descargo en el debate, por lo que se descarta una afectación al principio de contradicción, al derecho de defensa y al debido proceso, dado que el tribunal de cesura -ya con el actual régimen procesal- valoró las circunstancias debidamente acreditadas en un juicio válido -valga recordar que lo único anulado de la primera sentencia condenatoria fue la individualización de la

pena-; consecuentemente, cabe rechazar el agravio identificado con la letra "b)".

2.1.2) El planteo asociado a que el *a quo* sostendría que los jueces de la cesura habrían valorado debidamente las atenuantes, cuando existiría una motivación aparente -identificado como "c)"-; se encuentra directamente vinculado con una presunta arbitrariedad por lo que será objeto de tratamiento más adelante al abordar dicha cuestión.

2.1.3) En relación a la supuesta doble valoración de circunstancias pertenecientes al tipo penal en examen -identificado como agravio "d)"-, tampoco tendrá acogida favorable.

Al momento de individualizar la pena se tuvo en cuenta, "...como agravantes: la naturaleza de la acción reprochada y las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho, como así también la extensión del daño causado; y como atenuantes: la ausencia de todo antecedente condenatorio, su edad (derivándose aquí las menores reflexiones en torno a conductas que pueden resultar dañosas: tal el caso de consumir bebidas alcohólicas y luego conducir un automotor) y el arrepentimiento con pedido de perdón efectivizados en la audiencia..."; tras reseñar las declaraciones testimoniales -ofrecidas por las partes acusadora y defensa-, se agregó que "...al mensurar el monto se tratará de cumplir con el requisito esencial de esta etapa cual es atender a 'la culpabilidad por el hecho' y también a los fines de 'prevención especial de la pena', de raigambre constitucional a partir del Art. 5 p.6 de la Convención

Americana de Derechos Humanos [...] y del Art. 10.P.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...]. Es decir, que corresponde analizar el hecho ya sucedido con una mirada puesta en el sujeto y en el proceso de resocialización de la pena..." (cfr. sentencia de imposición de pena del 05/02/2015, fs. 22 vta./23 vta.).

Respecto a las circunstancias particulares de este caso, se sostuvo lo siguiente: "...Más allá del alto reproche, culpabilidad y peligrosidad evidenciadas a partir del hecho, existen circunstancias objetivas que exigían un mayor cuidado y responsabilidad conductiva: el horario y el lugar del hecho (tránsito fluido a las 8:00 am, en plenos ingresos laborales y estudiantiles, asimismo en esa localidad era habitual por entonces el transitar peatonal por las calles ante la ausencia de veredas limitativas), la conducta anterior del aquí encausado (previamente casi atropella a dos adolescentes y sus compañeros le insistían que dejara la conducción del rodado), y su conducta posterior (alejamiento de la escena del accidente, no brindando eventual ayuda o colaboración, el hecho que se alejara del lugar tras haber embestido a la víctima se presenta sin dudas como disvalioso o criticable (en su medida, claro está), más allá de las manifestaciones dadas al Tribunal por el ya declarado culpable al decir que no sabía quién, pero alguien le dijo que se fuera de la escena de los hechos porque le iban a pegar). Emerge de manera más clara y severa, con especial valor y en contra del encartado la conducta desplegada ex ante del lamentable hecho ilícito que sesgó la vida del menor Enzo. En efecto, el Sr. Abdon

Riquelme, ya había sido advertido por las personas que también se trasladaban a bordo del Fiat [Duna] -como acompañantes- para que dejara de conducir y no obstante ello persistió en su conducción negligente. Es más, relativamente poco tiempo antes de impactar al menor, otras dos personas tuvieron que 'saltar' hacia un costado para evitar ser embestidos por el automotor.[...] Todo ese marco da cuenta de un severo grado de culpabilidad o reprochabilidad por el acto que devino homicida que [se debe] tener presente al individualizar la pena (límite a modo de máximo y que aleja necesariamente a la graduación que nos ocupa del mínimo de la escala penal a tenerse en cuenta), siendo que la pena no puede ir más allá de la medida del reproche individual por el acto juzgado, deviniendo a modo de cuantificación racional de la culpabilidad evidenciada a partir del hecho debatido y juzgado (conforme [al] derecho penal de acto que consagra nuestro bloque constitucional). [...] [T]ambién eva[luó] a modo de agravante la corta edad de la víctima (doce años, menor de edad), quien circulaba de la mano de su madre, pronto a ingresar a su establecimiento escolar [...] Así también, y a consecuencia de ello, el impacto preciso del hecho fatal, [...] la concreta y consecuente proyección frustrante sobre la familia a modo de extensión del daño y peligros producidos..." (fs. 24/vta.).

También se valoró que "...tienen lugar aquí las siguientes atenuantes: ausencia de todo antecedente condenatorio (carácter primario del nocente), su edad (veinte años al momento del hecho) y el arrepentimiento evidenciado en la audiencia junto a un pedido de perdón

al progenitor de la víctima fatal..." (fs. 24 vta.) y rechazó -dando razones- el argumento defensorista para que se considere la "alta intoxicación alcohólica" como atenuante. Asimismo, refirió a que en la tarea de individualización judicial de la pena, las "...consideraciones de prevención especial[...] sólo a modo de criterio de evaluación para en su caso poderse disminuir la pena concreta por debajo del límite máximo impuesto por la culpabilidad; eventualidad ésta que aquí ya se ha acogido por las consideraciones ya expuestas (arrepentimiento y [pedido de] perdón materializados en forma sincera por el acusado, a la par de algunas conclusiones del informe psicológico forense producido, en torno a fortalecer la credibilidad en dichas intenciones manifestadas por el encausado en audiencia). Ahora bien, sobre la base de la totalidad de las circunstancias analizadas, corresponde determinar la sanción concreta..." (fs. 24 vta./25 vta.).

En relación a esta cuestión, el *a quo* sostuvo que "...conforme se desprende de la lectura de las fs. 6/8 del decisorio bajo estudio, los jueces intervinientes han puesto especial cuidado en explicar por qué la valoración como agravante de su 'conducta altamente temeraria en la conducción de un vehículo' puede ser tenida en cuenta por el tribunal para cuantificar la sanción [...] [S]e mencionó que, más allá del alto reproche, culpabilidad y peligrosidad evidenciadas a partir del hecho, existían circunstancias objetivas que exigían un mayor cuidado y responsabilidad: el horario y lugar del hecho, tránsito fluido a las 8:00 am en plenos ingresos laborales y

estudiantiles, alcohol en sangre, habitualidad en la localidad de tránsito peatonal por las arterias ante la ausencia de veredas delimitativas, que casi atropelló a dos adolescentes previamente, insistencia de sus compañeros para que dejaran de manejar, y aumento de la velocidad..."; y que "...dentro del abanico de conductas negligentes que contempla el art. 84, párrafo 2° del C.P., el imputado incurrió en una de las hipótesis más graves que se puede[] imaginar. Eso es lo que nos han querido explicar los magistrados, y por esa razón entendieron que nos encontra[mos] ante un supuesto de 'severo grado de culpabilidad'...". Siguiendo a reconocida doctrina sobre la materia, el a quo continuó diciendo que "...no todo accidente de tránsito que conlleve ínsito un actuar culposo debe ser tratado de la misma manera [...] La negligencia no es igual en todos los casos. Todo lo contrario, se gradúa sobre la base de las circunstancias particulares que rodean a cada caso para servir, finalmente, de base objetiva para dosificar la pena..." (fs. 44 vta./46).

Todas esas consideraciones permiten colegir que las particulares circunstancias -objetivas y subjetivas- de este caso, distintivas en relación a otros homicidios culposos -por conducción de automotores- y tenidas en cuenta por los jueces de la cesura para la individualización de la pena impuesta a Riquelme, no se encuentran comprendidas entre los elementos típicos de la figura por la que viene condenado el imputado (artículo 84 segundo párrafo del Código Penal). Entonces, nada obsta a que sean valoradas por los magistrados -de la

cesura- y que dicha tarea sea confirmada por el a quo, resultando una aplicación razonable del derecho vigente conforme a las constancias del presente legajo y respetuosa de los derechos y garantías constitucionales.

3) En relación a la pretendida falta de fundamentación o motivación aparente al denegarse los agravios planteados ante el Tribunal de Impugnación; no comparto lo expuesto por la Defensa.

3.1) Ello por cuanto, en esta materia, consolidada doctrina sostiene que "...[s]e debe distinguir [...] la falta de motivación, de la "simple insuficiencia de motivación", que no deja a la resolución privada de fundamentos eficaces. La ley manda que la sentencia sea motivada, pero el pronunciamiento es fulminado con nulidad, únicamente cuando falta la motivación, no cuando ella es sólo imperfecta [], o defectuosa []. Tampoco la anula un error no esencial. En este sentido, no se debe confundir la ausencia o insuficiencia de motivación con el error en los motivos, que no entraña su nulidad [] cuando carece de entidad decisiva, como cuando se trata de un error intrascendente y secundario [...] o cuando se sostiene que la motivación es errónea o equivocada [] o "defectuosa y poco convincente" []. Como no la afecta tampoco el hecho de que sea breve y aun brevísima [] o escueta [], siempre que sea eficaz..." (DE LA RÚA, Fernando: "LA CASACIÓN PENAL". Ed. Depalma. 1994. En Abeledo Perrot On Line N° 5301/00085199).

3.2) A la luz de tales lineamientos, tras la lectura de la sentencia en crisis (registro N° 31/2015, en Legajo OFICH N° 163/14), se advierte que se dio

respuesta a los agravios de la Defensa, pudiendo colegir que, en realidad, se trata de una mera disconformidad de esa parte con las razones dadas por el a quo.

Esto se reafirma con las transcripciones de dichos fundamentos efectuadas por el propio impugnante en su recurso al ensayar su crítica.

3.3) En este punto, es dable destacar que del voto del Dr. ELOSU LARUMBE -al que adhieren los restantes magistrados- se desprende que, en primer término, hizo referencia a cada uno de los agravios de la Defensa; así: 1) a la utilización de un método para determinar la pena presuntamente violatorio de principios esenciales del derecho penal 2) a la supuesta ausencia de fundamentación de la prisión de efectivo cumplimiento, 3) a la hipotética vulneración de los presupuestos para la individualización judicial de pena -asociado a circunstancias atenuantes- y 4) a la pretendida arbitrariedad en la ponderación de las agravantes (fs. 39 vta./42). Luego, reseñó lo argumentado por las partes en la audiencia celebrada en esa instancia (fs. 42 vta./43 vta.). Posteriormente, aclarando que alteró el orden de los agravios planteados para una mayor claridad expositiva, dio tratamiento y respuesta a los mismos (fs. 43 vta./47 vta.); incluidos los asociados a la valoración de elementos probatorios no producidos en la cesura y a la pretendida doble valoración de circunstancias supuestamente ya contenidas en el tipo penal (abordados en los puntos 2.1.1 y 2.1.3 del presente, respectivamente), como así también, al modo de cumplimiento efectivo que se analizará más adelante.

Respecto al método presuntamente utilizado para la determinación de la pena, el a quo sostuvo que el tribunal de la cesura "...analizó en primer lugar los agravantes que debían aplicarse y concluyó que los mismos tenían una intensidad que permitían elevar el reproche en una zona cercana al máximo de la escala prevista para el caso. [...] Al máximo llegaron luego de explicar pormenorizada y detalladamente que la conducta llevada a cabo por Riquelme Abdon generaba un severo grado de reprochabilidad. Luego, por aplicación de las atenuantes, bajaron hacia lo que en definitiva derivó en una pena de prisión de tres años y medio..." (fs. 46/vta.).

En referencia al planteo asociado a las atenuantes, el a quo expuso que "...de los considerandos del fallo -allí- impugnado se desprende que tanto la buena conducta procesal del imputado, como la ausencia de antecedentes, su arrepentimiento y lo expresado por la Licenciada Semper en cuanto a la readaptación social evidenciada, llevaron al tribunal a no acoger la pretensión máxima de cuatro años de prisión efectivizada por la fiscalía y la querrela. [...] [El] tribunal ha tenido en cuenta estos atenuantes a la hora de fijar la sanción pero, valga señalarlo, ha entendido que ellos poseen un peso específico menor si se lo compara con las graves circunstancias de hecho puestas de manifiesto precedentemente. Además, [] destac[ó] que es[e] juicio valorativo efectuado por los tres magistrados que estuvieron presentes en la audiencia de cesura no evidencia ningún vicio que permita sostener que la decisión resulta irrazonable.[...] Lo que [] puede

realizarse, y en[tendió] que los jueces [] lo han hecho acabada y razonablemente, es explicar cómo operaron cada una de las circunstancias agravantes y atenuantes en el marco de una escala punitiva determinada, arribando a una solución que estimaron justa y equitativa. Por esa razón, en el entendimiento de que la tarea de [ese] tribunal de Impugnación no es reeditar el juicio sobre la pena imponiendo un nuevo cálculo apoyado sobre la propia subjetividad, sino verificar que no exista arbitrariedad en la valoración de la prueba producida, en[tendió] que debe rechazarse el agravio..." (fs. 46 vta./47).

3.4) En ese orden de ideas, las consideraciones efectuadas por el a quo, permiten advertir que existe una respuesta razonada y lógica a cada uno de los planteos de la parte impugnante a partir del cotejo de las constancias del legajo y que además, no se trata de una postura solitaria sino que siguió los lineamientos de reconocida doctrina en la temática.

Consecuentemente, el monto de pena de prisión impuesto a RIQUELME resulta ajustado a la normativa vigente y a las circunstancias probadas en el caso concreto, encontrándose suficientemente justificado por los magistrados intervinientes.

4) Sentado lo anterior, el restante agravio gira en torno a una pretendida falta de fundamentación del modo de cumplimiento efectivo de la pena impuesta - identificado con la letra "a)".

4.1) La Defensa sostuvo que se confirmó una condena de cumplimiento efectivo cuando la escala penal en abstracto permitiría la ejecución condicional.

Al respecto, el artículo 26 del Código de fondo limita la aplicación del modo de ejecución condicional para aquellos "...casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años...".

El planteo de la Defensa fue objeto -en antaño- de una serie de discusiones que llevaron a la necesidad de unificar la jurisprudencia y a la posterior recepción legislativa; encontrándose actualmente superado, sentándose el criterio de que la pena a tener en cuenta es la concretamente impuesta.

En tal sentido, la doctrina enseña que "...[u]na vieja cuestión en nuestro derecho, planteada en los primeros tiempos de vigencia del Código de 1922, fue la relativa a si el tope estaba referido a la pena abstractamente conminada en la escala penal para el delito imputado, o a la concretamente impuesta al delincuente en la sentencia. La razón del problema residía en la redacción del Código, referido a 'primera condena *por delito a que corresponda* pena de...' (art. 26). Sobre tales bases, apenas sancionado el Código, la C.C.C.[sostuvo la primera posición]; en cambio, otra sala de dicha Cámara [] sostuvo la segunda. Con tal motivo se efectuó el plenario de fecha 27/3/23[], que se pronunció a favor de la segunda posición. La cuestión desapareció con la ley de Fe de Erratas 11.221 que, atendiendo a la disputa anterior, suprimió las expresiones 'por delito a que corresponda', resultando la fórmula como 'primera condena a pena de...', **con lo que resulta unánime la interpretación de referirla a la pena concretamente impuesta** []. La norma vigente mantiene la redacción..." (DE

LA RÚA, Jorge: "CÓDIGO PENAL ARGENTINO. PARTE GENERAL". Ed. Depalma. 2º Edición. Bs. As. 1997, págs. 385/386. Lo subrayado y resaltado con negrita me pertenece).

La Defensa alude a una supuesta contradicción dado que no encontraría sentido al efectivo cumplimiento de una pena "corta"; lo cierto es que el legislador -en uso de sus facultades- estableció como criterio temporal que la pena impuesta no exceda de tres años para calificarla de ese modo y sólo en esos casos, faculta al juez a dejar en suspenso su cumplimiento. Es decir, que la necesidad de cumplimiento efectivo de una pena privativa de la libertad asociada a los fines de resocialización perseguidos con la misma fue objeto de merituación al momento de la determinación legislativa de la pena y sólo cabe la individualización judicial dentro de tales parámetros legales preestablecidos.

En ese marco, en el presente caso, la pena a considerar es la de prisión de tres años y seis meses impuesta al sr. RIQUELME; la que excede el límite legal máximo que permite catalogar a una pena como "corta" y por ende, imposibilita dejar en suspenso su cumplimiento.

4.2) El impugnante adujo que se efectuaría una errónea interpretación del precedente "SQUILARIO" de la C.S.J.N., atendiendo a los lineamientos del fallo "ACOSTA" -sobre interpretación- del mismo Tribunal.

4.3) En el primero de los precedentes nombrados, en lo pertinente, el Címero Tribunal sostuvo que "...si bien los jueces de la mayoría del fallo de casación argumentaron que sólo la aplicación de la condenación condicional debía ser fundada por ser la

excepción a la pena de encierro (art. 26 del Código Penal), no es menos cierto que la opción inversa, **en casos donde aquella hipótesis podría ser aplicada**, también debe serlo, puesto que de otro modo estaría privando a quien la sufre la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable... [...]

Además, que "...si bien surge del citado art. 26 de la ley de fondo el mandato expreso de fundamentar la condenación condicional, no por ello el magistrado deberá dejar de lado el mandato implícito que lo obliga - con el fin de asegurar una debida defensa en juicio- a dictar sus fallos en términos de una derivación razonada del derecho vigente conforme las constancias de la causa para resolver sobre una pena a cumplir en prisión." (cfr. Considerandos 6º y 9º, respectivamente, in re "SQUILARIO" de la C.S.J.N., del 08/08/2006 -el resaltado con negrita me pertenece).

4.4) Ahora bien, en la causa "SQUILARIO" se impuso al condenado la pena de "dos" años de prisión de cumplimiento efectivo, por lo tanto, la pena concreta impuesta se encontraba dentro de los parámetros legales que establece el artículo 26 del Código Penal y de allí la exigencia de justificar la no aplicación del instituto; mientras que al Sr. RIQUELME se le impuso una pena de tres años y seis meses de prisión, la que supera el máximo permitido por dicha norma y por ende, no se verifica un presupuesto para la aplicabilidad de la condenación condicional.

4.5) Asimismo, en cuanto a la debida motivación de toda decisión judicial se advierte que, en este caso, el tribunal de cesura dio tratamiento y aportó los fundamentos al cuestionamiento de la Defensa respecto a la imposición de una pena de cumplimiento efectivo, como así también, el a quo aportó los motivos por los que consideró que dicha modalidad de cumplimiento se encuentra debidamente justificada y por ende, se trata de una acto jurisdiccional válido.

4.5.1) El tribunal que impuso la pena a RIQUELME, en lo pertinente, expuso que "...[t]ambién deb[e] descartar el argumento defensorista relacionado con la ausencia de efectividad que en el caso concreto tendría una pena de cumplimiento efectivo, ello ante la necesidad de atenderse fines exclusivamente resocializadores (no retributivos) y ante el excesivo tiempo ya transcurrido desde la ocurrencia del hecho.[] En este punto, en[tendió] que tal argumento sin más desestima incorrectamente la tarea de elaboración jurisdiccional en la individualización o determinación punitiva conforme la culpabilidad emergente del hecho ilícito atribuido (cuantificación de la culpabilidad evidenciada en el delito, como límite máximo en la graduación de la pena), deviniendo los criterios o consideraciones de prevención especial (a tenerse siempre en cuenta por mandato constitucional y finalidad teleológicas ineludibles) sólo a modo de criterio de evaluación para en su caso poderse disminuir la pena concreta por debajo del límite máximo impuesto por la culpabilidad; eventualidad ésta que aquí ya se ha acogido por las consideraciones ya expuestas

(arrepentimiento y perdón materializados en forma sincera por el acusado, a la par de algunas conclusiones del informe psicológico forense producido, en torno a fortalecer la credibilidad en dichas intenciones manifestadas por el encausado en audiencia)...” (fs. 25/vta.).

4.5.2) En su oportunidad, el a quo entendió que “...el requisito de motivación que exige la defensa no se adecua a la doctrina que emana de los pronunciamientos de la CSJN *-in re ‘Squillario, resuelto el 8/8/06-*. En efecto, lo que el Máximo Tribunal Constitucional de la República ha señalado es que existe un deber insoslayable de fundar los motivos por los cuales una pena se impone bajo la modalidad de efectivo cumplimiento cuando ‘es posible una condenación condicional’. Ello quiere decir que cuando se den los presupuestos del art. 26 del Código Sustantivo *-primera condena a pena de prisión que no excediere de tres años-*, toda decisión que implique el encierro efectivo debe expresar pormenorizadamente las razones que la fundamentan. Pero de ello no se deduce que también este recaudo deba exigirse en los casos en los que no se verifican los presupuestos del art. 26 del C.P. Cuando como en este caso, la pena es superior a los tres años de prisión el cumplimiento efectivo de la condena deviene por imperativo legal...” (fs. 47 vta.).

En suma, en ambas instancias y más allá de la técnica utilizada, los magistrados consideraron las circunstancias particulares y acreditadas del ilícito por el que fue condenado Riquelme, como así también, aportaron las razones para la individualización de la pena

impuesta al nombrado y por las que concluyeron que no corresponde dejar en suspenso el cumplimiento de la misma, todo ello conforme a la normativa vigente y siguiendo a reconocida doctrina imperante en la materia; lo que permite descartar un supuesto de arbitrariedad de sentencia.

Creo así haber fundado las razones por las cuales la impugnación extraordinaria debe ser declarada **improcedente**. Mi voto.

El **Dr. Evaldo Darío MOYA** dijo: Más allá de las consideraciones expuestas por el vocal preopinante, estimo que resulta conveniente poner de relieve que conforme a los tratados internacionales de raigambre constitucional, las penas privativas de libertad y el tratamiento en el régimen penitenciario tendrán como finalidad esencial "la reforma y la readaptación social" de los condenados (artículos 75 inciso 22 de la C.N., 5.6 de la C.A.D.H. y 10.3 del P.I.D.C.yP.).

En ese marco, advierto que el transcurso del tiempo existente entre la comisión del ilícito -por el que resultó condenado el sr. Riquelme- hasta el momento de la audiencia de cesura, no fue tenido en cuenta como una pauta objetiva a los fines de la individualización de la pena impuesta.

Si bien es cierto que la misma no surge expresamente de los artículos 40 y 41 del Código Penal, la doctrina enseña que la enumeración -efectuada en el último de los citados- no es taxativa. Así, se sostiene que "...[d]e acuerdo con el art. 40, la enumeración del art. 41 es un indicador no exhaustivo de 'circunstancias

atenuantes o agravantes' que informan al juzgador acerca de las eventuales particularidades o contingencias de la conducta y personalidad en cada caso individual, pudiendo ser objetivas y subjetivas [...] El inc. 1 hace referencia a las circunstancias del delito [...] El inc. 2 presenta una enumeración meramente enunciativa, ya que al señalar que se deben tener en cuenta 'los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar y modo y ocasión (...)', deja al juzgador un margen a los fines de evaluar toda circunstancia jurídicamente relevante que pueda surgir en la causa..." (LASCANO, Carlos J. (h) -Director-: "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Ed. Advocatus. 1º Edición 1º Reimpresión. Córdoba. 2005, pág. 721).

En cuanto a la influencia de un parámetro temporal, se sostuvo que "...los informes personales utilizados para elevar la pena de [G] eran insuficientes, habida cuenta del largo período de tiempo transcurrido, pues habían pasado quince años de cometido el hecho y doce de la condena que revisó la Cámara. También [en ese precedente] cuestionó 'la supuesta 'peligrosidad' extraída solamente de la modalidad del hecho'. Dijo que carecía de fundamento subjetivo, pues aun registrando una nueva condena en ese ínterin, debía tenerse en cuenta la 'cambiante evolución del ser humano'...". Además, que "...conforme lo sostiene la jurisprudencia de la Corte [Suprema de Justicia de la Nación], el tiempo transcurrido luego de cometido el hecho, la conducta del autor durante ese período y las cargas procesales que

pudo haber soportado son elementos a considerar en la fijación de la pena..." (cfr. Análisis de fallos en PITLEVNIK, Leonardo G. - Director: "JURISPRUDENCIA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN". Vol. 5. Ed. Hammurabi. Bs. As. 1º Edición. 2008, pág. 64 y 104 respectivamente).

En tal sentido y considerando que las decisiones judiciales deben atender a las circunstancias concretas y actuales de la causa, entiendo que corresponde hacer lugar al planteo de la Defensa respecto a que, en el presente legajo, se valore el tiempo transcurrido desde el ilícito hasta la individualización de la pena, como una pauta distintiva junto a las demás circunstancias objetivas y subjetivas propias del caso, en miras a tal determinación. Tal es mi voto.

El **Dr. ANTONIO G. LABATE**, dijo:

Frente a las opiniones divergentes de los colegas que me han precedido en la votación, debo terciar en el presente Acuerdo (art. 4º, primer párrafo, segunda oración del Reglamento de División en Salas del Tribunal Superior de Justicia, Ac. 4464, punto XIII, modificado por Acuerdos 4473, pto. XXX y 4877, punto 8º).

En tal sentido, luego de tomar conocimiento de los antecedentes del legajo y las alegaciones de las partes que hicieron en su relación (audio de la audiencia y acta labrada por Secretaría), comparto las valoraciones efectuadas por el señor Vocal ponente, Dr. Oscar E. Massei y adhiero plenamente a su argumentación.

En particular, como bien lo señala dicho colega y contrariamente a lo aducido por el recurrente, no

advierto que se hayan valorado doblemente en perjuicio del imputado elementos propios del tipo penal aplicado, sino antes bien que la individualización de la pena lo ha sido dentro del arco penológico fijado por el legislador y con ajuste al grado de injusto verificado, en donde ha estado presente la ponderación de aquellas pautas agravantes y atenuantes destacadas por cada una de las partes durante el juicio. Y aprecio a su vez (no obstante la crítica en contrario en el presente recurso de control extraordinario) que el Tribunal de Impugnación efectuó una revisión plena del monto de la pena y de la modalidad de su cumplimiento, susceptible de descartar de parte del magistrado de instancia cualquier viso de arbitrariedad susceptible de ser corregido por esta vía; situación correctamente expuesta y desarrollada en el voto de apertura y a cuyo contenido plenamente adhiero.

Desde otro lado, no coincido con la Defensa de que la pena impuesta al encausado estuviere próxima al máximo legal previsto para el delito que se le abona. En efecto:

Si bien el apelante ha sustentado su aserto tomando como referencia la pena carcelaria originalmente impuesta y anulada durante el decurso impugnativo (4 años de prisión efectiva), está claro de que más allá de que la nueva imposición punitiva no pueda superar ese tope para no afectar la garantía de la *reformatio in pejus*, ello no obsta a que la fijación de la pena deba realizarse, como en todos los casos, atendiendo a la escala correspondiente para cada delito, la cual en este caso oscila entre los dos y los cinco años de prisión (cfr. art. 84, segundo párrafo, del C.P.).

Si se comparte lo anterior, va de suyo que la pena de tres años y seis meses de prisión impuesta a Abdón Riquelme se ubica en su justo medio y no próxima al tope máximo posible.

Asimismo, la Defensa ha hecho especial hincapié en el recurso y en la audiencia de mejora de argumentos, en torno a que existiría una pericia que acreditaría su reinserción social (en referencia a la opinión de la psicóloga Semper) pues ha conformado una familia, lo que pondría en evidencia que la pena, del modo en que le ha sido fijada, devendría innecesaria.

Tampoco comparto semejante apreciación.

En primer lugar las consideraciones de la Licenciada Semper (expresadas en la audiencia de cesura, minutos 47:55 a 55:33 y compendiadas en lo esencial en el fallo cuya copia luce a fs. 23) no hablan de un diagnóstico de resocialización, sino más bien de que ha intentado ir revirtiendo síntomas de insatisfacción, pérdida de interés y aislamiento; que ha formado una pareja pero que aún le quedan secuelas. Incluso, a preguntas de la Fiscalía la profesional advirtió que "tiene una alta probabilidad de repetir conductas negligentes", más allá de que luego aclarara que ellas pueden estar más dirigidas hacia su persona (autoagresión) que a terceros.

Por lo tanto, el hecho motivador de la crítica efectuada por la Defensa reposa en un dato inexistente.

Pero aún si se partiera de este hecho no probado, es claro que la prevención general y especial (esto es, intimidación al conjunto de la sociedad y al propio

delincuente para disuadir mediante ella la comisión de nuevos delitos) son finalidades legítimas de la pena que están en el fundamento mismo de la sanción penal y son plenamente compatibles -y no contrarios- con la retribución. Hay muchos casos de penas impuestas a personas que no necesitan reeducación o reinserción (como delincuentes ocasionales o aquellos denominados "de convicción" que no quieren la reeducación) y en tales supuestos, la constitucionalidad de la pena no es dudosa, pues cumple unas finalidades constitucionales diversas a la reeducación o la reinserción.

Nuestro Máximo Tribunal Nacional ha reconocido en cierta forma esta función de prevención especial al justificar, desde el plano constitucional, el instituto de la reincidencia (C.S.J.N., Fallos 311:1209).

Pero más allá de estas ponderaciones, lo que interesa en este caso es que la Defensa ha sostenido esa reinserción social a partir de una situación personal que especialmente enfatiza: que ha formado una familia y ha tenido un hijo, lo cual -sostiene- llevaría a la inutilidad de la pena carcelaria.

A mi modo de ver, no puede situarse como centro de atención esta circunstancia personal soslayando o postergando otras. La simple consideración de que ha formado una pareja y ha sido padre no es síntoma de una "reeducación" o "resocialización", sino antes bien que ha tenido la capacidad para revertir, en cierto grado, los síntomas psicológicos que aún conlleva; máxime cuando su propia progenitora dice que "...su hijo se encuentra mal, encerrado..." y que la propia licenciada ha señalado que

aún existe riesgo de que incurra en conductas negligentes, lo que matiza considerablemente esa readaptación social que predica la Defensa.

Incluso, si se tomara esa circunstancia sobrevalorada en el recurso (la conformación de su propia familia como un elemento para descartar la pena de prisión dictada a su respecto), se generaría una desigualdad manifiesta con otros imputados sometidos a proceso por idénticos hechos y cuyas circunstancias personales no hubieren sido tan favorables o afortunadas como las de Riquelme.

Por otro lado, la alta probabilidad de generar conductas negligentes y de autoagresión (según las consideraciones de la profesional forense) aconseja el ajuste del tratamiento penitenciario a dicha problemática, lo que deberá evaluarse en el momento oportuno por el magistrado que tenga a su cargo la ejecución de la pena.

Consecuentemente, y por todas las demás consideraciones expuestas en el voto suscripto por el Dr. Massei, entiendo que el recurso de control extraordinario articulado por el señor Defensor Público, Dr. Juan Pablo Dirr, debe rechazarse. Así voto.

A la **tercera cuestión**, el **Dr. OSCAR E. MASSEI** dijo: Atento al modo en que resolviera la cuestión precedente, el tratamiento de la presente, deviene abstracto. Mi voto.

El **Dr. Evaldo Darío MOYA** dijo: Atendiendo a lo propuesto en la cuestión anterior, estimo que corresponde, dejar sin efecto la sentencia Nro. 31/2015

del Tribunal de Impugnación, del 29/05/15, como así también, la sentencia de imposición de pena de fecha 05/02/2015 (Legajo Nro. 163/2014) y consecuentemente, reenviar el legajo para que un tribunal, con distinta integración, efectúe un nuevo juicio de cesura conforme a las consideraciones antes expuestas; ello en miras a resguardar la inmediación, garantizar al imputado su derecho a ser oído y dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 41 inciso 2, in fine, del Código Penal (artículos 247 en función del 249 del C.P.P.N.). Tal es mi voto.

El **Dr. Antonio Guillermo LABATE** dijo: Atento la solución dada a la tercera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante en primer término.

A la **cuarta cuestión**, el **Dr. OSCAR E. MASSEI** dijo: Atento a las particularidades del caso traído a conocimiento, corresponde eximir de costas a la parte recurrente (artículo 268 segundo párrafo, última parte, del C.P.P.N.). Mi voto.

El **Dr. Evaldo Darío MOYA** dijo: Adhiero a lo propuesto por el Dr. Oscar E. Massei. Así voto.

El **Dr. Antonio Guillermo LABATE** dijo: Adhiero a la solución dada por el Dr. Oscar E. Massei a esta última cuestión.

De lo que surge del presente Acuerdo,
SE RESUELVE: I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano estrictamente formal la impugnación extraordinaria deducida por la Defensa Oficial a favor de "Miguel Abdon" o **Abdon Miguel RIQUELME**, D.N.I. N° 33.426.359, contra la

sentencia Nro. 31/2015 del Tribunal de Impugnación, de fecha 29/05/15 (Legajo OFICH Nro. 163/14). **II.- RECHAZAR** la impugnación antedicha por no verificarse los agravios que allí se exponen. **III.- SIN COSTAS** a la parte recurrente (artículo 268 segundo párrafo, última parte, del C.P.P.N.). **IV.-** Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

ANTONIO G. LABATE
PRESIDENTE

EVALDO D. MOYA
Vocal
(en disidencia parcial)

OSCAR E. MASSEI
Vocal

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA
Secretario