

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38383/2013/TO1/CNC1

Reg. n° 413/2015

En la ciudad de Buenos Aires, a los 2 días del mes de septiembre del año dos mil quince, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Gustavo A. Bruzzone, Eugenio C. Sarrabayrouse y Daniel E. Morin, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 849/59 por el abogado Lucas A. Tornini, letrado defensor de confianza de Eduardo Ezequiel Abarrategui; en la presente causa n° 38.383/2013, caratulada “**Abarrategui, Eduardo Ezequiel s/homicidio culposo**”, de la que **RESULTA:**

I. Con fecha 3 de febrero de 2015, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 10 de esta ciudad resolvió, en lo que aquí interesa: “*CONDENAR a Eduardo Ezequiel Abarrategui, de las demás condiciones personales obrantes en la causa, como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo, agravado por la cantidad de víctimas –dos- y por haber sido ocasionado por la conducción imprudente de un vehículo automotor, en concurso ideal con lesiones culposas agravadas por su entidad y por haber sido ocasionado por la conducción imprudente de un vehículo automotor, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN [...] (arts. 12, 29, inc. 3°, 45, 54, 84, segundo párrafo y 94, segundo párrafo, del Código Penal; 530 y 531 del CPPN)*”.

II. Contra esa sentencia interpuso recurso de casación el abogado Lucas A. Tornini, a cargo de la asistencia técnica de Abarrategui, el que fue concedido por el *a quo* a fs. 864/vta. y mantenido en esta instancia por la parte a fs. 872.

El recurrente canalizó sus agravios por la vía del inc. 1° del art. 456, CPPN, indicando que el tribunal de juicio ha efectuado una errónea aplicación de los arts. 26, 40 y 41 del Código Penal de la Nación.

En primer lugar, argumentó que al momento de ponderar las circunstancias atenuantes y agravantes que graduaron el monto de pena,

el tribunal valoró el “*daño causado*” por la conducta, lo cual no resulta ajustado a derecho por cuanto implicó un doble agravamiento no sólo del delito sino también de la pena, dado que aquél ya se encuentra subsumido dentro de la figura legal en juego.

Luego, consideró que las atenuantes de las que dio cuenta en su alegato no fueron tenidas en cuenta por los jueces, que ninguna mención han hecho al respecto en la sentencia, siquiera para rechazar su valoración, lo que en este sentido la convierte también en arbitraria.

Así, remarcó que durante el debate había solicitado expresamente que se considerara no sólo la carencia de antecedentes penales y la juventud de su asistido, sino además las consecuencias que el suceso acarreó para él, quien en virtud del fallecimiento de dos de las víctimas había sufrido una verdadera pena natural, a punto tal que desde ese día y por decisión propia, ha dejado de conducir.

En este aspecto, remarcó que ha sido exagerada la reacción punitiva, por cuanto su culpabilidad se encuentra compensada por las graves consecuencias del hecho, y que fue él mismo quien se infligió un mal como consecuencia de su propio accionar imprudente.

Del mismo modo, consideró que se debió tener en cuenta como pauta de mensuración la falta de infracciones vehiculares de su defendido, circunstancia que denota un claro apego al cumplimiento de las normas de tránsito y la prudencia y responsabilidad con la que se ha desenvuelto durante toda su vida, siendo el hecho que aquí se investiga la única manifestación de un obrar imprudente.

En virtud de estas consideraciones, que no han sido ponderadas por el *a quo* en la sentencia recurrida, la defensa entiende que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad que subyace a todo el sistema de graduación de la pena.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38383/2013/TO1/CNC1

Tras ello, criticó la forma en que se rechazó la aplicación de lo dispuesto en el art. 26, CP, puesto que en el caso se trata de una primera condena a prisión que, de acuerdo a las circunstancias atenuantes que reclamó de aplicación, no debería exceder de los tres años.

Argumentó que del fallo impugnado no surge con claridad cuáles fueron los parámetros tenidos en cuenta para rechazar la condicionalidad de la pena, ni se ofrecieron fundamentos concretos para apartarse de ella. En tal sentido, enfatizó que su defendido se desempeñó durante toda su vida bajo estricto ceñimiento a la ley, y que además es una persona joven que ha mostrado el debido respeto y arrepentimiento por el hecho ocasionado a raíz de su imprudencia.

Señaló que los sentenciantes han llevado a cabo un juicio de valor sobre Abarategui de dudosa constitucionalidad, pues la moralidad del sujeto no puede ser ponderada como elemento a tener en cuenta a la hora de hacer una evaluación sobre la condicionalidad de la pena a imponerle, ya que ello se encuentra bajo resguardo del principio de reserva de ley (art. 19, CN).

Entendió que los fundamentos del *a quo* no resultan más que generalidades tendientes a justificar una sanción de cumplimiento efectivo, en miras a tutelar una alegada prevención especial y general que el propio instituto de la condenación condicional prevé, pues en definitiva se trata de la imposición de una pena.

Resaltó que la finalidad de este instituto es la de evitar los efectos deteriorantes de la prisión para el individuo que por primera vez se enfrenta a una pena, y que si bien su aplicación es facultad de los tribunales, también implica -a su criterio- un derecho para el imputado, siempre que se cumplan las exigencias legales, como sucede en este caso.

En suma, consideró que no existía razón alguna para denegarle la condicionalidad de la pena, y que por ende en este aspecto la sentencia se exhibe como arbitraria.

Por lo expuesto, solicitó que se case la decisión en estudio y se imponga a su asistido una pena de prisión de ejecución condicional, conforme las disposiciones del art. 26 y cctes., CP.

III. Puestos los autos en la Oficina Judicial por el término de diez días (art. 465, 4º párrafo y 466, CPPN), a fs. 880/886 se presentó el recurrente a ampliar fundamentos.

Luego, el 24 de junio del corriente, se celebró la audiencia prevista por el art. 465 y 468 CPPN, a la que compareció el imputado Ezequiel Abarrategui junto con su abogado defensor, quien expresó agravios.

Tanto en la ampliación de fundamentos durante el término de oficina como en la audiencia oral, el letrado reprodujo los agravios plasmados en el escrito de interposición del recurso, reiterando la solicitud de que se case la decisión en estudio y se imponga a su asistido una pena de ejecución condicional.

IV. Finalizada la audiencia el tribunal pasó a deliberar, en uso de la facultad que le otorga el art. 469, CPPN, de todo lo cual se dejó constancia en el expediente. Efectuada la deliberación y conforme lo allí decidido, el tribunal resolvió del siguiente modo.

CONSIDERANDO:

1.- Puntualmente lo que la defensa de Abarrategui cuestiona y discute es que no se lo condene condicionalmente de acuerdo a lo dispuesto en el art. 26, CP. No su responsabilidad en el hecho ni la subsunción legal atribuida, como tampoco la pena de diez (10) años de inhabilitación especial para conducir vehículos, también impuesta. Su defensa critica los fundamentos brindados por los jueces sentenciantes para imponerle una pena de prisión de efectivo cumplimiento cuando, frente a su carencia de antecedentes, y teniendo en cuenta la penalidad

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38383/2013/TO1/CNC1

prevista para los delitos cometidos –homicidio imprudente agravado por la cantidad de víctimas en concurso ideal con lesiones imprudentes graves en ocasión de estar conduciendo un vehículo automotor– podría ser sancionado con una pena en suspenso de acuerdo a lo dispuesto en el art. 26 del Código Penal, toda vez que la escala es de dos a cinco años de prisión.

La síntesis de los argumentos se podría resumir en que se trata de una persona joven (28 años a la fecha del hecho, hoy 31), que es sometida por primera vez al sistema penal y que, por lo acontecido, ya habría sufrido una *pena natural* (sic) que se manifiesta en el remordimiento que lo habrá de acompañar toda la vida por lo provocado, lo que se evidenció en el arrepentimiento demostrado a lo largo del debate, circunstancia que también pudimos apreciar el día que se llevó a cabo la audiencia de este recurso, cuando tuvimos oportunidad de escuchar al imputado de acuerdo a lo dispuesto en la última parte del art. 41 del Código Penal.

Los fundamentos de la pena de cuatro años de prisión impuestos fueron desarrollados, en primer término, por la jueza Mora y, en su voto concurrente, por el vocal Yacobucci, quien aporta su razonamiento acerca de los motivos que lo conducen a compartir la entidad de la pena propuesta por su colega. Por su parte, el juez Becerra, adhirió a estos votos *en su totalidad*.

Descartada la pena propuesta por la querrela para servir de medida de la sanción que corresponde aplicar en este caso, porque se apoyaba en una subsunción dolosa que no fue empleada para subsumir los hechos provocados por la conducta del autor, los jueces tuvieron en cuenta la solicitada por el fiscal Giménez Bauer quien, sin perjuicio de reconocer que existía como única circunstancia atenuante la edad del imputado “*en cuanto a la posibilidad de reinserción*”, ella se “*neutralizaba*” por la extensión del daño y la edad de las víctimas, por lo que solicitó el máximo de la escala penal prevista: cinco (5) años de prisión, que se corresponde con el encuadre típico que utilizó el tribunal para condenar.

Y contrariamente a lo sostenido en el marco del recurso, con esa requisitoria como tope, los jueces sí consideraron las circunstancias

atenuantes que la defensa alega que no fueron tenidas en cuenta en el marco del tipo penal que mejor derecho tenía de ser aplicado, conforme lo establecido en los arts. 40 y 41, CP.

En ese sentido, y sin perjuicio de haber establecido la pena en cuatro años de prisión, también se ocuparon de explicar los motivos por los cuales no correspondía una pena inferior y, por ello, porque lo dispuesto en el art. 26 del Código Penal tampoco era de aplicación, siendo ese el reclamo central de la defensa.

Los motivos que los llevan a concluir de esa forma, podemos adelantar, no fueron refutados por la defensa.

2.- Fundamentos de la determinación judicial de la pena de cuatro años de prisión impuesta a Eduardo E. Abarrategui conforme lo dispuesto en los arts. 40 y 41 del Código Penal

En el apartado VI de la sentencia, correspondiente a esta cuestión, la jueza Mora valora en primer lugar las circunstancias agravantes que advierte en el caso, donde destaca que el accionar del acusado, *“además de cobrar dos vidas, lesionó severamente a otras tres jóvenes que hasta la fecha sufren las secuelas físicas y psíquicas del accidente.”* A la entidad del desvalor del resultado ocasionado, la colega agrega la del desvalor de la acción llevada a cabo *“habida cuenta el exceso de velocidad y la violación de las señales lumínicas”* que ubican su obrar imprudente en *“el límite de lo temerario”* en lo que al manejo de vehículos se refiere.

Frente a esa afirmación -que es compartida-, concluye en *“que se trata de un episodio que claramente debe ubicarse por encima del mínimo legal”* y explica que *“el marco penal constituye una escala de gravedad continua (entre un mínimo y un máximo) en la que el legislador considera todos los casos posibles y de tal manera reserva el límite inferior para los más leves, el medio para los intermedios y el máximo para los más graves”*, ubicándose la sanción a imponer *“más allá del término medio de la escala resultante”*, que en el caso es de dos a cinco años de prisión, proponiendo que se impongan cuatro años, luego de ponderar expresamente como atenuantes del caso *“su juventud, su carencia de antecedentes condenatorios, el arrepentimiento mostrado (...) y el favorable informe socioambiental...”*, que la fiscalía había considerado no gravitantes en ese sentido.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38383/2013/TO1/CNC1

Coincidió en esto el colega Yacobucci indicando que *“si bien la gravedad material del injusto atribuido al acusado encuentra ubicación clara en las instancias punitivas más graves contempladas por el legislador –como reclamó el Fiscal General–, correspondía la morigeración de esa sanción.*

En ese sentido explicó, también destacando la entidad del desvalor de resultado, que *“en el caso antes probado se observa no solo la existencia de los agravantes previstos en la figura calificada escogida sino que además, analizando la intensidad de estos, es posible advertir su inusitada relevancia. Por cierto ha habido multiplicidad de víctimas pero, en este caso además, su número ha sido significativo. Se trata de dos personas muertas y tres gravemente heridas. Un trabajador que cumplía sus tareas como taxista en la madrugada y cuatro jóvenes mujeres que vieron sesgadas y afectadas sus vidas –en un caso- y condicionada intensamente su integridad física en los otros.”*

Y dijo en cuanto a la intensidad de desvalor de la acción atribuida: *“Si a esto se agrega que en términos subjetivos se trata de un caso de culpa con representación y de naturaleza temeraria resulta justificada en términos de merecimiento y responsabilidad por el hecho, la pena de cinco años solicitada por el Fiscal.”*

No obstante, teniendo presente lo planteado por la defensa señaló: *“Sin embargo, cabe atender a ciertas consideraciones efectuadas por la defensa en punto a la juventud del acusado, su falta de antecedentes y el arrepentimiento verbalizado en la audiencia.”*, y diferenciando las penas de aplicación al caso, explicó que: *“criterios de prevención especial e incluso necesidad de pena, permiten morigerar como lo propone la Dra. Mora la pena que merecería Abarategui”* en cuanto a la privativa de la libertad, *“pero que no debe alcanzar aquella de inhabilitación especial para conducir, como incluso aceptó la propia defensa.”*

Como surge de lo expuesto, en la sentencia se desarrolla con claridad la forma en que, conforme la escala penal de aplicación, se impuso la pena de cuatro años de prisión, donde correctamente, y atento a lo dispuesto en el art. 40, CP, se valoraron las circunstancias agravantes y atenuantes que el caso presenta y, utilizando los parámetros establecidos en el primer inciso del art. 41, CP, en cuanto a la naturaleza de la acción, el medio empleado para cometerla y la extensión del daño se concluyó en que, si bien no era descabellada la petición de la fiscalía,

la pena debía morigerarse atento a las condiciones personales del autor, donde fueron ponderadas las circunstancias a tener en cuenta de acuerdo a lo previsto en el inciso segundo del artículo 41 citado.

Con lo expuesto hasta aquí, queda claro, que el reproche al tribunal de juicio de que no respondió a los planteos de la defensa es incorrecto. Los jueces fueron claros en la forma en que determinaron la pena dentro de la escala penal que entraba en consideración y que la fiscalía ubicó en su máximo al acusar: cinco años. Al haber fijado, de acuerdo a lo establecido en los arts. 40 y 41, CP, la pena en cuatro años, la posibilidad de aplicar lo establecido en el art. 26, CP, era legalmente improcedente, pero no obstante ello, el tribunal se hizo cargo del planteo y, en la pluma del colega Yacobucci, fueron desarrollados.

3.- Respuesta del tribunal a la solicitud de la defensa de que se deje la pena en suspenso de acuerdo a lo dispuesto en el art. 26, CP

En ningún momento la defensa se ocupa de cuestionar, en forma directa, la manera en que se determinó la pena de acuerdo a la escala de dos a cinco años de prisión a considerar en el caso. Es decir, la primera discusión que se plantea en los casos donde, eventualmente, puede ser de aplicación lo dispuesto en el art. 26, CP, no es si esta regla es directamente de aplicación o no. Lo que se debe establecer es la pena que corresponde aplicar y, si supera los tres años de prisión, pese a que nos encontramos ante un primario, la posibilidad de dictar una pena condicional queda descartada porque es legalmente imposible.

Descartada la discusión acerca de la pena de inhabilitación para conducir vehículos, en forma contundente se ocupa de tratar el pedido de la defensa de que la pena se deje en suspenso de acuerdo a lo previsto en el art. 26, CP.

Dice en ese sentido:

“No puede ser de recibo la propuesta de la Defensa en cuanto a que la sanción a imponer sea dejada en suspenso. Ello resultaría inadmisibile en términos de responsabilidad o culpabilidad por el hecho, de prevención especial y de prevención general. Sería como dejar impune un delito gravísimo. Es meramente retórico lo argumentado por la parte aduciendo en abono de su planteo que la pena de prisión no

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38383/2013/TO1/CNC1

devolverá la vida a los muertos. Efectivamente, en ningún caso el derecho penal tiene la posibilidad de restaurar sin más los bienes jurídicos individuales que han sido sesgados definitivamente o afectados de manera lesiva por el delito. El derecho penal ni sana ni resucita a las víctimas, tampoco les reintegra la lesión patrimonial padecida. Como explicaba Carrara, el derecho penal lo que recompone es el orden jurídico afectado por el delito y lleva a las víctimas, sus allegados y la sociedad la tranquilidad de que la ley se impone frente a la ilegalidad.”

Y agrega:

“En un caso de la magnitud aquí juzgada no alcanza con señalar que el comportamiento de Abarrategui ha sido ilícito, inaceptable y que él es responsable por ello. Se requiere además que haya empíricamente, materialmente, una consecuencia de suyo verificable por una inconducta tan grave. Por eso el legislador ha dispuesto una escala penal para ese delito que habilite según la intensidad del injusto concreto la pena privativa de la libertad que deba ser cumplida. La propia situación de Abarrategui parece reclamar que vea materializada la sanción por su actuar responsable.”

E ingresando en consideraciones generales acerca de lo dispuesto en el art. 26, CP, dice:

“La suspensión de la ejecución de la pena no hace más que someter condicionalmente al sujeto a un control del ejercicio futuro de su libertad de modo tal que ciertos incumplimientos determinen un cambio en el juicio preventivo especial. En este caso, ello no es posible en atención a la responsabilidad de Abarrategui y las necesidades preventivas especiales y generales, lo que incluso el art. 26 del CP define como personalidad moral del condenado.”

El desarrollo posterior se ocupa de analizar los antecedentes históricos de lo dispuesto en el art. 26, CP, y cuál es su debida interpretación frente al contexto que debe ser considerado, donde entran en juego “entre otras cosas criterios de proporcionalidad, tranquilidad social y la permanencia en la fidelidad al derecho de la población, que pueden reclamar la aplicación efectiva de la pena, como entiendo sucede en este caso”, para concluir que “desde esos presupuestos materiales y teleológicos que surgen además de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente ‘Squilario’” la pena propuesta es adecuada.

La defensa se apoya en dos cuestiones para criticar la imposición de la pena de efectivo cumplimiento impuesta que, como se desarrolló precedentemente, fue adecuadamente valorada por el tribunal de acuerdo a la escala penal prevista para el delito atribuido y teniendo como *límite* el pedido fiscal de cinco años. Las críticas se centran en señalar que el tribunal habría hecho referencia a la “*personalidad moral del condenado*”, lo que estaría vedado por lo dispuesto en el art. 19, de la Constitución Nacional y, también, porque no se consideró que el hecho ocurrido, para Abarategui, también representó una *poena naturalis*, porque el nombrado habrá de cargar toda su vida con la culpa por haber acabado con la vida de dos personas, **Fabián Santiago Soria** y **María Sol Dubroff**, y lesionado gravemente a otras tres, **María de los Ángeles D’Amico**, **Jimena Alemán** y **Micaela Gisell Marchan**.

Se podría decir que lo que se critica no es tanto que se llegué a esa conclusión sino que, sin perjuicio de poder admitirse, que la pena fue bien graduada en el marco de la escala de aplicación, así y todo, correspondería reducirla a tres años para poder dejarla en suspenso, precisamente atendiendo a las condiciones del autor, su actitud posterior al hecho y las demás circunstancias que demuestran la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad con fundamento en el objetivo resocializador que debe tener la pena.

La primera cuestión que debe ser descartada es la que se refiere a la posible consideración, con efecto genérico sobre la determinación judicial de la pena impuesta **en este caso**, de la llamada *poena naturalis*. Corresponde recordar que de esa forma se denomina “*al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un quantum que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar que lesionaría gravemente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hacia el máximo la evidencia de su inutilidad*”¹. Por cierto, es por lo general admitida en los casos en los cuales el hecho mismo acarrea graves consecuencias que

¹ Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, 2000, Bs.As., Ediar, p. 952.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38383/2013/TO1/CNC1

podrían ser descontadas de la pena a imponer en el marco de los delitos imprudentes² y, bajo determinadas circunstancias restrictivas y excepcionales, también en el ámbito los delitos dolosos.

En cualquier caso, la admisión de este elemento como sustento de un ajuste de la pena debe ser admitido de modo estrictamente excepcional, pues la *poena naturalis* no es una pena en el sentido de respuesta oficial al delito, sino en todo caso un sufrimiento conectado con el delito que podría ser indicio de que una pena ajustada al reproche de culpabilidad sería vivenciada en el caso concreto con mayor *sensibilidad* y sufrimiento, lo que la jurisprudencia nacional viene considerando y utilizando, de hecho, en una importante cantidad de casos, pero donde la pérdida para el autor es directa, de allegados, parientes y no como nos propone la defensa, por la culpa y arrepentimiento de lo provocado cuando se trata de personas que el autor no conocía, como suele ocurrir en la generalidad de los accidentes de tránsito.

El tema de la *pena natural* se planteó para su debate en el Congreso de la Nación en el marco del proyecto de reforma al Código Penal “*Sobre responsabilidad penal por imprudencia e imputabilidad disminuida*” presentado por los senadores Quinzio y Agúndez en 1997³. En esa oportunidad se recordaba que, desde Kant, este es un tema permanente de la filosofía práctica en el sentido “*de si el mal sufrido por el autor al cometer el hecho (la llamada poena naturalis) puede ser computada como parte de ‘retribución natural’, de tal modo de disminuir así la pena concreta a aplicar por parte del Estado (la poena forensis).*” Y recordaban que la respuesta de Kant es negativa: “...por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto...”, pero reconociendo que la doctrina moderna si le hacía lugar a la *poena naturalis* a favor del autor. “Ciertamente -decía la exposición de motivos del proyecto, con cita de Ziffer- es difícil reconocer la relevancia de la *poena naturalis* sin contradicciones en el sistema general del hecho punible”, citando el siguiente ejemplo que

² Confr. Ziffer, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Bs.As., 1996, p. 141, quien tiene una visión crítica de su utilización, por supuestos contradictorios que se puede plantear ; Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de la 4a. edic. alemana de Manzanares Samaniego, Granada, 1993, págs. 779 y sgte.

³ Sesiones ordinarias de 1997, Orden del día n°1187, del 21 de noviembre.

daba Kant: “¿puede invocarse al autor de un homicidio doloso —que por *error in personam* ha matado a su hijo, en lugar de a la víctima indicada—, que en razón de la desgracia del hecho tiene ahora un sufrimiento espantoso que hace procedente una disminución de la *poena forensis*?”, y decían que la respuesta a este y otros interrogantes vinculados al tema de la *poena naturalis* es ciertamente difícil. Pero la comisión, en esa oportunidad, partió de la base de que no se podía dejar afuera de la enumeración de causales de atenuación a un instituto que tradicionalmente y en el derecho comparado se considera como atenuante, y, por eso lo incluyó como causal, también “**...los daños sufridos por el mismo con motivo u ocasión del hecho...**”, siempre que estos daños, como en los demás casos, “**tuvieren un valor excepcional**”. Aquí puede quedar de lado la cuestión de si esta causal está justificada completamente, en general, o si es más bien propia del ejercicio de una gracia del Estado, a emplear con moderación, como en verdad parece que debería ser”⁴.

Como se puede advertir, especialmente de la aclaración final, la presentación que se hacía en esa oportunidad, si bien lo contemplaba, era extremadamente cauta en cuanto a su utilización y siempre referida a pérdidas directas; es decir, lesiones autoprovocadas por el hecho o la lesión o muerte de familiares o allegados, pero no en el sentido que lo propone la defensa.

En la proyectada reforma al Código Penal, actualmente en discusión ante el Congreso de la Nación, también se encuentra contemplada y aspira a ser establecida normativamente. En el capítulo correspondiente a “*Las penas y su determinación*” del actual Anteproyecto del Código Penal de la Nación surge que en su art. 19 se ha introducido como motivo de “*Exención de pena y aplicación de la pena por debajo del mínimo*”, la posibilidad que el órgano jurisdiccional considere, concretamente, la “*Pena natural en hechos culposos*”. Dice la norma: “En los hechos cometidos por imprudencia o negligencia, cuando las consecuencias hubieren afectado gravemente al autor o participe”, lo que

⁴ Ver reproducción del proyecto con su exposición de motivos en CDJP, n° 8 - C, págs. 765 y sgtes..

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38383/2013/TO1/CNC1

incluso en el apartado tercero de ese mismo artículo, se extiende a los “*hechos dolosos, cuando mediare una significativa desproporción entre la lesión sufrida por el agente y la causado por éste al bien jurídico*”. En la exposición de motivos se justifica la consideración de la pena natural en los hechos culposos y desde los principios de humanidad y proporcionalidad dice:

*“Por lo general se trata de casos dramáticos en los que el agente ha sufrido consecuencias sumamente dolorosas. El texto proyectado dice cuando las consecuencias hubieren afectado al autor o partícipe, con lo que se entiende que la afectación puede ser tanto física como moral, es decir, que no se limita a los casos en que éste haya sufrido un daño en su cuerpo o en su salud, sino también cuando le hubiese ocasionado una pérdida que lo afecte emocionalmente, **como pueden ser lesiones o muerte a sus allegados o ruina patrimonial**”⁵*

Queda claro entonces que en el marco de la reforma proyectada, su utilización se refiere a situaciones ajenas a lo que este caso nos plantea, porque el autor no tuvo lesiones de consecuencias irreversibles ni se vieron afectados allegados, y el dolor y arrepentimiento que pueda tener ahora opera en lo que hace a la “*sensibilidad de la pena*”, que fue considerada por los jueces, al reducir en un año la propuesta por la fiscalía una vez que, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 40 y 41, CP, determinaron la pena aplicable al caso.

Lo planteado por el abogado defensor se justifica exclusivamente desde el punto de vista preventivo especial, que si bien es pauta para la determinación de la pena, no es la única. La pena puntual, determinada para el caso por la fiscalía en el grado máximo de la escala legal, tuvo en cuenta la importancia del delito en la extensión del *daño* causado como contenido del injusto y la gravedad del reproche como contenido de la culpabilidad por la entidad del desvalor de acción. Se podría sostener, con carácter general, que las razones de prevención especial pueden prevalecer sólo cuando las de prevención general sean inexistentes, y la compensación del injusto y la culpabilidad hayan perdido su sentido por las graves consecuencias sufridas por el autor, porque la desproporción, en el caso concreto, demuestra que la pena, como consecuencia, es

⁵ Ver la edición del Ministerio de Justicia de la Nación de Infojus, p. 94.

errada, innecesaria y ha perdido todo sentido, lo que no ocurre en el caso, como fue razonado correctamente por el tribunal de grado.

En cuanto a la crítica referida a que se habría valorado, en forma negativa, la *moralidad del sujeto* y que no tendría que ser ponderada como elemento a tener en cuenta a la hora de hacer una evaluación sobre la condicionalidad de la pena a imponerle, ya que ello se encuentra bajo resguardo del principio de reserva de ley (art. 19, CN), se debe aclarar que la utilización del concepto que se hace en la sentencia se refiere a la propia letra de la ley en el art. 26, CP, que habla de *personalidad moral del autor*. Esto no se refiere a las virtudes morales de Abarrategui⁶, sino a las razones preventivas especiales y generales que entran en consideración, y que fueron desarrolladas en todo el contexto del voto del colega Yacobucci, luego de haber determinado la pena conforme lo establecido en los arts. 40 y 41, CP, donde la aplicación de lo dispuesto en el art. 26, CP, se tornaba legalmente imposible.

Los argumentos que nos propone el abogado defensor Tornini podrían ser extrapolados a casos donde la pena mínima, en abstracto, no permitiera la aplicación de lo dispuesto en el art. 26, CP. En esos casos, si extremáramos los argumentos, también tendríamos que beneficiar al autor primario con una pena en suspenso por la forma en que *vivirá* la pena. Aquí, la determinación puntual de la sanción a imponer cancela la discusión de la aplicación de la condena condicional, porque ella sólo es posible ante penas privativas de libertad de hasta tres años. Con la acusación de la fiscalía, la escala posible para la determinación judicial de la pena se extendió al máximo legal.

La manera en que el tribunal llega a la pena a imponer es correcta y adecuada a los parámetros de determinación judicial que surgen de la ley penal y que se adecuan al hecho atribuido el que, en el contexto del tipo penal en cuestión, se ubica en el extremo de los más graves, tanto por el resultado de dos muertes y tres lesionadas producido, como por el altísimo desvalor de la acción desarrollada para ocasionarlo, donde al

⁶ Cfr. Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, 2000, Bs.As., Ediar, pág. 924 y sgte.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38383/2013/TO1/CNC1

exceso de velocidad -120 km/h en una avenida cuyo máximo era 60 km/h- se suma la violación a la luz roja del semáforo.

La cuestión vinculada a la “*sensibilidad de la pena*”, en el sentido de lo que puede afectar al autor el tiempo de encierro fijado, fue tenido en cuenta, pero no a punto tal de permitir que ella, en este caso, no se cumpla efectivamente como pretende la defensa, por las razones brindadas por el tribunal y respecto de las cuales la defensa no ha demostrado que sean arbitrarias o contrarias a la ley. Retribución justa y fin penal de prevención especial fueron tenidos en cuenta en la reducción que se hizo del monto solicitado por la fiscalía, atendiendo a la sensibilidad de la sanción respecto de la reinserción social del autor, pero por razones preventivo generales también se deben neutralizar los efectos del delito como ejemplo negativo para la colectividad contribuyendo a fortalecer la conciencia jurídica de la comunidad, así como a satisfacer las demandas de justicia por parte del círculo de personas afectadas por el delito y sus consecuencias.

En virtud de estas consideraciones, corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa y, en consecuencia, confirmar la pena de cuatro de prisión que le fuera impuesta a Eduardo Ezequiel Abarrategui en el marco de estas actuaciones.

Por último, y atento al modo en que se resuelve el asunto, no corresponde apartarse del principio general de la derrota que rige en materia de costas, las que habrán de ser impuestas al recurrente (arts. 530 y 531, CPPN).

Como mérito del acuerdo que antecede, la **Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional** de la Capital Federal, **RESUELVE:**

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa de Eduardo Ezequiel Abarrategui, con costas (arts. 459, 465, 468, 469, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; Lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Gustavo A. Bruzzone

Daniel Morin

Eugenio C. Sarrabayrouse

Ante mí:

Paula Gorsd

Secretaria de Cámara