En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintitrés días del mes de marzo 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 y, Daniel Pintos, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"C., J. R." (Legajo de ejecución 325 OJ Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor Particular, Dr. A. O. M. contra la sentencia Nro. 2261/10 OJ Tw dictada en fecha 19/10/2010.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 10/03/11 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado J. R. C. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), e intervinieron el Dr. A. M. como su defensor y la Dra. Mirta del Valle Moreno en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Omar Florencio Minatta, Mónica Rodríguez y Daniel Pintos.

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

Iniciaré mi voto con una sucinta reseña de los antecedentes del caso, y de los agravios que fundaron la impugnación ordinaria traída a conocimiento y resolución de esta Cámara.

El co-Defensor O. R., solicitó con la conformidad del Ministerio Público Fical, la unificación en 19 años de prisión de las penas que le fueran impuestas a su asistido J. R. C., por sentencias dictadas en la causa nro. 243 del Tribunal Oral Nro. 29 de Capital Federal en fecha 19/09/97, de 18 años de prisión y la dictada por este Tribunal en Carpeta 1772 OJ Tw, mediante sentencia nro. 14/10 en fecha 08/07/10, de 2 años y 6 meses de prisión.

El juez de ejecución Dr. Alejandro Defranco por Sentencia nro. 2261/10 de fecha 19/10/10, no hizo lugar lugar a la unificación postulada por las partes, revocó

la libertad condicional concedida por el Juzgado de Ejecución Penal nro. 3 el día 16/07/08, fijando la pena total en 8 años, 5 meses y 10 días, producto ésta de la pena que le restaba cumplir del primer pronunciamiento –5 años, 11 meses y 10 días- con la fijada por este Tribunal como más arriba se dijera.

Concluido el sumario de los antecedentes del caso, corresponde señalar que el Dr. M. centró sus agravios contra la sentencia aludida en último término, en los tres puntos que desarrollaré a continuación.

En primer lugar, cuestiona el rechazo del acuerdo al que arribaran con el Ministerio Público Fiscal, decidiendo el Dr. Defranco sobre el fondo de la cuestión, sin posibilidad para su parte de impugnar tal rechazo, lo que entiende violatorio del debido proceso y derecho de defensa en juicio de contar con un nuevo juicio sobre la pena. Ello, atento que la decisión que ataca modifica sustancialmente la pena a aplicar, por lo que solicito se ordene un nuevo juicio sobre la misma.

En segundo término, el Dr. M. cuestiona el haberse revocado la libertad Condicional de la que gozaba su defendido, fundando tal agravio en que el Tribunal competente para ello es aquél que la concedió y no el Dr. Defranco, afectando de tal modo el principio de juez natural.

Por último, el defensor sostuvo que el juez se apartó de las normas de los arts. 40 y 41 del C.P., atento ser éstas, los únicos parámetros que debe considerar el juez al momento de determinar la pena, como así tampoco dio fundamentos del método aritmético del que se valió para imponer la pena a la que arribó, la máxima posible, omitiendo a su vez determinar desde cuándo se aplica la misma.

Durante la audiencia de impugnación (art. 385 CPP), el Dr. M., ratificó el escrito que habilitara la intervención de este cuerpo, señalando que el nuevo juicio que solicita es a los fines de poder debatir sobre la pena.

A su turno, la Sra. fiscal consideró que la sentencia que se cuestiona se encuentra fundada, habiendo dado el Dr. Defranco las razones por las que rechazara el acuerdo, explicando que no era el caso de unificación de condenas sino de penas, por cometerse un delito estando cumpliendo una anterior en libertad condicional. Asimismo, entendió que la pena única que el a quo fijara no resulta excesiva ni irracional con respecto a los hechos cometidos y que el razonamiento seguido por el Juez fue teniendo en cuenta el tiempo que le faltaba para completar la primera pena con lo que razonablemente impuso esta Cámara al revocar la sentencia originaria de 2 y 6 meses, por lo que entiende que se debe confirmar la sentencia.

Concretada la síntesis de los agravios expuestos por la Defensa y de la respuesta del Ministerio Fiscal, trataré las cuestiones en siguiendo el orden establecido en la deliberación.

1. Competencia del Juez de ejecución para unificar penas:

En el punto aparecen a primera vista atinadas las críticas, tanto del juez de ejecución actuante como del colega Dr. Pintos volcada en la deliberación, en orden a la atribución de competencia al juez de ejecución para unificar condenas y penas, basadas esencialmente en que ésa solución del legislador provincial es contradictoria con lo que manda el artículo 58 del Código Penal, pues ésta última señala que el juez competente en esos casos es aquél que dicta la última sentencia y, si él no lo hace, le corresponde ello al que impuso la pena mayor o el que entiende primero si las penas son iguales. Sin embargo entendemos que la solución de nuestro código, independientemente de que pudo optar por la del artículo 58 citado, no se irroga competencia del Estado Nacional, puesto que la materia sobre la que decide- competencia- es claramente procesal y su solución no empeora la que ofrece el artículo 58 en materia de garantías

constitucionales, sino que inclusive la mejora en el punto.

Para llegar a esta conclusión, tenemos que recordar el debate que en doctrina se presenta con la competencia del Estado Nacional para dictar normas procesales penales en los códigos de fondo, especialmente aquellas que se refieren al régimen de la acción penal, a su ejercicio y extinción, a las condiciones de procedibilidad, a cuestiones de competencia (art. 58) y a lo estipulado en el inciso 2, in fine del art. 41 que manda a todo juez actuante tomar conocimiento directo y personal del procesado. Tales normas que están en el código penal son claramente procesales: en cuanto al régimen de la acción, la teoría de la acción constituye uno de los debates doctrinarios centrales de los cultores del derecho procesal penal; lo mismo puede decirse, y aquí nadie lo discute, respecto a los conceptos de jurisdicción y competencia, considerados por esencia como materia procesal. Sin abundar en argumentos, son claros obstáculos procesales a la respuesta punitiva que deben dar los jueces, por lo que su lesión traerá aparejada una sanción de corte netamente procesal como la nulidad y no la pena que es la sanción característica de la ley penal.

Establecido así que se trata de cuestiones claramente procesales, debemos encarar el problema de la competencia de las Provincias y de la Nación para regularlas, partiendo de nuestra Constitución, pues la asignación de competencias a la Nación y a las Provincias es un problema del derecho constitucional. En esta senda debemos partir del claro reparto de competencia que establece el artículo 75 inciso 12 que otorga competencia a la Nación para dictar las normas de fondo, en tanto los artículos 121, 122 y 123 establecen que el dictado de los códigos procesales le corresponden a las provincias como poder no delegado a la Nación. Son tales mandas constitucionales las que ponen en tela de juicio las normas procesales a las que hicimos referencia y cuya ubicación en el Código Penal llevaría a cuestionar su

constitucionalidad, por lo que antes de este último extremo hay que buscar una interpretación armonizante que lo evite, lo que pasamos a ensayar.

Ante todo, hay que advertir que no puede haber una división tajante entre derecho penal de fondo y derecho procesal penal, puesto que ambos forman parte de los presupuestos de la pena y delinean, cada uno en su campo, los límites y las garantías que se deben cumplir antes de que una persona sea sometida a pena. Es decir, si bien es cierto que ambas ramas tienen autonomía académica, expositiva y legislativa, sus principios son paralelos, complementarios y abrevan de la misma fuente-la Constitución y, por ende, de los Pactos Internacionales-, de forma tal que entre las garantías penales- exigencia de acción, lesividad y culpabilidad- y las procesales- juicio en el que haya separación entre quién juzga y decide, acusación con cargo de probar su imputación y reconocimiento de la defensa para refutar- la relación es biunívoca, dialéctica, de forma tal que ellas deben ser complementarias, puesto que la efectividad de unas depende necesariamente de las otras. Para dar un ejemplo concreto, si la ley penal no cumple con el principio de máxima taxatividad y precisión en orden a la descripción de la conducta prohibida como hecho humano empíricamente comprobable, es decir susceptible de declararse falso o verdadero, la ley procesal por más que establezca un proceso claramente garantista o de conocimiento pleno, no va a poder garantizar la prueba, puesto que la misma ley penal está condicionando al fiscal a imputar un hecho vago, indeterminado, que no solamente no se puede probar con la certeza suficiente como para destruír el estado de inocencia, sino que tampoco le da margen a la defensa para su refutación. En suma, esta dependencia entre el derecho de fondo y el procesal, entre las garantías penales y las procesales penales, la coordinación y complemento que debe existir entre ellas, constituye el marco teórico del que debemos partir para dar una

opinión sobre el punto en cuanto la constitucionalidad de las normas procesales del código penal, justificando de esta manera porqué la Nación tiene competencia para hacerlo y hasta qué limites. Si se piensa en clave de garantías, tal como quedó circunscripto, se puede justificar tanto la competencia del Estado Nacional para dictar normas procesales, como los límites de ella. Así, es muy claro que a través de la celebración de Convenios Internacionales el Estado Argentino se comprometió a adoptar todas aquellas medidas que aseguren en el país la vigencia irrestricta de garantías no solo penales sino también procesales, por lo que la competencia en el punto es muy clara y constitucional y no podría el Estado Nacional excepcionarse ante un tribunal internacional afirmando que se trata de un país federal en que tal materia es competencia de una provincia, precisamente por la llamada " cláusula federal" de los pactos, que le imponen al Estado Nacional la toma inmediata de las medidas pertinentes para que las Provincias cumplan con las garantías procesales establecidas en la Constitución. Una de esas medidas es precisamente legislar un piso mínimo de garantías para toda la Nación para el caso de que las provincias no lo hagan, puesto que de otra forma quedarían en un pie de desigualdad los habitantes. Con esta solución se compatibiliza el principio federal con el de igualdad y permite sostener que las normas procesales contenidas en los códigos de fondo no son inconstitucionales a condición de que ellas sean entendidas como garantías mínimas que forman un marco que las leyes procesales penales pueden superar y perfeccionar, pero que nunca las pueden empeorar, de forma tal que por un lado se respeta el principio federal a la par que se homogeiniza un mínimo de garantías para todos los habitantes y en cualquier competencia (Cfr. para el tema de la relación entre garantías penales y procesales y el derecho penal y procesal penal a: Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Ed. Trotta, España, 1995, pags.91-91 y 537-548; Maier,

Julio, D. Proc. Penal, TI, Del Puerto, Bs As, 2004, pags. 143-154; Zaffaroni, E.R. Derecho Penal, Ediar, Bs As, 2000, pags.157-162, especialmente sobre la compatibilización de los principios constitucionales federal y de igualdad). Si trasladamos tal marco teórico -que lleva a pensar la cuestión en clave de garantías- la solución distinta que el artículo 58 del Código Penal y el artículo 394 del Código Procesal Penal dan a la cuestión de la competencia para unificar condenas o medidas, deberá resolverse optando por aquella que más garantías otorga al justiciable y, si nos decidimos por la solución de nuestro código, habrá entonces que justificar porqué nuestro rito no empeora la solución respecto de la dada por el Código Penal, sino que, al menos, la iguala o supera en garantías, lo que pasamos a desarrollar.

En este punto cabe decir que la competencia no solo es importante para determinar y dar contorno a la garantía del juez natural, sino también que ella tiene incidencia liminar en una mayor eficacia y justicia en la decisión de un caso, por lo que no resulta indiferente, a tales efectos, la preparación especializada del tribunal a quien la ley le asigna el caso. En este marco, se supone que el juez de ejecución penal cuenta con la especialización suficiente en materia de penas como para abordar no solo la ejecución efectiva de ellas, sino también los marcos mínimos e indispensables en que se basó la determinación judicial de ella, ya que no puede establecerse tampoco una división tajante entre el derecho penal, procesal penal y el de ejecución penal, pues si bien todos tienen objetos dispares que ameritan su autonomía académica y legislativa, todos deben partir de principios constitucionales paralelos e iguales en cuanto a sus decisiones. Así, no puede tomarse la ejecución de una pena privativa de libertad como algo absolutamente distinto y desconectado de su determinación, pues todos los elementos que se tomaron para individualizarla necesariamente deberán ser tenidas

en cuenta por el juez de ejecución para resolver los incidentes que se le pueden plantear y esto por la sencilla razón de que es el mismo conflicto originario visto en forma dinámica, que impone un cambio en su contenido por el paso del tiempo, pero que jamás podrá prescindir de los otros momentos anteriores en que fue analizado, puesto que de otra forma no conocería su evolución o involución. Mirada así las cosas, la competencia del juez de ejecución, por su especialización en materia de penas y su conocimiento de los factores del conflicto originario que determinara el monto de la pena, está en condiciones de garantizar la construcción de una pena única o total como respuesta punitiva coherente para aquella persona que cometió un delito mientras estaba cumpliendo pena por otro, tal como es el caso de unificación de penas que nos convoca. En una palabra, el momento de la determinación judicial del monto de la pena está tan ligado al de ejecución de ella, por lo ya señalado, que no es descabellado entregar tal tarea a quien en definitiva va a controlar todas las vicisitudes en su ejecución, criterio que es afín al de la doctrina contemporánea (Cfr. Zaffaroni, ob. cit., pags. 1015/6).Así lo voto.

2. **Acuerdo de partes sobre la pena en el marco del juicio abreviado:**

No le asiste razón a la defensa cuando sostiene que el juez de ejecución no respetó el acuerdo de partes en cuanto a la pena, pues por definición en el juicio abreviado tal acuerdo no lo vincula al juez, ya que puede absolver, Distinta es la cuestión – que sí vincula al juez- en cuanto al tope máximo de pena que puede imponer, pues no puede superar al postulado por el fiscal, pero ello no es un problema del juicio abreviado, sino el respeto al principio acusatorio que debe regir en todo juicio, sea abreviado o de otro trámite, pues el juez si superara el pedido de pena del fiscal, estaría invadiendo sus facultades, conviertiéndose él en persecutor al asumir, fundar y dar por probados hechos perjudiciales

para el imputado que no fueron atribuidos por el fiscal, ya que el monto de la pena se basa en hechos, tal como queda comprobado con una simple lectura del artículo de nuestro código penal. Tal postura puede consultarse, con provecho, en los votos de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti en un fallo de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que el juez condenó por sobre el pedido del fiscal, amén de las enseñanza ejemplares sobre el principio acusatorio en " Quiroga ". (CSJN, 19/06/2007, " Amodio, Héctor Luís, Fallos, 330:2658).

3. **Unificación de penas:**

Aquí al sentencia encuadra jurídicamente en forma correcta el fenómeno jurídico, pues, a diferencia de lo que realizaron las partes encuadrando el caso en la unificación de condenas, lo tipifica como de penas. Y esto es así, puesto que el condenado al momento de cometer el segundo delito estaba aún cumpliendo la pena bajo la modalidad de libertad condicional.

Sabemos que en estos casos, el órgano unificador tiene menos márgenes en su tarea, ya que deberá respetar la anterior condenación no solo en cuanto a la declaración de los hechos, sino también la pena ya ejecutada, es decir, el poder punitivo ya consumado. Ello significa que tal porción no podrá ya unificarse sino solo la parte de pena no cumplida. Esto obliga a determinar que el mínimo mayor en la construcción de la pena única deberá ubicarse en lo que resta de pena por el primer delito y el mínimo del segundo delito, según cual sea el mayor de ellos.

Ahora bien, el problema puede presentarse sobre qué es lo que entendemos como " cumplimiento de pena" en ese contexto, pues algunos entienden que ello significa- en los casos de prisión- sólo el tiempo de encierro y no el tiempo en que el imputado gozó en libertad sin cometer delitos, lo que cambia sustancialmente el mismo monto de la pena. Para dar un ejemplo basado en este caso, si se aplica el primer criterio el resto de la pena que le queda por cumplir al imputado sería de 5 años, 11 meses

y diez días, pues se computa desde el momento en que cometió el segundo delito; en cambio, si se aplica el segundo criterio el tiempo que le resta cumplir sería de 5 años, 3 meses y siete días, pues contabilizan ello desde que el imputado recupera la libertad. Entendemos que esto último no es correcto, puesto que va contra la naturaleza de la libertad condicional al negarle a ella la calidad de modalidad de cumplimiento de la pena de prisión, parificando el cumplimiento de la pena de prisión con el encierro efectivo, cuando ello no es así, pues la pena de prisión- aún la de efectivo cumplimiento- no significa necesariamente encierro, puesto que ella se puede cumplir en libertad, tal como lo demuestra no solo la libertad condicional, sino también las salidas transitorias y el régimen de prelibertad establecido en la ley nacional de ejecución de las penas privativas de libertad nro- 24.660.

La opción es importante en este caso, porque en la deliberación estuvimos de acuerdo en imponer el mínimo de la pena como resultado de la construcción de la pena única y total, y ése mínimo debe ser el tiempo que le resta por cumplir de la pena del primer delito, pues es mayor que el mínimo del segundo delito, en este caso mayor que la mismísima pena impuesta en el segundo delito. En suma, con nuestro criterio – tomado de Zaffaroni y otros autores (ob. cit.pags. 912- 916-)- el mínimo de la pena debe contarse a partir de la fecha de comisión del segundo delito- 21/04/2009- y no desde que obtuvo la libertad condicional el 18/07/2008. Con estos parámetros, entonces, el mínimo a imponer sería de 5 años, 3 meses y siete días.

Nos queda por justificar la imposición del mínimo para el caso y ello lo fundamos en los efectos deteriorantes, reforzador de roles y reproductor de violencia que tienen las prisiones, a tal punto de que el condenado volvió a cometer un nuevo delito después de 12 años de encierro, lo cual demuestra la inutilidad del encierro en las condiciones actuales. Entendemos que el tiempo que le

resta por cumplir, descontado lo que lleva hasta el día de hoy en prisión preventiva, es más que suficiente como para que se le ofrezca al condenado un trato sobre su evidente vulnerabilidad a los efectos de que introyecte lo violento y peligroso que es para él el contacto con el sistema penitenciario. **4. Libertad condicional: revocación y nueva concesión.** Va de suyo que si cae la pena anterior con los límites descritos, lo hace también su modalidad de cumplimiento, en este caso la libertad condicional, por lo que nada hay para debatir al respecto y legitimar así la revocatoria de la libertad condicional dispuesta, puesto que la comisión de un nuevo delito es una causal legal de ello establecido en el artículo 15, primer párrafo. Así lo voto.

En orden a los honorarios profesionales correspondientes al Letrado Defensor, procede diferir la regulación de los mismos, para el momento en que se cuente con la base regulatoria correspondiente, omitida en la instancia anterior.

La jueza Mónica Rodriguez dijo:

1. He de ingresar al tratamiento de las cuestiones que agravian a la Defensa, aclarando que no seguiré exactamente el orden en que han sido expuestas en el recurso, sino aquel que permita una más clara exposición de mi postura en el caso.

En primer lugar cabe señalar, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la competencia del Juez A-quo para intervenir en los presentes, que habiéndose obviado la aplicación de las reglas de la pena total en la última sentencia condenatoria por un hecho diverso cometido en esta jurisdicción, la unificación de penas se llevó a cabo a pedido de parte, consintiendo tanto la fiscalía como la defensa la intervención del juez de ejecución en el caso.

Es preciso recordar que, básicamente, las reglas sobre competencia en esta materia sólo tienden a garantizar la operatividad en la aplicación de la regla de la pena total (CSJN, Fallos 212:403).

Así, el nuevo Código procesal de la provincia ha venido a modificar las reglas sobre competencia del art. 58 CP, en tanto establece en el art. 394 CPP que la unificación de penas o condenas se lleve a cabo por el juez de ejecución penal, estableciendo normas que regulan el respectivo trámite.

He sostenido con anterioridad que si bien el art. 58 del ordenamiento de fondo contiene reglas formales sobre competencia y procedimiento al respecto –además de la cuestión sustantiva-, es claro que las normas procesales locales prevalecen sobre las disposiciones de igual naturaleza contenidas en la legislación de orden material (art. 31 CN).(Cámara en lo Penal de Trelew, in re: "F. E. S. s/ejecución de pena", Legajo de Ejecución N° 265, Carpeta N° 1320 OJTw, Sentencia de fecha 15/12/2010).

Los estados provinciales constituyen –sabemos- jurisdicciones autónomas (art. 5 CN), y han reservado para sí la potestad de dictar los códigos procesales (art. 135, inc. 19, CCh y art. 121 CN), lo cual implica también decidir acerca de la medida (competencia) en la cual cada uno de los funcionarios judiciales va a ejercer ese poder, como lo hace el art. 394 CPP (art. 31 CN).

Y si bien la línea divisoria entre la competencia del Congreso y la de los estados locales es difícil de trazar y exige en cada caso un detenido análisis de razonabilidad, puede decirse que en la organización federal del estado argentino si bien la nación dicta en ocasiones reglas de procedimiento tendientes a garantizar la aplicación uniforme de las normas sustantivas –no sólo en el ámbito represivo-, dicha regulación configura un piso mínimo que las provincias pueden mejorar. Tal es lo que, entiendo, ha ocurrido en nuestra provincia a través de la creación de una magistratura especializada con atribución específica para entender en este tipo de casos.

En tal sentido la doctrina enseña que "...la norma del art. 58 CP es de fondo en cuanto dispone que los principios de acumulación se observarán aun cuando medie

cosa juzgada...Pero es de forma, en la parte en que dispone cuál es el juez competente y el procedimiento en el cual se procura la acumulación de penas contenidas en sentencias distintas (pedido de parte), aspecto en el cual las provincias podrían establecer un procedimiento unificador y atribuir competencia para ello, normas que por su carácter procesal prevalecerían sobre el art. 58, siempre que respeten el sistema acumulativo tal como está previsto en el Código de fondo...". (DAVID BAIGUN-EUGENIO ZAFFARONI- "*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial",* Hammurabi, José Luis Depalma – Editor, Buenos Aires, T. II-B, comentario al art. 58, p. 75).

Por otra parte debe decirse que uno de los presupuestos de la unificación de penas es que las sanciones a unificar se encuentren pendientes de cumplimiento pues, en principio, no cabe unificar las extinguidas. Esto implica, pues, que entre ambas penas impuestas sucesivamente medie algún grado de confluencia temporal. La doctrina explica en tal sentido que "esa mínima superposición se verifica si el delito por el que se impone la última pena se cometió antes de la compurgación o extinción de la primera sanción". (Abel Fleming-Pablo López Viñals, *Las Penas,* Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, año 2009, p. 330.

A partir pues de la aplicación de un criterio eminentemente territorial, habiéndose dictado una sentencia condenatoria por la comisión de un nuevo delito en esta jurisdicción por parte de quien se encontraba *cumpliendo pena* –aunque en libertad condicional-, encontrándose firme la condena por ese segundo hecho procede la unificación de la respuesta punitiva, como lo prevé el art. 58 CP., resultando competente para hacerlo la magistratura especializada local que interviene en la ejecución de la pena impuesta por el segundo delito.

No obsta a lo dicho, según entiendo, la circunstancia de que la sanción fuera impuesta en distinta

jurisdicción, pues el hecho que motivara la segunda condena ha sido cometido en ésta y la sentencia –firme- ha comenzado a ejecutarse bajo la órbita de competencia del juez de ejecución local, tornando operativa por todo lo dicho, la manda del art. 394 CPP.

2. Cabe ingresar al agravio referido al déficit de motivación del fallo recurrido respecto de la concreta individualización de la pena que decide.

He dicho en anteriores pronunciamientos que la determinación de la pena es la fase de la sentencia penal que más intensamente afecta los derechos de la persona sometida a proceso y exige, por ello, el máximo esfuerzo de fundamentación por parte del juez.

Idéntica consideración rige para los casos en que, por imputarse varios delitos a la misma persona, deba aplicarse una pena única, resultando contrario al sistema de la pena total consagrado en la ley sustantiva establecer la sanción a través de un mecanismo meramente matemático, carente de toda otra fundamentación fáctica o jurídica.

Los principios que sustentan la necesidad de una única respuesta punitiva, así como la mínima racionalidad republicana exigible a todo acto de gobierno, que incluso permite avanzar contra la cosa juzgada, imponen una individualización que valore las particulares características de hechos concretos, de personas determinadas y de la vulnerabilidad de las mismas frente al sistema penal, proceso que jamás puede verse reflejado en una mera adición de penas.

Cabe recordar que para la determinación de la pena total la regla del art. 58 CP remite, en *todos* los casos, a los criterios establecidos en los art. 55 a 57 CP, lo cual implica que el juez debe construir una *nueva* escala penal para luego, teniendo en cuenta las pautas de los art. 40 y 41 CP en cuanto al sujeto en concreto y las particulares necesidades preventivo especiales alegadas y demostradas en el caso, decidir *fundadamente* la pena que considere justa.

Si así no fuera carecería de sentido tanto la previsión legal que demanda la construcción de una nueva escala penal, como la propia sustanciación del trámite que prevé el art. 394 CPP, esto es, el resguardo del contradictorio para la individualización de la sanción a imponer.

La doctrina explica que "Las reglas para la construcción de la pena total están establecidas en los arts. 55, 56 y 57, que son los que se refieren al concurso real resuelto en una única condena, siendo el art. 58 el que extiende esas reglas –generalizando así el principio- a la hipótesis en que la unificación de condenas conduce a una pena total y también a la que impone ésta como consecuencia de una mera *unificación de penas*" (ZAFFARONI ALAGIA SLOKAR *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, año 2000, p. 965, la cursiva me pertenece).

Cabe aclarar que las anteriores consideraciones no impiden que excepcionalmente la pena única pueda fijarse en el máximo de la correspondiente escala legal, con base en las concretas circunstancias del caso (Fallos 308:2547, 331:1099), pero lo que sí resulta inadmisible dentro del marco legal vigente es reducir el proceso de construcción de la respuesta punitiva a un simple cálculo matemático que implique la mera adición de las sucesivas penalidades impuestas.

3. Cierto es, como bien lo señala el Juez A-quo, que en el caso que nos ocupa corresponde unificar la pena del nuevo delito con la porción de pena que le resta por cumplir respecto del primer delito. Pero no menos cierto es que para realizar dicho procedimiento unificatorio el ordenamiento sustantivo permite al juez de la unificación avanzar contra la cosa juzgada y graduar la pena dentro de la escala penal que surge de la aplicación de las reglas mencionadas precedentemente. Es claro, como explica Zaffaroni, que el juez de la unificación no puede reelaborar una condena en la parte de la pena que ya se cumplió, "...porque debe respetar el pasado, como un infranqueable límite metafísico humano..." (ob. Cit. p.

977). Por ello en estos casos la cosa juzgada cede, como en una especie de revisión, únicamente respecto de la parte de la pena aún no cumplida.

En consecuencia, no resulta correcto afirmar, que por encontrarse firmes ambas condenas sólo se puede proceder a una suma aritmética. El art. 58 consagra, en lo sustancial, la exigencia de construcción de la pena total también para el caso en que *se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas.* En el caso que nos ocupa es claro que no se determinó la pena total en la segunda sentencia en virtud de que el nuevo Código otorga esa competencia al juez de ejecución, como dijera, pero tal circunstancia en modo alguno exime a este último de aplicar las reglas de los art. 55, 56 y 57 CP, ya que -como bien explica Soler-, "La norma del art. 58 ...dispone que los principios de acumulación se observarán aun cuando medie cosa juzgada" (*Derecho Penal Argentino*, T. II, Tea, Buenos Aires, 1992, p. 369).

3. Antes de ingresar al tratamiento del monto de la sanción impuesta, cabe dar respuesta al agravio vinculado al rechazo del acuerdo por el que las partes pactaron una pena única de diecinueve años de prisión. Encuentro en el punto parcial razón en el planteo del impugnante en tanto, según entiendo, el rechazo del requerimiento fiscal de pena ha vulnerado el derecho de defensa del condenado.

Sin desconocer que la ley adjetiva no contempla expresamente pactos o acuerdos de las partes en el procedimiento de unificación de penas, justo es reconocer que tampoco los prohíbe, a condición de que se encuentren debidamente motivados. Así, y sin perjuicio de que la solicitud concreta de pena acordada fuera confusa e insuficientemente fundada -según surge del audio respectivo-, entiendo que en lo sustancial permitió que el A-quo conociera que la postura fiscal, al solicitar diecinueve años de prisión como pena total, se limitaba a adicionar por el nuevo delito *un año* de prisión a los dieciocho años impuestos por el delito anterior.

A pesar de los reparos formales que pueda merecer el acuerdo de partes, pues además de lo dicho utiliza un método cuestionable para la unificación al incluir en la sanción única la parte de la pena ya cumplida, considero que lo fundamental a tener en cuenta es que permite conocer cuál es esencialmente la pretensión punitiva del representante de la *vindicta pública*, pues tal petición fija los límites de la jurisdicción en el marco de un proceso acusatorio.

La jurisprudencia tiene dicho "Que si el derecho de defensa opera como límite concreto de la función jurisdiccional, en el sub examine se verifica un exceso en el ejercicio de ella en la medida en que el juez sentenciante excedió la pretensión punitiva del órgano acusador e impidió con ello el pleno ejercicio de aquella garantía en lo que respecta a la individualización y proporcionalidad de la pena finalmente impuesta". (CSJN, in re "Amodio", Fallos 330:2658, del voto en minoría de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni).

En virtud de lo expuesto, y sin perjuicio de la decisión que he de propiciar respecto al quantum punitivo a aplicar, considero que el pedido de pena fiscal debe tomarse como límite del ámbito máximo de decisión del fallo judicial, por lo que la pena total en el caso no hubiera podido alejarse del mínimo de la nueva escala aplicable sino hasta el monto requerido por la parte acusadora, esto es, un año de prisión.

4. Retomando la cuestión sustancial, la *escala penal* para la unificación en el presente está dada como mínimo por el mínimo de la escala del segundo delito o el monto de pena que le resta por cumplir al condenado, según cual sea mayor, y como máximo por la suma de este último monto y el de la pena que corresponda por el segundo delito (Cfr. op.cit. p. 978).

Vinculado a ello, y a fin de delimitar concretamente el mínimo de dicha escala, he de adherir a lo argumentado por el Magistrado que guía el acuerdo en cuanto a que debe tomarse como *cumplimiento de pena* el tiempo que C. permaneció en libertad condicional. En el sentido expuesto se ha dicho: "...Si la libertad condicional es una forma del cumplimiento de la pena, el juez que la

revoca nunca puede negar que se haya cumplido lo que se cumplió y, por ende, *en alguna medida prudente y equitativa el tiempo de libertad condicional con efectivo cumplimiento de las condiciones debe ser computado como cumplimiento de la pena,* cualquiera sea la razón por la que se imponga la revocación". (ZAFFARONI- ALGIA- SLOKAR, *Derecho Penal Parte General,* Ediar Editor, Buenos Aires, año 2000, p. 915.).

Entiendo razonable en el caso computar el tiempo total transcurrido en libertad condicional por el condenado, debiendo presumirse que en dicho lapso cumplió las condiciones impuestas, pues nada en contrario se ha arrimado al proceso, fundamentalmente teniendo en consideración el alto monto restante de pena a cumplir, en virtud del primer pronunciamiento de condena.

5. Dentro de ese delimitado marco, la tarea de individualizar la pena en el caso concreto exige considerar objetivamente el grado de culpabilidad evidenciado por el agente y su situación de vulnerabilidad frente al sistema penal, lo cual desbarata –insisto- toda posibilidad de fijar la sanción a través de un mecanismo meramente matemático.

Pobre ha sido el aporte brindado por las partes en el caso para la determinación de la pena única.

La reiteración delictiva en que ha incurrido el condenado poco tiempo después de recuperar su libertad luego de cumplir una prolongada pena de encierro, demuestra por un lado el fracaso del tratamiento penitenciario y da cuenta, por otro, de las dificultades de inserción social y laboral que se suceden a largos períodos de prisionización. En ambos casos se trata de estados o condiciones de corte predominantemente social, es decir, socialmente condicionadas, por lo que deben considerarse como atenuantes de la penalidad a aplicar. En idéntico sentido al expuesto, he sostenido que los anteriores sometimientos a proceso penal del agente sólo pueden valorarse ocasionalmente como atenuantes de la pena a partir, por ejemplo, de la posibilidad de merituar

las condiciones personales de mayor vulnerabilidad del autor (art. 41 del Código Penal), valoración que implica, para un derecho penal de "acto", que únicamente puede hacerse jugar como inversamente proporcional del reproche penal. En el caso esta última circunstancia debe valorarse como minorante, vinculada al menor esfuerzo realizado por el condenado para asumir conductas que se asimilan al estereotipo que con frecuencia se configura socialmente respecto a un ex convicto. (Cámara en lo Penal de Esquel, in re: "Pcia. del Chubut c/ A. R. – A. F.", NIC 441, NUF 3682).

Teniendo en cuenta que ninguna circunstancia agravante ha sido siquiera alegada por el MPF, lo cual implica un límite para la jurisdicción, así como el elevado monto punitivo que implica el mínimo legal de la nueva escala penal –establecido del modo en que ha quedado expuesto más arriba- considero justo fijar la respuesta punitiva única en el mínimo de la escala, esto es, en la pena de cinco años, tres meses y siete días de prisión.

6. En cuanto al agravio vinculado a la revocación de la libertad condicional entiendo, en primer lugar, que la cuestión ha sido resuelta en la oportunidad procesal adecuada –en el caso, la primera luego de haber quedado firme la condena por el segundo delito-, esto es, en la audiencia realizada de conformidad con lo establecido por los art. 394, 399 y ccdtes. del CPP..

Pero además considero ajustada a derecho no sólo, como dije, la competencia asumida por el Magistrado Aquo, requerida y consentida por las partes, sino la decisión misma de revocar la libertad condicional de que gozaba el condenado. Ello así en tanto tal beneficio debe ser dejado sin efecto al adquirir firmeza la condena por el segundo delito, pues tal circunstancia configura, ni más ni menos, el cumplimiento de la condición resolutoria de la libertad condicional obtenida respecto de la primera sentencia condenatoria. Así, al quedar firme la condena por el segundo delito, no sólo surge la necesidad de unificar la respuesta punitiva a través del mecanismo

de la pena total, sino también la de pronunciar la revocación de la libertad condicional (art. 15 CP), siempre que la pena no se hubiese agotado. La doctrina enseña que en supuestos como el que nos ocupa, esto es, cuando el proceso por el nuevo delito "...termina en condena antes del cumplimiento del plazo de libertad condicional, la sentencia deberá revocarla y proceder a la unificación de penas, computando el tiempo de prisión preventiva para la pena unificada".(ZAFFARONI, ob.cit. p. 920). Así lo voto.

X. Corresponde diferir en el caso un eventual pronunciamiento sobre las costas del proceso y honorarios profesionales hasta tanto sean fijados en la instancia de origen.

El juez Daniel Pintos dijo:

I.- Los motivos de la impugnación deducida han sido suficientemente detallados en el sufragio emitido por el Dr. Minatta, por lo cual me remito a su lectura para evitar reiteraciones innecesarias.-

II.- En primer término, y si bien no forma parte de las cuestiones propuestas en el recurso ordinario, estimo pertinente -al igual que lo hiciera el colega que abre el Acuerdo- efectuar algunas consideraciones en materia de competencia; sobre todo, teniendo en cuenta que al comienzo de su resolución, registrada bajo el N° 2261/2010 -ahora impugnada-, el Juez de Ejecución Penal entiende que el art. 394 CPP "atenta contra las disposiciones expresas del art. 58 del C. Penal".-

Sobre este particular, y en un todo de acuerdo con el criterio del Juez Penal con competencia en materia de Ejecución Penal (Acuerdo N° 0170/09 - Sala Penal del Excmo. S.T.J.), entiendo que en oportunidad del dictado de la sentencia registrada bajo el N° 2086/09, el Juez Penal interviniente -tribunal de juicio unipersonal- debió aplicar los arts. 15, 58 y concordantes del C.P., y proceder entonces a la correspondiente unificación de penas. Fundo este criterio, entre muchas otras fuentes,

en la opinión doctrinaria de Jorge De la Rúa, en su "Código Penal Argentino. Parte General", 2° Edición 1997 (citado por la CNCP -Sala III-, en la causa "Moreno, Gustavo Fabián s/ recurso de casación", sentencia del 7 de agosto de 2007); quien enseña respecto a la autoridad competente para revocar la libertad condicional, que: "En principio, la regla es de que corresponde al juez que la otorgó. Pero, tratándose de un nuevo delito y en consecuencia de una segunda condena, prevalecen las reglas de unificación, las que determinarán, la competencia del juez de unificación para la revocación de la libertad condicional … Condenado el liberado por el nuevo delito debe procederse a la unificación conforme a las reglas del art. 58. Los precedentes (del Código Penal argentino) lo disponían de modo expreso, suprimiéndose desde 1906 … ".-

La Cámara de Casación, en el fallo citado, también ha tenido en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que señala: "Cuando a raíz de un hecho distinto deba juzgarse a una persona que ya está cumpliendo pena por sentencia firme, **corresponde al juez que pronuncie el último fallo dictar la sentencia única** que establece el **artículo 58 del Código Penal**, aunque para ello tenga que revocar la libertad condicional acordada por el primero" (cfr. C.S.J.N.: Fallos 186:289; 212:403)" -el destacado me pertenece-.-

III.- Tal como se desprende de la resolución impugnada, el Juez de Ejecución Penal no obstante la advertencia ya explicitada *ut supra*, en el sentido de que debió procederse a la unificación de penas en la sentencia N° 2086/09 dictada con fecha 18 de noviembre de 2009, y confirmada parcialmente el 8 de julio de 2010 por esta Cámara en lo Penal; de todas maneras, por aplicación de "la manda del art. 394 del CPP", procedió a expedirse en torno al tema de la unificación. Sobre la interpretación de este artículo del ritual local, recientemente esta Cámara que integro en el caso, por subrogancia legal, hubo de pronunciarse en la sentencia N° 32/2010 (autos

"F., E. S.", Leg. de Ejecución 265 OJ Tw, de fecha 15 de diciembre de 2010), destacando que el art. 58 CP contiene aspectos de fondo y de forma, y respecto de estos últimos -competencia y procedimiento para la unificación-, las normas procesales locales prevalecen sobre las disposiciones de orden sustantivo; citándose la doctrina concordante que sobre este particular previene que ello es posible, siempre que las provincias en aquellas normas procesales "respeten el sistema acumulativo tal como está previsto en el código de fondo" (del voto de la Dra. Rodríguez, la cita corresponde a la obra "Código Penal y normas complementarias … ". t. II-B, 2° edición año 2007, p. 75, comentario de Carlos Caramutti al art. 58 CP).-

Si bien, en principio, comparto el temperamento adoptado por esta Cámara, respecto a la inteligencia que cabe asignar al art. 394 CPP, lo cual nos lleva a la consecuencia de convalidar el criterio del legislador provincial, en cuanto otorga competencia a los jueces de ejecución penal para intervenir en casos de unificación de penas, no obstante tratarse de -como ya dije- una materia previa a la etapa de ejecución ya que debieron aplicarse los artículos 15, 58 y concordantes del C.P., dictarse la correspondiente pena única, y una vez firme esta recién pasar a la etapa de ejecución (según art. 392 del CPP); sin embargo, se advierte que en el caso que hoy nos ocupa, los tribunales entre los cuales se debe resolver actualmente la adjudicación de competencias, para revocar la libertad condicional y unificar penas -que no se hizo en su oportunidad-, corresponden a distintas jurisdicciones, por lo que -tal como señala el citado autor Caramutti, en otra obra-: "Si se trata … de delitos cuyo juzgamiento se atribuye a distintas provincias, regirán **lisa y llanamente las disposiciones del art. 58**, pues las normas procesales de una provincia no pueden resolver unilateralmente cuestiones de competencia con otra" (cfme. "Concurso de delitos", 2° edición, pág. 460 -el destacado me pertenece-, agregando el autor que podría exceptuarse de esta regla "el caso

en que ambas provincias tengan reglas procesales similares, conforme a las cuales coincidan en el juez competente para realizar la unificación", que no es el supuesto de autos, toda vez que el CPP de la Nación no contiene una norma equivalente al art. 394 de nuestro ordenamiento procesal).-

La conclusión provisoria que se impone entonces, a esta altura de la exposición, es que en el caso que nos ocupa, existiría un obstáculo para atribuir competencia en materia de unificación de penas, al juez provincial, en razón de la prelación normativa del art. 58 CP (art. 31 de la Constitución Nacional); ya que es la única norma aplicable tanto en el fuero nacional ordinario, como en el ámbito local.

IV.- Sin perjuicio de lo expuesto en último término, en mi opinión es posible encontrar un fundamento decisivo para sostener, en el caso, la competencia de los tribunales provinciales para resolver la unificación, con la aplicación del CPP local (art. 394 ya citado) en la forma ya explicada, en el apartado precedente; y aquel sostén se encuentra en la posición del Ministerio Público Fiscal en la hipótesis bajo estudio, ya que en ningún momento ha objetado dicha competencia -ni la del juez local para revocar la libertad condicional, ni dentro de la competencia de los jueces penales, la atribuida a uno de ellos como juez de ejecución, ni tampoco la aplicación del art. 394 CPP-.-

Recordemos que el art. 25 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (Ley V N° 94, antes Ley N° 5057) estatuye entre las funciones de los Fiscales Generales, la de sostener la competencia de los tribunales de la Provincia. Por ende, si en el trámite seguido hasta el presente, este funcionario del Ministerio Público no ha cuestionado la competencia del Juez Penal a cargo de la ejecución, debe considerarse como superada toda cuestión relativa al punto por razones de economía procesal; y concluir que, en definitiva, no obstante no tratarse de una materia propia de la ejecución

(argumento *a contrario* tomado de los arts. 74, 392 y ss. y ccs. del CPP), es válido interpretar el sistema normativo procesal de manera armónica, en el sentido que el legislador provincial puede, legítimamente, atribuir competencia en el tema al Juez de Ejecución Penal por razones que hacen a la organización judicial, cuando previamente no se hubiere cumplido con la unificación en la instancia oportuna, como en el presente caso y siempre y cuando el Ministerio Público Fiscal consienta aquella atribución de competencia.-

V.- El argumento traído a colación por la colega preopinante, en favor de la competencia del juez de ejecución, en materia de unificación de penas, en virtud de su especialización, entiendo que merece algún reparo. Del art. 74 CPP citado *ut supra*, han de desprenderse los lineamientos básicos para interpretar la materia propia sometida por el legislador, a un fuero especializado de ejecución. En abono de esta postura, resulta pertinente la reflexión contenida en "Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro", año 1, N° 1, 2006, Sergio Delgado Director, Fabián Di Plácido Editor, artículo de Doctrina titulado: "Hacia un proceso de ejecución de la pena adecuado a las exigencias constitucionales … ", por Diego García Yomha y Santiago Martínez (págs. 319 y sgtes.), donde se sostiene acerca de "La necesidad de un juez especializado", " … El juez de ejecución debe mirar el proceso desde una **perspectiva distinta** al de las instancias anteriores, en razón de que su función requiere un contacto habitual con el sistema carcelario (visitas a la unidad para verificar el cumplimiento de las condiciones de detención, el seguimiento del sistema progresivo, la revisión de las sanciones disciplinarias, la celebración de las audiencias con las personas privadas de la libertad, etc) ...Si bien la observación pareciera estar vinculada con una cuestión de organización judicial ella se relaciona directamente con la vigencia del **principio de judicialización**. La concepción de que el control de la

pena esté en manos de quienes dictaron la sentencia condenatoria, pudo estar justificada con la vieja ley penitenciaria … Esta circunstancia varió con la sanción de la ley 24.660 y el juez de ejecución ya no se limita a resolver la libertad condicional del penado. Por el contrario, … el principio de judicialización conllevó a que las decisiones que anteriormente se encontraban en la órbita de la administración ahora sean resueltas por un juez (vgr. avances en el sistema progresivo, recalificación de la conducta y el concepto, control de la producción de las historias criminológicas, control sobre los objetivos y pautas fijadas para el avance del sistema progresivo, etc.) … " -el destacado me pertenece-.-

En consecuencia, desde la óptica estrictamente relativa a la especialización del fuero de ejecución, no parece acertada la adjudicación de competencia prescripta en el art. 394 CPP, toda vez que implicará distraer recursos y esfuerzos de la especialidad, hacia casos que debieron resolverse en otras instancias previas.

VI.- Otro extremo de la cuestión relativa a la unificación de penas, que entiendo conveniente dejar en claro es que la aplicación del art. 58 del CP no es una materia que pueda legalmente ser sometida al acuerdo de juicio abreviado, a esta altura del proceso. Distinto hubiera sido si en el marco del juzgamiento de la carpeta N° 1772, se hubiera arribado a un acuerdo integral, en orden a la declaración de responsabilidad del acusado, la calificación del hecho, el monto de pena por el delito calificado como robo doblemente agravado en grado de tentativa, y finalmente una pena unificada con la que le impuso oportunamente el TOC N° 29, previa revocación de la libertad condicional.-

Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo precedente, y por aplicación analógica de los principios de saneamiento y convalidación, que rigen en materia de "invalidez de los actos procesales" (arts. 162 y 163 del CPP), resulta de todo ello que corresponde interpretar

que el único efecto concreto que ha de tener, en el caso, el "acuerdo" sometido a homologación, ha de ser el de reputar que la voluntad allí expresada por el acusador público, constituye la expresión de su interés procesal en orden al tope máximo de "pena total", aplicable en el caso al condenado C., en tanto límite a la jurisdicción.-

VII.- Despejadas las cuestiones relativas a la normativa aplicable en el presente caso, corresponde a continuación precisar entonces cuál es la escala penal que deberemos observar, como punto de partida para la fijación de la pena única, para luego discernir dentro de la misma el monto de pena justa que corresponde fijar en el caso.-

Siempre siguiendo la opinión en el tema de Carlos S. Caramutti (en su obra "Concurso de delitos" ya citada), se concluye que el mínimo de la escala para la pena total se integra con lo que le restaba para cumplir a C. en la causa juzgada por el TOC 29; mientras que el máximo se conforma sumándole al monto referido, la pena establecida para el nuevo delito cometido, es decir: dos años y seis meses de prisión -sentencia N° 14/10 de esta Cámara en lo Penal- (cfme. ob. cit., pág. 454: " Lo único que se unifica en este supuesto, para **dar unidad a la reacción penal con finalidad preventivo especial**, pendiente de ejecución, es el tiempo de pena que resta cumplir, con la pena establecida para el nuevo delito cometido … ", el destacado me pertenece).-

Puntualmente, en lo concerniente a la determinación del mínimo de la escala, y por imperio de lo dispuesto en el art. 15, párrafo 1° *in fine*, CP, corresponde en la especie no computar como término de pena cumplida el plazo que haya durado la libertad; teniendo en cuenta que no se ha arrimado al proceso de unificación, ninguna constancia fehaciente que "permita tener por acreditado el comienzo de la supervisión liberatoria dispuesta y el sometimiento a las condiciones fijadas", lo que no puede suplirse de oficio, ni tampoco presumirse a falta de prueba (cfme. argumentación utilizada por José Pérez

Arias, en su artículo de Doctrina titulado: "Libertad condicional. Presupuestos de procedencia a partir de la Ley "25.892", publicado en la ya citada "Revista de ejecución de la pena … ", págs. 13 y ss.).

VIII.- En la deliberación hemos tenido especialmente en cuenta, que el Señor Defensor de confianza ratificó, en oportunidad de la audiencia del art. 385 CPP, su escrito de interposición de recurso ordinario, en el cual había solicitado que este Tribunal de impugnación, al momento de resolver realice una nueva unificación de penas; fundándose para ello en que el Juez *a quo* se apartó de las normas contenidas en los arts. 40 y 41 del CP, y obvió fundamentar el método de unificación por el cual optara, es decir el aritmético.-

En consecuencia de tal pretensión, hemos acordado entonces abordar la revisión de la sentencia impugnada, en cuanto al monto de pena aplicado. Al respecto, tengo en cuenta en primer lugar que en oportunidad de integrar esta Cámara, en la causa: "P., M. s/denunciaDolavon" (Carpeta O J Tw 2059 - Leg. 20291 OUMPF), hube de recordar que en materia de determinación judicial de la pena, la doctrina penal hace tiempo viene llamando la atención acerca de que el arbitrio judicial, no puede confundirse con la arbitrariedad, sino que ha de orientarse con arreglo a algunos principios. Y los mismos han de extraerse, en parte, de las declaraciones expresas de la ley, pero en parte también de los fines que cabe atribuir al derecho penal.-

En el sentido antes indicado, nos enseña Mir Puig que: "En el **Estado social y democrático de Derecho**…, el Derecho penal ha de proteger a la Sociedad mediante una **prevención general** y una **prevención especial** sometidas a **principios limitadores** como los de legalidad, utilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, humanidad, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización …" (cfme. aut. cit., "Derecho Penal. Parte General", 7ª. edición, págs. 723 y ss.; quien más adelante reitera que "…la enumeración de factores a tener en cuenta en la

determinación de la pena por parte del Código penal no impide que el juzgador pueda y deba atender además a todos los **principios que han de limitar el *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho:** principios de utilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, resocialización, humanidad, etc.. En particular hay que resaltar la necesidad de que la medición judicial de la pena respete un principio constitucional básico: el **principio de igualdad.** Este principio ha de impedir tanto que por razones coyunturales… se esgrima la prevención general para elevar la pena de algún o algunos individuos más que la de otros, como que la prevención especial se administre desigualmente") -el destacado pertenece al original-.-

En particular, sobre la fundamentación en la determinación de la pena única, he de agregar que es necesario que el Tribunal utilice parámetros, que estén elaborados a partir del ordenamiento jurídico, "estructurando el complejo de circunstancias relevantes a partir de la interpretación sistemática y teleológica" (cfme. María Florencia Hegglin, en nota al fallo "Gago, Damián Andrés" de la CSJN, sentencia del 6/05/08 en la obra colectiva "Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Director Leonardo G. Pitlevnik, t. 8, págs. 103 y sgtes; con cita de Patricia Ziffer "Lineamientos de la determinación de la pena", pág. 97, agregando la autora citada en primer término que: " … una decisión judicial en la que se proceda a sumar aritméticamente distintas penas, sin dar razones que justifiquen el monto de pena que resulte de esta suma, resultará lesiva del derecho de defensa y del debido proceso").-

Más adelante, continúa la autora citada en el párrafo anterior: "El método de composición de penas regido por las reglas del art. 55 del Cód. Penal conduce, en ese sentido, a una dosificación más justa de la pena, por cuanto otorga al tribunal un amplio margen para ponderar la pena en función del reproche de culpabilidad por los

hechos cometidos y criterios de prevención especial … En definitiva, sea cual fuere la pena única impuesta, el tribunal deberá evaluar la pena conforme los criterios expuestos, y cumplir con el deber de motivación de todo pronunciamiento judicial, que constituye un acto razonado que atiende a las peticiones de la parte … en este juicio de ponderación de la pena única hay pautas que no deben ser desatendidas … el tribunal que fija una pena única que integre penas cometidas con anterioridad debe considerar la situación de la persona al momento que se dicta la pena única … No es lo mismo imponer una pena a una persona de treinta años que goza de buena salud que a un hombre de cincuenta años, menos todavía si esta misma persona ha vivido los últimos años en prisión … ".-

En la misma obra (págs. 163 y ss.), en nota al fallo "Romano, Hugo Enrique" emanado del Alto Tribunal, el articulista Juan Facundo Gómez Urso señala, en consonancia con cuanto se viene exponiendo, que " … la medición de la pena en los casos de unificación no presenta ninguna particularidad en cuanto a la fundamentación de atenuantes y agravantes. Tales pautas deben acreditarse como cualquier otro extremo de la imputación, pues la base que la justifica también esta constituida por 'hechos' que deben ser demostrados. Cuando se habla de hechos probados en el proceso penal no debe acotarse la problemática a los sucesos históricos que constituyen la base del objeto procesal, sino a todos aquellos que justifican la imposición de una pena, entre ellos, **los que conforman atenuantes y agravantes a estimar por el tribunal** (el hecho de una mayor violencia, el hecho de la extensión del daño causado, el hecho de la vulnerabilidad social, etcétera)
… ".-

Más adelante, el expositor destaca la necesidad imperiosa de motivar la aplicación del método escogido al sostener que " … La acumulación aritmética debe fundarse porque de lo contrario se trataría de una mera suma de penas que es aquello que el legislador penal ha procurado evitar (…) Acumular no significa sumar las

penas de cada hecho, sino que procura la composición, pues se trata de una acumulación jurídica y no aritmética; componer significa formar de varias cosas una, **ideal que inspira el mecanismo de la unificación cuando varias penas deben conformar otra única a los efectos de su ejecución penitenciaria**. La falta de motivación importa arbitrariedad. **Todo fallo que omita sus motivaciones resultará irrazonable** y, por lo tanto, contrario al sistema republicano que informa cualquier acto de gobierno en un modelo político como el argentino. Vaya a saber si existe la pena justa, sin embargo, cuando la misma no se argumenta, es decir, **cuando no se explican las razones que justifican su individualización, nos enfrentaremos a una verdadera pena injusta, o, al menos, injustificada** y, por ello, susceptible de descalificarse por arbitraria" -el destacado me pertenece-.-

En la audiencia del art. 385 CPP, la Defensa ha destacado como atenuante, el tiempo transcurrido desde el primer delito, y la imposición de la pena correspondiente. Este extremo no fue controvertido por el Ministerio Público Fiscal ni tampoco la parte acusadora introdujo en aquel acto, la merituación de circunstancias agravantes. En estas condiciones, entiendo pertinente citar -como ya lo hiciera en la sentencia de la causa "P."- la opinión autorizada en materia de motivación de sentencias, del jurista español Perfecto Andrés Ibáñez, cuando enseña sobre la fundamentación en orden a la pena que: en los casos en que "no exista verdadera claridad de criterio y no se esté en condiciones de justificar convincentemente un grado de pena de posible legal imposición, situado por encima del mínimo, **lo correcto será atenerse a éste**, caso en el que la motivación … podría ser implícita, puesto que vendría ya predeterminada por la propia acreditación de la existencia del delito. Y cuando, en razón de las particularidades personales y del hecho, sea legalmente posible y se estime obligada una agravación de la pena, recorriendo hacia arriba los márgenes de apreciación

discrecional abiertos en el supuesto concreto, habrá de considerarse que ello **sólo estará justificado** si realmente se acierta a *justificarlo* de una forma razonable, argumentada y convincente. Nunca acudiendo a la vía … de las fórmulas estereotipadas" (cfme. el trabajo titulado: "La sentencia penal", incluido en la obra: "Justicia penal, derechos y garantías", págs. 153 y ss., el destacado me pertenece).-

IX.- Por todo lo expuesto hasta aquí, sumo mi voto al de la colega que me precede en el orden de votación, en sentido afirmativo a esta cuestión, por lo que corresponde revocar la sentencia impugnada, y fijar el monto de pena única aplicable a J. R. C. en el mínimo de la escala aplicable, que en mi opinión es de cinco (5) años, once (11) meses y diez (10) días de prisión.-

Conforme al resultado por mayoría, adhiero al voto precedente, en el sentido que corresponde hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa contra la sentencia N° 2261/2010, que se revoca en orden al monto de la pena única fijada, la que se fija en cinco años, tres meses y siete días. Así lo voto.

En cuanto a los honorarios profesionales del Defensor interviniente, adhiero a diferir su regulación, conforme a lo sostenido por el colega que preside el acuerdo.

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal con disidencia parcial del Dr. Pintos, dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1)Hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del condenado J. R. C. -cuyas demás circunstancias personales obran en autos- contra la sentencia Nro. 2261/10 dictada en fecha 19/10/10;

2)Imponer al condenado J. R. C. la pena única de cinco años, tres meses y siete días prisión, comprensiva de la que resta cumplir en causa 243 de Tribunal Oral nro. 29 de Capital Federal y la

impuesta en Carpeta nro. 1772 OJ Tw, Legajo de Fiscalía 173;

3) Imponer las costas al condenado (art. 241 CPP), difiriendo la regulación de honorarios del profesional interviniente en esta etapa hasta que se fijen los correspondiente a la instancia de origen; y 4) Protocolícese y notifíquese.

Mónica Rodríguez **Omar Florencio Minatta**

Se deja constancia que el juez Daniel Pintos, ha remitido su voto a esta sede, vía correo electrónico y con firma digital Registrada con el Nro. 6/2011 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.