En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintisiete días del mes de mayo del año dos mil dieciséis, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores R. Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Daniel Luis María Pintos, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"N., O. R. y otro p.s.a. homicidio - Rawson" (Carpeta 5.926 OJ Rw – Legajo 10.438 OUMPF Rw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Dr. E. O. R. contra la sentencia Nro. 146/16 OJ Tw dictada en fecha 17/03/16, por la que se le impusiera a O. R. N., la pena de cuatro años y ocho meses de prisión, en orden al delito de homicidio culposo, en el carácter de autor (arts. 45 y 84 del C.P.)., en relación al hecho acaecido el día 09/12/14 en el Paraje "E. S." de la villa balnearia de Playa Unión, correspondiente al ejido Municipal de la ciudad de Rawson y en perjuicio de E. P. P..

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 12/05/16 en la sede de este tribunal, estuvo presente el imputado O. R. N., cuyas demás circunstancias personales obran en autos, su Defensor de confianza, Dr. E. O. R., por la Querella autónoma, la Sra. S. B. P. con el patrocinio letrado del Dr. C. V. y, la Dra. Graciela Suárez García en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: R. Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Daniel Luis María Pintos.

El Juez R. Adrián Barrios dijo:

1. Interviene esta Cámara para revisar la resolución del 17 de marzo de 2016, registrada bajo el numero 146/2016, tras haberse sustanciado en audiencia la pretensión impugnativa del condenado O. R. N., en cuanto se le impuso la pena de cuatro (4) años y ocho (8) meses de prisión, por haber sido considerado autor del delito de homicidio culposo (art. 84 del Código Penal).

2. La defensa en su impugnación acusó el resolutorio judicial de ser el producto del simple voluntarismo del juzgador, que se apartó palmariamente de la reglas de la lógica, del marco referencial que brindan los precedentes jurisprudenciales y de cualquier pauta objetiva de mensuración, para imponer en este caso un castigo exagerado que prácticamente llegó al máximo de la escala punitiva vigente, que los fundamentos son meramente aparentes para simplemente pretender justificar una decisión previa ya tomada.

En la audiencia respectiva, aseveró el pretenso que una sentencia motivada debe reflejar la construcción de la decisión, producto de un razonamiento lógico que se basa en el análisis de un caso. Con una original comparación entre lo que sería la construcción de una sentencia en general con el popular juego de ingenio conocido como "cubo mágico", dijo que al igual que para armar una sentencia, para armar el cubo debe ser utilizada la lógica, partiendo desde la observación del elemento, de los colores de las piezas del cubo, de la orientación que tienen y otras variables, ya que no solo hay que darle la ubicación que les corresponde, sino que es necesario también que la posición de esas piezas estén de la forma adecuada. Es mas, sin seguir el procedimiento de construcción mediante el movimiento de los colores, se podría desarmar el elemento geométrico con un destornillador, y rearmarlo con las piezas en su lugar, a modo de trampa para superar las limitaciones que posee el mecanismo.

Concluyó con esta comparación que en el caso de la sentencia, lo que el juzgador debió hacer fue, al igual que el cubo, analizar cada uno de los elementos relevantes del caso que le tocó decidir y darle a cada uno, la ubicación y la orientación que corresponde en derecho.

Con esta obertura necesaria para el desarrollo de mi voto en la revisión de esta sentencia, al igual que el pretenso y el mismo juez, he de compartir y tomar como horizonte de la labor requerida, el axioma que habla que la culpabilidad es la medida de la pena, y que la cuantía de

ésta tiene que ser proporcional a la culpabilidad. Ello así, sin descuidar que *"una pena justa sólo es aquella que se adecúa a las particularidades del caso concreto"* (ZIFFER, Patricia S., *"Lineamientos de la determinación de la pena"*, 2a edición, p. 27)

2.1 En el primer punto atacado, la defensa instó a que se mantenga la proporción que fuera tenida en cuenta por la cesura llevada a cabo en la sentencia original, y con esa proporción se obtenga el monto punitivo de la pena acorde al reenvío ordenado.

Recordemos que ésta Cámara, tras revisar aquella pieza jurisdiccional, resolvió que los presupuestos fácticos de la teoría de las acusadoras, no se correspondían con los de un delito doloso con dolo eventual, sino en un delito culposo.

Si bien asiste razón al defensor en cuanto a que no cambió la plataforma fáctica que dio lugar a la condena, ello no lleva necesariamente, como exige, a mantener la proporción resultante de la decisión revocada.

Por ello comparto lo dicho por el *A Quo* al resolver esta cuestión, cuando sentó su disidencia con el criterio del defensor y además dijo que *"…(e)n este debate los límites están fijados, como se dijo, por la actividad de las partes, dentro de esa escala penal."*

A mas abundar, luego de la resolución de este Cuerpo y en cumplimiento del reenvío, se han producido distintos elementos probatorios en donde se escucharon las postulaciones de las partes en sus alegatos finales. Estas variables dieron un nuevo contenido a la cesura del proceso, que lo diferencian del anterior, por lo que no es acertado traer la porcentualidad sobre la escala legal arribada en aquella, y pretender aplicarla a la nueva resolución tomada al respecto.

De este punto, mi voto es por la denegatoria del pedido de la defensa.

2.2 De otra parte, el defensor ha dicho que si la cuantía de la pena tiene que ser proporcional a la culpabilidad, y a las circunstancias específicas del imputado, en precedentes

de esta misma provincia, que lucen detallados en su libelo y reiteró en audiencia, fueron impuestas y confirmadas penas menos gravosas que las impuestas a su asistido.

De este punto tan sensible de los agravios, debo decir que resulta sumamente difícil comparar el presente caso en el cual fuera condenado el señor N., con los casos citados por el pretenso, toda vez que si bien coinciden en el tipo penal, son muy distintos entre sí. Una grosera y ambiciosa pauta de separación puede ser que los precedentes jurisprudenciales locales citados se refieren a accidentes de tránsito con víctimas fatales por la conducción negligente o imprudente de vehículos, y el del señor N. sea la de un accidente ocurrido en instancias de actividad de caza de guanacos. Tan distintos son los presupuestos fácticos de ambos grupos de hechos, que compararlos en abstracto solo por la pena impuesta, puede traer serios problemas.

Creo que la discrecionalidad que compete a los jueces al momento de graduar la pena a aplicar a una persona, debe realizarse aplicando tanto cánones de proporcionalidad que se circunscriben al hecho particular, como a las características personales del acusado, y que es la racionalidad la que debe conducir la tarea de llevar esa proporción. Por ello lo difícil de comparar aquel grupo de precedentes con el que nos convoca, en donde es dable advertir que no existe otro similar para poder cotejarlos con mejor propiedad.

Es por ello que en la regulación de la pena, y el control que nos compete, se ha de guiar por la racionalidad de su análisis y aplicación.

¿Que dijo el juez penal?

De los autos caratulados "V., M. Y otro p.s.a. homicidio culposo - Rawson" (Carpeta 717 OJ Tw - Legajo 6585 OUM:PF Tw), en donde se confirmó la condena impuesta por el mismo juez penal que hoy se revisa, de dos (2) años y seis (6) meses de prisión de ejecución condicional al responsable del accidente automovilístico, dijo que la pretensión punitiva del Estado en ese caso fue de tres años. Pese a los agravios

de la defensa sobre este punto, lo cierto es que se desconocen cuales han sido los parámetros mensurativos que en ese caso, el magistrado utilizó para graduar la pena en mas o en menos, como para que el resultado final sea de seis meses menor a la requerida por la fiscalía. La circunstancia de contraponer en trasluz ambas penas (la del precedente y la del presente) no habla de contradicción per se.

Por otra parte, el juez dijo también que en al menos dos precedentes, se aplicó el antiguo procedimiento procesal penal.

Ante el ataque a este argumento, entiendo sí asiste razón a quien impugna, puesto que nada tienen que ver las normas procesales que llevan el desarrollo del proceso, con la individualización del monto punitivo que se aplica en concreto a un delito juzgado.

Las escalas previstas para los tipos penales surgen del código penal, que es norma nacional, del cual también surgen los parámetros que agravan o atenúan esa mensuración. Y sobre ello, ninguna diferencia debería provocar si el procedimiento que se aplicó responde a un sistema inquisitivo, mixto o acusatorio, puesto que como bien señala la defensa, se atentaría contra la seguridad jurídica en todo el territorio nacional.

De otra parte, la defensa citó el caso "C.", en donde tras juzgar una conducta imprudente y temeraria con representación se impuso una pena que, a consideración del requirente, representa el doble del mínimo legal en una escala de 2 a 5 años de prisión. Con ello, cataloga de exorbitante la pena que impugna, puesto que supera mas de nueve (9) veces el mínimo previsto para el delito (6 meses x 9 = 54 = 4 años y seis meses).

Este argumento no puede prosperar, acaso por la misma consideración del pretenso, cuando líneas antes en su recurso, afirmó con razón que la aplicación del derecho no se rige por principios matemáticos.

Si tenemos en cuenta que la coerción penal, cuyo instrumento es la pena, *"… no puede tener otra finalidad que la de cumplimentar la función del derecho penal, es decir, proveer a la seguridad jurídica, a la seguridad de la coexistencia, previniendo la comisión de nuevas conductas afectantes de bienes jurídicos con una acción resocializadora sobre el autor…." (Tratado de Derecho Penal, parte general, Raul E. Zaffaroni, Ediar, 1998, pagina 63)*, considero que no es posible que la coerción penal, como efecto jurídico del delito, pueda ser prevista en proporciones o porcentualidades mas o menos standarizadas.

El objeto de la pena es procurar la prevención especial resocializadora a una persona en particular, la considerada culpable de un injusto. Por ello es muy dificultoso, insisto, y acaso lindante con lo arbitrario, pretender que los jueces puedan utilizar factores atenuantes o agravantes tenidos en cuenta en otros casos, y aplicarlos automática y matemáticamente a los procesos que se pretenden análogos, sin adentrarse a las particularidades de su propio caso, y sobre todo a las del propio imputado.

2.3 También la defensa dijo que son seis meses de prisión la pena prevista en la escala para el homicidio culposo, el mínimo del cual debió partir el magistrado en la tarea de mensurarla. Que el legislador ha considerado a ese mínimo como la pena que satisface el interés social, que es suficiente castigo por la conducta ilícita en homicidios culposos.

A esto el magistrado lo rechazó con dos razones: la primera, diciendo que de los antecedentes citados por el defensor, a ninguno de los imputados en ellos se les aplicó el mínimo previsto en la norma; la segunda, la consideración que si fuera como sostiene el letrado, el legislador no debería haber impuesto un máximo de pena. Por ello estimó que en realidad cualquiera de los resultantes dentro de los parámetros la escala penal de la norma dictada por el legislador satisface el interés social.

Considero que los contraargumentos del juez satisfacen su decisión de rechazar el planteo. Vuelvo a decir: no debe dejar de tenerse en cuenta que el objeto de la pena, según la clara letra constitucional, ha de ser la resocialización del condenado, que en el tipo penal por el cual fuera juzgado N., ha sido estimada por nuestra población (es decir, sus representantes elegidos para dictar sus leyes), con un mínimo de seis meses y que llega a un máximo de cinco años; limites que hacen de marco que no podrán superar los jueces en su labor de mensurarla para ser aplicada al caso concreto.

2.4 Citando doctrina de renombre, afirmó el letrado defensor que en las mismas circunstancias, resulta más merecedora de pena la culpa consciente (o con representación) que la inconsciente. Que en este caso, a su cliente por una conducta imprudente sin representación del resultado, se le fijó una pena lindante con el máximo de la escala, y se preguntó entonces qué sanción le habría correspondido si se le achacaba el mismo resultado por culpa con representación.

Revisada la sentencia con norte a este punto de agravio, he de confirmar la consideración del juez que no le hizo lugar.

En el punto C de su fallo (ver foja 509 vuelta de la carpeta de la OfiJud), se advierte que el sentenciante fundó en la doctrina del doctor Eugenio Raul Zaffaroni los motivos del rechazo del pedido, y seguidamente continuó con los postulados de las acusadoras a quienes dio razón.

He de separar estos puntos del fallo en busca de claridad.

2.4.1 En primer lugar he de decir, cual el mismo defensor reconoció en audiencia, que la distinción que invoca en su agravio referido a culpa consciente e inconsciente no es receptada en nuestra ley, lo que no es poco. Agrego a esto que ni siquiera existe una definición de *culpa* en la parte general de nuestro código penal, siendo que su concepto cual lo conocemos a través de nuestros maestros, surge de

disposiciones de la parte especial como por ejemplo del art. 84 (homicidio culposo, del cual se encuentra condenado N.).

De otra parte, considero tal como enseñan los juristas citados por el recurrente, que la división doctrinaria de las clases de dolo o de culpa que se han ido desarrollando, sirven a las personas de derecho, y a los operadores del sistema en particular, para ser utilizadas como herramientas que permitan dar a los hechos, el carácter y la tipificación correcta. Sirven para mejor fundar una decisión, reconociendo en el *facto*, la distinción que puede aparejar una subsunción legal distinta, o bien una causal de justificación, de inculpabilidad, y hasta la misma falta de acción.

La concreta diferenciación de los tipos de culpa ilustrada por los juristas, no han de traer como consecuencia necesaria a modo de *si y solo si*, un distinto grado de reproche, siempre y para todos los casos, como lo sugiere quien recurre.

Como bien desarrolla mi colega doctor Defranco en su voto, autores citados por la defensa en el desarrollo del tema concreto, parten de tomar esa distinción conceptual subjetiva de la culpabilidad, para el tratamiento *posible* del reproche; y digo *posible tratamiento*, puesto que pueden haber excepciones. Y a esa reflexión me adhiero, puesto que puede merecer mayor pena aquel que ni siquiera se representó la posibilidad del resultado, que aquel que advirtió esa consecuencia y consideró que podía evitarla.

Quizá la causa que hace la excepción a la regla sea la exigibilidad de la representación de un resultado que pudo haber previsto el agente. Una persona que posee los elementos necesarios y hubiera podido hipotizar sobre una consecuencia, puede merecer mas reproche. Como dice el doctor Zaffaroni *"…(e)n cualquier caso, para la tipicidad culposa basta con el conocimiento actualizable, es decir, que no es necesaria la actualización (el pensar en ello o la consciencia de la creación del peligro)." (Derecho Penal, Parte General, Ediar, pag. 550)*.

En síntesis, la regla de graduar en mas o menos reproche de acuerdo al tipo de culpa consciente o inconsciente del imputado, es asequible siempre y cuando se descarte de ellas las excepciones posibles, y cuyo análisis ineludiblemente compete a la autoridad jurisdiccional, con las reglas de la adversariedad de nuestro rito.

2.4.2 Como ya se advirtiera, el juez penal en este punto, dio dado razón a la Fiscalía y la Querella en las variables que se interpretan con el tipo de culpa endilgado al imputado, y lo llevó hasta este punto, a una posición equidistante entre el mínimo y el máximo de la escala penal, muy cercano a la mitad (ver tercer párrafo de foja 510/vuelta de la Carpeta de la OfiJudTw).

3. Consideró el magistrado que se trató de un hecho sumamente grave consumado por lo provocación de un riesgo innecesario.

De esto la defensa dijo que el juez en realidad lo que hizo fue considerar como agravante un elemento del tipo penal, puesto que si no hubiera un riesgo innecesario, no hubiera habido condena por homicidio culposo.

Creo que el agravio hace pié en una interpretación incompleta de los fundamentos del juez, puesto que lo que el mismo dijo es que el hecho sumamente grave consumado, se provocó por un riesgo innecesario, *"… al practicar caza de animales en horas del día, en un área donde las personas se dedican a la pesca, paseos en cuatriciclos, otras actividades al aire libre, y muy cercana al casco urbano de lo Villa Balnearia Playa Unión." (ver tercer párrafo de la foja 510 de la Carpeta de la OfiJudTw)*. A este párrafo, le siguen otros dos que enumera mas elementos, lo que me permite colegir de su lectura completa, que el *riesgo innecesario* no fue tomado por el juzgador como agravante, sino que lo mencionó como un elemento normativo del tipo, y que las demás variables mencionadas les dieron contenido.

Ello así, no permite interpretar que el *riesgo innecesario* haya sido objeto de una doble valoración judicial.

Repasemos: las variables que dan contenido al concepto riesgo innecesario, llevaron al juez a una pena cercana a la mitad de la escala penal. ¿Cuáles son esas variables?. Al ser atacadas por la defensa en forma separada, veámosla una por una.

3.1 En cuanto a que el hecho ocurrió en un lugar donde las personas se dedican a la pesca, a paseos en cuatriciclos, a otras actividades al aire libre, en una completa exposición de las distintas incidencias que en materia de probabilidades pueden darse en la realidad, el defensor atacó la consideración del magistrado, basada en la experiencia común, la lógica y la sana crica, que estimó como "muy probable" la circunstancia que hubieran personas en ese lugar. Tras su ataque, contrastó con su propia estimación que habla que en esa fecha y momento concreto en que ocurrió el evento, en realidad "era muy poco probable" la presencia de personas en el lugar.

Voto por no hacer lugar a la pretensión del señor defensor, puesto que, de acuerdo a las circunstancias vigentes en el momento del evento y como bien detalla el juez, el hecho que O. N. sea conocedor de la zona, debió alertar en mayor medida, la posible presencia de personas allí que lo determinara a no efectuar las tareas de caza de guanacos, que en definitiva motivaron el disparo fatal.

Como agravante del hecho y modulador de la pena, la poca probabilidad de que hubiera gente realizando actividades al aire libre como pesca, caza, pese al temporal que habría existido, no anula la previsibilidad que al señor N. se le reprocha, puesto que por mas discutible que pueda resultar el porcentaje de esa previsión, las circunstancias con que las funda el magistrado, justifica el grado de mayor reproche.

3.2 El A Quo tomó en cuenta la utilización de un arma de fuego de largo alcance, con municiones de alto calibre, ser legitimo usuario, que lo hace conocedor de la normativa legal vigente respecto de tal responsabilidad. La defensa se agravió puesto que a su criterio, el uso del arma de fuego

cargada es un elemento esencial del tipo, y que nada agrega el hecho que su cliente sea legitimo usuario, puesto que sería mas lógico que agrave la pena justamente lo contrario.

Y en esto he de darle razón al impugnante.

Como bien alega el pretenso, sin aquel elemento (la utilización de un arma de fuego de largo alcance, cargada) el evento no se hubiera producido de la manera en que se produjo, motivo por el cual mal puede volverse a valorar como un elemento agravante de la pena.

Tampoco se advierte porqué el imputado puede ser pasible de mas pena, por el hecho de ser legitimo usuario de armas de fuego. Acaso si el juez así lo reflexionó, debió fundar el porqué de esa consideración, puesto que su sola mención en su fallo no es suficiente para adjudicar al encartado mas reproche.

Por ello, en este punto entiendo que al monto final de la pena habrá de ser reducida sensiblemente y así lo voto.

3.3 De otra parte, el defensor atacó fuertemente la circunstancia que su cliente vea agravada la pena por haber pertenecido a una fuerza de seguridad en la que recibió adiestramiento para el manejo de armas de fuego.

Ha dicho la defensa que N. desde los 18 años hasta los 25 perteneció a la fuerza policial, y que se ha retirado hace casi 40 años. Que se podría discutir cual sería la relevancia si fuera un miembro actual y si estuviera facultado para portar arma por su condición de policía, mas si se considera que haber pertenecido a la fuerza policial hace tanto tiempo atras es un agravante de conducta por la instrucción que recibió, sufriría un estigma que lo marcaría de por vida, haga lo que haga.

A este agravio, entiendo también asiste razón a la defensa.

Sabido es que la previsión de las pautas del articulo 41 del código penal sirven de orientación al juez para la determinación judicial de la pena, o dicho con una frase zaffaroniana, para la imposición de "*…la cantidad y calidad*

de poder punitivo que se ejerce sobre una persona criminalizada…" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, "Derecho General. Parte Genera/", Ed. Ediar, 2a edición, Buenos Aires, 2002, pagina 993).

En dicha normativa no se otorga una valoración prefijada a cada presupuesto, ni siquiera se los identifica cuales son las circunstancias agravantes o atenuantes. Es por ello que en la decisión judicial de esta etapa del proceso, se le exige al magistrado mas que nunca, el deber de fundamentación explícita, que permita dar a cada elemento enumerado en la ley su lugar, y posibilitar con ello el control crítico racional de su decisión. En dicho sentido Ziffer dice que resulta "*imprescindible que se haga explícito si se valora a favor o en contra, y en segundo lugar, por qué, teniendo en cuenta que sólo resultarán argumentos válidos aquellos que estén apoyados en valoraciones normativas, antes que en la eventual reprochabiidad moral de ese aspecto de la conducta*". (ZIFFER, Patricia S., "Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena ", en *"Determinación judicial de la pena"*, compilador Julio B. J. MAIER, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 107)

En el hecho concreto por el cual ha sido condenado el recurrente, de naturaleza culposa, nada agrega ni quita la circunstancia referencial de haber pertenecido a una fuerza de seguridad de la cual hace mucho tiempo dejó. Al igual que el punto anterior, si el sentenciante estimó que esta circunstancia agrava la pena, debió sentar los fundamentos que lo convencieron de ello.

3.4 En cuanto al agravio referido a "*..los motivos que lo determinaron a delinquir..*" al imputado, fue extensa y completa la fundamentación de quien impugna en su férrea oposición a su consideración en delitos culposos.

Dijo que cuando la pauta para la fijación de la pena contemplada en el articulo 41 del Código Penal refiere a *"la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir"*, su redacción no deja lugar a dudas en cuanto a que la *determinación* a delinquir implica la deliberada y voluntaria decisión de cometer una infracción penal. Que extender el

alcance del precepto más allá de los límites que marca la redacción, desvirtúa la finalidad de la ley y comporta la creación ilegítima de una nueva norma, distinta a la establecida por el legislador.

Analizados los argumentos del A-Quo, considero que las razones dadas para su decisión, han sido serias y plausibles, lo que me determina a su confirmación.

Siguiendo el itinerario de la ley, llevó el orden de las normas citando en primera instancia, las prescripciones del articulo 40 Código Penal que dice que en las penas divisibles por razón de tiempo, se deberán fijar las condenas de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del articulo 41. Y que al analisis de la norma, el legislador no escindió los presupuestos por cuestiones de dolo o culpa, consideración que comparto.

Considero que los criterios orientadores para la individualización de la pena son justamente eso, orientadores, dan una ayuda a la tarea de asegurar la mejor decisión respecto al objetivo de obtener una pena justa.

Pero a su vez, los artículos 40 y 41 formulan pautas generales de individualización o determinación que delimitan la discrecionalidad del magistrado. Son pautas ejemplificativas y no taxativas, que consagran la libertad de decisión jurisdiccional pero les exige darle contenido.

Por ello, no considero prudente cercenar a los jueces la posibilidad de evaluar según el caso y el sujeto, el elemento mensurativo atacado. Pese a los ejemplos mencionados por el defensor que sostienen su idea fuerza, pueden existir otros tantos en donde en delitos culposos, los motivos de determinación a la acción imprudente o negligente, pueden incidir en la pena, acaso no solo como agravante, sino también como atenuante.

No considero que el A Quo haya alterado el sentido de la ley, con la excusa de que si ella no distingue, cualquier interpretación está permitida, puesto que a la lectura de su fallo, el magistrado advirtió que "*(n)o se trata de una*

valoración genérica del disvalor ético de los motivos que hayan guiado al autor, sino de analizarlos desde una perspectiva jurídica: la motivación debe ser juzgada de acuerdo con el fin de protección de la norma." (ver foja 511 de la carpeta, octavo párrafo).

Tras ello, dio contenido al presupuesto que nos convoca diciendo *"debe ser tenido en cuenta como agravante, porque justamente la violación al deber de cuidado vino dada por su actividad de caza en una zona donde objetivamente se presume que concurre mucha gente, debido a la época del año, la hora de ocurrencia, portando un arma de alto alcance, disparando sin tomar las precauciones que el deber de cuidado le exigía (no disparar su arma de fuego de cacería, en dirección a objetivos que no sean las piezas de caza -contenido jurídico), circunstancia verificada, en un plano secundario, por la justificación del propio autor que manifestó que concurrió a cazar guanacos para darle de comer a los perros (contenido ético moral); conducta que, objetivamente, no se corresponde con la que (h)abría efectuado un hombre razonable y prudente en su lugar."* (*se encuentra en el primer párrafo de la foja 511 vuelta de la carpeta)*

Con ello, tengo para mí que no existe arbitrariedad de *peligrosas consecuencias* como denuncia el pretenso en la decisión del juez, por lo que voto por el rechazo de este planteo.

3.5 El pretenso se agravió de la consideración de la extensión del daño causado efectuada por el juez penal, en donde bajo ese parámetro se explayó en destacar las condiciones personales del menor fal1ecido.

Dijo que cuando se habla de *extensión del daño*, se está hablando de un daño mensurable, cuantificable, por eso una extensión puede ser menor, mayor o igual, por lo que cuando se trata de la pérdida de una vida humana, no hay ningún parámetro para determinar que hay una diferencia entre una vida y otra. Que es jurídicamente inadmisible cuantificar la vida humana para determinar el tamaño de la pena a aplicar, como respuesta estatal al delito en el caso concreto.

Analizado el fallo, en su acápite E (foja 511 vuelta, segundo párrafo) se advierte que el defensor malinterpreta nuevamente los fundamentos del juez.

Así claramente quien juzgó advirtió, en primer término, que la *extensión del daño* causado no se corresponde con la idea de una tabulación de la vida humana, sino que la mensuración de la pena con esta referencia, tiene que ver con la intención del legislador en que se evalúe conforme a la afectación al bien jurídico. Fue mas claro aún cuando dijo en los dos párrafos siguientes lo que merece ser transcripto en su totalidad: *"Es el propio legislador el que estableció penas más gravosas para los homicidios (culposos o dolosos) porque justamente las acciones que lo determinan destruyen el valor esencial y más importante tenido en cuenta en el ordenamiento penal, la vida."*

"Lógicamente que cada vida del ser humano tiene sus particularidades, virtudes y defectos, pero no es lo que se pondera para establecer el monto de la pena sino, antes bien, el daño y su extensión respecto de esa muerte es lo que debe ser tenido en cuanta en esta tarea que me tocó."

Aseguró el pretenso que no existe ningún baremo racional para medir el daño que causa a la sociedad la pérdida de una vida humana, cosa que objetivamente es cierta. Mas como se sabe, el artículo 41 del código de fondo abre un ámbito sujeto a la discrecionalidad del juez más o menos amplio, del que se interpreta que la ley confía en ellos para que evalúen racionalmente cada presupuesto de esa apertura, y funden el porqué de sus conclusiones. De esta manera los magistrados deben ajustar su análisis a las pautas legales orientativas y fundarlas debidamente, puesto que la falta de fundamentación podría implicar un agravio a la defensa en juicio y al debido proceso.

El interrogante que se impone entonces es ¿el juez ha fundado debidamente como agravante válida la extensión del daño causado por la muerte del joven E. P.?. La respuesta es si.

En forma concreta ponderó las consecuencias mediatas en el núcleo familiar de la víctima, cuando constató como condicionó fuertemente el suceso en la existencia y proyectos futuros de las personas directamente allegadas a la víctima, al considerar los dichos de la madre, y las consecuencias que traen a las personas, la muerte de sus hijos.

Con ello, considero que este temerario agravio carece de fundamentos y debe ser rechazado.

3.6 En otro tramo de su recurso, se agravia la defensa del señor N. en cuanto el juzgador estimó que la actitud temeraria de su cliente se contrapuso con *"…la pasividad de la víctima que transitaba despreocupado, disfrutando de un día de playa junto a sus amigos, en un lugar permitido para la circulación de cuatriciclos, y debió soportar las consecuencias sin ninguna posibilidad de evitación, debido que el accionar del legitimado no se la permitió, por lo que una solución justa será estimar la pena teniendo a la vista dicho norte pues aumenta el contenido de lo injusto a reprochar".*

Para fundar su oposición, dijo que el hecho que la víctima no haya aportado circunstancias para la producción del resultado, es una circunstancia que constituye una generalidad, y que si hubiera realizado algún aporte que haya contribuido a esa producción, sería un atenuante o incluso hasta un eximente de reprobabilidad, pero de ningún modo podría constituir un presupuesto de mayor reproche.

Tengo para mí que al decir el magistrado que la víctima estaba más expuesta al hecho y sin posibilidad de evitación, le dio mayor gravedad a la acción típica y antijurídica, y con ello al haber mayor grado de injusto penal, resolvió dar mayor reproche al autor.

Si bien la pasividad de la víctima no se encuentra entre las pautas orientativas de la ley para mensurar la pena, como ya se dijo, la lista no es taxativa, por lo que creo que con buen criterio, el A-Quo colocó a esa pasividad de la victima en su justo lugar, que como vimos tiene relación con la

imputación objetiva de la acción injusta, y su consecuencia en la culpabilidad.

Así como no se duda que un hecho causado por la imprudencia de la víctima o de un tercero, puede constituir una circunstancia atenuante para la graduación de la pena, entiendo que también la pasividad de la víctima puede constituir un agravante, puesto que al poder haber mayor grado de injusto, puede corresponder mayor reproche.

Voto por ello confirmar en este punto el temperamento del juez.

4. Por ultimo, la Defensa alegó sobre lo que la doctrina reconoce como la "pena natural", diciendo que su cliente viene sufriendo el perjuicio de ser sindicado por la sociedad como asesino del joven P.. Que el escarnio público padecido ante un hecho notorio que pesará en su ahijado por el resto de su vida, se planteó al juez de grado como atenuante al momento de calcularse la pena.

Considero que el magistrado correctamente no hizo lugar a este pedido, cuando fundó su decisión en motivos tan plausibles y ciertos, como lo son que en las épocas que corren, son habituales y por cualquier motivo este tipo de exposición, y que más allá de las consideraciones particulares que en cada uno provoca, ceder al pedido del imputado, implicaría que todos quienes de alguna manera sufren el escarnio público, estarían cumpliendo una pena natural, cosa que no puede ser admitida.

De otra parte, entiendo que la defensa tampoco ha detallado cuales han sido las pruebas producidas que demuestran concretamente los escraches y la exposición de su cliente, que prueben de alguna manera esa situación.

Voto en definitiva por el rechazo de este agravio.

5. Por todo lo dicho, atento las consideraciones efectuadas en los acápites 3.2 y 3.3 que da razón al recurrente, se impone determinar una disminución en el monto de la pena.

Deliberado con los colegas que integran este Cuerpo, considero que la suma de ocho meses deben ser descontados

del resultado final del magistrado, toda vez que aquellos agravantes ponderados por el A Quo dejan de adicionar al resultado final.

Una pena de cuatro años de prisión por el hecho cometido, atendiendo a las variables que operaron como agravantes y que en esta revisión se confirman, se impone como resolución final justa de nuestra labor y asi lo dejo votado.

7. Corresponde imponer las costas al acusado (art. 241 CPP) y regular los honorarios del profesional a cargo de la Defensa del acusado en la suma de cuarenta (40) JUS, por la labor desarrollada en esta etapa. (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y ccdtes. de la Ley XIII-4, antes Decreto-Ley 2200).

Así voto.-

El juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Limitada la cuestión a resolver la determinación de la pena materializada por el Juez José García, reflejada en la sentencia n° 146/2016, en la que se impuso a O. A. N. la pena de cuatro años y ocho meses de prisión e inhabilitación especial por el termino de diez años para ser usuario de armas de fuego, abordaré la tarea a partir de las críticas efectuadas por el defensor del nombrado a fin de verificar, en cada caso concreto, si han de acompañarse o no sus postulaciones.

2.- 1.- En primer lugar, embate contra la mensuración de la pena efectuada, por afectarse, a su criterio, el principio de proporcionalidad. Argumenta que, si considerado el hecho como homicidio doloso en la primera sentencia, fue condenado a la pena de diez años de prisión –siendo el mínimo legal de ocho-, ello significó elevarse del mínimo previsto por el art. 79 en un diez por ciento, habida cuenta que el máximo previsto es veinticinco. Ello así, mal se puede en esta instancia, reputado culposo el fatal hecho, y con culpa inconsciente, elevarse la pena en un noventa por ciento desde el mínimo posible (seis meses).

Puesto a analizar esta línea de pensamiento, y tal como ha dicho el Juez de grado, no solo "*los límites* (de la pena a imponer) *están fijados por la actividad de las partes*",

como en el caso, sino que, además, la medida de la pena debe ser proporcional a la culpabilidad por el acto.

Además, no es posible, tal como si fuera una operación matemática, pretender considerar montos de pena como si fueran porcentajes de mínimos que suman o restan caprichosamente. No es dable comparar siquiera las diferentes circunstancias que se tienen en cuenta para reprochar un accionar doloso –en los que por definición el agente quiere el resultado- y las que se deben destacar en un caso de imprudencia.

Es de irrazonable factura la pretendida aplicación del mismo porcentaje de pena que se hiciera con anterioridad por un delito doloso al mismo evento pero, ahora, reputado como infracción imprudente. No es posible pretender que, en forma automática, se eleve la pena desde el mínimo legal en forma equivalente, simplemente por cuanto la culpabilidad opera en forma distinta en el grado de reproche, de acuerdo al grado de injusto –dicho sea de paso-, las circunstancias fácticas a tener en cuenta no son las mismas, a ello sumado, la actividad de las partes en un nuevo –y distinto- contradictorio al respecto.

2.2.- Relacionado con su reclamo de proporcionalidad en la respuesta punitiva, alega el defensor que no se han tenido en cuenta por parte del *a quo* los antecedentes condenatorios que integran la jurisprudencia provincial respecto a delitos culposos. Refiere que en numerosos de ellos, aún con mayor numero de víctimas y *"con grandes diferencias en cuanto a la culpa"* (afirma), se han establecido penas sensiblemente menores y en forma de cumplimiento condicional.

Debo adelantar que tampoco puede prosperar este agravio. No es posible comparar, en abstracto, los montos punitivos que se hubieran aplicado en otros casos fatales por cuanto, en primer lugar, se desconocen las circunstancias concretas de los distintos hechos, todo aquello que permitiría valorar el injusto en cada caso.

La mera mayor cantidad de víctimas en hechos que tuvieron como causa eficiente de los resultados la conducción imprudente de vehículos, no es parámetro para compararse con la imprudencia temeraria en el manejo de un arma de fuego que terminó con la vida de un niño que jugaba con sus amigos. No por ser mayor éste, necesariamente, sino porque no existe regla, medida o cartabón para compararlos.

No es dable cotejar, por no tener los datos necesarios para ello en esta instancia, cómo ha operado en cada caso la imputación objetiva de los resultados a la acción imprudente del agente –co causación de la víctima, por ejemplo-, las extensiones de los daños, en qué circunstancias personales del sujeto activo se fundaron los reproches efectuados en los distintos antecedentes traídos a colación, el grado de negligencia o impericia en la conducción –temeraria o no, por caso-, los motivos que llevaron al actor a emprender la acción riesgosa, todos datos que, repito, al desconocerse, hacen imposible siquiera el intento de comparación.

Si entonces, la medida de la pena es el resultado de la consideración de todos esos aspectos reseñados que integran un injusto particular, y en concreto, la medida del reproche es el reflejo de la culpabilidad del agente respecto aquél, es harto difícil -y carecería de criterios normativos ciertos- pretender la comparación de respuestas punitivas en concreto.

Debe recordarse, para reforzar mi noción sobre la imposibilidad de comparar reproches particularizados atento las distintas particularidades de las diferentes acciones antijurídicas, que *"de ninguna manera afirmar que el grado de culpabilidad es el indicador de la cuantía de poder punitivo habilitable en el caso significa dejar de lado la magnitud del injusto y sustentar la tesis de que éste no juega ningún papel en esa indicación, porque la culpabilidad no puede sino asentarse sobre un injusto, a cuya magnitud se adecúa… dentro de un concepto normativo (valorativo) de culpabilidad, el indicador responde sólo a la culpabilidad, porque ésta siempre es desvaloración de un injusto concreto*

y, por ende, debe adecuarse invariablemente a su magnitud. Por ello, en este sentido, la magnitud del injusto es parte de la culpabilidad, porque implica un límite primario para ésta, toda vez que es el contenido mismo de su reproche…" (ver Zaffaroni-Alagia-Slokar; Derecho Penal, Ediar, 2000, pág. 1035).

3.- Se agravia el abogado R., también, en la circunstancia de haber planteado al Juez García –no siendo atendido su reclamo- que si la imprudencia de N. fue calificada como culpa inconsciente el reproche tiene que ser necesariamente leve, no pudiéndose explicar cómo llega casi al máximo de la sanción prevista en el código sustantivo.

Entiendo que no puede atenderse el agravio en éstos términos. En primer lugar, no es cierto que el *a quo* haya fundado exclusivamente en la clase de culpa la sanción que considera justa. No es posible seccionar los tramos de una sentencia y considerarlos en forma aislada; la respuesta punitiva pergeñada por el Juez García –adecuada o no, y en qué medida, tal cual se verá al final- ha sido el producto del análisis de varias cuestiones en juego, tal como fueron postuladas por las partes, y no, como se pretende, basada en circunstancias aisladas como el grado mayor o menor de la negligencia.

Por otra parte, si bien es cierto que autorizada doctrina –citada por el quejoso-, admite que la imprudencia consciente *"resulta mas merecedora de pena que la inconsciente"* (Roxin, Claus; Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Civitas, pag. 1019), no menos cierto es que el mismo autor, citando LK10-Schroeder, par. 16, n. 121, admite que *"la falta de atención conducente a la no previsión de la posibilidad del daño podría pesar ya mas que la confianza en la no producción del resultado..."*.

Siempre dentro de la literatura alemana, otra posición admite Jeschek (Tratado de Derecho Penal, Comares, pag. 516) al decir que: *"...tampoco se da entre las dos clases de imprudencia una relación gradual, pues la actitud de quien ni siquiera percibe el peligro puede ser mas reprobable que*

la despreocupación del imprudente consciente, quien solo sobreestima sus propias fuerzas...”. Remata su posición estableciendo que la importancia práctica de la distinción consiste, sobre todo, en que de ese modo cabe trazar una clara línea de separación frente al dolo eventual.

Es esta, en la doctrina nacional, la posición de Zaffaroni. En efecto, “...e*stas clases de culpa no señalan grados de la misma: desde el punto de vista del injusto, la gravedad de la culpa está señalada por su temeridad, que tiene lugar cuando hay dominabilidad. Esta culpa temeraria puede confundirse con el dolo eventual cuando es consciente, única razón por la que es necesario mantener en el injusto la distinción con la culpa inconsciente. De este modo, la clasificación de la culpa en temeraria y no temeraria... tiene mucha mayor importancia práctica que la de culpa consciente e inconsciente. Esta última, fuera de su utilidad para distinguir el dolo eventual de la culpa temeraria, no puede indicar ningún grado: no es cierto que la culpa consciente sea más grave que la inconsciente, pues muchas veces es mayor el contenido injusto de la acción de quien ni siquiera se representa la creación de un peligro con altísima probabilidad de concreción...”* (Derecho Penal, Parte General, Ediar, pag. 550).

Por estas razones, repito, no es procedente la queja en este aspecto.

4.- Luego, efectúa el impugnante un exhaustivo y meticuloso análisis de todos y cada uno de los elementos tomados en cuenta por el *a quo* para agravar la pena, los que trata de minimizar:

4.- a) En primer lugar, se agravia de que el juez tuvo en cuenta para aumentar el reproche la gravedad del episodio, *“consumado por la provocación de un riesgo innecesario”*, siendo obvio –según R.- que en todo delito culposo hay un riesgo, sino no sería delito.

Aquí es necesario precisar que en ningún tramo de su sentencia el magistrado de la cesura califica al riesgo innecesario como una agravación de la pena; todo el periplo

que transita –desde la pagina 23 hasta el punto D, de la página siguiente-, tiene como objeto describir la magnitud del injusto, la actitud temeraria, la pasividad de la víctima –lo que se analizará a seguido- lo que le permite ponderar, provisoriamente, que con todo ello se ubica en un monto punitivo *"muy cercano a la mitad de esta escala penal"*, pero no, como falsamente afirma el letrado defensor, ubica aquella circunstancia como agravación del reproche.

4.- b) Por otra parte, se agravia el abogado R. de la agravación de la pena por el uso de un arma de fuego de grueso calibre.

Razón lleva el quejoso, adelanto. En efecto, tal como he dicho en los casos en que se resolvió la no aplicación de la agravante del art. 41 bis para los casos de homicidios (y lesiones), he de reiterar aquí que, por el contrario, "*...Considero que no puede ser aplicada la agravante del art. 41 bis a los homicidios, por cuanto, en primer lugar, las ocasiones y modos que ameritan agravar las muertes violentas están previstas en el art. 80, por lo que en estricto apego al principio de legalidad, va de suyo que no está previsto el homicidio a mano armada entre ellos. Que tampoco puede estar previsto en la disposición del art. 41 bis, toda vez que, si el fundamento de la agravación es prevenir que mediante la violencia que implica utilizar un arma se genere el peligro de lesión contra la vida o la integridad física, y en el homicidio, por definición, dicho bien jurídico se encuentra irremediablemente perdido, mal podría agravarse la sanción por la materialización del resultado por el peligro que se cause...*" (de mi voto en **"Cria. Distrito Segunda s/investigación homicidio r/víctima M., D. M.-Trelew" (Carpeta 6174 OJTw, legajo 59678 MPF Tw)**").-

4.- c) Que tampoco puede ser tomado como agravante, tal como postula el defensor, el hecho de ser N. legitimo usuario de armas de fuego, toda vez que, precisamente, dicho extremo ya fue tenido en cuenta e hizo al contenido mismo de la calificación del luctuoso hecho como imprudente.

4.- d) Razón lleva también el quejoso que no puede endilgarse el hecho de haber sido, años ha, empleado policial. Si bien es lícito recurrir a los conocimientos e instrucciones especiales del agente para merituar en concreto el cuidado debido, no puede soslayarse que revistió en el escalafón policial hace muchos años y podría entenderse, achacar esa circunstancia, como una marca indeleble que lo persiguiría durante toda su existencia, cercano a la culpabilidad por conducción de vida y lejana al reproche por el acto.

4.- e) Llama la atención el intento del defensor de excluir la consideración de los motivos que determinaron a delinquir al agente para los casos de delitos culposos. Es original la intentona, pero no puede recibir el beneplácito de este Tribunal. No solo porque el juez García lo haya contestado en forma no solo tajante sino correcta, sino por el hecho que una interpretación armónica del sistema contenido en el art. 41 lo impone.

En efecto, de dar por cierta la interpretación del quejoso, en los delitos culposos no se podría tener en cuenta las motivaciones que el agente tuvo para emprender la acción que ocasionó el resultado violando el deber de cuidado; tal como aseveró el a quo, no se trata de estimaciones morales, sino, tan solo, de criterios normativos para analizar las motivaciones.

Eso es lo que ha efectuado el juez de la cesura, en forma certera, al analizar su temeridad y el fin nimio de cazar para dar de comer a los perros, motivo de emprendimiento de un acto riesgoso lejano, en mucho, al salvamento de un bien jurídico, rayano en alguna causa de justificación o cercano a un supuesto de inculpabilidad.

4.- f) En otro tramo de su recurso, se agravia de que el Juez García "*considera como agravante... que la victima no haya aportado circunstancias para la producción de resultados, la pasividad de la victima no hizo nada para obtener ese resultado, entonces eso es un agravante y la verdad es que esa circunstancia es la que constituye la*

generalidad en el resultado dañoso que sufre una persona, la generalidad es que no hizo nada como para merecer ese resultado, si hubiera realizado algún aporte a la producción del resultado ciertamente ahí ese sería una atenuante o incluso hasta un eximente de reprobabilidad..."

Al control de la sentencia se advierte que ha resaltado el a quo a "*la pasividad de la victima que transitaba despreocupado, disfrutando de un día de playa junto a sus amigos, en un lugar permitido para la circulación de cuatriciclos, y debió soportar las consecuencias sin ninguna posibilidad de evitación, debido que el accionar del legitimado no se la permitió, por lo que una solución justa será estimar la pena teniendo a la vista dicho norte pues aumenta el contenido de lo injusto a reprochar...".*

Evaluado el agravio, adelanto que en este punto, tampoco ha de acompañarse el reclamo del Defensor. Ha merituado el juez de grado, correctamente, la gravedad mayor del injusto penal de que se trata a partir de lo que puede llamarse "relaciones entre la víctima e imputación objetiva" (Ver Jakobs, Frisch, entre otros).

En ese sentido, si bien reservado casi para los accidentes de transito, es cierto que dentro del concepto de "extensión del daño" se plantea "*la cuestión de si el daño es totalmente imputable al autor, o si fue coacusado por la imprudencia de la víctima o de un tercero, y en qué medida ello puede constituir una circunstancia atenuante..."* (Ziffer, Patricia; Lineamientos de la determinación de la pena", Ad-hoc, 1996, pag. 126).

En el caso bajo estudio, el magistrado advirtió el problema y lo resolvió en forma adecuada; consideró como agravante del injusto (lo que amerita mayor culpabilidad por el acto) al reprochar el estado de indefensión de la víctima, o, lo que es lo mismo, en términos de relación de causalidad, la ausencia de co causación del resultado letal.

4.- g) Por otra parte, malinterpretando las expresiones del a quo, pretende el defensor interesar a este Tribunal sobre que se ha estimado como agravante la consideración de

las bondades y proyectos en la vida de la víctima. Nada más lejano a la realidad. Por el contrario, el juez García advierte expresamente acerca de la imposibilidad de efectuar tal análisis. Expresamente ha dicho –pagina 26- *"…cada vida del ser humano tiene sus particularidades, virtudes y defectos, pero no es lo que se pondera para establecer el monto de la pena sino, antes bien, el daño y su extensión respecto de esa muerte es lo que deber ser tenido en cuenta…".*

Nuevamente equivoca el camino el Sr. Defensor, puesto que el magistrado ha merituado, no la vida en particular del joven E., ni le dio mayor importancia que a otra vida concreta, sino, en forma ajustada y correcta, ha evaluado las consecuencias mediatas en el núcleo familiar de la víctima, en particular, a partir del testimonio de su señora madre.

5.- Por último, se agravia el defensor por la falta de atención del juez de la cesura a su petición de que se tenga en cuenta la *pena naturalis* sufrida por su pupilo, habida cuenta el escarnio público y la mediatización de su caso ante la opinión publicada. Solo diré, con el juez de grado, que nada mas alejado de la realidad es la circunstancia que la sanción social puede catalogarse de ese modo.

Mas allá de los intentos de la doctrina nacional y extranjera para conceptualizarla, es el mismo código procesal chubutense, dentro de las reglas de oportunidad, el que lo precisa en su art. 44, inc. 2, de manera clara y contundente contra los reclamos de la defensa. En concreto, es pena natural, *"en los delitos culposos, cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave, que torne desproporcionada la aplicación de la pena…".* Ante la claridad meridiana de la norma, nada mas cabe agregar; tan solo, rechazar el agravio.

6.- Por todo ello, teniendo en cuenta los descuentos que deben hacerse a la pena mensurada por el a quo, en los casos en que se ha dado razón al recurrente, pero, sobre todo, teniendo en consideración que en el marco general de la justipreciación efectuada ha de darse por validos los

razonamientos efectuados, el hecho de haber evaluado todos y cada uno de las postulaciones de las partes, que ha fincado su análisis en el grado de culpabilidad en un hecho que ha sido calificado como imprudente pero con una culpa temeraria –aunque inconciente- de proporciones superlativas, montando tal reproche en un injusto de importantes proporciones, corresponde fijar la pena que deberá sufrir el condenado N. en la de cuatro años de efectivo cumplimiento mas la inhabilitación para ser tenedor de armas que no ha sido materia de agravio.

7.- En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios, adhiero a lo propuesto por el colega que lidera el voto.

Así lo voto.

El juez Daniel Luis María Pintos dijo:

I.- En lo concerniente a la reseña del caso, me remito íntegramente a la contenida en el primer voto, toda vez que el mismo contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

II.- La Defensa de confianza del acusado N. ha cuestionado la fundamentación de la sentencia dictada, como producto del reenvío parcial dispuesto oportunamente por esta Cámara, calificándola como solo aparente, es decir un supuesto de ausencia de motivación. No comparto el temperamento que expone el impugnante: a título meramente comparativo, y como herramienta de argumentación a contrario, recordaremos que se entiende por tal que aquella existe "… cuando la sentencia, no obstante incluir una exposición en apoyo o justificativa de la decisión, en realidad elude dar cuenta de las razones de esta, de manera que lo argumentado no guarda relación con lo decidido o esta es puramente superficial y no explicativa" (cfme. Andrés Ibáñez, Perfecto: en la obra "Justicia penal, derechos y garantías", del trabajo titulado "La sentencia penal", edits. Palestra - Temis, Lima – Bogotá, año 2007, pág. 213).-

Otros autores prefieren la denominación de motivación "ficticia", y enseñan que configura, en verdad, uno de los posibles casos de *error in iudicando*; que consiste en la "omisión sustancial de motivos encubiertos bajo el ropaje de la motivación formal", y que se da en una gran cantidad de hipótesis. A todo evento, se ha sostenido que es "el expediente de coartada", que sirve para burlar la garantía de motivación judicial, y ello en beneficio de un "arbitrio judicial descontrolado" (cfme. "La motivación de las resoluciones judiciales", por Tomás-Javier Aliste Santos, edit. Marcial Pons, Madrid, Colección "Proceso y Derecho", año 2011, pág. 398).-

Nada más alejado del presente caso, en el cual excepción hecha de algunas correcciones que examinaremos oportunamente, es posible afirmar que la sentencia recurrida satisface, de modo adecuado, todos los requerimientos procesales de los arts. 329 y ss., 345, 4° párrafo, y ccs. del CPP. En efecto, en el decisorio se encuentran presentes, en primer término, la propia valoración de la conducta enjuiciada, desde el punto de vista de la pena a imponer; luego, la justificación de dicha valoración, en especial de las circunstancias agravantes que concurren en el caso; y finalmente, la traducción cuantitativa de la merituación referida, a través de diversas herramientas útiles a tales fines (v.g. el punto de ingreso, la incidencia de las pautas de agravación, etc.) –tal como se recomienda en la doctrina, cfme. Garibaldi, Gustavo E. L., Análisis de Fallo, en t. 9 de la obra colectiva "Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", dirección Leonardo G. Pitlevnik, edit. Hammurabi, año 2010, pág. 261: "…Dentro de la propuesta acusadora y en el marco de la argumentación de su representación, el juez en el encargado de traducir cuantitativamente la valoración que se le encomienda; por cierto, explicando el razonamiento formador de ese *quantum*, en el punto de ingreso, los límites de incidencia de cada pauta votada y razones de la efectiva asignación de una cierta influencia y no de otra, de modo tal que sea **posible**

la crítica facilitando la actividad **revisora**…" –el destacado me pertenece-.-

III.- 1) Los componentes de la culpabilidad ante la medición judicial de la pena: entendemos que el concepto de culpabilidad subyacente a la medición judicial de la pena, no es siempre idéntico al concepto de culpabilidad de la teoría del delito -en el sentido del tercer elemento de la construcción del hecho punible-, sino que sigue sus propias reglas. Este se construye a partir de un componente de acción y de resultado.-

En el marco del componente de resultado, recae sobre el autor la extensión atribuible de todas las consecuencias típicas o extratípicas, en tanto él deba responder por ellas. Los componentes de acción y de resultado de la culpabilidad en la medición judicial de la pena, no son idénticos con el concepto de ilícito de acción o de resultado en la teoría del delito, por cuanto éstas están de antemano referidas al tipo, en tanto con la medición judicial de la pena es preciso ir más allá del tipo delictivo.-

En el ámbito de la medición de la pena, la división entre componente de acción y de resultado es importante, por cuanto las reglas a que se hallan sometidos son parcialmente discrepantes. Por ello, se sostiene en la doctrina que: "Solo el conjunto de ambos componentes nos informa el contenido de ilícito y de culpabilidad del hecho que deberá ser valorado en la medición judicial de la pena" (Maurach, Reinhart, actualizada por Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf, "Derecho Penal", tomo 2, Traducción de la 7ª edic. de 1988, supervisada por E. A. Donna, Parte General 2, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1995, págs. 724 y sstes.).-

2) En tal entendimiento, el *a quo* ha valorado correctamente que la pena debe graduarse en relación con el daño o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos, ocasionados por el injusto. El principio que enunciamos encuentra antecedentes en el art. 8° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La necesidad de correlación entre los efectos del delito y la sanción está

expresamente prevista en el inciso 1° del art. 41 del Código Penal, en el que se alude, como un parámetro básico, a la extensión del daño y el peligro causados. La proporcionalidad de la pena se constituye en un motivo de equilibrio para la reacción represiva del Estado, que insufla racionalidad evitando que se produzca un castigo excesivo allí donde no es estrictamente necesario, para lo que suministra una más sólida referencia la consideración de la perspectiva de la víctima, tradicionalmente postergada frente a la comunitaria o colectiva.-

Un aspecto importante sobre el que aquí cabe reflexionar es si para graduar la pena deben justipreciarse solo las llamadas "circunstancias típicas" o si también pueden ser objeto de evaluación las "extratípicas". Las primeras se vinculan a la intensidad y a la extensión de la lesión del bien jurídico protegido por la figura penal aplicada en la sentencia condenatoria, en tanto las segundas se inscriben en lo que con un propósito gráfico podríamos denominar efectos colaterales. Un abuso sexual o un homicidio no sólo afectan la libertad sexual de la víctima, sino que pueden también incidir gravemente en la órbita de sus relaciones familiares. En el Derecho alemán, las consecuencias extratípicas tienen importancia y prevalece la idea de que su evaluación y cómputo no afecta el principio de legalidad (ibídem).-

En efecto, expone el jurista citado que: "El círculo de tales consecuencias extratípicas es sumamente amplio; ellas se pueden producir respecto de la víctima del hecho (p. ej., la incapacidad de realizar una labor remunerada como consecuencia de una lesión corporal), de parientes de las víctimas del hecho (supuesto estado de shock de los padres como consecuencia de la muerte accidental de un niño), así como también de terceros ajenos o de la colectividad en general (sentimiento general de inseguridad debido a una serie de hechos punibles, indignación provocada por un asesinato sexual sumamente cruel). Cabe señalar en forma especial, respecto de estos últimos, que se demuestra que

los hechos punibles también pueden producir daños en sentido ideal, que pertenecen a las repercusiones del hecho en el ámbito de la medición judicial de la pena.-

Aquí se hace visible un punto de contacto con la prevención general, cuya tarea en sentido positivo es la de mantener la fidelidad al derecho de la población. Desde esta perspectiva, las repercusiones dañosas del hecho sobre la colectividad pertenecen a las consecuencias imputables al hecho, en la medida que el autor pueda ser responsabilizado por ellas. En el marco de las repercusiones del hecho se presenta también especialmente, la necesidad de satisfacción del lesionado (y, bajo ciertas circunstancias, también de sus parientes más cercanos). Si bien la necesidad de satisfacción en cuanto tal no es reconocida como un fin de la pena, ella contribuye a determinar las repercusiones en sentido ideal.-

En la doctrina nacional, por su parte, se señala que el primer aspecto que debe tomarse en cuenta, cuando se habla del daño ocasionado por el delito, es el relativo a los límites en que este debe ser considerado; en este tema aparecen razones de índole objetiva y subjetiva, que llevan a reflexionar sobre cuáles consecuencias son las computables para proporcionar una pena.-

Las repercusiones en el nivel de vida del afectado, o de las personas directamente allegadas a él, son las que podrían tener influencia en la mensura de la pena, y no sólo las que se limitan a la mella que el ilícito hace, de modo específico, en el bien jurídico protegido por la figura penal de que se trate. Para establecer algún grado de limitación en el cómputo de este tipo de repercusiones del ilícito, se ha indicado que un requisito para que operen con efecto agravante de la sanción, consiste en que la consecuencia debe estar conectada de forma objetivamente imputable con la realización del tipo y residir dentro del ámbito de protección de la norma infringida (Fleming-Viñals, "Las Penas", edit. Rubinzal . Culzoni, año 2009, pág. 373/374).-

3) El *a quo* acordó razón en el pronunciamiento recurrido, también muy acertadamente a mi entender, a la coincidente postura que alegaran tanto la Fiscalía como la Parte Querellante, al destacar que se trató de un hecho sumamente grave consumado por la provocación de un riesgo innecesario, al practicar caza de animales en horas del día, en un área donde las personas se dedican a la pesca, paseos en cuatriciclos y a otras actividades al aire libre en una zona cercana al casco urbano de la zona de Playa Unión, calificándola como una imprudencia "temeraria".-

Al respecto, podemos leer en Mirentxu Corcoy Bidasolo, "El Delito Imprudente. Criterios de imputación del resultado", 2ª edición, de la Colección "Maestros del Derecho Penal", edit. Bdef, Bs. As., año 2005 que: "… la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo español determina el grado de imprudencia en atención a la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado. La infracción del deber objetivo de cuidado merecerá la calificación de **imprudencia temeraria** siempre que se infrinjan **elementales deberes** exigibles a la persona cuidadosa; en caso de 'desobediencia a norma general de la convivencia humana', ante la 'omisión de deberes de cuidado elementales'; o por manifiesta inhibición del primario deber objetivo de cuidado … El planteamiento anterior podría dejar entrever que la gravedad del injusto imprudente se concreta, exclusivamente, a partir de la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado y esto es cierto, pero solo en parte. Decimos 'sólo en parte' porque la determinación del elemento objetivo que fundamenta la imprudencia temeraria se hace en relación con el 'poder saber' o 'poder prever', es decir, con el elemento subjetivo, que aquí llamamos 'deber subjetivo de cuidado' … el 'poder saber' –aspecto subjetivo que aquí denominaríamos 'cognoscibilidad'- condiciona la intensidad de la infracción del deber objetivo de cuidado. En la resolución de casos se advierte la **interrelación existente entre deber objetivo y subjetivo de cuidado**. El Tribunal Supremo, desde planteamientos diferentes, llega a la misma conclusión que

alcanzábamos al examinar el deber subjetivo de cuidado: el contenido de éste, como 'deber conocer', la ubicación sistemática en el injusto, sobre la base de su interrelación con el deber objetivo de cuidado y su influencia en la determinación de éste…" (págs. 360 y ss., el destacado me pertenece).-

En consonancia con ello, estimo pertinente recordar también, como argumento a contrario para nuestro caso, que: "… en materia de delitos imprudentes, podríamos afirmar que cuanto mayor esfuerzo deba hacer el individuo para configurar el rol del hombre prudente -partiendo de la realidad de que la vida social importa riesgos que se consideran permitidos- menor será su grado de culpabilidad …" (cfme. "Determinación de la pena en los delitos culposos", María Laura Garrigós, publicado en "Revista de Derecho Penal", 2002-1, "Delitos culposos - I, RubinzalCulzoni Editores, Santa Fe, año 2002, pág. 244; citada también en el fallo del Tribunal Oral Crim. n° 4, 1/2/2015 – "V., C. G.", publicado en "Revista de Derecho Penal y
Procesal Penal", edit. Abeledo Perrot, pág. 840 y ss., Abril 2016). Agrega, más adelante, la articulista de mención que "No sólo se deberá considerar si el sujeto creó un riesgo no permitido, o agravó el nivel de riesgo permitido, sino también si está en condiciones de advertir este aumento del riesgo…. Los grados de **su comprensión** determinarán los de su culpabilidad, que habrán de **incidir en la medida de la pena**" (ibídem, pág. 246).-

4) En lo concerniente a la crítica defensista a la forma como el Juez Penal de la cesura de pena, ha interpretado una cita del jurista nacional Eugenio Raúl Zaffaroni, tampoco será de recibo la pretensión. Para ello, se tiene en cuenta que en idénticos términos al nombrado –es decir, por la escasa relevancia actual de la clasificación dogmática de la culpa, que la divide en consciente e inconciente-, se pronuncia también el Derecho comparado: "La distinción entre culpa consiente y culpa inconsciente no tiene hoy la importancia que durante el imperio de la teoría psicológica

de la culpabilidad se le atribuyó. No obstante, sigue siendo necesaria para la distinción de dolo eventual e imprudencia, … Por otra parte, condiciona la imputabilidad subjetiva de la infracción del deber objetivo de cuidado: a igual gravedad de esta infracción, mayor imputación subjetiva de la misma en la culpa consciente. Pero, por supuesto, **la culpa inconsciente podría ser tan grave o más que la consciente** si la infracción del deber objetivo de cuidado que supone es mayor que la realizada con culpa consciente" (cfme. Mir Puig, Santiago: "Derecho Penal. Parte General", 7ª edic., edit. Bdef, año 2004, Montevideo – Bs. As., el destacado me pertenece).-

En conclusión, no se ha demostrado en este punto, que exista afectación del principio de proporcionalidad, a partir de la interpretación seguida por el juzgador, en materia de delimitación de la órbita correspondiente a la imprudencia inconciente -o sin representación del resultado-
.-

5) Por último, hemos de destacar que merece aprobación asimismo, toda la valoración atinente al deber de previsión, en las concretas circunstancias de tiempo, lugar, etc., ya descriptas reiteradamente, en particular respecto al punto relativo al agravio de la Defensa; que pretende que, si bien el hecho tuvo lugar en temporada de verano, aquel día se presentaba muy ventoso y, en general, subraya que las condiciones meteorológicas no eran óptimas, lo cual debería conducirnos a disminuir la intensidad del reproche, toda vez que entonces el autor ya no habría tenido tanta obligación de cuidado, respecto a la presencia de ocasionales turistas, veraneantes, vecinos, transeúntes, vehículos, etc..-

En la doctrina se sostiene, que las inferencias "constituyen el motor lógico del cual se nutre la motivación judicial"; y asimismo, que ciertos tópicos que repetimos habitualmente, como las "máximas de la experiencia", la "prueba indiciaria", la "lógica de las resoluciones judiciales", etc., todos ellos tienen como "centro de gravedad" el concepto de inferencia. Ahora bien, también se

enseña que en el ámbito propio de las inferencias inductivas, se utilizan las "generalizaciones", que pueden ser de dos tipos: completa e incompleta; siendo esta última, la más habitual en cualquier clase de razonamiento argumentativo, y también en la motivación judicial de la cuestión de hecho, que se expresa en términos de "probabilidad" –lo importante es entonces, el grado de probabilidad o verosimilitud-. Por ende, cualquier argumento erigido gracias a esta inferencia inductiva, puede refutarse presentando excepciones que no permitan sostener la validez de la regla general (cfme. Aliste Santos, ob. cit., págs. 277 y ss.).-

Más adelante, continúa diciendo este autor que: "… La probabilidad cuantitativa objetiva centra sus esfuerzos principalmente en la **frecuencia** con que un determinado hecho, estimado cierto, puede **verificarse** dentro de una serie de fenómenos, y constituye la base del razonamiento **estadístico**" (págs. 302 y ss., el destacado me pertenece).-

Por su parte, de modo magistral, nos enseña Taruffo que "… un enunciado que vincula dos hechos en términos de probabilidad, afirmando que la existencia de uno de ellos hace probable la existencia del otro, no es equivalente a un enunciado que vincule dos hechos afirmando que uno de ellos es causa del otro. Esos enunciados, en efecto, tienen significados distintos y describen realidades distintas, en la medida en que ofrecen interpretaciones diferentes de la realidad a la que se refieren… La cuestión de si **el lenguaje de probabilidad**, y no el de la causalidad, **es el adecuado** para describir el hecho que se trata de probar depende de la naturaleza del supuesto de hecho sustantivo que se funda sobre ese hecho. Si, por ejemplo, hacemos referencia a supuestos de hecho en los que lo jurídicamente relevante es el denominado *aumento del riesgo*, el correspondiente enunciado fáctico puede ser **correctamente** formulado **en términos de probabilidad.** El aumento del riesgo, en efecto, se configura normalmente como una situación en la que la ocurrencia de un evento hace **más probable** la ocurrencia de

otro, de modo que el riesgo de que se produzca este segundo evento aumenta cuando se produce el primero (nota al pie de página: 'se produce un aumento de riesgo cuando entre dos eventos se establece un nexo de causalidad general')…Este tipo de situaciones resulta **relevante** cuando se trata de **evitar** la producción de un perjuicio, que se hace **más probable** con la ocurrencia del hecho dañoso, o bien cuando la ley sanciona **comportamientos peligrosos** en sí mismos, configurando el riesgo o el peligro producidos por un determinado comportamiento como jurídicamente relevantes de forma autónoma".-

Agrega el eminente procesalista que: "… La causalidad general es aquella que permite establecer un vínculo entre dos tipos de eventos según los cuales, en la muestra tomada en consideración, la producción de un evento de un cierto tipo hace más probable la producción de un evento de otro tipo… En resumen, el nexo de causalidad general permite afirmar que un tipo de hecho puede determinar la ocurrencia de otro tipo de hecho en el ámbito de determinada muestra y establece el nivel de *riesgo relativo* de un hecho en conexión con otro hecho. Un nexo de causalidad general puede expresarse **adecuadamente** –como suele hacerse- en términos de **probabilidad**, dado que versa sobre la **frecuencia** en que se produce un evento en presencia de otro evento, siempre en el ámbito de **la muestra que se toma en consideración**…" –cfme. "La prueba", autor citado, págs. 253 y ss., edit. Marcial Pons, Madrid, año 2008, el destacado me pertenece-.-

En nuestro caso, la regla probabilística se podría enunciar del siguiente modo: en la zona costera de la región patagónica, durante el período estival, dadas las características generales del clima -ventoso, fresco, nublado, etc.-, aún cuando el día no presente condiciones óptimas (que serían, a título de ejemplo: soleado, calmo, cálido, etc.); igualmente, es probable que haya presencia de jóvenes, turistas, etc. en el lugar, ya sea caminando, corriendo, en vehículos de distinto porte, etc., dado que en razón de la media general, aquellos caracteres desfavorables

no alcanzan para descartar la posible concurrencia de gente -como tal vez sí ocurra en zonas mucho más cálidas, como ser la costa atlántica de la Provincia de Buenos Aires, y países extranjeros cuyo fuerte es el turismo de playa- (frecuencia estadística, y también las máximas de la experiencia, como tuvo en cuenta el Juez Penal en el presente caso).-

6) En lo concerniente a la valoración de los motivos de la acción, no compartimos la postura del recurrente, ya que resulta muy forzada. Efectivamente, debe aplicarse el concepto también a la subjetividad propia del injusto que nos ocupa, con las adaptaciones que sea menester, y no limitarlo al ámbito de los delitos dolosos, *so pretexto* de interpretación literal estricta; teniendo en cuenta la ubicación sistemática del art. 41 del CP, es evidente que esta norma ha sido concebida por el legislador, para ser utilizada en la medición de la pena de todo el catálogo represivo, es decir se trate de tipos comisivos, omisivos, dolosos, culposos, preterintencionales, de peligro –concreto y abstracto-, de daño, permanentes, de pura actividad, etc.-

El planteo además, ya ha sido rebatido en nuestra precedente sentencia sobre el juicio de responsabilidad, donde en línea con el razonamiento utilizado ahora por el Juez a quo en la cesura de pena, se había destacado que la finalidad de ir a cazar guanacos para alimentar a unos perros, no acarrea ningún beneficio comunitario, solidario, ni humanitario, susceptible de computarse en la presente instancia a favor del acusado.-

7) Finalmente, tampoco será de recibo el agravio consistente en la presunta existencia de una "pena natural", que afectaría al encartado, como fundamento para una posible circunstancia de atenuación. Para ello, solo hemos de remitirnos a lo dispuesto en los arts. 44, inc. 2, y ccs. del CPP, como pauta de interpretación –contextual- a contrario; dado que ello revela, muy claramente, que no concurre en el presente caso ninguna aflicción de aquella naturaleza.-

IV.- Agravios que sí prosperan.-

1) Si bien, estrictamente, no se recepta el agravio relativo a la utilización del método comparativo, con otros precedentes de condena por delitos culposos, en razón de las peculiaridades que exhibe el supuesto que nos convoca, sí ha de tomarse en cuenta aquella argumentación en líneas generales; y vinculada al principio de proporcionalidad, que es esencial resguardar siempre, en materia de individualización judicial de la pena.-

2) En cuanto a la valoración del medio empleado para cometer el delito, le asiste razón al Defensor de confianza, en el sentido que se ha tratado de un elemento tan relevante para el juicio de responsabilidad, que no es posible volver a merituarlo en la presente etapa.-

Tampoco alcanza a erigirse en una agravante, el ejercicio de la función policial, en atención al tiempo transcurrido desde que el imputado N. se desempeñó en la fuerza de seguridad provincial; ni a la condición de legítimo usuario de armas, desde que no se advierte cómo debería incidir ello, para agravar la respuesta punitiva, cuando se trata de una actitud que exhibe fidelidad hacia el orden jurídico.-

En particular, me interesa destacar que toda la línea argumental que desarrolla el impugnante en este punto, viene a confirmar el temperamento que hemos expuesto en la sentencia del pasado mes de diciembre de 2015; como así también en el presente voto, al convalidar la inteligencia del juzgador de la instancia de grado, respecto a la existencia de una culpa “temeraria”, es decir que el deber de cuidado no se edifica en el caso mediante el recurso a ningún conocimiento “especial”, sino al más genérico y elemental, del hombre prudente que por su edad, condiciones personales, lugar de residencia, experiencia de vida, manejo de armas de fuego, etc., no podía ignorar el riesgo altísimo para el bien jurídico vida humana, que generaba con su conducta.-

3) En materia de imprudencia rige, en principio, el estándar de la mutabilidad de la víctima, o del carácter

fungible de la víctima, toda vez que tal como ocurre en nuestro caso, la construcción del deber de cuidado exigible al autor del hecho, se practica a partir de seres anónimos para el acusado, que podrían haber circulado en la emergencia por la zona riesgosa; como ya se ha explicado: eventuales turistas, bañistas, jóvenes deportistas, etc., de los cuales N. –cabe presumir-, desconocía su identidad personal.-

Ello no significa descalificar el argumento del judicante, relativo a lo que denomina como la "pasividad" de la víctima, extremo que ya fuera rescatado en la sentencia del juicio, por el voto disidente de la Jueza Penal Servent –página 91, foja 265 de la Carpeta- ("… tampoco los eventuales terceros podían conocer que corrían riesgo y tomar determinados recaudos para su salvaguarda"), y al que hubimos de remitirnos en nuestro voto de la sentencia n° 25/15, apartado I.- 2) de la tercera cuestión, por compartirlo.-

4) A ello se suma que las ya referidas "consecuencias típicas", deben ser consideradas concretamente en la medición judicial de la pena, conforme a la intensidad y la extensión del bien jurídico (gravedad de las lesiones corporales; duración de la privación de la libertad; medida de la puesta en peligro proveniente de una conducción en estado de ebriedad).-

Ahora bien, la prohibición de la doble valoración aunque no se opone básicamente a una semejante concreción, sí la prohíbe allí donde un escalonamiento cualitativo o cuantitativo sea inadmisible, por causas especiales; y conforme a nuestra concepción jurídica, la vida humana no es susceptible de valoraciones cuantitativas o cualitativas, sería "inadmisible" que, por ejemplo, en el marco de "la determinación de una pena de un homicidio culposo", la destrucción de una vida joven, floreciente y llena de perspectivas, fuere considerada como de mayor gravedad (cfme. Maurach, ob. cit.).-

Agrega este autor que, en consecuencia: "… la prohibición de la doble valoración constituye un límite a la estimación

de las cualidades de la víctima (…); de manera tal que la destrucción de una vida joven, que recién comienza su desarrollo, no constituiría una causal admisible de agravación de un homicidio doloso o culposo, más sí, por lo general, la sensible disminución patrimonial en los delitos contra la propiedad y la concreta extensión de la lesión corporal (en tanto esta no conduzca por sí misma a una modificación del marco punitivo, …").-

Cabe recordar que, con la anterior competencia como tribunal de juicio de la entonces Cámara Primera en lo Criminal (de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia), reiteradamente mantuvimos un criterio similar, aunque siempre en materia de delitos de Homicidio doloso (v.g. sentencias de fecha 30 de diciembre de 2002, y 26 de junio de 2006, entre otras, con cita de la jurisprudencia constante del TCPBA, sala II, que ha sostenido que: "… valorar la extensión del daño causado cuando el bien jurídico afectado es la vida, en función de la edad y condición de trabajador de la víctima, si bien es común en las sanciones reparatorias de otras ramas del derecho, **no parece posible en el derecho penal**, porque más allá de las miserias propias de cada individuo. Éste protege el supremo bien de la vida con un **sentido igualitario** que deriva de la **dignidad proveniente del ser humano**…" (cfme. "Gómez, Elsa, sentencia del 29/8/2000, TCPBA, Sala II, publicada en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Casación", edit. Ad.hoc, t. 2, pág. 490, el destacado me pertenece).-

Me aparto en esto, solo parcialmente, de los votos precedentes, pero sin que ello modifique el resultado final del análisis del caso.-

5) Por ende, corresponde receptar favorablemente en forma parcial, el recurso ordinario intentado y reducir el monto de pena de prisión impuesto a cuatro años de prisión, conforme al resultado unánime de la liberación.-

En apoyo de este criterio decisorio, hemos de tener muy presente la opinión de Mir Puig, en el sentido que : "En el **Estado social y democrático de Derecho**…, el Derecho penal ha

de proteger a la Sociedad mediante una **prevención general** y una **prevención especial** sometidas a **principios limitadores** como los de legalidad, utilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, humanidad, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización …" (cfme. ob. cit., págs. 723 y ss.; quien más adelante reitera que "…la enumeración de factores a tener en cuenta en la determinación de la pena por parte del Código penal no impide que el juzgador pueda y deba atender además a todos los **principios que han de limitar el *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho**: principios de utilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, resocialización, humanidad, etc.. En particular hay que resaltar la necesidad de que la medición judicial de la pena respete un principio constitucional básico: el **principio de igualdad**. Este principio ha de **impedir** tanto que por razones coyunturales… se esgrima la prevención general para elevar la pena de algún o algunos individuos más que la de otros, como que la prevención especial se administre desigualmente") –el destacado pertenece al original-.-

En particular, acerca del principio de utilidad, se ha sostenido que abrir el debate sobre este punto ha de contribuir "a renovar la credibilidad del ordenamiento, maximizar su rendimiento y a la vez depurarlo de sanciones ilegítimas, con la consecuente ganancia en términos de derechos individuales y sostenibilidad del discurso punitivo". El examen constitucional de razonabilidad puede descomponerse en los subprincipios de proporcionalidad necesidad e idoneidad, que a su vez se traducen al ámbito del derecho penal como los **principios de proporcionalidad**, *ultima ratio* y **utilidad de la pena** … la realidad actual pide como nunca un contrafreno al fenómeno del penalismo simbólico, contamos con que los esfuerzos y el saber científico se encolumnen tras la idea que solo una tutela de los bienes jurídicos protegidos pueden justificar el costo social que implica la pena…" (cfme. Patricio Esteban en su artículo "Estudio sobre la inconstitucionalidad de las penas

inútiles", Sección "Doctrina", publicado en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", edit. Abeledo Perrot, dirigida por Pedro J. Bertolino y Patricia Ziffer ya citada, abril 2012, el destacado ha sido agregado al original).-

6) A partir del análisis del conjunto semántico que recoge las prescripciones del art. 41, inc. 1°, del C.P., en cuanto alude a la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado, es que también he de añadir que, en nuestro caso -más allá del monto de la pena escogido, que no autoriza la condena en suspenso-, existen fundadas razones para que la sanción sea de cumplimiento efectivo.-

Para ello, tengo en cuenta que la mencionada naturaleza de la acción ha tenido como característica, una actitud desaprensiva o desidiosa por parte del acusado N.; quien, el día del hecho, no sólo infringía cualquier parámetro de cuidado, sino que actuó en las circunstancias de modo y lugar a las que ya se hiciera referencia precedentemente, que aumentan el grado de reprochabilidad, dada su edad, su condición de vecino de la zona, y además ser conocedor de armas de fuego.-

Justamente, en el marco de la culpa en el que ha quedado encarrilada la cuestión, deviene reflexivo estimar que, aún cuando es cierto que debe hacerse hincapié en la mutabilidad de quien resultara destinatario de la infracción –como ya se explicara-, sin embargo, ello no significa que dicho carácter fungible de la víctima de la imprudencia, pueda evitar que sus familiares y amigos, se sumerjan en un "cortejo fúnebre permanente", tal como lo ha descripto la jurisprudencia en casos similares (cfme. T.O.C. n° 4, publicado en "Revista Derecho Penal y Procesal Penal", abril 2016, ya citado); todo lo cual debe necesariamente reflejarse en la cuantificación de la pena, y su forma de cumplimiento.-

V.- En conclusión, por todo lo expuesto, sumo mi voto parcialmente por la afirmativa a la presente cuestión planteada, y adhiero al dictado del siguiente pronunciamiento: 1) Hacer lugar parcialmente a la impugnación

ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado O. R. N. -cuyas demás circunstancias personales obran en autos- contra la sentencia Nro. 146/16 OJ Rw dictada en fecha 17/03/16; 2) Modificar la pena impuesta al acusado en la sentencia recurrida, fijándola en definitiva en cuatro años de prisión, manteniéndose la inhabilitación por el impuesta y no impugnada (art. 84 y 45 del C.P), por el hecho acaecido el día 09/12/14 en el Paraje "E. S." de la villa balnearia de Playa Unión,
Rawson, en perjuicio de E. P. P..-

VI.- 5. En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios, adhiero a lo propuesto por el colega que lidera el voto.

Así voto.

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado O. R. N. -cuyas demás circunstancias personales obran en autos- contra la sentencia Nro. 146/16 OJ Rw dictada en fecha 17/03/16;

2) Modificar la pena impuesta al acusado en la sentencia recurrida, fijándola en definitiva en cuatro años de prisión, manteniéndose la inhabilitación impuesta y no impugnada (art. 84 y 45 del C.P), por el hecho acaecido el día 09/12/14 en el Paraje "E. S." de la villa balnearia de Playa Unión, Rawson, en perjuicio de E. P. P.;

3) Imponer las costas al acusado (art. 241 CPP), regulando los honorarios profesionales del Dr. O. R. en la de suma de cuarenta (40) JUS por la labor desarrollada en esta instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-15 (antes decreto-ley 2.200); y

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese

Alejandro Gustavo Defranco **R. Adrián Barrios**

Se deja constancia que el juez Daniel Pintos, ha remitido su voto a esta sede, vía correo electrónico y con firma digital Registrada con el Nro. 14/2016 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.