

## **TEXTO COMPLETO DEL FALLO:**

### **ACUERDO**

En ciudad de Ushuaia, Capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 7 días del mes de noviembre de 2005, se reúnen en Acuerdo ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, Doctores María del Carmen Battaini, Mario Arturo Robbio y Ricardo J. Klass, para dictar pronunciamiento en los recursos interpuestos en los autos caratulados "AVENDAÑO AVENDAÑO, René Mauricio s/ Homicidio culposo", Expte. nº 847/05 STJ-SR.

### **ANTECEDENTES**

1.- Con fecha 17 de junio de 2005 el Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte condenó a René Mauricio Avendaño Avendaño a las penas de dos (2) años de prisión de cumplimiento efectivo y cinco (5) años de inhabilitación especial para conducir toda clase de automotores por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo (art. 84 del Cód. Penal) cometido en perjuicio de Rubén Ángel Nauto Teca el 26 de julio de 2003 en la intersección de las calles Ricardo Rojas y José Ingenieros de la ciudad de Río Grande (sentencia de fs. 320/341, parte dispositiva, punto I).

Hasta tanto quede firme el fallo, dispuso la interdicción de salida de la Provincia del enjuiciado y su obligación de fijar domicilio en Río Grande, presentarse tres veces por semana en la comisaría y abstenerse de conducir automóviles (punto II).

2.- Contra dicha decisión, el Sr. Defensor ante este Estrado, Dr. Gustavo A. Ariznabarreta, interpuso recurso de casación a fs. 363/371.

Centra sus agravios en la modalidad de cumplimiento de la pena de prisión establecida por el a quo. Invoca la inconstitucionalidad del art. 27 del Cód. Penal en cuanto sólo autoriza una segunda condena de ejecución en suspenso si el nuevo delito es cometido después de transcurrido ocho años de la fecha de la primera condena firme.

A fs. 373 el a quo concedió el remedio procesal intentado.

3.- Radicadas las actuaciones ante esta instancia, se llevó a cabo la audiencia de ampliación oral solicitada por el recurrente (acta de fs. 382). Posteriormente, se corrió vista al Titular del Ministerio Público Fiscal. A fs. 384/386, el Dr. Oscar L. Fappiano propició el rechazo del recurso en trato.

Llamados los autos al Acuerdo (fs. 387), la causa se encuentra en estado de ser resuelta, disponiendo el Tribunal formular y votar las siguientes

## **CUESTIONES**

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. María del Carmen Battaini dijo:

1.- A fs. 320/341, el Tribunal de Juicio condenó a René Mauricio Avendaño Avendaño a las penas de dos (2) años de prisión de cumplimiento efectivo y cinco (5) años de inhabilitación para conducir toda clase de automotores en orden al delito de homicidio culposo (art. 84 del Cód. Penal).

Ello en virtud de tener por acreditado que el imputado causó la muerte de Rubén Ángel Nauto Teca al conducir imprudentemente un vehículo automotor (conf. el requerimiento de remisión de la causa a juicio de fs. 216/217, transcripto a fs. 216/217).

La modalidad de ejecución efectiva de la pena de prisión impuesta responde a que con fecha 14 de octubre de 1998 el enjuiciado fue condenado a la pena de un (1) año y seis (6) meses de prisión en suspenso en orden la delito de robo calificado por efracción en grado de tentativa (ver fs. 257vta. y 279vta.): "La interpretación de los arts. 26 y 27 del CP llevan a que la nueva condena establecida en el punto anterior deba ser, irremediamente, de cumplimiento efectivo, pues entre aquella primera condena y la aquí impuesta no ha transcurrido el plazo de ocho años establecido en el segundo párrafo del art. 27 citado, pues el nuevo delito ha sido cometido el 26 de julio de 2003" (del voto del Dr. Sarrabayrouse, fs. 332).

En sustento de esta posición, cita la doctrina sentada por este Estrado in re "Porreta Cabrera, Julio César y Caniza, Fredy Walter s/ Robo en grado de tentativa" -expte. nº 142/97 SR del 02.04.97, Libro III, fº 105/114-.

2.- La defensa interpuso recurso de casación a fs. 363/371.

No discute la autoría y responsabilidad que se le atribuye a su asistido ni el cuántum de la pena conjunta impuesta en este proceso.

Dirige sus agravios en la modalidad de cumplimiento de la pena de prisión establecida por el a quo.

Sin desconocer la condena recibida por su asistido en octubre de 1998, invoca la inconstitucionalidad del art. 27 del Cód. Penal en cuanto sólo autoriza una segunda condena de ejecución en suspenso si el nuevo delito es cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la primera condena firme. Cita el fallo "Córdoba" de la Sala VIª de la Cám.Nac.Crim.y Correc. del 25.08.95 (publ. en J.P.B.A. tomo 95, fallo 51), en el que se expresa que ésta es la única herramienta para remediar lo que constituiría una injusticia cuando un condenado por un hecho menor doloso debe cumplir pena efectiva - por un corto plazo- por registrar una condena anterior por otro hecho delictivo de carácter culposo (fs. 365vta.).

El Dr. Ariznabarreta denuncia la inutilidad de los encierros por corta duración: "La imposición de una condena de cumplimiento efectivo de corta duración como la aquí advertida, entraña una disfuncionalidad social con efectos devastadores para la vida del encartado y su medio familiar" (fs. 366). Recuerda que producido el hecho por el que fuera condenado, su asistido permaneció en el lugar y le brindó asistencia a la víctima (366vta.).

Agrega que "la aplicación a rajatabla de la prohibición dispuesta en el art. 27 significa un claro injusto, con un concreto perjuicio a valores de sostenimiento constitucional" (367). Cita a Alejandro Slokar, para quien la regla examinada puede constituir una sanción carente de razonabilidad por su innecesariedad para la consecución de los fines generales y especiales preventivos de la penal (367vta./ 368). Recuerda que la segunda condena responde a un delito culposo, lo que representa una menor reprochabilidad respecto de una acción dolosa (368) y pone de resalto que entre la condena por el primer hecho y la comisión del segundo, Avendaño Avendaño ha demostrado una resocialización adecuada que escapa a la "lógica positivista" que refleja el art. 27 (368vta./369). Con relación al precedente "Porreta Cabrera" de este Tribunal, explica que los casos no son análogos, pues en aquél se trató de dos delitos dolosos y también se vinculó lo decidido a la naturaleza del hecho, personalidad del imputado, la actitud posterior al delito, etc. (369vta./370).

3.- He de disentir con la solución propuesta por el Sr. Fiscal ante este Estrado.

Aún cuando la letra de los arts. 26 y 27 del Cód. Penal brindan marco normativo a lo resuelto por el Tribunal de Juicio, entiendo que las particulares características del proceso aquí examinado avalan la pretensión sustentada por el recurrente.

Si bien es verdad que en el precedente "Porreta Cabrera, Julio César y Caniza, Fredy Walter s/ Robo en grado de tentativa" -Expte. nº 142/97 SR del 02.04.97, Libro III, fº 105/114- este Estrado rechazó una posición análoga a la expuesta por la defensa, no es menos cierto que aquel caso presentaba características

distintas al presente. En primer lugar, se trataba de la concurrencia de dos delitos dolosos y, en segundo término, el tribunal ponderó también las circunstancias personales del imputado. Asiste razón al recurrente cuando a fs. 369vta./370 expresa que los casos examinados no son análogos.

En este orden de ideas, el voto del Dr. Hutchinson en aquel precedente expuso que, además del texto legal, el análisis debe comprender el examen de la naturaleza del hecho, personalidad del imputado y la actitud posterior al delito. Y, más importante aún, que el juez no es un mero aplicador de la ley:

“Mi opinión es contraria a defender estas posiciones propuestas por la dogmática jurídica puesto que en el ordenamiento jurídico la norma individual no tiene vigencia aislada y por el solo hecho de ser positiva sino porque es parte de un conjunto de principios normativos dispuestos de forma armónica que constituyen un todo que se compadece con la misión de administrar justicia.

Ello obliga al juzgador a emprender la relevante tarea de interpretar la ley, indagar sobre el fin perseguido por el precepto jurídico, sin perder de vista el objeto mismo del ordenamiento jurídico, a fin que la decisión aplicable no conduzca a la configuración de una notoria iniquidad, frente a los fines buscados.

Aquí aparece la fundabilidad, en la práctica decisonal, para el caso concreto, la insuficiencia de la actitud dogmática que se revela en el positivismo ideológico y la justificada existencia de la razonabilidad, criterio sobre el que la Corte Suprema se ha pronunciado en reiteradas ocasiones” (consid. 2º, con cita a fundamentos teóricos brindados en el fallo en que se acogió la denominada teoría de la insignificancia).

4.- En sentido concordante, en otro pronunciamiento este Estrado recordó: “No se trata, expresó la Excma. Corte, “...de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios de hermenéutica (...) arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente contradictorias. De lo contrario aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de uno u otros no se compadece con la misión de administrar justicia” (C.S.J.N., Fallos 312:118 y sus citas -doctrina de Fallos 234:482; 255:360; 258:75; 281:146 y Fallos 241:277; 249:37 y

302:1611-)? ("Guardería Tortuguita s/ Daño - Imputado Godoy González, Javier" -expte. nº 53/95 SR del 14.12.95, Libro I, fº 153/162-).

Esta posición no pretende ser innovadora. Desde antiguo nuestro Máximo Tribunal Nacional ha aceptado la valoración de una solución justa en el caso como un elemento inseparable de la aplicación de la ley, remitiendo a la equidad entendida en el sentido romano de lo justo o derecho (*iustum, aequum o legitimum*) y, en definitiva, a la razón (conf. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, "Las razones del derecho natural", Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, pág. 323). La interesantísima reseña que efectúa el autor parte del caso "Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo" de 1888. Siguiendo esta línea, es criterio ya pacífico de la Corte que "La tarea judicial no se agota en la consideración indeliberada de la letra de la ley, sino que debe buscar en ella una solución intrínsecamente valiosa, alejada de todo formalismo paralizante cuando así debe ser según lo indica la certeza moral, y que privilegie la equidad, a la cual los magistrados no pueden ser indiferentes" (C.S. Fallos 322:1537 del 19.08.99, voto del Dr. Vázquez). Sobre este tema volveré más adelante.

5.- Dentro de las distintas posiciones que intentan explicar el fin de la pena, en que tradicionalmente distinguimos las teorías de la retribución, de la prevención general y de la prevención especial, ésta última se destaca al sostener que la misión consiste en hacer desistir al autor de futuros delitos a través de su resocialización. Este principio se halla contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, en las normas del Pacto Interamericano de Derechos Humanos, en el art. 38 de la Constitución Provincial, e inspira la legislación en la materia.

Tal lo dicho en los autos "Ojeda Cárdenas, Claudio Augusto s/ Legajo de ejecución? -expte. nº 438/01 SR del 12.06.2001, Libro VII, fº 352/363-, en que se agregó:

"Enseña Claus Roxin que la teoría de la prevención especial puede actuar de tres formas: "asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su corrección" (el resaltado es del original). Por ello, entiende el autor que "Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho Penal, en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio de Estado social. Al exigir un programa de ejecución que se asienta en el entrenamiento social y en un tratamiento de ayuda, posibilita reformas constructivas y evita la esterilidad práctica del principio de retribución" (Claus

Roxin, "Derecho Penal. Parte General", tomo 1, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 85/87).

En este orden de ideas, sostuvo este Tribunal: "...Las consideraciones político criminales a que hacen referencia los autores se vinculan con la finalidad de la ejecución penal, que en un estado democrático no puede ser otro que la motivación preventivo-especial que atiende a la reinserción social del condenado. Que esto es así en el derecho argentino surge del art. 1º de la Ley Penitenciaria Nacional cuando enfatiza "La ejecución de las penas privativas de la libertad tiene por objeto la readaptación social del condenado...", y de la sabia fórmula utilizada por la Constitución de 1853: "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...". Y tal noble espíritu es el que ha permitido al constituyente cristalizar en el texto fundacional de la Provincia el sentido de las cárceles y de las penas: "Las cárceles y todos los demás lugares destinados para el cumplimiento de penas de privación de libertad, serán sanas y limpias, y organizadas sobre la base de obtener primordialmente la reeducación y readaptación del detenido mediante el trabajo productivo y remunerado (art. 38)? (in re "MacLeod, Sandra Noemí s/ Solicitud de conmutación de pena? -expte. nº 154/95 SDO del 10.10.95, Libro III, fº 48/52- )?.

De acuerdo a ello, el primer párrafo del art. 1º de la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad expresa: "La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad".

6.- En autos, René Mauricio Avendaño Avendaño fue condenado en orden al delito de homicidio culposo (art. 84 del Cód. Penal) al tenerse por probado que causó la muerte de la víctima al conducir imprudentemente un automóvil.

Acierta la parte cuando señala que la naturaleza culposa del ilícito no constituye una cuestión menor (recurso, fs. 368), ya que presenta un menor contenido del injusto respecto de los delitos dolosos. "Tradicionalmente, se ha ubicado a la culpa entre el dolo y el caso fortuito (...) Según este esquema, obra con dolo que el quiere de modo directo el hecho ilícito o asiente a su producción eventual. El obrar doloso supone un quebrantamiento intencional de la norma; de allí el mayor contenido de injusto, que tiene su reflejo en la severidad de las penas, superior para los hechos dolosos en relación a los culposos" (Marco Antonio Terragni, "El delito culposo", Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 17). Por ello, Roxin indica que se le ha atribuido al dolo una mayor magnitud de injusto y culpabilidad

que a la imprudencia respecto de la misma lesión de bienes jurídicos (Claus Roxin, ¿Derecho Penal. Parte General?, tomo 1, traducción a cargo de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 1024).

A la par, según surge del informe social de fs. 251/253 realizado en el mes de marzo del corriente año, Avendaño Avendaño se halla empleado en una panadería desde hace dos años, cumpliendo un horario de 3 a 16 horas. Convive con su madre y su concubino, un hermano discapacitado y su hija de nueve años de edad de edad (ya que su madre se halla detenida); y colabora con su sueldo para el sostenimiento de la familia. La Lic. Miriam Fileccia también hace mención a que el imputado evidencia una carga de angustia al recordar los hechos y se manifiesta "movilizado, expectante y sumamente inquieto respecto del juicio por venir". Más adelante, agrega que "...está inserto desde lo laboral, contando con estabilidad en su trabajo. Sus ingresos constituyen los únicos ingresos estables de la familia".

Por su parte, de la lectura del acta de debate surge que el abogado de la parte querellante solicitó el cumplimiento en suspenso de la pena de prisión y que el fiscal indicó que la pena no debía hacerse efectiva hasta que la sentencia no adquiriera firmeza, toda vez que no concurrían en el caso peligro de fuga o peligro procesal (ver fs. 305 y vta.).

Finalmente, al ponderar las pautas fijadas por los arts. 40 y 41 del Cód. Penal, el sentenciante expresó: "consideramos como atenuantes la actitud del imputado luego de ocurrido el hecho, pues se preocupó para que la víctima recibiera asistencia inmediata y colaboró con la autoridad policial. Asimismo, visitó a Nauto Teca mientras estuvo internado. También debemos considerar sus condiciones personales actuales: tiene un trabajo estable en un panadería, es el sostén del grupo familiar y tiene un hermano con problema mentales" (fs. 331vta.).

En estos términos, estimo que los fines de prevención especial que persigue toda pena se hallan suficientemente cumplidos: Avendaño Avendaño comprendió acabadamente el disvalor de su acción y el daño ocasionado, ya que se mostró preocupado por la salud de la víctima mientras ésta luchaba por su vida. Asimismo, mostró respeto por la ley y la tarea de la autoridad policial. Por último, refleja una adecuada inserción social, toda vez que cuenta desde hace dos años con un trabajo estable con el cual sustenta económicamente a su familia.

En estas condiciones, la aplicación de la regla del art. 27 del Cód. Penal se muestra altamente disvaliosa.

7.- De lo expuesto, se concluye que la solución de un conflicto no debe buscarse en la aplicación aislada de una norma -por más clara y simple ésta parezca- cuando conduce a soluciones disvaliosas desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad. Así, nuestra Corte Federal ha destacado que "...uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema a que está engarzado, es la consideración de sus consecuencias" (L.L.82 p.690).

Ello obliga al juzgador a emprender la relevante tarea de interpretar la ley, indagar sobre el fin perseguido por el precepto jurídico, sin perder de vista el objeto mismo del ordenamiento jurídico, a fin que la decisión aplicable conduzca a la configuración de una notoria iniquidad, frente a los fines buscados. Esta operación no significa propiciar el desconocimiento de la letra del precepto legal ni desoír su mandato; antes bien, representa buscar la razón de la norma a fin de evitar una solución reñida con la idea de justicia en el caso concreto.

Este criterio también es compartido por prestigiosos tribunales de la República: "Las circunstancias del caso, y la solución objetivamente justa del mismo, guardan relación entrañable. En ello estriba, precisamente el problema que da origen a la doctrina de la equidad, esto es, cuando la aplicación de una ley al asunto produce un resultado notoriamente injusto o disvalioso, consecuencias que el juzgador no puede omitir valorar, porque de lo contrario se convierte en un mero autómatas o exegeta de la ley. La equidad es la justicia del caso particular y algo más, lo equitativo y lo justo son una misma cosa, y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún" (S.C. Buenos Aires, "Boc. Paula Andrea s/ Adopción" del 13.12.2000, voto del Dr. Hitters, Base de datos S.A.I.J., <http://std.saij.jus.gov.ar>, sumario nº B0025585). "Cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos, o arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas, se debe dar preeminencia a su espíritu, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del Derecho, en el grado y jerarquía que éstos exhiben. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia" (C.S. Santa Fe, "I, M. s/ Recurso de inconstitucionalidad. Aborto provocado" del 12.08.98, S.A.I.J., sumario J0022274). Y también: "La equidad en nuestro ordenamiento jurídico no constituye una fuente del Derecho, sino que por el contrario, es un criterio de



interpretación razonado de la ley en determinados supuestos también de decisión. En efecto, el carácter general y abstracto de toda norma jurídica impide la previsión de todas las situaciones posibles, motivo por el cual la equidad tiende a interpretar la ley en su recto sentido y acorde con las posibilidades que aquella le plantea" (S.T. Santiago del Estero, Sala Civ. y Com., "Ducca, Carlos e. y Cía . S.R.L. v. De la Ría de ducca, Amelia E." del 22.11.1984, Base de datos [www.lexisnexis.com.ar](http://www.lexisnexis.com.ar), Lexis nº 2/39531). Citando a la Corte Suprema, el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy ha dicho: "La tarea judicial no se agota en la consideración indeliberada de la letra de la ley, sino que debe buscar en ella una solución intrínsecamente valiosa, alejada de todo formalismo paralizante cuando así debe ser según lo indica la certeza moral y que privilegie la equidad, a la cual los magistrados no pueden ser indiferentes (...) o existe una recta administración de justicia cuando los jueces aplican la ley mecánicamente y con abstracción o indiferencia por las consecuencias que esa aplicación tiene para las partes y, de un modo distinto pero trascendente para el cuerpo social todo" (S.T. Jujuy, sentencia 1774/03 "Antonio Balestriere c/ Transporte del Iguazú S.R.L. s/ Recurso de inconstitucionalidad..." del 17.10.2003, S.A.I.J., sumario W0001542).

En definitiva, no se trata de resolver el caso desoyendo la manda legal; antes bien, debe abordarse la problemática que presenta haciendo concurrir los principios constitucionales, supranacionales y legales para lograr la mejor solución que se adecue a las particulares características del caso.

8.- En un fallo reciente, este Estrado no hizo más que reafirmar esta posición: "Nuestro más alto Tribunal, persiguiendo la justicia del caso concreto, ha tenido oportunidad de expresar que: "...si bien una aplicación literal de las normas precedentemente citadas privaría a la peticionante del beneficio que solicita, tal interpretación importaría desconocer que, como se reconoce desde antiguo, el derecho no es sólo lógica, sino también experiencia, entendiendo por tal la comprensión del sentido último que anida en cada caso..." ("De Antueno, Adrián Gustavo c/ IPAUSS s/ Contencioso administrativo? -expte. nº 1672/03 SDO del 04.10.2005, Libro LV, fº 159/166- con cita del fallo "Vera Barros" de la Corte Suprema del 14.12.93, publ. en L.L. 1995-A, pág. 26). Y también recordó que ?no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que las nutre es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, que averse el riesgo de un formalismo paralizante, debiendo buscar en todo tiempo una valiosa interpretación de lo que las normas jurídicamente, han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas, pudiéndose arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa como de la judicial" (Fallos 305:2040) y que en Fallos 308:1978 la máxima instancia judicial nacional

sostuvo: "la aplicación de la ley debe efectuarse equitativamente de acuerdo con la valoración de los hechos específicos traídos a conocimiento de los magistrados".

Este es el norte que propongo seguir a la hora de evaluar las circunstancias del caso sometido a decisión.

En síntesis, coincido con la defensa cuando expresa que, atento a las características del caso y las condiciones personales mostradas por el condenado, comportaría una verdadera iniquidad imponer al condenado una pena de prisión efectiva de corta duración de conformidad con el segundo párrafo del art. 27 del Cód. Penal en función de la comisión de un delito culposo. En el caso, criterios de humanidad deben prevalecer por sobre la efectivización del poder punitivo del Estado (conf. Cám.Nac.Crim.yCorrec.Fed., Sala I, causa 38.398 "Inc. de excarcelación de Huaranga Padilla, Yuri Edith" del 19.12.2005, voto del Dr. Freiler, publ. en [www.eldial.com](http://www.eldial.com) del 02.11.2005).

9.- No escapa a mi conocimiento en los autos "Bellón, Gerardo Raúl s/ Defraudación a la administración pública en concurso ideal con falsificación de instrumento público reiterada (13 hechos)" -expte. nº 803/05 SR del 29.06.2005, Libro XI, fº 339/348-, este Estrado entendió que la inhabilitación especial perpetua que prevé el último párrafo del art. 174 del Cód. Penal aprehende el desempeño de cualquier tarea dentro de la Administración Pública. Si bien se hizo referencia a la literalidad de la norma, se explicó también que la razón de su implementación puede hallarse en la decisión del legislador de que las tareas vinculadas a la res pública -que se solventan con el aporte económico de toda la comunidad- sólo se desempeñen por personas que, previamente, no han defraudado la confianza depositada en el manejo del patrimonio de la Administración Pública. Lo cual no parece avasallar principios constitucionales fundamentales. De allí que ambos casos no son análogos, por lo que estimo que el criterio sentado en los considerandos que anteceden no contraría la postura adoptada en "Bellón".

Por todo lo expuesto, a la primera cuestión voto por la afirmativa.

A la primera cuestión el Dr. Mario Arturo Robbio dijo:

Por las razones expresadas, adhiero la opinión formulada por la preopinante votando a la cuestión propuesta por la afirmativa.

A la primera cuestión el Dr. Ricardo J. Klass dijo:

Compartiendo los fundamentos expuestos, a la presente cuestión voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión la Dra. María del Carmen Battaini dijo:

Atento a la forma en que fue resuelta la cuestión que antecede, propongo hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 363/371 por la defensa de René Mauricio Avendaño Avendaño contra la sentencia de fs. 320/341 y, en su mérito, casar el punto I de la parte dispositiva de la misma en cuanto dispuso el cumplimiento efectivo de la pena de dos (2) años de prisión impuesta y disponer la ejecución condicional de dicha pena.

Teniendo en cuenta que este Superior Tribunal no ha tomado conocimiento personal del imputado con los alcances señalados en el art. 41 del Cód. Penal, no resulta posible fijar las reglas de conducta que prevé el art. 27bis ejusdem con la suspensión condicional de la ejecución de la pena. A tal fin, y en consideración que el Tribunal de Juicio lo ha interrogado en oportunidad del proceso, y se ha formado una mejor convicción acerca de su personalidad y demás circunstancias a evaluar, corresponde ordenar el reenvío de las actuaciones a dicho estrado para la individualización de las mismas por el plazo que estime pertinente. Esta solución no vulnera principios constitucionales ni procesales, sino que los fortalece, propiciando que la individualización de la pena sea llevada a cabo por el tribunal que tuvo mayor conocimiento directo de la imputada.

Sin costas, atento al resultado obtenido (art. 492, párrafo primero, del C.P.P.).

A la segunda cuestión el Dr. Mario Arturo Robbio dijo:

Comparto la solución propuesta por la Dra. Battaini.

A la segunda cuestión el Dr. Ricardo J. Klass dijo:

De acuerdo a lo manifestado al tratar la primera cuestión, corresponde pronunciarse en el sentido indicado por la preopinante.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

## **SENTENCIA**

Ushuaia, 7 de noviembre de 2005

VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede

## **EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA**

### **RESUELVE:**

1º.- HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 363/371 por la defensa de René Mauricio Avendaño Avendaño contra la sentencia de fs. 320/341

y, en su mérito, CASAR el punto I de la parte dispositiva de la misma en cuanto dispuso el cumplimiento efectivo de la pena de dos (2) años de prisión impuesta. Sin costas (art. 492, párrafo primero, del C.P.P.) .

2º.- DISPONER la ejecución condicional de la pena de prisión señalada en el punto 1º que antecede (art. 26 del Cód. Penal).

3º.- REMITIR las actuaciones al Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte a fin de que fije las reglas de conducta que deberá seguir René Mauricio Avendaño Avendaño por el plazo que estime pertinente (art. 27bis del Cód. Penal).

4º.- MANDAR se registre, notifique y cumpla.

Fdo.: María del Carmen Battaini - Ricardo J. Klass - Mario Arturo Robbio

Secretario: Jorge P. Tenailon

Tº XI, Fº 660/668