

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 26633/13 STJ

SENTENCIA Nº: 94

PROCESADOS: BRIONE LIDIA ELIZABETH GONZÁLEZ CARLOS ERNESTO
HUENTEMIL JUAN ADÁN

DELITO: FRAUDE EN PERJUICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 23/07/14

FIRMANTES: PICCININI APCARIAN MANSILLA BAROTTO ROUMEC
(SUBROGANTE) EN ABSTENCIÓN

///MA, de julio de 2014.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Liliana L. Piccinini, Ricardo A. Aparian, Enrique J. Mansilla, Sergio M. Barotto y Eduardo Roumec este último por subrogancia-, con la presidencia del cuarto de los nombrados y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “BRIONE, Lidia Elizabeth y Otros s/Fraude a la Administración Pública s/Casación” (Exppte.Nº 26633/13 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal, con el planteo de las siguientes:- - - - -

CUESTIONES

-----1ª ¿Son procedentes los recursos deducidos, en lo que respecta a los agravios declarados admisibles?- - - - -

-----2ª ¿Qué temperamento corresponde adoptar?- - - - -

VOTACIÓN

A la primera cuestión la señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijo:- - - - -
- - - - -

-----1.- Antecedentes del caso:- - - - -

-----1.1.- Mediante Sentencia Nº 28, del 13 de mayo de 2013, la Sala B de la Cámara en

lo Criminal de Viedma resolvió condenar a Carlos Ernesto González a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, más la inhabilitación especial perpetua para el manejo de fondos públicos y privados, comprendiendo la disposición y manejo (art. 174 último párrafo C.P.) y la multa de cincuenta mil pesos -\$ 50000- (art. 22 bis C.P.), por considerarlo co-autor material y

///2.- penalmente responsable del delito de fraude en perjuicio de la administración pública (art. 174 inc. 5° en función del 173 inc. 7° C.P.). También condenó a Juan Adán Huentemil a la pena de cuatro años de prisión y a la multa de cincuenta mil pesos -\$ 50000- (art. 22 bis C.P.), por considerarlo co-autor material y penalmente responsable del delito de fraude en perjuicio de la administración pública (art. 174 inc. 5° en función del 173 inc. 7° C.P.). Finalmente, condenó a Lidia Elizabeth Brione a la pena de tres años y seis meses de prisión e inhabilitación especial perpetua para el manejo de fondos públicos y privados, comprendiendo la disposición y manejo (art. 174 último párrafo C.P.) y la multa de cincuenta mil pesos -\$ 50000- (art. 22 bis C.P.), por considerarla co-autora material y penalmente responsable del delito de fraude en perjuicio de la administración pública (art. 174 inc. 5° en función del 173 inc. 7° C.P.).- - - - -

-----1.2.- Contra lo decidido los abogados defensores de los condenados presentaron recursos de casación, que fueron declarados admisibles por el Tribunal mencionado y parcialmente admisibles por este Superior Tribunal, solo en lo vinculado con la individualización de las penas impuestas.- - - - -

-----1.3.- Al dárseles intervención a las partes, la Defensoría General presentó su dictamen sosteniendo el recurso presentado por el entonces Defensor Penal doctor Marcelo Chironi a favor de Lidia Elizabeth Brione.- - - - -

-----1.4.- El día 10 de junio de 2014 se llevó a cabo la audiencia prevista en los arts. 435 y 438 del rito, a la que

///3.- comparecieron la señora Defensora General doctora María Rita Custet Llambí junto con su pupila señora Lidia Elizabeth Brione, el doctor Juan Carlos Chirinos junto a Carlos Ernesto González, y el doctor Ovidio Nazario Castello como letrado defensor de Juan Adán Huentemil, quien también asistió a la audiencia, así como el señor Fiscal General doctor Marcelo Álvarez. Las partes ejercieron cabalmente el contradictorio, relacionado con el agravio habilitante del recurso y, previo al cierre de la audiencia, el Presidente del Cuerpo otorgó la palabra a los condenados, quienes fueron ampliamente oídos.- - - - -

----- Así, los autos han quedado en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -

- - - - -

-----2.- Agravios recursivos:- - - - -

-----2.1.- Teniendo en consideración que la porción que fuera habilitada de los tres recursos interpuestos es únicamente la que se relaciona con los cuestionamientos a las penas impuestas a los imputados, pasaré a reseñar los argumentos de las partes respecto de ese ítem, para desentrañar luego concretamente los motivos casatorios y la medida de los agravios, fijando así el thema decidendum.- -

-----2.2.- El doctor Marcelo Chironi, en representación de Lidia Elizabeth Brione, señala al inicio de su recurso, en lo que respecta a esta temática que plantea subsidiariamente, que la imposición de la pena no guarda las previsiones legales del art. 374 y 98 del Código Procesal Penal y 200 de la Constitución Provincial por carecer de motivación en tanto posee solo una fundamentación aparente, inobservando la ley sustantiva y la doctrina legal sentada

///4.- por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Superior Tribunal, y resultando además arbitraria y no una derivación razonada del derecho vigente, en tanto no se observa un análisis de peligrosidad para imponer una pena cuya aplicación podría claramente ser condicional. Agrega que a la pena de multa impuesta le caben iguales consideraciones, además de no corresponder su aplicación y ser desproporcionada y arbitraria. Adelanta que solicitará que se case la sentencia en este aspecto y se ordene la imposición de una pena de carácter condicional o bien que se declare la nulidad y se ordene un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.- - - - -

----- Más adelante dedica el apartado IV a esta temática. Allí sostiene que la pena impuesta aparece como grosera, arbitraria e inmotivada, además de excesiva, considerando violados los principios pro homine y de individualización de la pena.- - -

- - - - -

----- Agrega que no existe equilibrio suficiente entre el hecho materia de reproche y la pena impuesta, y hace referencia a la falta de antecedentes de Brione y a la ausencia de un pronóstico de peligrosidad, que entre otros factores habrían hecho posible la aplicación de la pena de ejecución condicional.- - - - -

----- Señala que el margen de discrecionalidad para la individualización de las penas que tienen los jueces, ya sea para seleccionarlas dentro de las alternativas existentes como para la fijación de su monto, no es arbitrario ni antojadizo, sino que se encuentra reglado por la ley, que establece un conjunto de circunstancias que deben ser

///5.- valoradas, más cuando el mínimo de la escala habilita penas de ejecución condicional.- - - - -

----- Advierte que tal ponderación no se efectuó en el caso, ya que se ha impuesto una pena con motivación aparente, sustentada en fundamentos dogmáticos y demagógicos, que omite considerar las condiciones personales de su defendida y demás circunstancias a tenor de los arts. 40 y 41 del Código Penal.- - - - -

----- Hace referencia a jurisprudencia de este Superior Tribunal y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre esta temática.- - - - -

----- Manifiesta que no se merituaron diversas particularidades de Brione, entre las que menciona su condición de género, su edad, su familia, su condición social y de madre de niños pequeños y su falta de antecedentes.- - - - -

----- De esa manera, sostiene que la pena impuesta resulta arbitraria y contraria al principio de mínima suficiencia, proporcionalidad de la pena y subsidiariedad, señalando que le corresponde al Estado agotar los medios menos lesivos antes de acudir a la prisión efectiva.- - - - -

----- Agrega que está claro que el daño social y el particular que se desprenden del hecho no tendrán remedio por la cantidad de pena que se le imponga al condenado, sino por el modo en que este apreciará la posibilidad de resocializarse y de readaptarse a las normas, con los instrumentos que tiene el derecho y el Estado para ello.- -

----- Considera que la cuestión de la falta de antecedentes penales fue ligeramente tratada por el a quo, mientras que

///6.- su condición de mujer, su edad y los informes de abono obrantes a su favor tampoco fueron realmente tenidos en cuenta para favorecer su situación. Agrega que igual o más grave resulta la total falta de fundamentación del monto de la multa impuesta.- - - - -

----- Manifiesta que no correspondía la aplicación de la pena de multa, y que esta es desproporcionada y arbitraria, ya que debe regularse en la medida que sea factible, conforme las condiciones de fortuna y posibilidades reales o potenciales de quien la soporte eventualmente. Destaca que al imponerla no se efectuaron valoraciones a la luz de los arts. 40 y 41 del Código Penal, tal como prescribe el art. 21 del mismo ordenamiento.- - - - -

----- Añade que la jurisprudencia tiene dicho que la aplicación del art. 22 bis del Código Penal solo es posible en aquellos delitos en que el autor obre con un propósito de obtener una ganancia o provecho que no esté ínsita en el tipo, lo que no se ha

configurado en este caso.- - - - -

----- Solicita, con relación a este agravio, que se anule la sentencia respecto de la imposición de pena o bien se case esta y se le imponga a su defendida el mínimo legal, y se deje sin efecto la multa fijada.- - - - -

----- Se advierte entonces que, en concreto, los motivos casatorios y sus respectivos agravios en relación con las penas impuestas son: 1) sobre la pena de prisión: a) inobservancia de la ley sustantiva, por incumplimiento de ponderación a la luz de los arts. 40 y 41 del Código Penal; b) arbitrariedad, tanto en la valoración de circunstancias agravantes como en la omisión de atenuantes, y al estimar un

///7.- monto desproporcionado y excesivo, más cuando la modalidad en suspenso era posible en el caso; 2) en cuanto a la pena de multa: a) inobservancia de la ley sustantiva, no solo en cuanto a las pautas de los arts. 40, 41 y 21 del Código Penal, sino además errónea aplicación del 22 bis de la misma norma, y b) arbitrariedad al estimar el monto.-

- -

-----2.3.- Por su parte, el doctor Juan Carlos Chirinos, letrado defensor de Carlos Ernesto González, sostiene en el punto 3.3 de su recurso, dedicado a la “fundamentación de la pena”, que la Cámara del Crimen se ha equivocado en cuanto a las exigencias de los arts. 40 y 41 del código sustantivo, al tratar de fundamentar la pena impuesta a este, de cumplimiento efectivo, en una manifestación de credo político, ajena al fin constitucional de la pena: preventivo-general.- - - - -

----- Señala además que el monto de multa impuesto resulta arbitrario y no ha sido fundamentado por el a quo, además de no corresponder en el caso, con cita de doctrina y jurisprudencia en tal sentido.- - - - -

----- Para el hipotético caso de que se confirme la multa accesoria impuesta, solicita que sea acorde a la situación patrimonial de su defendido, cuyos ingresos por su actividad comercial alcanzaban, al momento del recurso, los 7000 pesos mensuales.- - - - -

- - - - -

----- Menciona doctrina legal y opiniones doctrinarias respecto del fin de resocialización que debe cumplir la pena, además de hacer referencia a la normativa que lo contempla (arts. 18 C.Nac., 6.5 Pacto San José de Costa Rica, 51 Ley 2430 en función de los arts 2, 3, 4 y 5 Ley

///8.- 3008, y 1, 2, 3, 4 y 5 Ley 24660) y considera que de la sentencia surge, contrariamente, un criterio retributivo de la pena.- - - - -

----- Asimismo sostiene que la condición de funcionario público de su pupilo ya es un

agravante del tipo penal aplicado, por lo que volver a tomar en consideración esa función para nuevamente agravar la pena no es constitucional. Cita en este aspecto doctrina legal respecto de la doble valoración que debe evitarse al imponer la pena.

----- A lo anterior suma que el a quo no analizó los planteos realizados por la Defensa en cuanto a las razones para morigerar la pena: la falta de antecedentes penales, la edad, ser un hombre viudo con cinco hijos a cargo, que desde que renunció al cargo por los hechos investigados se gana la vida como honesto comerciante y su comportamiento durante el proceso, ya que siempre estuvo a derecho. Tampoco se ponderó la pequeñez del perjuicio, que a su entender económicamente sería mínimo (ya que lo contratado fue realizado, sin perjuicio de haber sido hecho después de la denuncia), ni la duración del proceso, que lleva más de seis años.- - - - -

----- Solicita que se le imponga a González una pena mínima, de ejecución condicional, que se adecue a la realidad del reproche atribuible y al verdadero fin de la pena, y que se deje sin efecto la pena de multa, o eventualmente se la reduzca al mínimo.- - - - -

- - - - -

----- Resumiendo entonces los motivos de casación que han sido planteados por el doctor Chirinos en favor de González, se establecen los siguientes: 1) en relación con la pena de prisión: a) inobservancia de la ley sustantiva, en cuanto a

///9.- los parámetros establecidos en los arts. 40 y 41 del Código Penal y a la finalidad de prevención especial de la pena (la que funda en los arts. 18 C.Nac., 6.5 Pacto de San José de Costa Rica, 51 Ley 2430 en función de los arts 2, 3, 4 y 5 Ley 3008, y 1, 2, 3, 4 y 5 Ley 24660); b) arbitrariedad en la valoración de circunstancias agravantes, incurriendo en doble valoración en cuanto a la calidad de funcionario público, y omisión en la ponderación de atenuantes; 2) en cuanto a la pena de multa: a) inobservancia de la ley sustantiva (concretamente, aunque no lo refiere el recurrente, en las pautas de los arts. 40, 41 y 21 C.P. y la consecuente errónea aplicación del 22 bis C.P.), y b) arbitrariedad en la fijación del monto.- - - - -

-----2.4.- El doctor Ovidio Nazario Castello, letrado defensor de Juan Adan Huentemil, dedica a esta temática el capítulo 4.3 del recurso, al que denomina “La pena impuesta Arbitrariedad por falta de fundamentación autónoma”, donde afirma que la decisión recurrida es arbitraria, al apartarse el sentenciante, sin dar razones concretas para ello, de la condicionalidad y del mínimo legal de pena previsto para el tipo, más cuando reconoció la condición de primario de su defendido y demás coimputados.- - - - -

- - - - -

----- Agrega que la fundamentación de la pena debe ser autónoma y no pueden en absoluto valorarse nuevamente los elementos que constituyen el tipo penal, por lo que considera que las referencias efectuadas en la sentencia a que su defendido sería un empresario que lucró con la maniobra defraudatoria y a lo osado de esta formarían parte del ardid propio de la figura delictiva, además de

///10.- considerar que tales aspectos no se encuentran probados.- - - - -
- - - - -

----- Entiende que el a quo ha seguido criterios de mera retribución o de prevención general, violando los arts. 5 del Pacto de San José de Costa Rica y 18 de la Constitución Nacional, así como también las leyes de ejecución de la pena. Asimismo, afirma que se han incumplido los arts. 40 y 41 del Código Penal, al no indicarse las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, y tampoco se ha demostrado que su defendido no sea merecedor de lo establecido en el art. 26 del mismo código, ni que necesite tratamiento penitenciario, sea para reeducarlo, con fines de resocialización, o readaptarlo a la vida en sociedad, todo ello para que en un futuro se abstenga de cometer nuevos delitos.- - - - -

----- Cita doctrina legal y fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre los aspectos que cuestiona.- - -

----- Por otra parte, sostiene que además de la arbitrariedad y falta de fundamentación del quantum de pena impuesto, el monto correspondiente a la pena de multa aparece desprovisto de sustento, con fundamentación incompleta, y no se condice con el monto involucrado en el evento, a lo que suma que lesiona el derecho de propiedad al resultar confiscatorio y desprovisto de todo parámetro legal. Cita doctrina y jurisprudencia sobre esta temática, en cuanto a la necesidad de justificación debida y a que el ánimo de lucro no debe integrar el elemento subjetivo del delito.- - - - -

----- Solicita que se imponga a su defendido la pena mínima

///11.- y de cumplimiento condicional y, para el caso de confirmarse la imposición de una pena de multa, que sea acorde al monto sobre el cual ha versado el pleito y la situación patrimonial de su defendido.- - - - -

----- Así, circunscribiendo los motivos casatorios y de agravios planteados por el doctor Castello en relación con la pena impuesta a Huentemil, podría decirse que son los siguientes: 1) respecto de la pena de prisión: a) inobservancia de la ley sustantiva, por considerar incumplidos los parámetros establecidos en los arts. 40 y 41 del Código Penal, y también en cuanto a la finalidad de prevención especial de la pena (entiende

violados los arts. 5 Pacto de San José de Costa Rica y 18 C.Nac.); b) arbitrariedad en la valoración de circunstancias agravantes, por doble valoración en cuanto a la calidad de empresario y las características de la maniobra fraudulenta; 2) en cuanto a la pena de multa: a) inobservancia de la ley sustantiva (específicamente, aunque no los cita, de los arts. 40, 41 y 21 C.P. y la consecuente errónea aplicación del 22 bis C.P.), y b) arbitrariedad en la fijación del monto.- - - -

-----3.- Dictamen de la Defensoría General:- - - - -

----- La señora Defensora General, luego de reseñar extensamente en su escrito los agravios, manifiesta que comparte los argumentos expuestos en el recurso, por considerar que el fallo de condena adolece de una correcta individualización de la pena de acuerdo con los parámetros impuestos por la doctrina, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 331:2343; 327:3816; 329:3006) y fundamentalmente por la doctrina legal

///12.- de este Superior Tribunal (STJRNS2 Se. 190/06, 131/07, 45/08 y 134/08).- - - -

- - - - -

----- En virtud de ello, y en el entendimiento de que la sentencia de marras resulta infundada y arbitraria en cuanto impone una pena de tres años y seis meses a la señora Brione, sostiene el recurso interpuesto propiciando que se haga lugar al mismo (art. 21 inc. d Ley K 4199).- - - - -

-----4.- Dictamen de la Fiscalía General:- - - - -

----- El señor Fiscal General explica en su dictamen las razones por las que entiende que corresponde confirmar la sentencia recurrida.- - - - -

----- En primer lugar, se ocupa de demostrar la razonabilidad de la pena de multa impuesta, por considerar que es cercana a un rango intermedio dentro de la escala, además de resultar atinada y coherente en comparación con la suma objeto de la defraudación (pesos 94700) generada en perjuicio del patrimonio del Estado, al día 13/03/2007.- - -

----- Hace referencia a la pérdida de virtualidad de la suma referida a medida que transcurre el tiempo y avanza la inflación y agrega que no es cierto que no haya sido considerada la capacidad económica de los coautores para cumplir con el monto sancionatorio, mencionando que corresponde en todo caso al Juez de Ejecución de la pena arbitrar mecanismos que, razonablemente ponderados, permitan su cumplimiento en concordancia con la capacidad económica de cada coimputado y dentro de variadas posibilidades (ejecución judicial de la multa, cumplimiento en cuotas, conversión de la

multa en trabajo comunitario, entre otras).

----- Por otra parte, señala que el delito acusado no

///13.- contiene entre sus elementos subjetivos el ánimo de lucro, por lo cual bien fundada se encuentra en tal aspecto esta agravante, sin afectarse el principio de la doble valoración. Cita doctrina que entiende sustenta su postura.-

----- Efectúa algunas consideraciones respecto de la maniobra defraudatoria constatada en el caso, entre ellas, que el objeto de la defraudación ha sido apropiarse de bienes públicos fungibles (dinero) para el uso y disposición personal de los coautores.- - - - -

- - - - -

----- Por tales razones, entiende necesario que este Tribunal “ordene el embargo de bienes suficientes de cada uno de los acusados, y de ser el caso la inhibición general de bienes, a fin de evitar la frustración de la percepción de la multa por parte del Estado peligro en la demora-, atento la verosimilitud del derecho a su percepción que la propia instancia en tránsito (revisión de la sentencia condenatoria) implica, toda vez que implica un acercamiento rayano a la certeza respecto a la responsabilidad de los coacusados por el hecho endilgado”.- - - - -

----- Alude además a que González y Huentemil cuentan con dinero suficiente como para contratar abogados particulares que los representen, a sabiendas de los honorarios que deberán pagarles o que ya les hubieren adelantado.- - - - -

----- Se ocupa asimismo del tema relativo a la finalidad de la pena y responde al agravio de las defensas sosteniendo que la condicionalidad de la pena no es de aplicación automática y obligatoria como consecuencia de que el mínimo de la escala legal prevista para el tipo en cuestión la habilite.- - - - -

///14.-- Explica que, si bien se reconoce que el objetivo de la pena de prisión es principalmente la prevención especial, no es menos cierto que la pena también cumple una función ejemplificativa, tanto para el sujeto autor del delitos como para el resto de la sociedad la prevención general-, lo cual no quiere significar un “castigo”.- - - - -

- -

----- Considera que el quantum de la pena impuesta a cada uno es justo, toda vez que se encuentran en general cercanas a la pena intermedia prevista por el tipo, lo cual concuerda con la magnitud del hecho cometido naturaleza del hecho- y con las capacidades personales de los condenados.- - - - -

----- Cita un dictamen anterior en el que se reseña jurisprudencia de este Cuerpo en cuanto a los aspectos analizados.- - - - -

----- Sostiene que, en todo caso, las defensas debieron plantear la inconstitucionalidad de la aplicación de una pena de prisión efectiva en la escala penal prevista para el delito de defraudaciones contra la Administración Pública.-

----- Señala que no compete al tribunal de juicio ponderar la realidad del servicio penitenciario ni puede la defensa argumentar a priori el incumplimiento de la función resocializadora prestada por los establecimientos penitenciarios de un modo genérico, por lo que considera que ese argumento resulta improcedente.- - - - -

----- También considera desacertado que se señale la omisión en la consideración de inexistencia de antecedentes penales, lo que sí ha sido referido en el fallo impugnado.- - - - -

----- En cuanto a la valoración de las circunstancias de los arts. 40 y 41 del Código Penal, la Fiscalía General señala

///15.- que la mención de los cargos de González y Brione en la sentencia no refiere a la particular y sola circunstancia de tratarse de funcionarios públicos, tal como requiere el elemento objetivo del tipo penal, sino en un análisis profundizado de la responsabilidad particular que surge, dentro de la gran variedad de cargos públicos, el que específicamente ocupan los coimputados, y de cómo ello tiene ingerencia en la determinación del mayor o menor quantum dentro de los márgenes de la escala penal.- - - - -

----- Afirma, luego de citar doctrina, que, a mayor responsabilidad en el cargo, mayor reproche cabe formular al acusado, porque mayor capacidad y conciencia del sentido de la norma incumplida le debería caber.- - - - -

----- Alude a otra circunstancia objetiva, que suma al incremento de la pena, que es la impunidad con que se manejaban estos funcionarios, de modo tal de creer que tal ficción generada en el expediente administrativo pasaría desapercibida por cualquier otra autoridad.- - - - -

----- Agrega que se configuraría la doble valoración “prohibida” si se agravara nuevamente el delito por la sola circunstancia de ser funcionarios públicos.- - - - -

----- En lo que respecta a Huentemil, señala el Fiscal General, el fallo destaca la especial capacidad del acusado en cuanto aporta una estructura privada específicamente creada y necesariamente preexistente al hecho para permitir la concreción del ilícito. Sostiene que sin una empresa privada real, con el objeto social adecuado y que sea preexistente, difícilmente se habría podido hacer ganar el concurso a un “sujeto creíble”, otorgarle la obra y cobrar

///16.- el cheque, tal como acaeció en autos, y afirma que la utilización de la empresa facilitó la concreción del ilícito.- - - - -

----- Alude a la magnitud del obrar ilícito, del daño causado a la fe pública y al erario de la administración, impidiéndose a los pobladores de Cona Niyeu el disfrute de un bien público que, programado y previsto administrativamente para su construcción, se frustró por el apoderamiento ilícito de los fondos para su construcción por parte de las autoridades encargadas de la gestión y de la empresa que había ganado la licitación.- - -

----- También se pondera, sostiene el señor Fiscal General, el alto monto dinerario del patrimonio provincial que fue sustraído del destino público, la suma de \$ 97.000 que al año 2008 representaban lo suficiente para la construcción de un Salón de Usos Múltiples para la comunidad de Cona Niyeu.-

----- En cuanto a la circunstancia de Brione de ser madre, y ser padre en el caso de González, afirma que por sí mismas no modifican en ningún sentido el quantum de la pena o incluso, más que un beneficio, podrían demostrar un mayor desprecio, toda vez que ni siquiera la conciencia de la propia familia impelen a los sujetos a cumplir las normas sociales más básicas las prohibiciones penales-. Sin perjuicio de ello, señala que los nombrados cuentan con un período de visitas, pudiendo designar representantes o tutores de confianza si sus familiares fueren menores-, y en caso de registrarse graves inconvenientes deberían peticionar oportunamente al Juez de Ejecución para que precise la modalidad de cumplimiento o las adaptaciones que

///17.- las circunstancias merecieren.- - - - -

----- Alude a la necesidad de la sanción, en el caso de Brione para que logre reinserirse en la sociedad como consecuencia de la concientización paulatina del error de sus actos pasados, acompañada de una progresiva libertad física, que le permita asimismo repensar su responsabilidad no solo como exfuncionaria, integrante de una comunidad, sino también como madre. Manifiesta que idéntico criterio es aplicable al señor González.- - - - -

----- Concluye que no resultan atendibles los argumentos de las tres defensas relativos al agravio por el quantum de la pena, por lo que estima que el fallo debe ser confirmado.- -

-----5.- Audiencia de casación:- - - - -

----- En la audiencia de casación la señora Defensora General, luego de hacer una reseña de los hechos y de los agravios defensistas, alega una serie de circunstancias que no se corresponden con el alcance del agravio (v.gr., da cuenta del expediente y reiteró la

ajenidad de Brione en la maniobra, quien actuó de buena fe). En cuanto al agravio destinado a cuestionar la imposición de la pena, plantea que en una escueta argumentación el Juez dictó la condena. Lee la sentencia en el punto respectivo, señala la escala que prevé el tipo penal y plantea que no hubo valoración de las pautas de los arts. 40 y 41 del Código Penal. Añade que debía valorarse que Brione recibió un cheque apremiado por la situación en que se encontraba (internada de posparto), y refiere la conducta de su pupila en relación con su preocupación por la demora en la realización del SUM.- - -

----- Sostiene que su calidad de funcionaria es lo que la

///18.- hacía pasible de sanción, que no había una consideración particular de la pena a su respecto, y que debía tenerse en cuenta su conducta de colaboración.- - -

----- Agrega que tampoco se valoraron las calidades personales de la imputada y que no había proporción entre el hecho y la pena, ni un análisis racional sobre el punto.- -

----- Menciona luego que Brione es una madre sola con tres niños. En cuanto a la multa, afirma que el ánimo de lucro que le da sustento está ínsito en el tipo. Refiere que era aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Romano”, que demuestra que la sentencia carece de fundamentación, a lo que suma que tampoco se cumple con la pauta de que la ultima ratio es la imposición de pena privativa de libertad, conforme ha dicho el máximo Tribunal nacional en “Squilario”. Así, alega que el apartamiento del mínimo legal de pena debía ser fundado, que deben aplicarse asimismo las Reglas de Tokio, y que la situación de no reincidencia no fue debidamente merituada.- - - - -

----- Finalmente, pide que se aplique la pena mínima para que la situación sea más justa, que la modalidad de ejecución sea condicional y, además, que se deje sin efecto la multa. Solicita asimismo una casación positiva por el plazo razonable de duración del proceso.- - - - -

----- Para cerrar su alegato, insiste en la ausencia de fundamentación del fallo y señala que la señora Brione tuvo problemas laborales y sociales.- - - - -

----- Por su parte, el doctor Juan Carlos Chirinos manifiesta que aquí hay algunas personas que deberían estar pero no están, por ejemplo, el señor Uribe. Se remite a su

///19.- escrito recursivo y alega que en doce renglones el Juez doctor Bustamante fundó esta pena injusta y grave.- - -

----- Hace un análisis de los motivos desarrollados y dice que, ante el pedido de la comisionada de fomento, su pupilo hizo todo lo necesario para la construcción del

SUM, que se hizo, aunque fuera de término.- - - - -

----- Añade que la pena se basó en un principio de prevención general, por lo que es inconstitucional, además de arbitraria, ya que no se han aportado fundamentos para fijar una pena tan grave.- - - - -

----- Siguiendo a Ziffer, plantea que la individualización de la pena es un acto de ponderación, y cita también a Zaffaroni al respecto, entendiendo que tal tarea es fundamental para un estado de derecho.- - - - -

----- Luego menciona a Ferrajoli, en cuanto a la prevención de los delitos y de las penas injustas. En este aspecto, indica que el doctor Bustamante no se guió por criterios jurídicos que puedan ser analizados. Afirma que la pena justa es aquella que se ajusta a las particularidades del caso, mientras que en esta causa se dejó de lado el principio de legalidad, esto es, el camino de la ley para imponer pena.- - - - -

- -

----- Cita luego el fallo “Chuair”, de este Superior Tribunal, en lo que hace a la vigencia del principio de legalidad respecto de la pena.- - - - -

----- Critica el fallo impugnado por considerar que está plagado de consideraciones personales, cuando la valoración debe ser jurídica, y añade que hay una doble ponderación en cuanto a la condición de funcionario público como elemento

///20.- para agravar la pena, dado que este es un requisito típico; lo mismo refiere en alusión al ánimo de lucro, y argumenta que la prohibición de la doble valoración es uno de los aspectos del non bis in idem.- - - - -

----- Insiste en que el monto es tan alto que estaba persiguiendo un fin de prevención general, que no corresponde, y plantea que no se cumplieron las pautas de los arts. 40 y 41 del Código Penal.- - - - -

----- Al respecto, también señala que no hubo un perjuicio económico porque el SUM fue construido; desarrolla el inc. 2 del artículo en relación con la actividad de su pupilo como funcionario, concejal y legislador, y señala que esta labor y conducta no se tuvieron en cuenta, así como tampoco que siempre estuvo a derecho, y que es una persona de bien, un hombre de acción, de trabajo, comprometido en obras de bien, que se ve en esta situación por una firma falsa y la falta de controles adecuados.- - - - -

- - - - -

----- En cuanto a la multa, señala que no se explica el motivo del monto, ya que González tiene una economía de subsistencia, como así tampoco se fundamentó el motivo por el cual no se impuso una pena condicional. Desarrolla el tema de los fines de

la pena, centrados en la resocialización, y agrega que, pese a lo solicitado, el Juez no dijo ninguna palabra.- - - - -

----- Expresa que, si se niega la condena condicional, se deben dar los fundamentos adecuados, y cita varios precedentes jurisprudenciales, entre los que incluye a “Squilario”, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Con cita de doctrina, aduce que la cárcel solo fabrica

///21.- violencia y delincuencia, y que cuatro años y medio de prisión para su pupilo en las mazmorras locales solamente es retribución y castigo.- - - - -

----- Se pregunta si es justo aplicar una pena tan grave y, en razón de lo expuesto, solicita que se fulmine la sentencia en este ítem, se aplique la pena mínima de ejecución condicional y se deje sin efecto la multa. Finalmente, hace reserva del caso federal y de recurrir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.- - - - -

----- El doctor Ovidio Castello comparte lo dicho por sus colegas y manifiesta que es correcto decir que la sentencia es arbitraria, pero también es brutal, pues no se ha contemplado nada.- - - - -

----- Entiende que la fundamentación pasa por un credo político ajeno a las garantías constitucionales, a lo que suma que lo que exceda el mínimo de pena debía ser justificado, y que en doce renglones no se podía cumplir tal cometido.- - - - -

- - - - -

----- Afirma que la sentencia se encuentra desprovista de toda fundamentación y que los imputados deben pagar por lo que hicieron, pero no como instrumento aleccionador para otros eventuales.- - - - -

----- Señala que la pena tiene un fin retributivo, y trae las palabras de Santo Tomás de Aquino, quien dijo que nadie puede dañar a otro para lograr el bien común.- - - - -

----- Argumenta que su pupilo no tiene antecedentes, pero que, si los tuviera, cabía preguntarse qué le correspondería, ¿la picota? Además, señala la prohibición de la doble valoración y sostiene que la sentencia ha ponderado

///22.- en la pena elementos propios del tipo; así, en cuanto al lucro y lo osado de la maniobra, esto es parte del ardid por el cual se condenó; en lo que hace al lucro, su pupilo nunca cobró mas allá del contrato y la obra se hizo.-

----- Insiste en que la pena es de neto corte retributivo, lo que viola el art. 5 del Pacto de San José de Costa Rica, el art. 18 de la Constitución Nacional y la normativa sobre ejecución de pena privativa de libertad.- - - - -

----- También aduce la violación de los arts. 40 y 41 del Código Penal, pues no se

indicaron las circunstancias atenuantes o agravantes de la pena, a lo que añade que se debió explicar por qué su pupilo no era merecedor de la aplicación del art. 26 de la normativa de fondo, lo que conculca la doctrina del fallo “Squilario” y varios precedente de este Superior Tribunal (“Banco”, “Ferrari” y “Furlan”).- - - - -

----- Sobre la pena de multa, cita a Aboso y dice que su rechazo o admisión debe ser justificado, lo que no advierte en el caso. Hace una síntesis de lo ocurrido en el expediente y señala que las circunstancias del hecho hicieron imposible que su pupilo venciera la situación, pues se encontró constreñido a firmar la finalización de obra.- -

----- Concluye solicitando que se aplique la pena menor, con carácter condicional, y se exima a su pupilo del pago de multa, o que se le aplique una pena menor.- - - - -

----- Finalmente, como cuestión personal, afirma haberse sentido víctima cuando el Superior Tribunal ha hecho prevalecer el derecho del rito por el de fondo, y pide que en el caso suceda lo contrario.- - - - -

///23.-- Por su parte, el señor Fiscal General dice encontrarse en la obligación legal de dar respuesta a los recursos. Indica que va a hacer referencia a las cuestiones fácticas a las que refieren los defensores, para luego desarrollar argumentos jurídicos. Al respecto, recuerda que la sentencia está firme en cuanto a la materialidad del hecho y la coautoría de los responsables.- - - - -

----- Luego expresa que los tres defensores han mencionado el precedente “Squilario”, de la Corte Suprema, pero no es aplicable al caso, pues en ese se trataba de un primario con pena de dos años y no había fundamentación de la pena efectiva. Añade que tampoco es aplicable al caso “Queupan”, en el cual se criticaba la ausencia total de motivación. Manifiesta que se ha aducido que la fundamentación fue escueta, o de doce renglones, lo que demuestra que esta existe y que es la fundamentación debida. Posteriormente, se remite a fallos del máximo Tribunal nacional que constan en su escrito, cuya agregación solicita.- - - - -

----- Argumenta que el juez no tenía parámetros fijos de determinación y que sus amplias facultades para valorar el injusto y la culpa están dadas también por la escala penal.-

----- Afirma que la decisión debe ser razonable en relación con el hecho y las personas que lo cometieron y, en cuanto a la multa, advierte que en el fallo se tomó en cuenta la escala y su monto fue fijado entre el mínimo y el máximo, ponderando además el monto del perjuicio no actualizado, sino el monto histórico, que sufrió la depreciación propia

de la inflación.- - - - -

----- Agrega que la ley prevé la forma en que se cumple con

///24.- dicho monto, según decida el juez de ejecución atento a las posibilidades de los imputados.- - - - -

----- En alusión a lo inapropiado de la pena de multa y acerca de que el ánimo de lucro es un elemento constitutivo del tipo, cita a D'Alessio en cuanto a que es una remisión genérica; alude asimismo a lo expresado por Zaffaroni, Alagia y Slokar, y afirma que una cosa no excluye a la otra, y que aún en este caso se permite la pena de multa.- - - - -

----- Aduce que el criterio de aplicación de pena no ha sido la prevención general, sino la prevención especial, que fue tenida en cuenta, a lo que suma que hay un plus que puede ser de prevención general, pero no lo considera reñido con la Constitución, pues si bien la prevención especial debe ser tomada en cuenta de modo esencial, ello no implica que no deba serlo la general, tal como establecen la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, planteando que este fallo trae eso.- - - - -

----- A continuación explica que la calidad de funcionario público integra el tipo, pero añade que los imputados también revisten una importancia trascendental para la comunidad, y alude a la confianza depositada en ellos por parte de una población pequeña como la de Cona Niyeu, también en relación con la obra. Observa que esto puede ser tenido como prevención general de la pena, lo que ha sido establecido por el Superior Tribunal en las causas “Méndez” y “Armendano”.- - - - -

- - -

----- Respecto de la no-aplicación de los arts. 40 y 41 del código de fondo, estima que la fundamentación fue

///25.- suficiente, en tanto ha considerado la inexistencia de antecedentes y la naturaleza del hecho: sobre el punto, detalla que se trataba de un expediente ficticio, papel pintado, para disponer de fondos públicos; que la víctima (constituida no solo por los niños del pueblo, sino por todos y cada uno de nosotros) estaba indefensa, y que al desviarse los fondos se privó a cada uno de los niños necesitados de una finalidad útil. Hace una nueva referencia al monto del perjuicio, para lo que entiende que debe ser considerado aquello de lo que el sujeto pasivo fue privado

en el sentido de las privaciones que trajo-, y solicita en definitiva que se confirme lo decidido en todos sus términos.- - - - -

----- Luego hacen uso de la palabra los imputados, a quienes se les pregunta si han

entendido lo que oyeron, a lo que responden que sí.- - - - -

----- En primer lugar, la imputada Brione afirma que se ha visto perjudicada; agrega que es de Cona Niyeu, que tuvo que reinsertarse en otra comunidad, no por haber tenido cola de paja, sino porque las circunstancias la llevaron a eso.- - -

----- Hace una reseña de lo ocurrido en el expediente y de su actuación en el lugar, y afirma que cree en la palabra y se incluye en el perjuicio sufrido. Añade que es cierto que no cuidó debidamente los fondos públicos, y narra que había dos terrenos aptos para el SUM, y que lo único que hizo como una idiota fue firmar papeles en blanco. Detalla que una de sus firmas fue utilizada de modo inescrupuloso en el final de obra. Puntualiza que fue ella quien puso en conocimiento de la Legisladora Maza la no realización de la obra.- - -

///26.-- Luego se pregunta a título de qué tanto sacrificio. Relata que tuvo la posibilidad de reinsertarse en el trabajo en Sierra Grande, y pudo reencontrarse con su gente.- - - -

----- Finalmente da las gracias por haberla dejado expresarse, e insiste en que fue engañada en su buena fe.- -

----- Por su parte, el imputado González se presenta y alega que no tiene antecedentes. Hace referencia a su trabajo, dice haber depositado el dinero y reseña algunas circunstancias del caso, como la entrega de materiales, el frío del momento, la imposibilidad de tener el terreno adecuado.- - - - -

----- Narra que lleva ocho años con esta mochila, y afirma que está arruinado, con una hija discapacitada; reitera que no tiene ninguna mancha y que no entiende, que trabajó mucho como funcionario, que no le tocó ningún centavo a nadie, no hubo estafa, ni dolo.- - - - -

----- Agrega que tiene diabetes e hipertensión y se encuentra con psicólogo. Insiste en que no hubo ninguna banda que robaba, y agradece la oportunidad de decir algo.-

----- Posteriormente el imputado Huentemil argumenta, en cuanto a la disponibilidad del terreno, que llevó el camión con los ladrillos y le dijeron que pertenecía a la Policía y que no podía bajar nada; que así empezaron los problemas del terreno y que en septiembre de 2008 recién pudo solucionarse el tema, pero los costos ya eran distintos.-

- - - - -

----- Añade que no fue una falta de voluntad, que el SUM estaba listo tal cual el pliego de bases y condiciones, y que eso era lo que se construyó.- - - - -

----- Hace referencia a las presiones que sufrió para firmar

///27.- el fin de obra, y señala que esto tuvo consecuencias para él, entre otras cosas,

puesto que quebró su empresa.- -

-----6.- Breves consideraciones previas relativas a los puntos deliberados:- - - - -

----- Debe tenerse presente que en la tarea de individualización y determinación de la pena, la enumeración de circunstancias objetivas y subjetivas contenidas en la ley de fondo (arts. 40 y 41 C.P.) constituyen parámetros de ponderación a los fines de cuantificar el monto de la pena. Así, frente a la conminación de la escala del minimum y el maximum, esto es, frente a los topes mensurativos, el magistrado debe partir de un punto central (equidistante de ambos extremos) y a partir de allí correrse de un lado a otro motivado por los diferentes aspectos que la normativa le señala, sea para agravar, sea para atenuar la individualización de la sanción a imponer.- - - - -

----- En palabras de Creus, la individualización de la pena es “el procedimiento por medio del cual la pena abstractamente determinada por la ley, se adecua al delito cometido por el concreto autor”.- - - - -

----- Se trata de un proceso con diferentes etapas: legal: tarea del legislador señalando la pena en abstracto y en general; judicial: tarea del juez en su sentencia, que le es delegada en cuanto al grado de precisión que el legislador no ha podido darle y que depende de circunstancias concretas del individuo y su caso; ejecutiva: tarea en la que la pena se va adecuando a la persona del condenado mediante la ejecución de la misma, en procura de su fin preventivo especial. Comprende así a todas aquellas medidas relativas ///28.- al tratamiento penitenciario.- - - - -

----- La historia de la determinación de la pena se ha debatido siempre entre dos valores: el de la seguridad jurídica (que conduciría a penas absolutamente predeterminadas), y la idea de justicia (solo es justa aquella pena que se adecua a las particularidades del caso concreto). Nuestro país al respecto sigue un “Sistema Flexible”, dúctil, en cuanto la pena para cada delito no está conminada de una forma fija, sino que el legislador dispuso dejar a cargo del juzgador la tarea de optar por el monto, cantidad y especie, cuando así está previsto.- - -

----- La ductilidad radica en que a cada tipo legal le corresponde un marco que refleja el valor proporcional de la norma dentro del sistema y dentro del cual el juez debe fijar la sanción adecuada al caso que se le presenta. Tal marco configura una escala de gravedad continua y de crecimiento paulatino, en la que el legislador establece todos los casos posibles, desde el más leve hasta el más grave que se pueda concebir, y el sentenciante debe ubicar cada una de las controversias sometidas a su conocimiento,

procurando hacerlo en el segmento correcto (Patricia Ziffer, Lineamientos de la determinación de la pena, Ad-hoc, 1999, pág. 37).- - - - -

----- En otras palabras, la ley determina la pena, pero es el juez quien la individualiza, debiendo cumplir este último con determinadas exigencias constitucionales y legales, aplicando criterios, evaluación de circunstancias de hecho, y cierto margen de discrecionalidad.- - - - -

----- Se establece entonces que la pena debe ser

///29.- “individualizada”, y que es el juez quien valora las particularidades del autor y de su hecho, pero ello no significa que él es el señor absoluto sobre la decisión, por ser el único capaz de conocer lo específico del caso a reflejarse en la gravedad de la sanción. La facultad de hacerlo es conforme pautas, el margen de discrecionalidad no es arbitrariedad y el sistema atiende a la prevención especial.- - - - -

----- Puesto que “[l]a pena es aquel mal que en conformidad con la ley del Estado, infligen los magistrados a los que, con las formas debidas, son reconocidos culpables de un delito. Si se inflige un mal [...] de modo arbitrario, esa será una venganza, una violencia, pero no una pena en sentido jurídico” (F. Carrara, Programa..., Depalma, Bs. As., 1944, Vol. I, pág. 406).- - - - -

----- El fundamento del sistema flexible adoptado por nuestro Código radica en la observancia de principios fundamentales como los de: legalidad, igualdad ante la ley, abstracción de la norma, proporcionalidad, culpabilidad y humanidad de la pena. Estos principios que hoy se nos deben presentar como mínimos e indispensables y respecto de los cuales ningún magistrado debería dejar de considerar, nos vienen dados desde 1764 mediante la obra de Césare Beccaria titulada De los Delitos y las Penas.- - - - -

----- Algunas de las ideas expuestas por Beccaria en su ensayo que viene al caso traer a colación son: 1. No es la voluntad del juez sino la ley la que puede dictar las penas (abolición de la analogía). 2. Las leyes deben estar fijadas de manera minuciosa y comprensible; cualquier persona debe

///30.- poder saber de antemano si sus actos son constitutivos de delito o no, y cuáles son exactamente las consecuencias de los mismos (Principio de Legalidad). 3. Las penas deben ser tan leves y humanas como sea posible mientras sirvan su propósito, que no es causar daño (Principio de Humanidad). 4. Las penas deben ser proporcionales a la gravedad de los delitos (Principio de Proporcionalidad Mínima).- - - - -

--

----- En dicha tarea de determinar la pena, el magistrado tiene el deber de motivar fundadamente tanto la índole como el quantum de la pena y su modo de ejecución; en dicha faena, tal como lo ha reseñado el distinguido colega salteño Pablo López Viñals, "... se trata de una temática que exige la máxima prudencia de los Jueces y en cuya individualización judicial deben liberarse de los prejuicios personales, las simpatías y las emociones..." ("Cuantificación de la sanción penal en la sentencia condenatoria", LL NEA 2006 pág. 849).-

----- En un Estado democrático el ejercicio del poder del Estado, y en consecuencia del poder penal como especie del mismo, solo puede concebirse como exigencia de una política social al servicio de los ciudadanos. El Derecho Penal no solo debe intervenir cuando sea absolutamente necesario a los ciudadanos (derecho de ultima ratio), sino que también debe respetarse política-constitucionalmente la función de prevención de la pena.-----

----- Así, cuando se avance hacia una concepción personal del injusto, mayor será la posibilidad de graduar con precisión, conforme a la modalidad y desarrollo de la acción de que se trate en cada caso, el monto de la pena en razón

///31.- de la culpabilidad por la realización del hecho.- -

----- Por el contrario, cuanto más objetiva sea la concepción del ilícito que se sostenga, menor será la graduación que pueda verificarse y, por tanto, reflejarse en el monto límite de la pena conforme a la culpabilidad.- - -

----- Ello es así porque una concepción objetiva del ilícito nunca permitirá diferenciar las características y modalidades que una acción puede presentar en cada caso, con lo cual, por otra parte, cabría plantearse la posible violación que tal concepción produce al principio de igualdad, al determinar una interpretación de la ley a través de la cual son tratadas como iguales situaciones que no lo son.-----

----- Si la lectura del ensayo de Beccaria ya no sirviese de guía, no por vetusto, sino porque todos los principios que enunciara ya se encuentran plasmados en la Constitución, cabe traer a Claus Roxin (Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad), en tanto afirma: "La posición extrema contraria a la teoría de la retribución, consiste en la concepción de que la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. El fin de la pena es de acuerdo con esto, la prevención, dirigida al autor individual (especial). En la medida que la teoría de la prevención especial sigue el principio de la resocialización... sus ventajas teóricas y

prácticas son evidentes. En tanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la Sociedad, se adapta excelentemente a la misión del derecho penal... ayuda igualmente al autor, es decir no lo rechaza ni lo marca a fuego, sino que quiere

///32.- integrarlo...”.- - - - -

----- No se trata aquí de adherir a uno u otro sistema, (prevención general / prevención especial), sino de respetar irrestrictamente lo que el plexo supra e infraconstitucional manda. El Pacto de San José de Costa Rica (art.6 numeral 5º) con meridiana claridad enuncia la finalidad de la pena (reforma y readaptación), del mismo modo que lo hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10.3). Nuestro país desde octubre de 1945 es Estado miembro de la ONU y, además de los compromisos que surgen de este último tratado, asume, entre otras, las recomendaciones que desde la Oficina del Alto Comisionado dimanar; tales como las Reglas de Tokio (Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990), que atienden a erradicar el encierro innecesario, merced a la sustitución de la pena privativa de libertad. Así nuestro Código Penal, además de la antigua sursis del art. 26, incorporó el art. 27 bis con un menú de pautas de conducta sustitutivas de la prisionalización y más también adoptó la probation (arts. 76 bis al 76 quater), dado en cumplimiento del considerando que reza: “1.5 Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente”.

///33.-- Reitero entonces, debe respetarse política-constitucionalmente la función de prevención de la pena. Luego, y aun cuando en nuestro sistema procesal no se contemple la cesura del juicio (debate de la pena en audiencia separada), obvio resulta que el Juez en la tarea de ponderación de la sanción a cumplir deberá también merituar los argumentos de las partes y, siendo aspecto constitutivo del fallo, deberá dar fundamentación razonada y legal en la selección del tipo de pena, su monto y su modalidad de cumplimiento.- - - - -

----- Al respecto el cintero Tribunal de la Nación tiene dicho, in re “Romano, Hugo Enrique s/ causa n° 5315”: “... 8º) Que si bien el modo en el que los magistrados ejercen las facultades para graduar las sanciones dentro de los límites fijados por las

leyes respectivas no habilita la revisión por la vía del art. 14 de la ley 48, ello no faculta a los tribunales a que, en detrimento de la defensa en juicio, determinen la consecuencia jurídica concreta que corresponderá al condenado sin expresar siquiera mínimamente las razones por las que se aplica esa pena y no cualquier otra dentro de las permitidas por el marco penal. Pues el juicio previo establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional como derivación del estado de derecho no sólo exige que los jueces expresen las razones en las que se encuentra fundada la responsabilidad o irresponsabilidad del procesado, sino también aquellas en que se apoyan la naturaleza o intensidad de la consecuencia jurídica correspondiente (cf., entre otros, Fallos: 314:1909)". - - -

----- También ha resuelto claramente in re "Squilaro": "Es

///34.- que si bien los jueces de la mayoría del fallo de casación argumentaron que sólo la aplicación de la condenación condicional debía ser fundada por ser la excepción a la pena de encierro (art. 26 del Código Penal), no es menos cierto que la opción inversa, en casos donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debe serlo, puesto que de otro modo estaría privando a quien la sufre la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable..."- - - - -

----- Ha sentado ello para luego remarcar: "En tales circunstancias, los condenados se verían impedidos de ejercer una adecuada defensa en juicio ante la imposibilidad de refutar decisiones basadas en criterios discrecionales de los magistrados que la disponen... justamente, el instituto de la condenación condicional previsto en el art. 26 del Código Penal tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el art. 18 de la Constitución Nacional... Que esta Corte ha sostenido en Fallos: 327:3816, que la condenación condicional procura evitar la pena corta de prisión para quien pueda ser un autor ocasional... la razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad, lo que sucede cuando la pena no excede de cierto límite, o cuando no provoca mayor peligro

///35.- de alarma social, es decir cuando el sujeto no es reincidente..." (S. 579. XXXIX. "Squilaro, Adrián, Vázquez, Ernesto Marcelo s/ defraudación especial en gdo. de partícipe primario - Smoldi, Néstor Leandro s/ defraudación especial en gdo. De partícipe secundario").- - - - -

-----7.- Lo argumentado por la Cámara Criminal:- - - - -

----- Ingresando al análisis de los agravios planteados por los recurrentes en relación con la determinación de las penas impuestas a los coimputados Brione, González y Huentemil, considero necesario transcribir lo expresado por la Cámara Criminal al tratar ese acápite de la sentencia.- -

----- Sostuvo el a quo: “A los fines de aplicar las penas que les corresponden por sus responsabilidades en el hecho imputado en primer lugar deben determinarse las pautas individualizadoras que para todos se pueden determinar favorablemente en la falta de antecedentes penales.- - - -

----- “En su contra debe meritarse lo osado de la maniobra, que se ha jugado con la necesidad de la población de Cona Niyeu de contar con un SUM para las actividades comunitarias, que González era un funcionario público y como tal debía resguardar el patrimonio provincial, que Brione era la Comisionada de la localidad, cargo que le creaba la obligación de defender los intereses, bregar por las necesidades de la población y Huentemil, un empresario que lucró con la maniobra defraudatoria.- - - - -

- - - - -

----- “La defensa que sobre la persona de Huentemil realizó su asistente técnico, carecen de virtualidad jurídica en tanto el imputado era socio de Vectores SRL, contrataba con la Administración, dirigía obras, etc., nada de lo cual hace

///36.- presumir que nos encontremos ante un incapaz y se pueda encuadrar su situación en la circunvención de incapaces teniéndolo como víctima, como tampoco puede verse afectada su voluntad por su estado familiar de hijo adoptivo. Todo lo afirmado por el letrado proviene de su voluntariedad en razón que no lo ha manifestado su pupilo ni acreditado con prueba alguna en autos.- - - - -

----- “Al momento de fijar la pena, se entiende que debe ser de tal entidad que pueda en dicho período revertir sus conductas, cada uno desde el lugar que ocupaban y las obligaciones a su cargo.- - - - -

----- “González, como se ha dicho, era un funcionario público y participó del fraude, de la ilegítima apropiación de dinero que él debía como máximo responsable- cuidar, en el caso que se construyera el SUM, el objeto del subsidio. Huentemil lo sigue en este marco de responsabilidades, porque era el que orquestó, facilitó, desde lo privado, la estructura necesaria para la consumación del ilícito, consiguiendo que su precio fuera el elegido para la obra y por último, la maniobra no podría haberse realizado si quien era la responsable de la rendición (Brione) no prestaba su colaboración, aún en contra de los

intereses de la población de Cona Niyeu.- - - - -

----- “De acuerdo a esta escala de responsabilidades y teniendo en cuenta que es necesario que desaprendan las conductas delictuales los imputados, se estima como prudente aplicar a Carlos Ernesto González, la pena de Cuatro años y seis meses de prisión; a Juan Adán Huentemil, la pena de cuatro años de prisión y a Lidia Elizabeth Brione, la pena

///37.- de tres años y seis meses de prisión. Además y conforme lo requiriera el Ministerio Público, para Carlos Ernesto González además la inhabilitación especial perpetua para el manejo de fondos públicos y privados, comprendiendo la disposición y manejo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 174 último párrafo del CP; y en aplicación del artículo 22 bis del CP, la aplicación de una multa de pesos cincuenta mil (\$ 50.000) a cada uno de los imputados; con más accesorias legales y costas” (fs. 1130/1132).- - - - -

-----7.1.- La inobservancia de las pautas establecidas en el Código Penal para determinar el monto de las penas de prisión:- - - - -

----- La sola lectura de la transcripción de fallo permite advertir liminarmente- que la crítica de la defensa tiene asidero, pues lo plasmado por el sentenciante luce insuficiente, desacertado e incluso arbitrario. El esfuerzo realizado por el señor Fiscal General, plasmado en sus breves notas y en el alegato rendido ante este Cuerpo, no logra suplir la omisión y la inobservancia detectada, como tampoco resiste el embate de la defensa.- - - - -

----- a) Circunstancias atenuantes omitidas:- - - - -

----- El art. 40 del Código Penal dispone que “en las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente”. Así, el art. 41 establece que “[a] los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:- - - - -

----- “1º. La naturaleza de la acción y de los medios

///38.- empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado;- - - - -
- - - - -

----- “2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás

antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.- - - - -

----- Expresé en las consideraciones previas que la enumeración de circunstancias objetivas y subjetivas, contenidas en la ley de fondo constituyen parámetros de ponderación a los fines de cuantificar el monto de la pena; frente a la conminación de la escala del minimum y el maximum (esto es, los topes mensurativos), el magistrado debe partir de un punto central (equidistante de ambos extremos) y a partir de allí correrse de un lado a otro motivado por los diferentes aspectos que la normativa le señala, sea para agravar, sea para atenuar, la individualización de la sanción a imponer.- - - - -

----- De tal modo, el punto de mensuración central
-equidistante de ambos extremos- está fijado en cuatro (4) años para una escala que va de dos (2) a seis (6) años y a

///39.- partir de allí corresponde señalar cuáles circunstancias acercan o alejan la medición hacia el mínimo o hacia el máximo.- - - - -

----- La inexistencia de antecedentes penales, única circunstancia tomada como atenuante por el juzgador, no se aprecia ponderada en toda su magnitud. Tanto así que el mismo atenuante provocó un movimiento disímil en la valoración. Cabe señalar, aun cuando resulte ocioso, que la inexistencia de antecedentes está dando cuenta de la calidad de transgresor primario del orden jurídico.- - - - -

----- La Cámara Criminal soslayó además, al momento de graduar las sanciones, toda referencia a las condiciones personales y familiares de los tres condenados, a pesar de que algunas constancias en ese sentido surgen de la mera lectura de su decisión.- - - - -

----- Así, consta por ejemplo que una de las hijas de Lidia Elizabeth Brione nació en marzo de 2007 (se aludió a la situación de postparto en la que aquella se encontraba cuando debió endosar el cheque del pago en cuestión, que le llevara Uribe mientras estaba internada todavía), es decir, tiene siete años en la actualidad. Dijo además en esta sede que esa niña es la menor de las tres hijas que tiene, que viven con ella, y que es una madre sola.- - - - -

----- En cuanto a Carlos Ernesto González, se lee al inicio de la sentencia que es de estado civil viudo, habiendo manifestado ante este Superior Tribunal que es padre de

cinco hijos y que uno de ellos tiene una discapacidad.- - -

----- Respecto de Juan Adán Huentemil, se consigna en la sentencia que en el momento del debate se encontraba

///40.- desocupado, lo que concuerda con lo manifestado ante este Cuerpo, en el sentido de que su pequeña empresa quebró luego de lo ocurrido y aún afronta dificultades en el pago de deudas.- - - - -

----- Tales referencias, que estuvieron al alcance del juzgador al momento de precisar el monto de pena que debía corresponderles a los tres condenados en autos, y que debieron ser mencionadas y sopesadas al momento de estimar el quantum de la pena de modo menos lesivo, fueron sencillamente omitidas en el análisis de la Cámara. Nada se dijo al respecto. Tampoco se mencionó el resultado de los informes socio-ambientales, los que -si bien escuetos- arrojaban pautas del concepto y la solvencia que le merecían a quienes frecuentaban y conocían a los imputados. En el caso de la señora Brione, el concepto del que goza socialmente es altamente positivo, igual con relación al señor Huentemil. Sin embargo, el sentenciante habiendo incorporado dicha información al debate-, no la plasmó ni ponderó en la sentencia (conf. fs. 278/279 y 271 respectivamente).- - - - -

----- b) Las agravantes ponderadas. Doble valoración prohibida:- - - - -

----- Por otra parte, en lo que respecta a las circunstancias que valoró el a quo para agravar la sanción, deben efectuarse algunas consideraciones.- - - - -

----- En lo que podría encuadrarse como análisis de la naturaleza de la acción y los medios empleados, en el fallo se consignó como agravante “lo osado de la maniobra...”, con lo cual, teniendo en consideración que osadía significa

///41.- 'atrevimiento', 'audacia', 'resolución' (según la Real Academia Española), no se ha ponderado la naturaleza de la acción (índole y gravedad del injusto), sino que se la ha adjetivado. La naturaleza de la acción y los medios empleados para cometer el ilícito son circunstancias objetivas que pueden oficiar de agravante cuando son demostrativas de mayor desprecio al orden o mayor desinterés por respetarlo, utilizando medios que causan mayor repulsa o que son demostrativos de mayor empeño para delinquir. De ello, nada surge que pueda asimilarse a tal ponderación.- -

----- Seguidamente se estimó “que se ha jugado con la necesidad de la población de Cona Niyeu de contar con un SUM para las actividades comunitarias”. Si bien es cierto que en todo delito que afecte el erario público habrá una necesidad social insatisfecha,

esta apreciación del Tribunal puede ser encuadrada en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que demuestren el mayor impacto del daño causado.- - - - -

----- No ocurre lo mismo respecto de las demás pautas explicitadas por el a quo. Doy razones.- - - - -

----- El sentenciante valoró como agravante la calidad de funcionarios públicos que ostentaban González y Brione al momento de los hechos, en relación con el manejo de los fondos que fueron objeto de la defraudación.- - - - -

----- Sostuvo concretamente que “[l]a circunstancia de que González sea un funcionario público y como tal debía resguardar el patrimonio provincial, que Brione era la Comisionada de la localidad, cargo que le creaba la obligación de defender los intereses, bregar por las necesidades de la población”. Ambas pautas se reiteran más

///42.- adelante, reafirmando así su ponderación disvaliosa, al decir la sentencia que “González, como se ha dicho, era un funcionario público y participó del fraude, de la ilegítima apropiación de dinero que él debía como máximo responsable- cuidar, en el caso que se construyera el SUM, el objeto del subsidio”. Se agregó asimismo que “... por último, la maniobra no podría haberse realizado si quien era la responsable de la rendición (Brione) no prestaba su colaboración, aún en contra de los intereses de la población de Cona Niyeu”.- - - - -

----- Se advierte entonces que tales calidades y responsabilidades, de ambos coimputados, son constitutivas

precisamente- de los presupuestos objetivos indispensables para que pudiera llevarse a cabo el delito comprobado en autos, es decir, la comisión del fraude en perjuicio de la administración pública por parte de quienes tenían el manejo, la administración y el cuidado de bienes e intereses pecuniarios ajenos, tal como lo establecen los arts. 174 inc. 5 y 173 inc. 7 del Código Penal. De ese modo, ponderar una vez más esas circunstancias, que ya fueron valoradas al constatar su correspondencia con las exigencias del reproche penal endilgado, trayéndolas a colación nuevamente al momento de seleccionar el monto de la sanción a imponerles a ambos condenados, resulta claramente una doble valoración prohibida (Righi, Teoría de la Pena, pág.222).- - - - -

----- De modo similar, tampoco correspondía considerar, al agravar el monto punitivo a imponer a Huentemil, que este era “un empresario que lucró con la maniobra defraudatoria”, agregándose más adelante que “era el que orquestó, facilitó,

///43.- desde lo privado, la estructura necesaria para la consumación del ilícito,

consiguiendo que su precio fuera el elegido para la obra...”. No correspondía, reitero, valorar esas circunstancias para incrementar la sanción a Huentemil, precisamente porque esa calidad de empresario (cierta o simulada) fue la que le permitió intervenir en la maniobra delictiva y a la Cámara tener por acreditada la imputación y el reproche a él dirigido, en carácter de coautor en la defraudación con la finalidad de lucro que el tipo reclama.- - - - -

----- Es menester recordar aquí que el art. 41 inc. 1 del Código Penal no hace referencia al injusto, sino a su grado de intensidad (conf Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal. Parte General, EDIAR, Buenos Aires, 2002, 2ª edic., pág. 1047); la índole o intensidad del injusto permite considerar que “el ilícito culpable no sólo constituye el presupuesto de la punibilidad de la conducta, sino también la base para la graduación de su gravedad” (Patricia Ziffer, comentarios a los arts. 40 y 41 en la obra colectiva Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, dirigida por David Baigún y Eugenio Zaffaroni, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, 2ª ed., pág. 80).- - - - -

----- Así, ciertamente, cobra vigencia el voto del doctor Almeyra en autos “Cora Isabel” (CNCrim., Sala V, del 23/5/80), en tanto ha dicho con sana sabiduría que “la pena no debe ser severa ni benévola, sino esencialmente respetuosa del principio de culpabilidad. No es acertado decir que las penas deben ser severas porque la realidad sociológica demuestra que en tal o cual circunstancia

///44.- temporal recrudezca una u otra forma de criminalidad”.- - - - -

- - - - -

----- Sentado ello, en claro debe tenerse que la prohibición de doble valoración no obsta a que un elemento que forma parte del supuesto de hecho de la figura básica, o de una figura agravada, sea tomado en cuenta en el momento de cuantificación de la pena “para particularizar su intensidad” (conf Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal. Parte General, EDIAR, Buenos Aires, 2002, 2ª edic., pág. 1047). Pero la índole del injusto (extensión del daño y el peligro causado, en términos de medición de la culpabilidad del autor del hecho) adquiere correspondencia en la ponderación de agravantes toda vez que “ilícito y culpabilidad son conceptos graduables, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad”. En el caso de robo, si bien no se podría valorar el uso de violencia “en sí”, nada impediría considerar el grado de violencia, leve o intensa, que hubiera empleado el autor para el hecho (Patricia Ziffer, Lineamientos de la determinación de la pena, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2005, pág. 107).- - - - -

- - - - -

----- Por tal razón se ha dicho que, “si bien los conceptos de injusto y culpabilidad vienen dados por la teoría del delito, existe una diferencia de perspectiva, ya que mientras a los fines de la imputación lo que interesa es si concurren sus presupuestos, lo que se considera en el ámbito de la medición de la pena, dado que se trata de nociones mensurables, es su intensidad” (Esteban Righi, Teoría de la pena, pág. 223).- - - - -

///45.-- Como bien puede advertirse en el sub examine, las condiciones funcionariales de dos condenados y la condición de empresario del tercero involucrado en la maniobra, con fin de lucro, solamente es descriptiva de la configuración típica. Para los dos primeros, en tanto se trata de delicta propia y, respecto del privado, su calidad (cierta o sobrevaluada) de empresario no aportan una índole de injusto que denote mayor extensión del daño o del peligro causado. De tal manera no pueden entenderse como valoradas en ese sentido, por ende, se incurre en doble valoración, tal como antes se afirmara.- - - - -

----- Como también supra se ha hecho notar que ya la naturaleza de la acción y el daño fue ponderado como agravante por el a quo al señalar “que se ha jugado con la necesidad de la población de Cona Niyeu de contar con un SUM para las actividades comunitarias”, para lo cual ha tenido en cuenta el modo, tiempo y lugar de acaecimiento del daño, en términos de impacto social y de expectativas frustradas. Con lo cual ya se habría ponderado la medida de la culpabilidad merced a la influencia de la menor o mayor extensión del daño (no por la existencia misma de un daño).-

-----7.2.- La carencia de sustento del monto y modalidad de las penas de prisión seleccionadas, como consecuencia de las inobservancias a la ley penal. Falta de fundamentación. La consiguiente desproporción de las penas:- - - - -

----- Las omisiones advertidas y el desacierto en la ponderación de los parámetros aludidos se traduce en serias inobservancias de la ley penal, que conllevan falta de motivación en la determinación del monto de pena de prisión

///46.- que el a quo decidiera imponerle a cada uno de los coimputados, lo que resultaba inexcusable por la natural obligación de dar motivación fundada, con lo cual se ha lesionado la racionalidad exigida por el sistema republicano (arts. 1 C.Nac., 1 y 200 C.Prov.); tanto más -dada la escala penal con la que se conmina el hecho ilícito endilgado- que permitía eventualmente una pena de prisión de ejecución condicional.- -

----- En otras palabras, tomando como dato objetivo la escala penal prevista, que

posibilitaba a su vez que la pena privativa de libertad que pudiera corresponderle a cada uno de los condenados pudiera ser igual o inferior a tres años, con la consecuente probabilidad de que su cumplimiento pueda ser suspendido, máxime teniendo en cuenta que todos ellos son primarios, era obligación del juzgador extremar los recaudos al fundamentar la pena que estimaba ajustada a cada situación particular, incluyendo en tal tarea la debida explicitación acerca de por qué el monto seleccionado era a su entender acertado y consecuentemente, su modalidad de cumplimiento efectivo.- - - - -

----- En el caso de autos, según se ha demostrado, no solo se omitió brindar razones para justificar cada monto punitivo sino que, al enumerar las pautas que se tuvieron en consideración, muchas de las que establece la ley penal fueron omitidas, de las cuales a su vez la gran mayoría tenía un valor atenuante, además de que otras fueron valoradas como agravantes erróneamente. En definitiva, el monto punitivo resultante en cada caso aparece como arbitrario, además de desproporcionado en relación con las

///47.- circunstancias de cada situación particular de los imputados, y la arbitrariedad se patentiza en que, al haber seleccionado el juzgador montos de prisión superiores a tres años, se les impidió, sin adecuado sustento en las particularidades de cada uno, acceder a una condena en suspenso.- - - - -

----- En ese preciso sentido se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Squilaro”, citado en las consideraciones previas de este pronunciamiento.- - - - -

-----7.3.- La inaplicabilidad de la pena de multa al caso. Errónea aplicación del art. 22 bis e inobservancia de los arts. 21, 40 y 41 todos del Código Penal:- - - - -

----- Por otra parte, anoto que la pena de multa impuesta a los condenados no resulta aplicable al caso, más allá de que se encuentra desprovista de toda fundamentación en cuanto a su aplicabilidad y monto fijado.- - - - -

----- El art. 22 bis del Código Penal establece que “[s]i el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos”.- - - - -

----- Resulta evidente que, para que proceda la aplicación de esta multa complementaria, el ánimo de lucro al que alude la norma no debe encontrarse ínsito en el tipo penal endilgado.- - - - -

----- En ese sentido, se ha exigido que el ánimo de lucro que pudo inspirar la conducta juzgada supere el ínsito y natural del delito de defraudación (CNC Penal causa 12492

///48.- “Cascallana, Marta I.; Antonioli, Jorge H. s/ recurso de casación”, de fecha 13/06/2011, reg 799.11.3, citado en Edgardo A. Donna, El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012, T° 1, pág. 243; CNApel.Crim. y Correc., Sala V, sentencia dictada el 10/08/89 in re “Ferreyra”, con cita de un fallo de la Sala II -causa 26505 “Luzza, Rodolfo” del 20/05/82-, La Ley 1991-C, 416; DJ1991-2, 963; AR/JUR/24/1989. Ese último precedente, del año 1982, es citado además por Omar Breglia Arias y Omar Gauna en Código Penal, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, T° 1, pág. 165).- - - - -

----- En cuanto a si el art. 22 bis resulta aplicable a delitos que ya contienen en su estructura, como exigencia típica, el ánimo de lucro, consideramos acertada la respuesta negativa, por coincidir en que “un coherente razonamiento debe hacernos observar que, si para la configuración del delito en particular, el legislador ha reclamado ánimo de lucro y, al individualizar (individualización legislativa) la sanción que entiende adecuada, omitió considerar a la pena pecuniaria, es porque la excluyó como retribución para el hecho, con lo que resultaría absurdo entregar al órgano jurisdiccional la facultad de aplicarla o no en el caso concreto, cuando, precisamente, la existencia del tipo particular, depende de la presencia de aquél ánimo. A esta razón, debe agregarse la atinada observación de Ávila en el sentido de que, si el ánimo de lucro integra la estructura típica, la imposición de la multa complementaria, significaría una doble e

///49.- indebida desvalorización de una misma conducta, con lo que se podría configurar una violación del principio constitucional del ‘non bis in idem’” (José Daniel Cesano, La multa como sanción del derecho penal común: realidades y perspectivas, Ediciones Alveroni, Córdoba, 1995, págs. 121/122.).- - - - -

----- Coincide con esa postura Andrés José D’Alessio (Código Penal de la Nación Comentado y Anotado, La Ley, 2009, T° I, pág. 216), quien agrega que “conforme a la misma lógica, tampoco puede ser aplicado el art. 22 bis a los delitos que tienen prevista una figura agravada por el ánimo de lucro (p. ej., el encubrimiento del art. 277 inc. 3 b), pues se estaría agravando doblemente por idéntico motivo- la conducta en cuestión. Es decir que esta disposición resulta solamente aplicable como una agravante complementaria para los casos en que el legislador originalmente no la reguló”. Esa postura ha sido adoptada además por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, con cita de las opiniones de Cesano y Ávila antes mencionadas (TSJ, Sala Penal, S. N° 301 del 15/11/10, “Bagatello, Hugo Roque p.s.a. encubrimiento agravado, etc. -Recurso de Casación-”).- - - - -

----- No puede desconocerse que Núñez no comparte lo anteriormente expuesto, pero el referido autor no expone razones que rebatan los argumentos señalados ni otras de mayor peso que permitan considerar su desacuerdo. Solo se limita a sostener que la norma del art. 22 bis “es aplicable incluso si el ánimo de lucro integra el tipo delictivo, salvo que tomándolo en cuenta, el delito ya tenga previsto

///50.- pena de multa conjuntamente con la pena privativa de la libertad” (Ricardo Nuñez, Manual de Derecho Penal. Parte General, pág. 360).-----

-

----- Volviendo a la situación juzgada en este expediente, se advierte que la maniobra defraudatoria que se les achaca a los tres condenados contempla precisamente la realización de la conducta “con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido” (art. 173 inc. 7 C.P.). A ello se suma que ha quedado demostrado, como ha podido constatarlo y convalidarlo este Superior Tribunal, que “cada uno de los pasos detallados del procedimiento contractual son indicios claros, concretos, que no dejan lugar a duda de la intencionalidad defraudatoria; se insiste: aislados pueden parecer como simples irregularidades, pero tantos y en su conjunto demuestran que no fue por simple negligencia el accionar de los imputados, sino que actuaron con una clara intención de lucro a costa del erario provincial” (STJRNS2 Se. 151/13 “Brione”, con cita de la sentencia de la Cámara aquí impugnada).-----

----- De todo lo anterior se sigue que la Cámara, al imponerles a los condenados la pena de multa, no tuvo en cuenta que el ánimo de lucro que les diera origen ya estaba contemplado en la figura típica en la que encuadró sus conductas, sin demostrar, ni que se advierta, que tal ánimo habría sobrepasado las exigencias típicas allí establecidas, por lo que aplicó erróneamente, en ese aspecto, la ley penal (art. 22 bis C.P.).-----

----- Ello sin perjuicio de señalar que también se advierte que el tribunal omitió dar las razones por las que estimó

///51.- que el monto seleccionado (\$ 50000) era adecuado a las particulares circunstancias de cada uno de los condenados. Inobservando, nuevamente y en este aspecto los aludidos arts. 40, 41 y 21 del Código Penal.-----

----- Se ha establecido al respecto que “en orden a la individualización judicial, además de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal, asume importancia la expresa referencia de la ley a la situación económica del penado (art. 21, párr. 1º, in fine) (...) Nuñez, luego de señalar que mientras la referencia del art. 41 inc. 2º del Cód. Penal a las dificultades

económicas del penado, están relacionadas más con los motivos que lo llevaron a delinquir y que la norma del art. 21, párr. 1º del mismo cuerpo legal es el cartabón para individualizar con justicia la multa en el caso particular; sostiene que ésta, 'la observancia de la situación económica del penado', no solo atiende al capital y entradas del condenado, sino también a sus obligaciones pecuniarias, estado civil, cargas de familia y todas las circunstancias que concurren a determinar su mayor o menor posibilidad económica" (Enrique García Vitor, en la obra colectiva Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, dirigida por David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, Hammurabi, Tº 1, págs. 272/273).- -

----- Por lo precedentemente expuesto, a la primera cuestión sometida a deliberación, propongo al Cuerpo revocar el pronunciamiento en lo que a la determinación e individualización de la pena de prisión en su monto y modalidad se refiere, como también dejando sin efecto, y en consecuencia revocando, la pena de multa impuesta a los

///52.- condenados. MI VOTO.- - - - - A la misma cuestión los señores Jueces doctores Ricardo A. Apcarian, Enrique J. Mansilla Y Sergio M. Barotto dijeron:-
----- Adherimos al criterio sustentado por la vocal preopinante y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.- - - - - El señor Juez doctor Eduardo Roumec dijo:- - - - -
- - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -
- - A la segunda cuestión la señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijo:- - - - -
- - - - -

-----1.- Casación positiva: individualización -montos y modalidad- de las penas de prisión aplicables en el caso:- -

----- A partir de las conclusiones reseñadas en la primera cuestión, que permiten constatar, en resumidas cuentas, la errónea aplicación de la ley penal por parte del a quo en lo que respecta a la individualización de las sanciones que correspondería imponer a Brione, González y Huentemil (arts. 40, 41, 21 y 22 bis C.P.), cabe ahora que este Superior Tribunal case lo decidido y resuelva el caso, con arreglo a una adecuada aplicación de la ley.- - - - -

----- Ello es posible en esta instancia dado que no solo se cuenta con las constancias obrantes en el expediente, sino que además, en la audiencia llevada a cabo ante este Cuerpo, el Tribunal ha podido tener contacto directo con los tres imputados, quienes

además pudieron manifestar lo que estimaron pertinente antes de finalizar el debate (conf. CSJN en “Niz, Rosa Andrea y otros s/rec. de casación”. N. 132.XLV, del 15/6/10).-----

///53.- Ingresando entonces a analizar las pautas que han de incidir en el monto de la pena de prisión que corresponde imponer a Lidia Elizabeth Brione, se deben computar en calidad de atenuantes: la carencia de antecedentes penales, su condición de madre y jefa de hogar, a cargo de tres hijas y -al momento de realizarse los informes de abono- también de su madre, la que según lo hacen saber personas que la conocen desde hace muchos años, se encontraba en ese entonces enferma. Asimismo, deben valorarse los informes favorables sobre el concepto que se merece entre quienes la conocen y frecuentan, que a fs. 278/279 la describen como una persona sociable, amable, solidaria con sus vecinos y honesta, y se trata -además- de una persona que posee preparación para ganarse el sustento de su prole merced a su profesión docente; no existen circunstancias que permitan pronosticar que reiterará conductas transgresoras al orden jurídico y no evidencia peligrosidad alguna. A ello debe sumarse que, a diferencia de otras situaciones similares, en la que los funcionarios públicos acusados de hallarse incurso en la presunta comisión de delitos son mantenidos en sus cargos haciendo valer el estado de inocencia, la encartada fue destituida del cargo de Comisionada de Fomento a poco de darse a conocer el suceso, lo cual da cuenta del rigor con el que fue reprobada. De tal manera, la posibilidad de que incurra en la reiteración de conductas similares quedó neutralizada ab initio. Así también, aun cuando no hubiera sido exculpante de su responsabilidad penal, habré de computar como conducta posterior atenuante que fue ella quien puso en conocimiento de una Legisladora

///54.- la no realización de la obra, lo cual denota una suerte de arrepentimiento (conf fs. 1100/1101), como también que en la audiencia fue quien manifestó su impotencia e indignación al constatar que la obra realizada luego era solo “la cáscara” y que allí yacía abandonada y sin terminar. En sentido inverso, como agravante pesarán las circunstancias de modo, tiempo y lugar que ocasionaron daño a la comunidad de Cona Niyeu; todo lo cual permite fijar el monto superando el mínimo de la escala penal prevista para el injusto (dos -2- años y tres -3- meses de prisión).- - -

----- En cuanto a la modalidad de imposición de la pena privativa de libertad, no existen en el caso más que circunstancias motivadoras de la inconveniencia de la efectiva ejecución. Se trata de una pena de corta duración, no existe peligrosidad, y el sistema ofrece alternativas para quienes son primarios en la transgresión del orden jurídico, que

decididamente han de ser más fructíferas para la reinserción social que el encierro. Por consiguiente, la condena tendrá carácter condicional conforme el art. 26 del Código Penal y, en orden al art. 27 bis del mismo cuerpo legal, se le impondrán las siguientes pautas de conducta a cumplir durante el lapso de dos (2) años: a) fijar residencia y comunicar al Tribunal de ejecución todo cambio que realice; b) brindar clases de apoyo, ad honorem, a los niñas y niños alojados en el Hogar “La Casita” de Sierra Grande, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la provincia, a razón de tres (3) horas semanales y en los horarios en los cuales no afecte sus tareas habituales; c) acompañar mensualmente la certificación de las horas

///55.- cumplidas al Juzgado de Paz para su remisión al Tribunal de Ejecución.- - - - -
- - - - -

----- En el caso de Carlos Ernesto González, computaré como atenuantes: su condición de primario (sin antecedentes penales), que es jefe de hogar, viudo y con cinco hijos. También con relación a él habré de ponderar que fue inmediatamente removido de su cargo de Director, con lo cual el peligro de reiterar conductas merced a tal posición se neutralizó inicialmente. Se conoce que actualmente se dedica al comercio (venta de pollos) y que debe mantener y cuidar a una familia numerosa. Se mostró además profundamente impresionando, sinceramente conmovido y angustiado al manifestarse sobre su actual situación. Como agravantes corresponde tener en cuenta que se trata de un ciudadano que ha sido dirigente político de un partido vecinal, conocedor de las necesidades de la gente en los parajes alejados, ello en miras a considerar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se produjo el daño; así también los informes brindados por quienes le conocen y frecuentan (fs.304 y vta.) no han sido favorables, en tanto se lo percibe como portador de mal trato, mala persona y frecuentador de lugares de apuestas; y de lo apreciado en la audiencia surge que no admitió, sino que -contrariamente-, de modo reiterado, aseguró que la obra estaba hecha y que el SUM en Cona Niyeu existe. El balance de dichas circunstancias subjetivas y objetivas permite alejarse del mínimo previsto en la escala y también del punto de mensuración central y fijar la pena de prisión en tres (3) años.- - - - -

----- En cuanto a la modalidad de cumplimiento, también en

///56.- este caso no se advierten más que circunstancias que demuestran la inconveniencia de la efectiva privación de libertad. El condenado no evidencia peligrosidad, es primario, se ha hecho acreedor de una pena de corta duración y, dada su realidad actual, difícilmente pueda darse un pronóstico de reiteración delictiva. Por ello,

se impondrá con carácter condicional (art. 26 C.P.), fijándose a su respecto reglas de conducta que el penado deberá cumplir durante el lapso de tres (3) años; a saber: 1) fijar residencia y comunicar al Tribunal de Ejecución todo cambio que realizare; 2) abstenerse de concurrir a sitios en los que se practiquen juegos de azar y apuestas; 3) realizar tareas comunitarias en el Centro Integral de la Tercera Edad (CITE) de la Municipalidad de Cipolletti, a razón de cuatro (4) horas semanales, en horarios que no afecten sus tareas habituales, y 4) presentarse mensualmente en el Juzgado de Paz de su localidad para acreditar las horas cumplidas, para su remisión al Tribunal de Ejecución.-

- - - - -

----- En cuanto a Juan Adán Huentemil también corresponde computar como atenuantes: su carencia de antecedentes penales, los informes de concepto incorporados al conocimiento de quien juzga (fs. 285), de los que se desprende que es una persona afecta al trabajo y que mantiene buenas relaciones con quienes le conocen; se lo describe de carácter tranquilo y no se le conocen vicios o malos hábitos. Así también, de lo apreciado en la audiencia se extrae que, si bien sostuvo que estuvo sujeto a presiones, en momento alguno negó su participación en el hecho que se le imputó y por el que recibió condena. En

///57.- calidad de agravante, al igual que para sus consortes de causa, se pondera la índole del injusto y, en orden a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, el impacto (intensidad) del daño social provocado a los pobladores de paraje. En tal caso, corresponde individualizar y determinar la pena de prisión en tres (3) años.- - - - -

- - - - -

----- En cuanto a la modalidad de imposición de la pena de prisión, en el caso de Juan Adán Huentemil no se logran visualizar ventajas de la efectiva prisionalización, en atención -fundamentalmente- a su condición de delincuente primario, acreedor de una pena de corta duración, que no evidencia peligrosidad (art.26 C.P.). En cuanto a las reglas de conducta que habrá de cumplir durante el lapso de tres (3) años, se imponen las siguientes, a saber: 1) fijar residencia y comunicar al Tribunal de Ejecución todo cambio que realice; 2) abstenerse de entablar cualquier tipo de vínculo contractual con el Estado Rionegrino, y 3) adoptar, en la medida de sus capacidades, actividad laboral remunerada o rentable, informando al Tribunal de Ejecución tal circunstancia o, en su defecto, informará el modo de sustento.- - - - -

----- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo la aplicación al caso de lo prescripto por el art. 440 del ritual, haciendo lugar al recurso en la porción de agravios admitidos,

revocando la parte resolutive de la sentencia traída a recurso, tal como lo expresara al votar la primera cuestión, y fallando el caso conforme lo prescribe la ley y la doctrina aplicables al caso. Esto es, modificando el

///58.- monto de las penas privativas de libertad que les fueran impuestas a los condenados, dejando su ejecución en suspenso, con cumplimiento de las pautas de conducta reseñadas, las que deberán ser cumplidas so riesgo de revocación del carácter condicional, dejando sin efecto las penas de multa impuestas en orden al art. 22 bis del Código Penal y subsistente la inhabilitación especial perpetua, respecto de la cual no se formularon agravios. Asimismo, corresponderá regular los honorarios de los letrados defensores justipreciando su labor en esta instancia, en orden a la tarea desarrollada y el resultado obtenido; para el doctor Juan Carlos Chirinos, en la suma equivalente al 30% de lo regulado en la instancia anterior y para el doctor Ovidio Castello en la suma equivalente al 30% de la fijación dada en la instancia anterior. MI VOTO.- - - - -

- A la misma cuestión los señores Jueces doctores Ricardo A. Aparian, Enrique J. Mansilla Y Sergio M. Barotto dijeron:-

----- Adherimos al voto de la doctora Liliana L. Piccinini, con la aclaración de que en la imposición de las penas conjuntas principales, así como la acumulativa de multa, a Carlos Ernesto González, Juan Adán Huentemil y Lidia Elizabeth Brione, el juzgador incurrió tanto en vicios in iudicando v.gr., la temática referida a la multa o la restricción conceptual evidenciada respecto del alcance del principio non bis in idem- como in procedendo v.gr., las deficiencias en la fundamentación por la omisión de considerar las circunstancias atenuantes y agravantes previstas por los arts. 40 y 41 C.P.P.- - - - -

- -

----- Esto es, el juzgador ha incurrido en ambos motivos

///59.- casatorios incs. 1º y 2º art. 429 C.P.P.-, lo que permite la aplicación al caso de los arts. 440 y 441 del código de rito.- - - - -

----- En definitiva, el señalamiento de los errores cometidos por el sentenciante, la presencia de los imputados en la audiencia de casación, la circunstancia de que fueran escuchados y la precisa ponderación de las circunstancias atenuantes y agravantes mencionadas supra, entre las que se incluyen las provenientes de la intermediación de dicha audiencia, todo en lo que adherimos al voto preopinante, nos lleva a coincidir en la jurisdicción de este Superior Tribunal de Justicia para imponer pena sin reenvío del expediente y también en los montos, modalidades de ejecución y reglas de conducta decididas.- - - - -

----- Con estos fundamentos, adherimos a la segunda cuestión propuesta a discusión.
NUESTRO VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Eduardo Roumec dijo:- - - - -

- - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en
orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

- -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Hacer lugar parcialmente a los recursos de casación

----- deducidos por el señor Defensor Oficial doctor

Marcelo Chironi, el doctor Juan Carlos Chirinos y el doctor Ovidio Castello, en
representación de Lidia Elizabeth Brione, Carlos Ernesto González y Juan Adan
Huentemil, respectivamente (fs. 1139/1152, 1153/1166 y 1167/1173 vta.),

///60.- solo en lo vinculado con las penas impuestas.- - - Segundo: Revocar en lo
pertinente la parte resolutive de la

----- Sentencia Nº 28/13 de la Sala B de la Cámara en lo Criminal de Viedma.- - - - -

- - - - - Tercero: Imponer a Lidia Elizabeth Brione, de circunstancias

----- personales obrantes en autos y como co-autora material y penalmente responsable
del delito de fraude en perjuicio de la administración pública, la pena de dos (2) años y
tres (3) meses de prisión, de ejecución condicional (art. 26 C.P.), e inhabilitación
especial perpetua para el manejo de fondos públicos y privados, comprendiendo la
disposición y manejo (art. 174 último párrafo C.P.). Con costas.- - - - -

- - - - - Cuarto: Imponer a Lidia Elizabeth Brione las siguientes

----- pautas de conducta, a cumplir durante el lapso de dos (2) años: a) fijar residencia y
comunicar al Tribunal de ejecución todo cambio que realice; b) brindar clases de apoyo,
ad honorem, a los niñas y niños alojados en el Hogar “La Casita” de Sierra Grande,
dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la provincia, a razón de tres (3)
horas semanales y en los horarios en los cuales no afecte sus tareas habituales; c)
acompañar mensualmente la certificación de las horas cumplidas al Juzgado de Paz para

su remisión al Tribunal de Ejecución (art. 27 bis C.P.), bajo apercibimiento de revocar el carácter condicional de la condena.----- Quinto:

Imponer a Carlos Ernesto González, cuyas demás

----- circunstancias personales obran en autos, como coautor material y penalmente responsable del delito de

///61.- fraude en perjuicio a la administración pública, la pena tres (3) años de prisión de ejecución condicional (art. 26 C.P.), e inhabilitación especial perpetua para el manejo de fondos públicos y privados, comprendiendo la disposición y manejo (art. 174 último párrafo C.P.). Con costas.- - - Sexto: Imponer a Carlos Ernesto González las siguientes

----- reglas de conducta durante el lapso de tres (3) años: 1) fijar residencia y comunicar al Tribunal de Ejecución todo cambio que realizare; 2) abstenerse de concurrir a sitios en los que se practiquen juegos de azar y apuestas; 3) realizar tareas comunitarias en el Centro Integral de la Tercera Edad (CITE) de la Municipalidad de Cipolletti, a razón de cuatro (4) horas semanales, en horarios que no afecten sus tareas habituales, y 4) presentarse mensualmente en el Juzgado de Paz de su localidad para acreditar las horas cumplidas, para su remisión al Tribunal de Ejecución, todo bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se revocará el carácter condicional de la pena (art. 27 bis C.P.).----- Séptimo: Imponer a Juan Adán Huentemil, de circunstancias

----- personales obrantes en autos, como coautor material y penalmente responsable del delito de fraude en perjuicio a la administración pública, la pena tres (3) años de prisión de ejecución condicional (art. 26 C.P.). Con costas.- - - Octavo: Imponer a Juan Adán Huentemil las siguientes pautas

----- de conducta, por el lapso de tres (3) años: 1) fijar residencia y comunicar al Tribunal de Ejecución todo cambio que realice; 2) abstenerse de entablar cualquier tipo de vínculo contractual con el Estado Rionegrino, y 3) adoptar,

///62.- en la medida de sus capacidades, actividad laboral remunerada o rentable, informando al Tribunal de Ejecución tal circunstancia o, en su defecto, informará el modo de sustento, todo bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se revocará el carácter condicional de la pena (art. 27 bis C.P.).-----

Noveno: Regular los honorarios profesionales del doctor Juan

----- Carlos Chirinos, en la suma equivalente al 30% de lo regulado en la instancia anterior, e idéntico porcentaje para el doctor Ovidio Castello, también respecto de la fijación dada por su actuación ante el Tribunal de origen.- Décimo: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

----- autos.

ANTE MÍ: GUSTAVO GUERRA LABAYÉN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 7

SENTENCIA: 94

FOLIOS: 1288/1349

SECRETARÍA: 2