En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los cinco días del mes de mayo del año dos mil once, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Omar Florencio Minatta, Mónica Rodríguez, Roberto Rubén Portela, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"S., M. y otro p.s.a. homicidio tentado a J. D. -Trelew" (Carpeta 1677 OJ Tw – Legajo 17267 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por los imputados M. A. V. y G. M. S. contra la sentencia Nro. 2600/10 OJ Tw dictada en fecha 17/11/10.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 19/04/11 en la sede de este tribunal, estuvieron presentes los acusados M. A. V. y G. M. S. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), e intervinieron la Dra. M. Á. G. L. como defensora técnica de ambos y la Dra. Mirta del Valle Moreno en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial.

Concluida la deliberación en presencia del secretario (arts. 385 quinto párrafo, 329 y concs. CPP), se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Rubén Portela, Mónica Rodríguez y, Omar Florencio Minatta.

El Juez Roberto Rubén Portela dijo:

Motiva la intervención de este cuerpo, la impugnación parcial que dedujeran los imputados M. A. V. y G. M. S. de la sentencia condenatoria dictada en fecha 17/11/10 por la Jueza Unipersonal Dra. Laura Servent, en cuanto se los condena como coautores del delito de Lesiones en Agresión (arts. 45 y 95 del C.P.), a la pena de tres años de efectivo cumplimiento, por el hecho ocurrido en fecha 8 de Marzo de 2009, en

la ciudad de Trelew, en perjuicio de N. J. D., solicitando que la pena sea fijada en un año de prisión de ejecución condicional.

Los nombrados sostienen que la pena impuesta carece de fundamentación suficiente (art. 25 del C.P.P.), toda vez que esta se construyó sobre una mera e incompleta enunciación de los atenuantes, sin valoración alguna y con la mención de agravantes que no se acreditaron, como así también por ausencia de fundamentos en cuanto a la modalidad de la pena, lo que la descalifica como acto jurisdiccional.

Señalan en tal sentido, que la a quo determinó la pena considerando como únicas pautas para su mensuración, la falta de antecedentes condenatorios, el buen comportamiento exhibido a lo largo del proceso como así también el grado de alcoholización que ambos presentaban al momento del hecho, adicionando en su consideración, las lesiones sufridas por el Sr. D.; siendo éstos, los únicos extremos que la sentenciante valorara para arribar a la pena impuesta, por lo que concluyen que dicha cuantificación carece de fundamentación o al menos resulta incompleta.

En orden a la pena que postulan –un año de prisión de ejecución condicional-, afirman que la magistrada en momento alguno brinda razones sobre la necesidad que la pena a imponer deba ser de tres años de efectivo cumplimiento cuando puede ser dejada en suspenso, invocando el fallo “Squilario” de la CSJN; por ello, peticionan la nulidad de la prisión con la modalidad impuesta, como así también por el imperativo legal que emana del art. 25 del C.P.P., en cuanto los jueces deben dar fundamentos de sus decisiones, ello, en consonancia con el art. 169, 1° de la Constitución de la Provincia.

Los impugnantes, luego de transcribir lo expresado por la iudicante en cuanto a las pautas objetivas y

subjetivas a mensurar, afirman que la pena impuesta resulta arbitraria, toda vez que no se han dado razones del monto al que arriba, dado que el marco punitivo va de un año de prisión en suspenso a cuatro años de prisión. Destacan asimismo, que en la mensuración realizada consideró las lesiones sufridas, cuando las mismas ya fueran consideradas al calificar el hecho, mencionó como pauta valorativa la naturaleza de la acción y no lo hizo, como así también el daño psicológico en los hijos de la víctima, extremo éste que no fue acreditado.

Finalmente y en orden a las atenuantes que concurren, a saber: la edad, educación, sus características personales y lo declarado por los testigos de concepto, sostienen los impugnantes que la Jueza solamente los mencionó pero no los valoró.

En el transcurso de la audiencia de impugnación (art 385 del C.P.P.), los imputados M. A. V. y G. M. S. ejercieron el derecho a declarar. En tal sentido el primero de los nombrados, reseñó aspectos de su vida, señalando que se desempeña como pintor y que con sus ingresos ayuda a su madre y hermano menor; que trabaja en la mini empresa "S. S." desde hace 6 años, la cual se dedica a tareas de mantenimiento. Que al momento de ocurrir su detención por este hecho, se encontraba laborando en la misma y que a pesar del mismo, los dueños de la empresa lo esperan para seguir en ella. Refirió tener tres hijos menores de edad que se encuentran bajo la custodia de su ex pareja en la localidad de Camarones, con los que mantiene contacto y les envía la manutención. Que no registra antecedentes penales y que por esta causa estuvo detenido un mes. Asimismo destacó que también se dedica a la música y

que tiene proyectado realizar alguna actividad barrial vinculada a la música.

Seguidamente se manifestó S. relatando que se desempeña por su cuenta como albañil, que es un trabajo estable, lo que le permite vivir; que está construyendo su vivienda, se encuentra unido en concubinato y está a cargo del hijo de su pareja, siendo él, el único sostén de su familia. Manifestó no contar con antecedentes penales y que por esta causa estuvo detenido un mes. Por último refirió haber cursado estudios escolares hasta el segundo año de la Enet.

A su turno, la Defensa técnica ratificó el escrito de impugnación oportunamente articulado, respecto a los dos agravios que en el mismo sostuviera, a saber: el monto de la pena seleccionada y su modalidad, señalando que la crítica se centra en la absoluta falta de fundamentación.

Destacó que el deber de fundamentación no sólo se reduce al hecho sino que también la misma debe concurrir al momento de individualizar la pena, conforme a criterios racionales explícitos y no en valoraciones personales, que posibilite ejercer el derecho de defensa.

Luego de oralizar las pautas objetivas que considerara la sentenciante, señala que de las mismas, la única que se acreditó en el debate fueron las lesiones sufridas por la víctima, siendo este mismo elemento del que se valiera para establecer el tipo penal que cabía en el caso; las restantes: cicatriz que le impide desenvolverse laboralmente, que en el año no pudo trabajar de marinero y el daño psicológico a los hijos de la víctima, no fueron acreditados. Iguales cuestionamientos merecieron las pautas subjetivas que la iudicante entendió como atenuantes, dado que –sostuvo-, no invocó sustento fáctico alguno para afirmar como justo y razonable, la imposición de una

pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento, es decir, un año por debajo del máximo de la escala del tipo penal escogido.

Destacó asimismo, en cuanto al grado de alcoholización que presentaban sus asistidos al momento del hecho y que valorara la iudicante, que V. registraba 2, 10 grs., y S. 0,80 grs., de alcohol en sangre por litro y que, conforme a lo sostenido por el Bioquímico Z., en cuanto que a partir de los 60 grs., de alcohol por litro en sangre, los reflejos se hayan afectados, bastaba para señalar que el marco de autodeterminación de los mismos y en especial V., se hallaban disminuidos al momento de los hechos. Por ello, concluye que sumando a tal aspecto la falta de antecedentes condenatorios, penales y al buen comportamiento de los mismos durante todo el proceso, sostener esta pena tan grave en el factor determinante que es la extensión del daño a la víctima, resulta al menos opuesto a la racionalidad que debe regir todos los actos jurisdiccionales y en particular a la fundamentación que debe tener una sentencia y la valorización dentro de ella la individualización de respuesta penal, sin atender a los daños colaterales como resultan ser la prisionización, los daños a la familia y a las posibilidades laborales que ambos tienen, como así tampoco. analizar cual es el beneficio para la sociedad con la imposición de la pena que se aplica.

Seguidamente y en orden a la modalidad de la pena que procura su parte –ejecución condicional-, se remite a lo sostenido en el escrito de impugnación invocando el fallo "Squilario" de la CSJN.

Finaliza su intervención solicitando en razón de no haberse fundamentado la pena y su modalidad, se declare

la nulidad parcial de la sentencia puesta en crisis y se dicte una pena de un año de prisión en suspenso para los imputados V. y S. en orden al delito por el que fueran condenados.

Por su parte, el Ministerio Público Fiscal sostuvo que la Sra. Juez ha dado razones suficientes para arribar a la pena, de conformidad con las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C. Penal. Destaca que la propia sentenciante al momento de analizar la naturaleza y la extensión del daño fue enumerando todas las lesiones graves que fueron acreditadas, las que conforme a los facultativos intervinientes, importaron que corriera peligro la vida del Sr. D.. Que en orden al daño que mensuró la sentenciante, ésta tuvo en consideración los dichos de la propia víctima, como así también el tiempo que le generó su recuperación, afirmando que resulta difícil de creer que quién recibió catorce puñaladas pueda ir a trabajar y sustentar a su familia y que de hecho vivió de prestado por tal imposibilidad, cuestionándose que, si como lo sostiene la Defensa, tales extremos no se acreditaron, de igual modo puede concluirse que ha ocurrido con lo manifestado por los imputados V. y S. en cuanto a la situación laboral y familiar de ambos.

Sostiene que la a quo ha dado fundamentos de porqué eligió la pena dentro de la escala penal establecida y su modalidad, afirmando que yerra la Defensa al analizar la pena de ejecución condicional, toda vez que la misma resulta ser la excepción y no la regla, conforme al art. 26 del C.Penal, cual concede a los jueces la facultad de poder disponerla, conforme a las pautas que el propio articulo establece, citando en apoyo de su interpretación lo sostenido en el Código Penal Comentado por los Dres. Zaffaroni y Baigún, pág. 378.

Por todo ello concluye que la pena impuesta es justa por adecuarse la misma al hecho, solicitando que no se haga lugar a la nulidad parcial planteada y se confirme la sentencia.

Por último la Sra. Defensa sostiene que su agravio no se centra en si la condena condicional es un derecho, sino que conforme lo sostuvo la Corte Suprema en el fallo citado, que deben brindarse fundamentos del porqué su no aplicación.

Expuestos los motivos de la impugnación, debo entonces avocarme a la consideración de los mismos. En ese sentido, expresaré en términos generales cuál es la actividad que debe llevar adelante el magistrado al momento de mensurar y escoger la pena. Para ello es menester tener presente lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Sent. Del 15/07/97 - 'L.L.' 1.997-E-372), '*…la graduación de las penas no puede hacerse mediante un mero cálculo matemático o una estimación dogmática, sino apreciando los aspectos objetivos del hecho mismo y las calidades del autor, lo que permitirá arribar a un resultado probable sobre la factibilidad de que el sujeto vuelva o no a cometer un injusto penal… No se trata de limitar la facultad del juez para analizar y decidir sobre aquellos aspectos…, sino de ajustar la elaboración judicial a pautas ordenadoras a tener en cuenta al momento de fallar…*'.

Asimismo la prestigiosa jurista Patricia F. Ziffer en '*Lineamientos de la Determinación de la Pena*' (2ª edición, edit. Ad-hoc, Bs. As. 1.999, pág. 32) afirma '*...operan valoraciones de muy diferentes clases; en ellas concurren muchas veces intereses contrapuestos que se deben compatibilizar, como son los del autor, los de la víctima, y los de la sociedad interesada en la afirmación de sus normas... afirmar que existen*

varias soluciones posibles, no puede conducir por sí, a sostener que todas son correctas, sino que se deben encontrar argumentos que permitan sostener cuál es la solución más adecuada para el fin que se pretende lograr...". Agrega, además *"...la determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito....debe buscarse la pena más adecuada para cada caso...debiendo clasificarse y ponderarse distintos tipos de información acerca del hecho y del autor...pena justa es solamente aquella que se adecua a las particularidades del caso concreto...".*

En el temperamento señalado en el fallo de la Corte y la ilustración de la Dra. Ziffer sobre estas cuestiones de la fijación de la pena, es indudable que se puede extraer que el sentenciante, sea éste Colegiado o unipersonal, si bien posee *per se* facultades discrecionales para escoger o seleccionar el quantum punitivo, ello no significa que esa atribución concedida se ejerza arbitrariamente, pues se deben dar razones y fundamentos que lo llevan a individualizar la pena.

La Defensa señaló en cuanto a los atenuantes, que la sentenciante omitió analizar cuestiones que hacen a la edad, educación, características personales y declaraciones de los testigos de concepto.

Advierto que si bien es cierto que la magistrada interviniente no ha efectuado la valoración de todas las condiciones personales de los imputados, sí consideró a favor de los acusados que estos no contaban con antecedentes condenatorios, su buen comportamiento en el curso del proceso, la conducta respetuosa y la alcoholización que presentaban al momento del hecho. Es dable señalar que la sentenciante tuvo presente las circunstancias del hecho, la excesiva violencia ejercida en perjuicio de la víctima, la imposibilidad

durante ese tiempo de trabajar; todo ello resulta ser una muestra acabada de que la actividad concretada por la misma, está comprendida dentro del abanico de las pautas previstas en los arts. 40 y 41 del C.P. He de destacar que el silencio sobre algunas de las circunstancias allí previstas no invalida el decisorio si esto no conlleva escoger una pena que no se condiga con los antecedentes del caso.

No obstante ello, cabe señalar en mérito al planteo de la Defensa que el instituto de la condena de ejecución condicional, previsto en el art. 26 del C.Penal, es un beneficio que la ley otorga y no un derecho para el procesado. Persigue como interés, evitar consecuencias perniciosas para aquellos reos primarios, y cuando la condena a ejecutar es una breve privación de la libertad. Esta disposición normativa se sostiene –principalmente- en cuestiones humanitarias y encuentran su fundamento en la Carta Magna nacional.

Del texto del art. 26 del C. Penal se desprende que los magistrados, además de tener presente este principio humanitario, también se encuentran compelidos, al dictar sus sentencias, a fundar sus conclusiones, en la personalidad del condenado, actitud posterior al delito, motivos que lo llevaran a ejecutar el ilícito, naturaleza del hecho y demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar una pena de privación de la libertad efectiva.

En el transcurso de la audiencia de impugnación y como reiteración de lo acaecido durante el juicio atacado, ha quedado establecido que los condenados son sujetos que pese a cometer el ilícito achacado, han conformado una familia, tienen hijos, aunque en el caso de S., cabe hacer la aclaración a través de sus propios dichos, que se encuentra en pareja y que asumió la

custodia y responsabilidades del hijo de esta. Asimismo pudo establecerse que ambos sujetos cumplen tareas laborales, V. en relación de dependencia con una empresa de servicios y, S. tareas de albañilería por cuenta propia.

Las circunstancias enunciadas precedentemente hacen que, amén a las ya evocadas por la sentenciante, sea adecuado mutar la modalidad de imposición de la pena privativa de libertad, fijándosela en definitiva, en tres años de prisión en suspenso (art. 26 del C.P.).

Que, conforme a la modificación en el modo de cumplimiento de la pena, deben fijarse como condiciones de la misma, de conformidad con el art. 27 bis del C.P., la obligación por parte de los condenados M. A. V. y M. G. S.: 1) fijar domicilio; 2) No abusar de bebidas alcohólicas y 3) Concurrir cada seis meses a la Oficina de Control de Ejecución de la pena, por el término de duración de la pena impuesta.

Por último, resta regular los honorarios correspondientes a la Defensa Pública por la labor desplegada en esta etapa, fijándose en la suma de Pesos seiscientos treinta ($ 630) conforme a lo establecido en los arts. 5, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200), art. 59 y concs. de la ley V-90 (antes ley 4920).

La Juez Mónica Rodriguez dijo:

1. Corresponde ingresar al tratamiento del recurso deducido por la Defensa, para lo cual habré de remitirme a la completa síntesis realizada por el Magistrado que guía el acuerdo a fin de evitar innecesarias repeticiones.

Los impugnantes han postulado la nulidad parcial del decisorio recurrido por considerarlo carente de suficiente fundamentación en cuanto a la pena impuesta, solicitando que este Tribunal aplique el mínimo legal

previsto para el delito de Lesiones Graves en Agresión (art. 95 CP), dejando en suspenso su cumplimiento.

En primer término considero, pese a coincidir con algunas de las críticas planteadas en el recurso, que cierto déficit de fundamentación que se advierte en el fallo recurrido no determina su nulidad en tanto se trata de un defecto que puede subsanarse válidamente en esta instancia. Ello es así pues la Magistrada A-quo ha valorado elementos de análisis suficientes para que el Tribunal, reexaminando la decisión, pueda realizar la individualización punitiva –temperamento también requerido por la Defensa-, adecuándola a ciertos criterios de determinación planteados en la crítica recursiva y que, en mi opinión, deben tener acogida favorable.

2. La impugnación está encaminada a cuestionar el monto punitivo aplicado en la sentencia de mérito por considerarlo excesivo y, también, la modalidad de cumplimiento efectivo dispuesta en la condena.

He sostenido en anteriores pronunciamientos que si bien las escalas punitivas establecen un marco de gravedad continua que contiene todos los posibles supuestos atrapados por la norma en cuestión, la función reductora del derecho penal aconseja al intérprete partir de los márgenes menores de la escala penal para, desde allí, valorar los parámetros mensurativos que enumera la ley.

En tal sentido ha sostenido la jurisprudencia que "...Los principios de máxima limitación de la respuesta contingente, *pro homine*, y la realidad de nuestro sistema carcelario (que en los hechos genera tendencia a la criminalización secundaria), sugieren partir en el análisis, desde las cercanías a los mínimos establecidos". (del voto del Dr. Montenovo en autos:

“PROVINCIA DEL CHUBUT c/M., J. C.”(Carpeta de la Oficina Judicial Esquel NIC N° 414-Legajo de Investigación N° 3193).

Un paréntesis. Viene al caso aclarar que la revisión ordinaria del fallo -en el caso, de la pena impuesta- no implica reemplazar el criterio de los Jueces del mérito por el propio criterio valorativo de quienes estamos llamados a decidir el recurso; se trata, en cambio, de analizar si los argumentos ponderados en la sentencia de condena resultan válidos y suficientes o si, acaso, existen otros cuya consideración ha sido obviada u omitida y con entidad suficiente para incidir en la decisión del caso.

3. Partiendo, pues, de dicho marco interpretativo considero que asiste parcial razón a los impugnantes en cuanto consideran que la sentencia, al determinar el monto de la sanción, ha sobreestimado el peso de los aspectos negativos de la conducta atribuida, minimizando, como contrapartida, aquellas circunstancias beneficiantes para los acusados a la hora de decidir la respuesta punitiva, como analizaré.

Entrando a examinar concretamente los parámetros mensurativos tenidos en cuenta por la Sentenciante cabe, en primer término, considerar ajustada la conclusión de tener como circunstancia agravante la extensión del daño causado por el hecho. Así, el bien jurídico en el caso sufrió una importante afectación, determinante de un mayor padecimiento físico en la víctima, según surge de la cantidad de heridas que sufriera (14 lesiones de arma blanca), causantes de un significativo tiempo de incapacidad laboral. Tal circunstancia, objetivamente demostrada, configura un grado de intensidad lesiva que agrava el injusto y aumenta legítimamente la entidad del reproche.

La doctrina explica que “...no existe doble desvaloración cuando el mismo elemento se toma en

cuenta en la cuantificación de la pena para particularizar su intensidad. Como es lógico la prohibición de doble desvaloración no se afecta cuando no se trata de una nueva desvaloración sino de la particularización o perfeccionamiento del grado de una única desvaloración". (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, Año 2002, p. 1000).

No cabe idéntica consideración, según entiendo, respecto al daño psicológico causado al entorno familiar de la víctima, particularmente a sus hijos menores, tomado como agravante en el fallo en crisis. Considero que para que determinada circunstancia sea tomada como relevante para aumentar la penalidad es preciso contar con datos objetivamente acreditados que permitan medir, fundadamente, la mayor entidad lesiva del ilícito y en autos no se ha demostrado que las alegadas consecuencias hayan existido realmente o, en su caso, que excedan la afectación mínima que conlleva el hecho delictivo.

Siendo que las restantes circunstancias tomadas en consideración por la A-quo resultan beneficiantes de la situación de los acusados, a saber: la ausencia de antecedentes condenatorios, el buen comportamiento asumido por ambos durante todo el proceso, así como el estado de alcoholización en el que se hallaban al momento del hecho, considero que no hay razón para elevar a más de la mitad el mínimo la escala penal respectiva. Por ello, siendo que la misma oscila entre un año y cuatro años de prisión, considerando el elenco de circunstancias agravantes y atenuantes ponderadas, entiendo justo disminuir la pena a dos años de prisión.

4. En cuanto a la modalidad de cumplimiento de la sanción la Defensa cuestiona la decisión de la

Magistrada A-quo de haberse inclinado por una condena de prisión efectiva, cuando el marco objetivo que establece el art. 95 CP. brinda la posibilidad, en caso de escogerse –como en el presente- una pena de hasta tres años de prisión, de disponer su cumplimiento en suspenso, como lo autoriza el art. 26 CP.

Debe decirse, en primer lugar, que la trascendencia práctica de decidir si la condena debe cumplirse en libertad –con ciertas restricciones- o mediante encierro efectivo exige una fundamentación particularmente rigurosa, habida cuenta de la diferencia sustancial que existe entre ambas modalidades de cumplimiento de la pena. La explicitación de las razones que llevan a adoptar una u otra medida configura una exigencia legal y constitucional en tanto la cuestión involucra no sólo el derecho de defensa en juicio sino, fundamentalmente, el de necesariedad y proporcionalidad de la pena.

En el caso ninguna razón ha dado la Sentenciante para justificar la decisión de inclinarse por una pena de cumplimiento efectivo y esa sola circunstancia desautoriza el resolutorio en el punto. Lleva, pues, razón la Defensa cuando afirma que el fallo se ha apartado de la doctrina sentada por la Corte en el caso "Squilario" (Fallos 329:3006), en tanto el Máximo Tribunal señala 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, Cód. 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. 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 (del voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti).

Es sabido que la condena de ejecución condicional es un instituto de política criminal que surge a fines del siglo XIX y que comienza a plasmarse en la mayoría de las legislaciones penales –tanto en el ámbito continental europeo como en el angloamericano-, a partir de la constatación empírica de la inconveniencia de aplicar penas de encierro de corta duración, no sólo por resultar inidóneas a los fines de cualquier hipotética resocialización sino por los demostrados efectos criminógenos que genera para el individuo la permanencia en establecimientos carcelarios cerrados.

El Código Penal Argentino lo regula en su art. 26, al establecer que en los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años será facultad de los tribunales disponer que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena, debiendo fundar la decisión en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad.

Una adecuada hermenéutica de la norma en cuestión determina, según entiendo, que sólo podrá denegarse el cumplimiento condicional de la pena de prisión, obviamente en supuestos en que se verifique la procedencia formal de la condicionalidad, cuando se compruebe objetivamente la conveniencia de disponer la efectiva privación de libertad.

Comparto la posición doctrinaria sostenida por autores como Creus, Zaffaroni y D'Alessio, para quienes el instituto de la ejecución condicional de la pena constituye un *derecho* para el condenado. Así, se ha dicho que "...Un entendimiento razonable llevaría a concebir a la condena de ejecución condicional como un derecho, reglado desde luego. Ese derecho sólo puede verse cercenado de verificarse causas impedientes, que son las contenidas en el art. 26 del Cód. Penal (condiciones materiales). Es decir que una correcta lectura del dispositivo lleva a entender que no deben mediar condiciones que veden la condicionalidad (la naturaleza del hecho, la actitud posterior al delito, los móviles que impulsaron a delinquir, etc.)..." (Pampliega, Ignacio M. *"El derecho a la condena de ejecución condicional",* LL 2006-F-497).

En el caso, además de la total ausencia de fundamentos en el pronunciamiento acerca de la necesidad o utilidad del encierro efectivo, no advierto la existencia de razones que tornen aconsejable dicha modalidad de cumplimiento de la pena respecto de los impugnantes.

Tengo particularmente en cuenta para así decidir que el ilícito aparece en la historia vital de los acusados como un hecho aislado o accidental, ya que no sólo carecen de antecedentes condenatorios sino que afirman, sin que ello se haya puesto en tela de juicio, que no han tenido contacto alguno con el sistema punitivo.

Por otra parte, si bien los motivos que los llevaron a delinquir aparecen como pueriles, la conducta de ambos condenados ha reconocido una ingesta alcohólica previa, aún con diferentes grados de intensidad, situación que opera como reductora del ámbito de autodeterminación y que respecto de uno de los condenados se acerca a un supuesto de inculpabilidad.

Además, de aplicarse una pena de ejecución efectiva debe considerarse que si bien con alta probabilidad luego de cumplidos ocho meses de prisión los condenados podrían obtener la libertad, en virtud de lo dispuesto por el art. 13 CP, tal encierro necesariamente implicaría la pérdida de sus puestos de trabajo, generando un grave perjuicio que se suma a una difícil reincorporación luego de cumplida la pena, así como la privación al grupo familiar del aporte económico derivado de las actividades laborales que actualmente tienen.

Por todo lo expuesto considero que en el caso corresponde modificar la resolución recurrida, y disponer en su lugar el cumplimiento condicional de la condena ya que, cualquiera sea la teoría sobre la pena a la que se adscriba, tal respuesta aparece como adecuada y con suficiente sentido de reproche y advertencia para los condenados. Así voto.

5. Adhiero a la decisión sobre costas del proceso y honorarios profesionales propuesta en el voto del Magistrado que guía el presente acuerdo.

El Juez Omar Florencio Minatta dijo: que la defensa se queja tanto por el monto de la pena impuesta como por la modalidad de cumplimiento, argumentando que la sentencia no funda ambos extremos. Trataremos separadamente los dos agravios.

1)Monto de la pena:

Lleva razón la defensa al agraviarse que se impone una pena de tres años- entre un mínimo de uno y un máximo de cuatro- pues, para ello, se argumenta no solo en la cantidad de puñaladas -lo que se probó en el debate-, sino que se le agregan hechos no probados en la audiencia, tales como la secuela psicológica de sus hijos que tuvieron supuestamente influencia en el

rendimiento escolar o la referencia a daños económicos al tener que pedir prestado dinero para vivir como consecuencia de la inmovilidad de su tratamiento; es decir, todos tópicos no verificados en el debate, sino por simple declaración de la víctima, mientras que también objeta la consideración de la cantidad de heridas, pues ellas ya se valoraron para la calificación jurídica. Corresponde estar conforme con la postura defensista, salvo en el extremo de la doble valoración respecto de las heridas. Esto es así porque si bien las lesiones son integrativas del tipo penal, la cantidad de ellas hace al grado de afectación del bien integridad personal, por lo que no existe una doble valoración, sino que aquí se estima la naturaleza de la acción y la extensión del daño al cuerpo y salud causado a la víctima peligro para el bien jurídico. Es decir, se toman en la individualización de la pena para medir el grado de extensión del injusto, primer ítem que nuestro artículo 41 individualiza con las palabras "naturaleza de la acción y extensión del daño y peligro causados".

Con la aclaración anterior, entendemos que el monto impuesto de tres años es excesivo, pues tanto la naturaleza y la extensión del daño causado consistente en las catorce puñaladas son una agravante como para elevar la pena sobre el mínimo en un año, pero no más allá, pues es el único o exclusivo elemento agravante probado como para acercarse al máximo de cuatro años. Decimos exclusivo, porque las otras circunstancias mencionadas como agravantes no pueden influir en el monto porque ellas están constituidas por hechos no demostrados, ni el fiscal ofreció las probanzas al respecto, lo que determinó la falta de contradicción y refutación plena por parte de la defensa, por lo que se avanzaría en el tópico sobre la inviolabilidad de ésta última. Recordemos que la construcción de la verdad

fáctica exige determinadas condiciones dentro del proceso acusatorio adversarial para llegar a la verdad y una de ellas es precisamente, haber tenido la posibilidad de contradecir los actos probatorios de cargo, extremo que aquí no ocurrió, por lo que la sentencia mal pudo haber introducido tales hechos como objetos probados a ser decididos. A todo ello, cabe agregar que del tipo por el que resultaron condenados no puede establecerse con certeza qué cantidad puñaladas le correspondió a cada uno, sino que solo puede establecerse con tal grado de convicción que ejercieron violencia sobre la víctima.

Sentado ello respecto de las agravantes, cabe analizar las atenuantes como causales para determinar el monto. En esta senda, corresponde recordar que respecto de ellas no resulta necesario debatirlas o introducirlas formalmente en el debate sobre las penas a través de los distintos medios de prueba, bastando que su existencia surja de alguna documental o que sea introducida con la sola señalización de la defensa. Así, corren como atenuantes para los dos imputados, tanto la reducción del ámbito de autodeterminación provenientes del grado de alcoholismo de ambos- S., 0,80 mg/l y V. "2,10 mg./l- y la falta de antecedentes penales que se completan con una historia vital de trabajo acorde a sus edades.

Por las consideraciones anteriores, estimamos justa una pena de dos años de prisión como mensuración de ella.

2) Ejecución efectiva de la pena:

Es sabido que resulta necesario fundar la modalidad de ejecución efectiva de una pena de prisión cuando ella puede ser formalmente dejada en suspenso. Tal mandato, establecido claramente por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso " Squilario" en

el año 2006- y ratificada posteriormente en " Oyarse" (2007) y "Delfino" (2008) - se fundó en que la falta de motivación de una sentencia respecto del cumplimiento efectivo de la pena de prisión en los casos del art. 26 del Código Penal, afectaba el derecho de defensa en juicio, pues de esa manera se le estaba privando de la posibilidad de refutar hechos que lo perjudican, tales como los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable, en este caso contraprobar o contradecir esos pronósticos en base a los cuales los jugados actuantes habían impuesto la condena de ejecución efectiva. Este es el argumento principal de nuestro máximo tribunal, al que llega luego de recordar la finalidad del artículo 26 en cuanto que se trata de evitar las penas de encierro de corta duración frente a la demostrada imposibilidad de alcanzar en tal breve plazo el fin de la prevención especial positiva que informa el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, tal como textualmente lo expresa en el fallo. En una palabra, se afecta del derecho de defensa en juicio porque se le impidió al condenado conocer las razones o motivos- y de esta forma poder refutarlos- por los cuales los jueces optaron en los casos por las alternativas mas gravosas.

Agregamos aquí que, tratándose de hechos, tampoco los tribunales pudieron haber actuado así sin la previa introducción y verificación fiscal de los extremos justificantes de la modalidad de ejecución efectiva, puesto que antes de la inviolabilidad de la defensa, está en juego el principio acusatorio en el sentido de que el tribunal no puede decidir en perjuicio del acusado sobre un hecho no probado por el fiscal, aún cuando éste lo hubiese peticionado.

Por último, debemos agregar a los anteriores argumentos los comprobados efectos negativos que acarrea la prisión - validos para las penas cortas como para las

largas- a sortear si se quiere demostrar la conveniencia para el caso de la prisión de efectivo cumplimiento. En este sentido, sabemos hoy de sobra, gracias a la criminología, los efectos deteriorantes tanto físicos como psíquicos que ella causa, amén de la inevitable trascendencia a terceros inocentes, sobre todo a los hijos que quedan, en la inmensa mayoría de los casos, sin el proveedor principal del hogar.. A esto hay que agregar la reinterpretación que hoy debemos darle al término " resocialización" que los pactos internacionales incorporados a la Constitución Nacional establecen como fines de la pena, puesto que él ya no puede entenderse como tal, habida cuenta de la imposibilidad material y fracaso contundente del ideal, por lo que la doctrina postula que se debe ser más prudente y conformarse con que la prisión debe tener un fin mas modesto consistente en ofrecerle al penado los medios para que se dé cuenta de los costos que tiene el contacto con el sistema penal, especialmente la estigmatización social y el deterioro señalado. En una palabra, no se trata ya de los objetivos mejoradores en cuanto a la imposición de los valores dominantes postulados por las llamas ideologías " re"- reeducación, reinserción, resocialización- sino de hacerles ver su vulnerabilidad. Este modesto objetivo es el que debería tenerse en cuenta para la imposición de las penas de efectivo cumplimiento y debería funcionar como argumento dirimente para la cuestión.

Trayendo tal marco teórico al caso en estudio, la cuestión es más que clara, puesto que estamos ante dos individuos sin antecedentes penales, trabajadores, sostenes ambos de familia con hijos, por lo que no se observa absolutamente por ningún lado la conveniencia que podría traer aparejado su encierro y , lo que es

peor, el notable perjuicio que ello acarrearía tanto para sus personas como para los terceros inocentes.

3) La situación analizada en los dos números anteriores se proyectan- esencialmente- como afectaciones del derecho de defensa en juicio, ya que en ninguno de los dos casos tuvo la defensa oportunidad o posibilidad de contradecirlas, ya sea porque el fiscal no los verificó- las agravantes, en el caso del monto de la pena y la ejecución efectiva de la prisión, en cuanto a la modalidad de cumplimiento- o porque, en ultima instancia, el tribunal las asumió de oficio sorprendiendo en el punto a la defensa.

Ello así estamos ante una sentencia dictada en violación a la garantía constitucional de la defensa en juicio, la que carece de efectos en los puntos considerados, pudiendo así el tribunal confirmar parcialmente la sentencia, haciendo lugar a la queja de la defensa en cuanto a la rebaja de la pena y modalidad de cumplimiento.

En orden a los honorarios profesionales que corresponde regular a la Defensa Pública por la intervención que le cupo en esta instancia, entiendo ajustados los fijados por el vocal que lidera el acuerdo.

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

S E N T E N C I A:

1)Hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica de los imputados M. A. V. y M. G. S. -cuyas demás circunstancias personales obran en autos- contra la sentencia Nro. 2600/10 OJ Tw dictada en fecha 17/11/10; modificando la pena impuesta en la sentencia recurrida, fijándola en definitiva Dos años de prisión en suspenso, con más las costas del proceso (arts. 40, 41,

29 inc. 3°; 241 y ccdtes. del C.P.P.), en orden al delito de Lesiones en Agresión en el carácter de coautores (art. 95 y 45 del Código Penal), por el hecho cometido el día 8 de marzo de 2009 en la ciudad de Trelew en perjuicio de N. J. D..

2)Fijar como condiciones a cumplir por los imputados M. A. V. y M. G. S., durante el tiempo de ejecución de la pena (art. 27 bis del C.P.: 1) fijar domicilio; 2) No abusar de bebidas alcohólicas y 3) Concurrir cada seis meses a la Oficina de Control de Ejecución de la pena.

3) Regular los honorarios de la Defensa Pública en la suma de Seiscientos Treinta ($ 630,00), por la labor desarrollada en la presente instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200), art. 59 y concs. de la ley V-90 (antes ley 4920);

4)Protocolícese y notifíquese.

Mónica Rodríguez **Omar Florencio Minatta**

La presente es firmada por dos vocales por impedimento ulterior al acuerdo del Dr. Roberto Rubén Portela. **Registrada con el Nro. 10/2011 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.**