

## Lesiones Gravísimas Agravantes Mensuración De La Pena Agente Del Servicio Penitenciario

### JURISPRUDENCIA

### Lesiones gravísimas. Agravantes. Mensuración de la pena. Agente

del Servicio Penitenciario

Se hace lugar al recurso de casación interpuesto por los representantes del Ministerio Público Fiscal, y se casa la sentencia recurrida en cuanto al monto y ejecución de la pena impuesta al encartado por el delito de lesiones gravísimas agravadas, por haber sido cometidas por un miembro de la fuerza penitenciaria, con motivo de su función. En la ciudad de Buenos Aires, a los 23 días del mes de junio del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente, y los doctores Mariano Hernán Borinsky y Juan Carlos Gemignani como Vocales, asistidos por el secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación de fs. 1105/1109 vta. de la presente causa FSM 1790/2011/TO1/CFC2 del Registro de esta Sala, caratulada: "M., R. A. s/recurso de casación"; de la que RESULTA: I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 1 de San Martín, en la causa FSM 1790/2011 de su registro, mediante sentencia dictada con fecha 7 de junio de 2016 (cuyos fundamentos fueron dados a conocer el 23 de junio de 2016), resolvió -en lo que aquí interesa-: "I.- CONDENAR a R. A. M., de las demás condiciones personales obrantes en el encabezamiento, como autor penalmente responsable por el delito de lesiones gravísimas, agravadas, por haber sido cometidas por un miembro de la fuerza penitenciaria, con motivo de su función, cargo o condición -arts. 45, 91 y 92 en función del art. 80, inc. 9º del C.P.- a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN EN SUSPENSO y al pago de las costas del proceso (art. 26 del C.P. y arts. 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación...? (cfr. fs. 1095/1095 vta. y fs. 1096/1103 vta.). II. Que contra dicha resolución, los representantes del Ministerio Público Fiscal ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 1 de San Martín, doctores Marcelo H. García Berro y Guillermo S. Silva, interpusieron a fs. 1105/1109 vta. recurso de casación, el que fue denegado por el a quo y concedido por esta Sala IV (cfr. fs. 1163/1164 vta., Reg. Nro. 1573/16.4, rta. el 2/12/2016). Asimismo, el recurso fue mantenido a fs. 1170 por el señor Fiscal General ante esta instancia, doctor Javier A. De Luca a fs. 1170. III. Los recurrentes sustentaron su recurso de casación en los motivos previstos en los inc. 1º y 2º del art. 456 del C.P.P.N., dirigiendo sus agravios a impugnar la sentencia en lo relativo a la mensuración de la pena, la aplicación del instituto previsto en el art. 26 del C.P. y la falta de imposición de la inhabilitación especial prevista en el art. 20 bis del C.P. (fs. 1105). En definitiva, los cuestionamientos se efectuaron con relación a tres aspectos, dos de ellos vinculados con la interpretación de normas de carácter sustancial y la última con la arbitrariedad de la resolución recurrida en cuanto al monto de pena impuesto a R. M. Así, manifestaron que la resolución atacada incurre en una inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva; concretamente de las normas previstas en los arts. 26 y 20 bis del C.P. Dijeron que en este caso concreto resulta imposible aplicar, más allá del monto de pena que se le impusiera a R. A. M., una condena de ejecución condicional. Sostuvieron que la aplicación del art. 26 del C.P. al caso sub examine se efectuó en base a una errónea inteligencia de los preceptos legales aplicables (fs. 1108). Discutieron, en este aspecto, sobre el alcance que cabe otorgarle al término "primera condena de prisión" previsto en el art. 26 del C.P. como presupuesto para la aplicación de una pena de modalidad condicional. Reseñaron los supuestos en los que se puede aplicar el término "primera condena", considerando que existen, según la doctrina, los siguientes casos: a) ausencia de toda condena previa de naturaleza privativa de libertad; b) aun existiendo una condena previa privativa de la libertad, que haya sido impuesta superando el plazo previsto en el propio art. 27 del C.P.; c) que el condenado no haya gozado anteriormente del beneficio, o la pena impuesta fuese el fruto de una compurga por el tiempo de detención sufrido bajo la modalidad de prisión preventiva, siempre que en ambos casos se respeten los plazos previstos por los arts. 27 y 51 del C.P.; d) cuando la llamada "primera condena" se refiera a la "primariedad delictiva" es decir, cuando el hecho que motiva la primera condena sea posterior al hecho que fundamenta la segunda condena; exégesis que se basa en la posibilidad de aplicar el concurso de delitos, pues la sustanciación de dos procesos paralelos en distintas jurisdicciones pueda acarrear la insostenible consecuencia de que una persona sea condenada en dos oportunidades y de esta manera tener vedada la posibilidad de acceder en iguales términos a la ejecución condicional. Así, señalaron que conforme surgía de la certificación de antecedentes de R. A. M. dispuesta en el contexto de la instrucción suplementaria, el 11 de diciembre de 2009 el Juzgado de Garantías Nº 6 del Departamento Judicial de la Matanza condenó al imputado a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, por resultar autor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de guerra atenuada, por un hecho ocurrido el 5 de diciembre de 2009, en la localidad de Virrey del Pino, Partido de la Matanza, en perjuicio de la seguridad pública; y que dicha sanción se tendría por no pronunciada el 11 de diciembre de 2013 y su caducidad registral operaría el 11 de diciembre de 2019. Explicaron los recurrentes que esta condena anterior que registra M. es por un hecho posterior (hecho del 2009) que el

hecho que motivó la sentencia recurrida (hecho del 2007) y que por ello no correspondía considerarla como una circunstancia agravante al momento de efectuar la mensuración de la pena a imponer, ni tampoco correspondía su unificación por haberse vencido el término de cuatro años previsto en la primera parte del artículo 27 del Código Penal. Asimismo, sostuvieron que "...resulta claro que la regulación del instituto de la condena de ejecución penal, en cuanto dispone que se tendrá por no pronunciada si transcurridos los 4 años el condenado no cometiere nuevo delito, es a los fines de la exigibilidad de su cumplimiento y unificación -art. 58 CP-, pero el mismo artículo prevé su consideración a los fines de una posible nueva condena de ejecución condicional, la cual sólo será viable si el condenado comete nuevo delito y transcurrieron entre la condena y ese nuevo delito 10 años? (fs. 1108).

Manifestaron que este proceso y el proceso que motivó la primera condena han tramitado paralelamente y los delitos imputados en ambos casos han concurrido en los términos del art. 55 del C.P., por lo que teniendo en cuenta el monto de ambas condenas, y que en esta causa se aplicó el mínimo legal, en una unificación de condenas hubiera recibido una pena privativa de la libertad efectiva superior a los 3 años (fs. 1108). En dicha inteligencia, consideraron que entonces la sentencia condenatoria recaída en la presente causa no es la "primera condena" exigida por la normativa del art. 26 del C.P., en sentido literal. Por otra parte, cuestionaron la falta de aplicación de la inhabilitación especial prevista en el art. 20 bis del C.P., cuya imposición por el término de cuatro años para ocupar cargos públicos había sido requerida concretamente por el fiscal. Recordaron que M. era un miembro del Servicio Penitenciario Federal que cometió el hecho en ejercicio de sus funciones como auxiliar de requisa que, como tal, eran públicas y que dicha circunstancia amerita la imposición de la inhabilitación especial peticionada. En último término, alegaron la inobservancia del deber de fundamentación impuesto por el art. 123 del C.P.P.N. en tanto el a quo, a condenar a R. A. M. a la pena de tres años de ejecución condicional, desconoció su pedido de imposición de una pena mayor en cuanto al monto y a la modalidad de ejecución, y la imposición de una inhabilitación especial de cuatro años para ocupar cargos públicos, accesorias legales y costas. Estimaron que el razonamiento de la sentencia para descartar como circunstancia agravante al momento de fijar la sanción penal la valoración del especial estado de indefensión de la víctima configurando por la situación en la que se encontraba y la cantidad de atacantes, no resulta suficiente para satisfacer las exigencias de motivación y fundamentación que derivan del art. 123 del C.P. y de la C.N. Ello por cuanto, según indicaron, "...si bien está claro que las circunstancias del hecho encuadraron típicamente en la agravante del art. 80 inc. 9 del C.P., la misma prevé una escala penal a disposición de los jueces a fin de poder dar la respuesta más adecuada al injusto particular? (fs. 1109). Consideraron, especialmente, la brutal golpiza, el modo en el que la misma ocurrió, que se trataba de un interno portador de HIV y Hepatitis, recién ingresado al penal y previamente esposado, al que le causaron múltiples lesiones, una de ellas gravísima, y el trato posterior brindado, excediendo ampliamente el presupuesto de mínimo injusto punible subyacente en la figura agravada aplicada, aun mediante las atenuantes mensuradas. Concluyeron que "...en la sentencia no se han expuesto los razonamientos que llevaron a la aplicación de una pena en suspenso, pese a que la fiscalía solicitó expresamente una pena privativa de la libertad que fueron de efectivo cumplimiento. Ello así, toda vez que la referencia a la foja 1071, para afirmar que el condenado no registrada antecedentes resulta insuficiente pues no refleja ni da tratamiento a la existencia de la condena informada a fs. 1066/1068? (fs. 1143). Así, dijeron que "no se volcaron los fundamentos que llevaron a la estimación de la posibilidad de aplicación de condena de ejecución condicional pesa además a que el art. 26 C.P. exige la expresión de los fundamentos que llevan a la decisión. En igual sentido, cabe mencionar que tampoco se han hecho explícitas las razones por las que no se aplicó la pena de inhabilitación, teniendo en cuenta que existió de esa parte un pedido expreso?". Solicitaron que se haga lugar al recurso de casación, se revoque la decisión recurrida sólo en lo que hace a la modalidad de ejecución de la pena privativa de la libertad y su mensuración y que además se disponga la aplicación de la pena de inhabilitación solicitada (art. 20 bis del C.P.); en definitiva, de ese modo se imponga a R. A. M. la pena privativa de la libertad de efectivo cumplimiento -4 años de prisión-, inhabilitación especial por cuatro años para ocupar cargos públicos, accesorias legales y costas, en orden al delito por el cual fue condenado (fs. 1143). IV. Que durante la etapa prevista por los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del C.P.P.N., se presentó el señor Fiscal General ante esta instancia, doctor Javier A. De Luca, quien solicitó que se haga lugar al recurso de casación interpuesto y se revoque la sentencia recurrida. Consideró que el fallo omitió tener en cuenta circunstancias comprobadas en autos, así como los alcances de la norma que exige una correcta fundamentación de las decisiones jurisdiccionales, todo lo que cual pone de resalto una palmaria arbitrariedad. Sostuvo que la agresión fue desmesurada y repetida, lo que nos aleja por completo del mínimo de la escala penal prevista para este delito, con la agravante de miembro integrante del servicio penitenciario, que el imputado se aprovechó de la indefensión, en inferioridad de condiciones, en la que se encontraba el imputado para actuar sin riesgo, sobre seguro y ocasionar a la víctima la más severa de las agresiones, con resultado ya conocido. Asimismo, agregó que M. sabía que el interno era portador de HIV, es decir, a pesar de conocer la enfermedad crónica de T. le pegó la patada que casi lo mata, de acuerdo al informe de Humberto Antonio Metta, especialista en clínica médica e infectología. Por último, manifestó que el imputado debió ser inhabilitado para ocupar cargos públicos, de conformidad con lo previsto en el art. 20 bis del C.P. Concluyó que "...la pena que

solicitó el Ministerio Público Fiscal para R. A. M., de cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo más la pena de inhabilitación especial por igual tiempo para ocupar cargos públicos, resultaba una consecuencia lógica de las circunstancias que rodearon el caso? (cfr. fs. 1173 vta.). V. Que conforme surge de fs. 1177 se celebró la audiencia prevista en los arts. 465, último párrafo y 468, a la que compareció el doctor José Antonio Pérez, defensor de R. A. M., respecto del cual también se efectuó la audiencia de conocimiento directo prevista en el art. 41 del C.P. Así, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Mariano Hernán Borinsky y Juan Carlos Gemignani. El señor juez Gustavo M. Hornos dijo: I. El recurso interpuesto por los representantes del Ministerio Público Fiscal, doctores Marcelo H. García Berro y Guillermo S. Silva, fue concedido por esta Sala IV, conforme se desprende de fs. 1163/1164 (cfr. FSM 1790/2011/1/RH1, caratulada ?M., R. A. s/queja?, Reg. Nro. 1573/16.4, rta. el 2 de diciembre de 2016). II. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 2 de San Martín mediante sentencia dictada con fecha 7 de junio de 2016, cuyos fundamentos fueron leídos el día 23 de junio de 2016, condenó a la pena de tres años de prisión, en suspenso, a R. A. M. como autor penalmente responsable de lesiones gravísimas, agravadas, por haber sido cometido por un miembro de la fuerza penitenciaria, con motivo de su función, cargo o condición (arts. 26, 91 y 92 en función del art. 80 inc. 9º, todos del C.P.). Para así decidir, el a quo tuvo por acreditado que ?...el 16 de octubre de 2007, aproximadamente a las 12.10, R. A. M., ayudante de 3ra. del Complejo Penitenciario Federal nº 2 de Marcos Paz al momento del hecho, le dio una patada al interno D.I.T en un costado de su abdomen y le provocó la rotura esplénica del bazo, órgano que por ello debió serle extirpado quirúrgicamente, con gran urgencia. Esto ocurrió mientras T. era víctima de una severa golpiza por parte, inclusive, de otros agentes del servicio penitenciario? (cfr. fs. 10 vta.). En el caso de autos no se encuentra controvertido por las partes la materialidad del hecho juzgado en el presente proceso por el cual resultó condenado R. A. M., ni la calificación legal asignada al evento juzgado. El recurrente -Ministerio Público Fiscal- cuestiona el monto de pena, por bajo, y la modalidad de ejecución de la sanción penal impuesta a M. como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito, así como la falta de imposición de la inhabilitación prevista en el art. 20 bis del C.P. Centra sus críticas en base a tres argumentos: a) la errónea aplicación al caso sub examine del art. 26 del C.P. en cuanto el a quo condenó al imputado a la pena de tres años de ejecución condicional, pese a que el fiscal había solicitado la imposición de una pena de cuatro años de efectivo cumplimiento; b) la mensuración de la pena sin valorar las pautas agravantes planteadas; y c) la falta de imposición de la inhabilitación especial prevista en el art. 20 bis del C.P. por el término de cuatro años que también había sido expresamente requerida por el fiscal. III. a y b. El monto y modalidad de ejecución de la pena. El a quo fundó la imposición de la pena de tres (3) años de ejecución condicional considerando la naturaleza y circunstancias del hecho imputado, la escala penal prevista para el delito, que oscila entre los tres y quince años de prisión, la edad del imputado y su educación conforme se desprendía de fs. 1072 así como la carencia de antecedentes informada a fs. 1071. Además, evaluó el tribunal como una circunstancia atenuante ajena al imputado el tiempo que demandara la tramitación y culminación del proceso. Descartó las circunstancias del hecho y las condiciones del imputado que las partes acusadoras habían considerado como agravantes a los fines de individualizar la pena que cabría imponerle a M., por considerar que se trataban de aspectos que hacían estrictamente al tipo penal: la existencia de un especial ensañamiento, o la crueldad con la que obró M., esgrimidas por la querrela, así como el estado de indefensión de Trapanesi, expuesto por el Fiscal. El tribunal sostuvo que ?[s]e trata de una lesión grave que ocasionó la pérdida de un órgano, producida por una patada. No se aprecian en la descripción del hecho los calificativos que le adjudica la querrela, no obstante entender natural su pretensión en tanto parte? (fs. 1137 vta.). Expresó que ?...al estado de indefensión de la víctima, va de suyo, dada la condición de detenido e inferioridad numérica, lo cual también se encuentra atrapado por la circunstancia agravante del inciso noveno del artículo 80? (fs. 1138). Concluyó que ?...entendimos apropiado imponerle el mínimo legal, en suspenso (art. 26 del Código Penal)? (fs. 1138). En el caso, las partes fundaron su concreta pretensión punitiva en las circunstancias de gravedad del hecho juzgado que, según entendieron, exigían la imposición de una pena de prisión de efectivo cumplimiento alejada del mínimo legal de tres (3) años, previsto en los arts. 91 y 92, en función del art. 80 inc. 9, todos del C.P. En este contexto y conforme surge del acta de debate obrante a fs. 1123/1129 vta., la Procuración Penitenciaria de la Nación, en su carácter de parte querrelante, solicitó para graduar la pena a imponer a M. se tuviera en cuenta como factor atenuante ?la falta de antecedentes? y como agravantes ?el hecho que constituyen graves violaciones a los derechos humanos, naturaleza de la acción, el carácter aberrante de los medios empleados y la extensión del daño físico de la víctima?; en base a ello, pidió que se le imponga a M. la pena de cuatro años de prisión efectiva, como autor del delito de imposición de apremios ilegales agravados por el uso de violencia de amenazas y por la causación de grave daño a la salud de la víctima (art. 144 bis inc. 3 y último párrafo, en función del art. 142 inc. 1 y 2 del C.P.). Por su parte, el Fiscal de juicio solicitó la valoración como pautas atenuantes para mensurar la pena de las consideraciones que se desprenden del informe socio-ambiental, de su legajo penitenciario, la falta de antecedentes y las demás pautas; y como agravantes consideró que debía computarse el estado de indefensión de la víctima y el

hecho de que la misma fuera portadora de HIV. En base a lo expuesto, el Fiscal solicitó que se condene a R. A. M. como autor del delito de lesiones gravísimas, agravadas por haber sido cometidas por un agente del S.P.F. abusando de su función, a la pena de cuatro (4) años de prisión de efectivo cumplimiento, inhabilitación especial por cuatro años para ocupar cargos públicos, accesorias legales y costas. Ahora bien, la necesidad de una adecuada fundamentación de la sentencia en lo que hace a la imposición de una pena concreta ha sido resaltada en diversos precedentes, en tanto se trata, en definitiva, de la fijación de las consecuencias jurídicas de un delito, según la clase, gravedad y forma ejecución de aquéllas, escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente, por lo cual este arbitrio del juez se encuentra condicionado. Está vinculada a los límites establecidos por el principio de culpabilidad - que también es su fundamento- y por los parámetros establecidos en el art. 41 del C.P. Se exige que el juez exponga las razones que sustentan la necesidad de imposición de una pena concreta en el caso, vinculada con los límites establecidos por el principio de culpabilidad y los parámetros establecidos en el art. 41 del C.P. (art. 18 de la C.N. y arts. 123 y 404, inc. 2º del C.P.P.N.). Estos son los lineamientos que han de guiar el análisis reclamado por el recurrente -Ministerio Público Fiscal-, vinculado con la falta de fundamentación del monto de la pena impuesta al imputado. De la lectura de los fundamentos dados en la sentencia recurrida, en lo que hace a la mensuración de la pena, es posible advertir que se ha omitido considerar los concretos argumentos de las partes relacionados especialmente con las pautas agravantes que en el caso exigían la imposición de una pena mayor a la impuesta por el a quo, valiéndose de mínimas consideraciones, sin ahondar sobre las particularidades o especificidades que el caso presenta, ni la manera o el modo en la que pretendían las partes acusadoras pretendían que las pautas agravantes operaran o fueron valoradas. En efecto, la afirmación efectuada por el tribunal al considerar que "...la totalidad de las circunstancias que las partes acusadoras consideraron como agravantes, son aspectos que hacen estrictamente al tipo penal" (fs. 1137/1138) desconoce que la valoración de las circunstancias o elementos de hecho que el legislador tuvo en cuenta al momento de definir la figura delictiva y que marcan el fundamento de censurar una cierta conducta, puedan ser evaluadas en su eficacia cuantitativa. Sobre el punto, he señalado en reiteradas oportunidades que resulta claro que las circunstancias o elementos que en sí mismos considerados configuran la acción típica no pueden ser valorados para graduar la pena a imponer. Sin embargo, junto a las demás pautas de mensuración, pueden ser evaluados distintos datos o circunstancias de la conducta objeto de proceso, pero considerados no ya en su mencionada eficacia cualitativa, sino cuantitativa, es decir: en su gravedad o entidad. Entonces, si bien no sería posible agravar un homicidio porque el hecho "culminó con una muerte lamentable", o un robo porque para el apoderamiento se utilizó violencia, pues estas circunstancias son propias del homicidio o del robo, respectivamente -y tomarlas en cuenta implicaría agravar dos veces por la misma circunstancia-, nada impediría considerar, respecto del robo, por ejemplo, el grado de violencia, leve o intensa, que hubiere empleado el autor para el hecho; o si el agredido fue un niño, o la entidad de la específica conducta o aporte realizado por quien resultara, como en el caso, coautor de un delito, es decir, la gravedad específica de la conducta de quien hubiere tomado parte en la ejecución del hecho. Pues no todas las modalidades posibles de ejecución de un hecho delictivo pueden revestir idéntica entidad cuantitativa. Es que, por ejemplo, aún cuando la mera afectación del bien jurídico protegido ya ha sido ponderado en abstracto por el legislador en relación al tipo penal, y así considerado no puede ser valorado por el juez a los fines de la imposición de una pena, sí puede tener incidencia, como agravante o atenuante, el grado de afectación a ese bien jurídicamente protegido; del mismo modo ocurre con el tiempo, lugar y modo en que se desarrolló el delito, así como en relación a los medios de que se valió el delincuente, que en cada caso adquirirán según su intensidad un diferente valor indiciario de la gravedad del hecho, aun cuando en abstracto algunos configuren el injusto penal, o conformen una parte de la ejecución del hecho delictivo, pues, como se dijo, admiten grados. En definitiva, ilícito y culpabilidad son conceptos graduables, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad, para lo cual es imprescindible recurrir a las circunstancias que fundamentan la imposición de una pena y establecen su grado (cfr.: "Lineamientos para la determinación de la pena", Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1996, pág. 106 y ss.). Entonces, cierto es que la garantía de ne bis in ídem prohíbe que los elementos que motivaron al legislador a criminalizar la conducta por la que resulta condenado el imputado sean tenidos en cuenta por el tribunal nuevamente al momento de mensurar la pena, ello no impide que puedan evaluarse al graduar la sanción a imponer, como parte del principio de culpabilidad, el modo en el que el hecho fue cometido, el grado de violencia ejercido y el contexto en que las lesiones fueron causadas al imputado, que recordemos era un interno recién ingresado al Complejo Penitenciario Federal Nro. II, proveniente de Rawson. En este sentido, la tarea de individualización de la pena debe atender específicamente al grado del injusto causado, considerando especialmente, las características del hecho y junto con ella, su entidad y gravedad. Así, no puede desconocerse que las lesiones causadas se generaron en el marco del ingreso del interno D.H.T. en el Complejo Penitenciario Federal Nro. II, proveniente de la unidad 6 de Rawson, resultando víctima de una severa golpiza por parte de otros agente del servicio penitenciario que no fueron imputados. Tal como surge de las constancias obrantes en la presente causa, el interno T. declaró que durante el proceso que al arribar al Complejo Penitenciario lo llevaron a la "leonesa" para tomarle las huellas digitales y fue revisado por el médico Cerdarevich, recibió

la famosa "bienvenida" a cachetazos y trompadas por parte de los agentes del Servicio Penitenciario Federal y luego lo llevaron a las duchas, donde recibió la brutal golpiza entre varios agentes del Servicio Penitenciario que lo cagaron a palos, piñas y patadas, lo tiraron al piso y allí siguieron pateándolo. Nótese el estado de indefensión, en inferioridad de condiciones y en soledad frente a los ataques, en el que se encontraba la víctima de las agresiones que le fueron causadas por varios penitenciaros, que lo dejaron en el piso por los golpes producidos, actuando sin riesgo y sobre seguro. En este contexto, debe considerarse que, tal como lo expuso el señor Fiscal General, el interno al momento de recibir la golpiza se encontraba esposado. Tampoco puede desconocerse que el interno era portador de HIV y que, conforme lo afirmara el señor Fiscal ante esta instancia (fs. 1173), dicha circunstancia era conocida por el condenado M. Bajo esas condiciones, debe resaltarse que el golpe puso en riesgo de vida al interno, quien tuvo que ser internado y finalmente operado para extirparle el bazo; órgano cuya función principal se encuentra vinculada con el sistema inmunológico, que en el caso de un interno portador de HIV y con hepatitis, casi lo mata. Además, debe ponderarse el deber particular de protección y cuidado que es doble exigir a los agentes del Servicio Penitenciario respecto de las personas privadas de libertad, que merecen un trato digno y respetuoso de los derechos humanos y quienes se encuentran bajo su órbita de protección. El Estado tiene un deber de garantizar el goce de los derechos de las personas privadas de su libertad, en virtud de la relación de especial sujeción en la que se encuentran. Nuestra Constitución Nacional, con la incorporación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, garantiza a toda persona privada de su libertad el derecho a ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (arts. 10, ap. 1, del PIDCyP; 5.2.2 de la C.A.D.H., 18, C.N.), y con ello, el principio de respecto a la dignidad del interno y el principio de humanidad en la ejecución de las penas privativas de la libertad que impide que sean sometidos a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Las consideraciones hasta aquí apuntadas, permiten concluir que el tribunal omitió efectuar un estudio profundo de las características del hecho, que abordara de manera puntual las pautas agravantes solicitadas por los acusadores, condicionando los parámetros establecidos por el art. 41 del C.P., en relación con el principio de culpabilidad que debe observarse a los fines de individualizar la pena. Del fallo no puede colegirse cómo han operado tales consideraciones en el proceso analítico de los jueces ni de qué manera las premisas citadas conducen de manera lógica y razonada a la conclusión adoptada; incumpliendo el deber de fundamentación requerido por el art. 123 del C.P.P.N. Entonces, conforme lo señalado y atendiendo a las específicas circunstancias del caso apuntadas, considero que debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, en cuanto solicita que se le imponga a R. A. M. la pena de cuatro (4) años de prisión. Lo expuesto anteriormente, me exime de pronunciarme respecto de los agravios relativos a la aplicación del art. 26 del C.P.

b. Inhabilitación especial prevista en el art. 20 bis del C.P. Los recurrentes se agraviaron por la falta de fundamentación de la sentencia en tanto omitió considerar el concreto requerimiento de pena efectuado por el fiscal de juicio, quien había solicitado la imposición de la inhabilitación especial prevista en el art. 20 bis del C.P. que establece: "Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe... (inc. 3º), incompetencia o abuso en el ejercicio de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de autorización, licencia o habilitación del poder público?". En tal sentido, conforme sostuve al emitir mi voto in re causa nro. 3395, caratulada "MINETTO, Alejandro Carlos Pablo s/ recurso de casación" y Nro. 3759 del registro de esta Sala, caratulada: "AGUILAR VILLARROEL, Juan Carlos s/recurso de casación", Reg. Nro. 4903, rta. el 22/5/03, para que proceda su imposición, debe el "hecho" motivo de la represión, en su modalidad concreta de realización (sustantiva o circunstancial), aportar alguna de las hipótesis en las que queda comprendida toda profesión o actividad cuyo ejercicio depende de una autorización estatal fundada en exigencias de idoneidad (incompetencia) o de regularidad de ejercicio (abuso). Sostuve allí que su fundamento resulta claramente expresado en la fuente que de modo expreso señala seguir, es decir, en el proyecto de 1960, que en la nota a su art. 65 dice: "En vez de sancionar en cada caso de modo expreso la inhabilitación, el sistema adoptado responde a la naturaleza accesoria de esta sanción; se aplica sobre la base de la existencia de cualquier infracción, siempre que el delito se vincule con una esfera de derechos o de deberes de los que son materia de inhabilitación o con el ejercicio de una profesión o actividad reglamentadas, y el hecho muestre menosprecio, incompetencia o abuso". En tal sentido la regla general "cuando el delito cometido importe" implica una vinculación fáctica en orden a la represión, esto es, que el hecho objeto de la represión penal, en su modalidad concreta de realización, esté integrado o adjetivado por una de las formas de los tres incisos del art. 20 bis?. Esta autorización del poder público abarca toda autorización estatal, sea originaria (nacional, provincial, municipal), o delegada en entes autárquicos (p. ej. habilitación por una empresa estatal de energía a instaladores) o en corporaciones paraestatales (como los colegios profesionales). Es que, la ley se refiere a la exigencia de una reglamentación existente que condicione la actividad al menos a una autorización estatal (cfr.: De la Rúa, Jorge: "Código Penal Argentino", Parte General, segunda edición, Ed. Depalma, pág. 294 y 295), pero no están comprendidas, en cambio, aquellas actividades en las que la autorización se condiciona a la mera inscripción, pero que no supone control de idoneidad o regularidad en el ejercicio, sino que atiende a otros fines (p. ej. impositivos). Resulta claro que la

?autorización, licencia o habilitación? se relacionan con la naturaleza de cada actividad y al sentido de la intervención estatal, lo que implica las limitaciones mencionadas. Así, la actividad sobre la que puede recaer la inhabilitación se circunscribe a las que requieren la intervención autorizante del poder público para su propio ejercicio y no las que la requieren para el funcionamiento de los medios que se emplean para su ejercicio. A la luz de todo lo expuesto y en tanto la conducta juzgada en las presentes actuaciones por las que resultara condenado R. A. M. comprendió el abuso funcional del cargo de ayudante de 3era que ejercía el imputado en el Complejo Penitenciario Federal Nro. 2 de Marcos Paz, al darle una patada al interno D.H.T. que se encontraba ingresando al penal proveniente de la cárcel de Rawson, corresponde imponer la inhabilitación prevista en el art. 20 bis del C.P. Ello por cuanto, al momento de los hechos juzgados, R. A. M. era un miembro del Servicio Penitenciario Federal en pleno ejercicio de sus funciones y el abuso de las mismas quedó demostrado desde el momento en que el nombrado agredió físicamente a la víctima; por lo que corresponde que se haga lugar al recurso en lo relativo a la falta de aplicación del art. 20 bis del C.P., y se le imponga la inhabilitación especial allí prevista por el término de cuatro años para ejercer cargos públicos, conforme lo solicitado por el Fiscal durante los alegatos y por el señor Fiscal General durante esta instancia, doctor Javier A. De Luca. IV. Con estas consideraciones, propongo al acuerdo: HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 1105/1109 vta. por los representantes del Ministerio Público Fiscal, doctores Marcelo H. García Berro y Guillermo Silva; CASAR el punto dispositivo I de la sentencia recurrida en cuanto al monto y ejecución de la pena impuesta, y en consecuencia, CONDENAR a R. A. M. a la pena de CUATRO AÑOS de PRISIÓN, e imponerle la INHABILITACIÓN ESPECIAL prevista en el art. 20 bis del C.P. por igual término, para el ejercicio de cargo público. El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo: Que coincido sustancialmente con las consideraciones formuladas por el voto del distinguido colega que lidera el acuerdo, doctor Gustavo M. Hornos, con relación a los agravios motivos del recurso de casación. Por ello, con el alcance de la pretensión punitiva de la parte recurrente - Ministerio Público Fiscal- en ambas instancias y habiéndose celebrado la audiencia de ?visu? (art. 41 del C.P., cfr. fs.1177), adhiero a la solución allí propuesta. El señor Juez Juan Carlos Gemignani dijo: Que habré de adherir a la solución propuesta por los distinguidos colegas que me preceden en el orden de votación, con las consideraciones que a continuación expondré. En primer lugar, para ubicar teóricamente la cuestión, es conveniente citar a Lesch en consideración a que: ?[I]a confirmación contrafáctica de la vigencia de la norma es también, en cualquier caso, el único efecto especial a que puede dar lugar a la pena en relación con el suceso. Un sistema penal funcional, orientado según el principio de la compensación de la culpabilidad por el hecho y que con ello pretende ser un genuino sistema jurídico penal, no puede entonces establecerse con relación al contenido del deber, sino sólo con relación al símbolo del deber mismo, esto es, con relación a la expectativa de que determinadas reglas elementales de relacionamiento sean obligatorias. De ello se desprende que el injusto penal no es materialmente - esto es, según su concepto- ninguna <<contradictoria oposición>> al comportamiento que está establecido como contenido de la norma, esto es, especialmente no es una lesión a un (objeto de) bien jurídico, sino un ataque al deber mismo, una protesta contra la obligatoriedad de la regla simbolizada a través del deber, una demostración de falta de consenso sobre la vigencia de la norma para la situación de hecho. La <<esencia del injusto delictivo>> está -con las adecuadas palabras de HÄLSCHNER- sólo <<en que, el hecho delictivo individual se basa en una máxima general, generada en el arbitrio del autor, y que el autor, en la realización del hecho, ha colocado como la norma que regla y dirige su manera de proceder, de manera que quiebra el dominio del Derecho y coloca en su lugar, su arbitrio como el válido y dominante? (Lesch, Heiko Hartmut, ?El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional?, traducción de Juan Carlos Gemignani, Marcial Pons, 2016, p. 212). En este contexto, como repetidas veces he dejado asentado en anteriores fallos, la culpabilidad funda y establece la medida de la intervención estatal punitiva, es decir, la pena se funda y tiene la extensión de la medida de la culpabilidad del agente. En consonancia con ello se impone que, toda previsión legal que contenga alguna consideración en relación a la determinación de la pena, al tiempo de la estipulación original de la cantidad compensadora del hecho enjuiciado, habrá de resultar necesariamente -si se la pretende legítima- reconducible a la culpabilidad. Así, analizando el fallo que ha venido a estudio ante esta Cámara, en relación a los agravios presentados por el Ministerio Público Fiscal en cuanto al monto de la pena impuesto, considero que no se necesita mayor esfuerzo interpretativo de la norma para concluir que la agravante en cuestión ha sido incluida en el precepto legal precisamente para punir con más ímpetu los casos en que las víctimas sean como aquella involucrada pasivamente en este hecho. En consecuencia, la cantidad de tiempo impuesta por el a quo y su modalidad de ejecución no aparece ajustada con la necesaria para la restitución de la vigencia de la norma y, por lo tanto, habré de sumarme a la propuesta de los votos precedentes, la que se muestra acorde a las especiales circunstancias del caso bajo análisis. Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, RESUELVE: HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 1105/1109 vta. por los representantes del Ministerio Público Fiscal, doctores Marcelo H. García Berro y Guillermo Silva; CASAR el punto dispositivo I de la sentencia recurrida en cuanto al monto y ejecución de la pena impuesta, y en consecuencia, CONDENAR a R. A. M. a la pena de CUATRO AÑOS de PRISIÓN, e imponerle la INHABILITACIÓN ESPECIAL prevista en el art. 20 bis del

C.P. por igual término, para el ejercicio de cargo público. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese (Acordada N° 15/13 -Lex 100-, CSJN). Remítase la presente causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. GUSTAVO M. HORNOS MARIANO HERNÁN BORINSKY  
JUAN CARLOS GEMIGNANI 017854E