

SENTENCIA N° /2017.- En la ciudad de Neuquén, a los tres días del mes de Febrero de 2017, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación integrada por los Dres. Richard Trinchero, Mario Rodríguez Gómez y Lucas Yancarelli, presidida por el primero de los nombrados, con el fin de dictar sentencia de impugnación en el caso judicial en el **Legajo MPFJU 10909 Año 2014: "A.,**

M. R. S/ ROBO CALIFICADO; ABUSO SEXUAL SIMPLE Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN GDO. TTVA.", debatido en audiencia oral y pública el pasado día 21 de Diciembre de 2016 del registro de la oficina judicial de Neuquén.

Intervinieron en la instancia de impugnación **M.**

R. A., DNI, con la asistencia letrada del Dr. Alejandro de la Cruz Bustamante, por la Fiscalía el Dr. Fernando Guillermo Rubio y por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente el Dr. Lucas González. Asimismo intervino el Defensor Oficial Dr. Amilcar Areco.

ANTECEDENTES:

A) Por sentencia s/n del registro del Colegio de Jueces de la Ciudad de Junín de los Andes, Cuarta Circunscripción Judicial, dictada el día dieciséis del mes de Noviembre de dos mil dieciséis, se resolvió unificar las penas impuestas a M. R. A., en los legajos n° 10.909/14, con sentencia de fecha 18 de noviembre de 2015; número 610, con resolución de fecha 9 de diciembre de 2015, y, el número 16.425, de fecha 7 de junio de 2016.

Respectivamente se impuso condena de 4 años y 3 meses de prisión en orden a los delitos de robo simple en concurso real con abuso sexual simple; 3 años de ejecución condicional, y de 8 meses, también con modalidad de ejecución en suspenso en orden al delito de incendio.

Con fecha veinticinco de noviembre de dos mil dieciséis la Defensa interpone recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del CPP), celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP el día 21 de Diciembre de dos mil dieciséis, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos y las partes acusadoras contestaron los agravios.

B) El Sr. Defensor, Dr. Alejandro Bustamante expreso que interpuso impugnación en virtud del artículo 245 en tiempo y forma, contra la sentencia sin número de fecha 16 de noviembre de 2016 dictada por la Dra. Beatriz Martínez, en la que aplicó a su pupilo en el presente legajo n° 10909 M. R. A., la pena cinco años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo.

Asimismo enuncia que en el mismo decisorio se unificó las penas aplicadas en los legajos n° 610 de tres años en suspenso y la del legajo n° 16425 de ocho meses en suspenso, aplicando la pena única de cinco años y nueve meses de prisión de cumplimiento efectivo.

Se agravia el impugnante explicando que la magistrada debió aplicar las reglas del concurso real, que la defensa no tenía conocimiento de esos hechos y que la Fiscalía debió solicitar la unificación con anterioridad. Que si hubiese aplicado las reglas del concurso real como dice que lo hizo, tendría que haber dictado una sola condena y una sola pena por los hechos de las causas 10909/2014 y 610/2014 y que la pena única a aplicar, según entiende, no podrá ni deberá superar la pena impuesta en la única condena privativa de la libertad (10909/2014), esto es cuatro años y tres meses.-

Argumenta el defensor que no pudo conocer cuando ocurrieron los hechos, ni cuando fueron aplicadas las condenas, tan solo la magistrada realiza una síntesis de los legajos enumerándolos sin precisar datos sobre los hechos ni

los números de sentencia en los que se baso, extremo que según explica el profesional le impide cuestionar la decisión.

Continúa con su exposición diciendo que probablemente como se trataba de una condena no firme no se podía hacer una unificación de penas, pero sostiene que no puede ser endilgado ni a la defensa ni al imputado, pues el criterio actual va en detrimento del imputado, cuando las reglas del concurso fueron para beneficiarlo, no para perjudicarlo. En el caso le suben casi en dos años el monto de condena, y por tal motivo entiende que debieron aplicar las reglas del art. 55 del CP, solicitando en primer término a nulificación del fallo por entender que se aplica una pena única sin revocar las anteriores, fundamentalmente la condicionalidad de dos de ellas.

Subsidiariamente que las dos penas en suspenso queden absorbidas por la única que tiene pena efectiva, la del legajo n° 10909/2014, pues considera que esa debería ser la solución del caso.

Insiste con que la Jueza a-quo no fundamenta al no identificar los hechos, solo habla de atenuantes y agravantes en prieta síntesis, sin hacer lugar al planteo de la defensa acerca de la aplicación del art. 55 del CP.

Con cita del artículo 261 del Código Procesal de Neuquén, realiza una interpretación del mismo diciendo que de su texto se desprende que la unificación no es obligatoria. Concluye que una omisión del sistema judicial no puede ser soportada por el imputado.

Cierra su análisis explicando los resultados del tratamiento carcelario y el comportamiento desarrollado durante el mismo, valorando el mismo como positivo.

Cedida la palabra al Dr. Amilcar Areco, quien también intervino en la defensa de Alcatel, adhirió a los argumentos del Dr. Bustamante, agregando que para la toma de decisiones de esta naturaleza existen dos principios generales, el pro homine y con cita de VON FEAURBACH, argumenta sobre el principio *in dubio pro reo*, para sostener que la aplicación del artículo 55 no fue *pro homine*.

C) A su turno el Sr. Fiscal considera admisible el recurso, sin cuestionar el mismo, ello al considerar que fue interpuesto en tiempo y forma y por tratarse de una unificación de pena, formando la pena parte de la sentencia.

Inmediatamente se introduce a contestar el embate defensivo explicando que las sentencias por las que se agravia fueron correctamente individualizadas, refiriendo la jueza a las tres sentencias con las respectivas fechas de dictado y los montos de las penas impuestas en cada una.

Aduce que el planteo lo efectuó en la audiencia de unificación, lo reedita porque no se le dio respuestas, pero se analiza el planteo que hace al art. 58 en el punto de la sentencia impugnada y porque se decide la aplicación del art. 55.

El tema de la absorción considera que no lo fundó y que le resulta difícil entender el planteo, ya que solo puede comulgar con la doctrina de la perforación de los mínimos, superada en la provincia de Neuquén. Agrega que el máximo posible para la presente causa era de ocho años y un mes, lo que no está en discusión.

Cierra su análisis con la consideración de que el planteo no es más que un mero desacuerdo con el monto de la unificación, y los fundamentos esgrimidos no se condicen con dicho monto. Tampoco entiende aplicable los planteos referidos a la Ley 24660, pues el éxito del tratamiento

penitenciario no hace a la aplicación de la pena. Solicita la aplicación de Costas.

d) Por su lado, el Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente, Dr. Lucas González, quien se encuentra legitimado en virtud de que uno de los hechos la víctima fue menor de edad (abuso sexual en concurso con robo en perjuicio de una niña de 9 años), se expide en similar sentido al del Fiscal sobre las disconformidad de la defensa con la decisión que ahora impugna, indicando que ello queda claro con el planteo subsidiario.

e) Dada la última palabra al impugnante, reitera que no se trata de un antojo su planteo, insiste con que la composición debió hacerse oportunamente, que se hizo en forma extemporánea y no le es imputable a A., y en eso rebate la crítica en cuanto a la falta de fundamentación. Que la referencia a los hechos es vaga, incompleta.

Por su parte el Dr. Areco se queja de la solicitud de imposición de costas, diciendo que es una obligación legal de la defensa el ejercicio de la defensa y que no se puede imponer costas a quien cumple un mandato que le impone la ley.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el Dr. Lucas Yancarelli, luego el Dr. Richard Trinchero y, finalmente, el Dr. Mario Rodríguez Gómez.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria- del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.

El **Dr. Lucas Yancarelli** dijo: Considerando que la impugnación deducida contra la sentencia fue interpuesta en

tiempo y forma, por la parte legitimada subjetivamente y contra una decisión que es impugnabile desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento (arts. 233, 236 y 238 inc. 3° del CPP). **ES MI VOTO.**

El **Dr. Richard Trincheri** expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez** manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

El **Dr. Lucas Yancarelli** dijo: la Defensa se agravia por los siguientes motivos: 1) Defecto formal de fundamentación de la sentencias por entender que la misma carece de datos suficientes que le impiden al impugnante conocer el modo en que se arribo a la decisión y 2) Por errónea aplicación del derecho al considerar que la unificación debió ser efectuada en los momentos procesales oportunos aplicando las reglas del art. 55. Solicita la nulidad de la decisión y subsidiariamente que se aplique una sola pena, la que deberá ser reducida a la más grave de cumplimiento efectivo.

Que tras un análisis pormenorizado de la pieza procesal impugnada, debo decir que la cuestión planteada por el defensor tuvo tratamiento acabado en la misma, dándose respuesta incluso con una cita jurisprudencial de Nuestro Máximo Órgano Judicial a nivel provincial, con cita de ZAFFARONI, E. R.- ALAGIA, A.- SLOKAR, A., Manual de Derecho Penal. Parte General, 2° ed., Bs. As., Ediar, 2006, págs. 756/758; in re: "C. R. V. S/ Abuso sexual." (Expte. N° 255 - Año 2010).

Explica la Dra. Beatriz Martínez que escoge apelar a las reglas del concurso real y a lo que se conoce como sistema compositivo, por estimar que se trata de instituciones que obedecen a una interpretación más favorable al imputado. Es por ello que se ponderó a la hora de definir el quantum de la pena, tanto las atenuantes como las agravantes.

Respecto de las agravantes se valoró la existencia de vulneraciones graves a distintos bienes jurídicos y la existencia de dos sentencias de ejecución condicional. En cambio, por las atenuantes se aprecia que es padre de un niño de corta edad, la buena conducta del nombrado en la Unidad de detención y los logros alcanzados en el tratamiento penitenciario.

Es por eso que los jueces por unanimidad consideraron apropiada unificar la pena en la de cinco años y nueve meses de prisión más accesorias legales y costas del proceso.

Los defensores plantean la nulidad de la sentencia por estimar que la misma tiene defectos formales al considerarla carente de fundamentación y también por defectos sustanciales, al propiciar una errónea interpretación de las normas. Adelanto que la petición no tendrá respuesta positiva.

Desde la doctrina la nulidad ha sido definida como: "la sanción legal, expresa o tácita, por la cual se priva de todo efecto jurídico en el proceso a un acto que se cumplió sin observar las formas para el exigidas" (**TORRES, Sergio Gabriel: "Nulidades en el Proceso Penal", Editorial Ad-Hoc, Año 1993, pág. 31**). En el mismo sentido expresa el brillante Maestro cordobés, Jorge CLARIÁ OLMEDO, que consiste en "la

invalidación de los actos cumplidos e ingresados al proceso sin observarse las exigencias legalmente impuestas para su realización" (CLARIÁ OLMEDO, Jorge: "***Derecho Procesal Penal***", actualizado por Carlos Alberto CHIARA DÍAZ, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2008, Tomo II, pág. 229).

"La comprobación de los vicios de actividad se efectúa mediante una investigación sobre la conducta procesal observada por el juez y las partes, puesta en relación con los preceptos procesales en concreto" (DE LA RÚA, Fernando: "***La Casación Penal***", Editorial Lexis-Nexis, Buenos Aires, Año 2006pág. 69 y 70), debiendo ser examinados con un criterio restrictivo, cualquiera sea el sistema adoptado y aunque no exista norma expresa al respecto, por cuanto se trata de un régimen cerrado riguroso que no permite extensiones o analogías (cfr. CLARIÁ OLMEDO: "***Derecho...***", op. cit., Tomo II, pág. 230, citando al Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba), debiendo primar los principios de conservación y trascendencia de los actos procesales, resultando ello congruente con el principio de mínima intervención que gobierna la materia.

Se observa entonces del análisis de la sentencia cuestionada que los temas planteados por la defensa y reeditados en esta instancia, tuvieron una respuesta que en el caso fue desfavorable. Si bien la negativa a la solicitud de la defensa no fue expresa, surge ínsita de la consideración de la Magistrada del primer voto la cual refirió a que aplicaba las reglas del concurso real y a lo que se conoce como sistema compositivo, porque entendió que son las instituciones que obedecen a una interpretación a favor del imputado, como ya lo describí más arriba.

Da entonces razones claras del por qué elige la aplicación de las mismas y lo hace fundadamente. No se advierten vicios de ninguna naturaleza, ni tampoco arbitrariedad en la elección realizada para quitarle los efectos jurídicos propios de una sentencia.

Como lo sostiene destacada doctrina *"la fundamentación de las resoluciones judiciales consiste en la aplicación racional y comprensible que debe brindar el tribunal, por escrito, acerca de las razones por las que resuelve en un sentido o en otro. Respecto de las cuestiones de hecho, deberá explicar por qué las conclusiones a las que arriba pueden ser inducidas de las pruebas que invoca al efecto; respecto de las cuestiones de derecho, deberá explicar por qué los hechos que da por acreditados tienen las consecuencias jurídicas penales"* (Conf. **CAFFERATA NORES - TARDITTI: "Código Procesal penal de la Provincia de Córdoba", Mediterránea, Córdoba, 2003, Tomo I, pág. 389).**-

Por otro lado, como bien lo indicó el Fiscal, los defensores no explican en concreto en que consiste el agravio, solo una referencia a la violación a las reglas del concurso, que como es sabido, la solución nos las da la misma ley sustantiva y habilitaba entonces a los decisores a llevar adelante la tarea que en definitiva terminaron por hacer de manera correcta.

Que en tales condiciones, cabe señalar que la misma norma atributiva de competencia establece que cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación a dichas reglas corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin

alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras **(CSJN: "Curruhuinca", 28/06/1988)**.

La nulidad por la nulidad misma es improcedente, en el sentido de que las formas procesales no son un fin en sí mismo **(cfr. CSJN: "Gorostiza", 324:1564, 15/05/2001; y CSJN: "Termite", 328:58, T. 870.XXXIX, 8/02/05, entre muchos otros)**. La finalidad del procedimiento penal es el de arribar a la solución del conflicto planteado, en nuestro caso el penal, aplicando la ley sustantiva. Dicha finalidad en el caso concreto se encuentra cumplida satisfactoriamente y acertadamente.

Tampoco explican definitivamente, en el embate, sus pretensiones subsidiarias de que la pena que incumbe aplicar, según ellos, es la que corresponde al mínimo legal de cuatro años y tres meses, debiendo ser absorbidas las penas de ejecución condicional por la pena de cumplimiento efectivo, es decir la de cuatro años y tres meses.

Esa no es la solución que impone el artículo 58 del Código Penal, sino que la correcta es la aplicada por el tribunal a-quo, vale decir, la del sistema de concurso real y compositivo. Para ello, los integrantes del mismo realizaron una completa valoración de las atenuantes y agravantes, estableciendo la dosis de pena en cinco años y nueve meses, muy por debajo de la solicitada por la Fiscalía en ocho años (dos años y tres meses menos) y más cercana a la peticionada por la defensa (18 meses más).

Tengamos en cuenta que eran tres condenas, la mayor de 4 años y 3 meses y dos de ejecución condicional, una de tres años y otra de ocho meses. Cada decisión es transcripta en la resolución cuestionada: *"En primer término el*

Ministerio Público Fiscal puntualizó que en el **Legajo n° 10.909/14, en fecha 18 de noviembre de 2015**, se impuso condena de 4 años y 3 meses de prisión en orden a los delitos de robo simple en concurso real con abuso sexual simple. Posteriormente, en el **Legajo n° 610, mediante resolución del 9 de diciembre de 2015**, se fijó condena de 3 años de ejecución condicional, en orden al delito de incendio y, finalmente, en el **Legajo n° 16.425**, se impuso una condena de 8 meses, también con modalidad de ejecución en suspenso, de **fecha 7 de junio de 2016**, en virtud de la responsabilidad penal en orden a los delitos de robo simple en concurso real con robo simple en grado de tentativa con la participación de un menor de edad”.

Como se advierte, si bien no con los detalles exigidos por el defensor, existe una referencia que identifica cada una de las decisiones que se tuvieron en cuenta para la unificación de la pena; con lo que, fácil es advertir entonces que, el agravio propuesto no puede tener acogida favorable, máxime si además fue debatido y se aseguró el derecho de defensa en juicio.

Es que no se avizoran vicios que permitan fulminar con la máxima pena a la pieza resistida. La misma es intachable y cuenta con todos los elementos para ser considerada procesalmente válida. Se anotan los legajos, las fechas de las decisiones condenatorias recaídas, y se justiprecian adecuadamente los elementos que se meritaron para establecer la única pena.

Por otro lado, el tribunal, además, desechó tácitamente el sistema aritmético por el composicional, por estimarlo más adecuado y beneficioso para el imputado, lo

cual es sumamente laudable. Rechazó entonces la petición de la fiscalía en pro del imputado y paso a componer la pena única.

En resumen, ningún defecto de magnitud se observa de la actividad jurisdiccional llevada a cabo como para tacharla de nula. Ello quiere decir que no tiene la aptitud necesaria como para afectar los derechos del incuso, más aún, la pena que deberá cumplir es mucho más reducida que la que le correspondería si se hubiese aplicado el sistema aritmético.

De tal guisa, debo advertir que los votantes han dado las razones por las cuales arribaron a la decisión y reseñaron la base de la que partieron para arribar a la misma.

Es por eso que entiendo que el nulidicente ha podido contar con todas las herramientas para advertir cuales fueron los elementos que el tribunal de la unificación tuvo en cuenta para concluir lo que en definitiva decidió. Por tal motivo, no existen razones para que se considere agraviado.

Volviendo sobre lo planteado y para profundizar el análisis, sostiene la defensa que se aplica una pena única sin revocar las anteriores, fundamentalmente la condicionalidad de dos de ellas.

Subsidiariamente plantea que se aplique una pena única que no podrá ni deberá superar la pena impuesta en la única condena privativa de la libertad dictada en el legajo n° 10909/2014, esto es cuatro años y tres meses.-

Destacada jurisprudencia ha dicho lo siguiente: "A fin de dar razones resulta útil comenzar por recordar, en primer lugar, que esta Sala tiene dicho, con diversas

integraciones y desde antiguos precedentes ("Rodríguez", S. n° 25, 21/12/1989; "Hernández, S. n° 82, 20/9/2001; y recientemente "Rotelli", S. n° 374, 28/12/2012), que **el art. 58 del CP**, según sus antecedentes legislativos, se propone una **doble finalidad**. En primer lugar, tiende a asegurar el cumplimiento de las reglas del concurso material (CP, 55 a 57) cuya observancia y aplicación uniforme en todo el país podría resultar ilusoria como consecuencia de la pluralidad de jurisdicciones diversas y la coexistencia de leyes procesales diferentes, en virtud del régimen federal de gobierno. Así, mediante ese instituto se impone y garantiza la unidad penal en todo el territorio, evitando que un condenado múltiple en jurisdicciones distintas o en épocas sucesivas quede sometido a un régimen punitivo penal, a diferencia de quien, en igualdad de condiciones, fue juzgado por un único Tribunal que aplicó sin dificultad lo dispuesto en los arts. 55 a 57 del CP. En segundo lugar, extiende la aplicación de las reglas del concurso material a casos de reincidentes colocados en situaciones análogas a las señaladas" (TSJ Cba: "*Pezoa*", Sent. n° 135, 30/05/2013).

En la misma decisión, el cimero tribunal de la provincia de Córdoba, dijo: "La segunda regla, resulta complementaria de la anterior en cuanto a su aplicación, y está condicionada a la inobservancia o a la inaplicabilidad de la primera regla del art. 58 C.P., esto es, **cuando dictadas dos o más sentencias firmes, hubiesen resultado incumplidas**, a pesar de todo y por cualquier motivo, las normas de los arts. 55, 57, 58 -primera regla- y 27 -párrafos primero y segundo- del C.P.; situaciones que, en ausencia de esta regla y por gravitación del principio de cosa juzgada,

habrían quedado sin solución legal coherente" -sin negrita en original- (**TSJ Cba: "Pezoa", ya cit.**).

Las reglas concursales son la respuesta que la ley de fondo propicia para casos como el presente, vale decir, en casos en que se omitieron realizar las correspondientes unificaciones en los momentos oportunos. Por lo tanto no puede considerarse que la regulación y solución legislativa al problema suscitado le cause un gravamen o un perjuicio, propiciando una salida alterna sin base legal de ningún tipo.

"Por mi parte, considero que no existe impedimento porque se trata de aplicar reglas de índole sustancial y el tema del perjuicio no es un argumento viable pues es evidente que nadie puede argumentar lo siguiente: "no se me pueden aplicar las reglas concursales porque ello me perjudica" pues además ello sería extensible a todos los institutos por ej.: libertad condicional, además que las reglas concursales siempre implican un perjuicio porque en el caso del concurso material permiten elevar el tope máximo de la escala única" (**GENTILE, Fernando: "El sistema de pena única del Código Penal argentino. Unificación de sentencias", www.terragnijurista.com.ar**).

Nuestro cimerio Tribuna provincial ha tenido oportunidad de expedirse también postulando que: "Muy importante doctrina ha resaltado que "...nuestro Código Penal no prevé la posibilidad de subsistencia de más de una pena pendiente de cumplimiento respecto de una misma persona, siempre que ello suceda, por cualquier causa, será necesario unificar las penas mediante el dictado de una nueva sentencia. (...) Corresponde aplicar una única pena no sólo cuando un sujeto comete varios delitos juzgados en el mismo

proceso (Arts. 55 y 56) sino también, aplicando las mismas reglas fijadas en aquellos artículos, cuando una vez condenado el sujeto por uno o varios delitos y encontrándose pendiente, total o parcialmente, el cumplimiento de la pena, la misma persona debe ser juzgada nuevamente por un hecho distinto, sea éste cometido antes o después de aquella condena, o también cuando se han dictado varias sentencias condenatorias distintas respecto de la misma persona por hechos que debieron temporalmente ser juzgados en el mismo proceso o cuando, al menos, debió dictarse una pena única al fallarse el último proceso. (...) A esos efectos el Art. 58 extiende las reglas de los Arts. 55 a 57 a cualquier otro caso en que haya una pena vigente y se deba penar nuevamente al sujeto, siendo irrelevante si el mismo cometió el delito por el que se lo juzga después de la sentencia o de las sentencias firmes anteriores, o con anterioridad a éstas, o aún antes del delito ya sentenciado. Sin embargo, esta última circunstancia tendrá importancia a los efectos de la eventual unificación, no ya de pena, sino también de la condena, supuesto sólo posible (y obligatorio) cuando el hecho ahora juzgado fue cometido antes de la sentencia anterior. (...) En todos los casos, es decir, tanto en la unificación de condenas, como en la simple unificación de penas (...) el tribunal que condena en último término debe, en la misma sentencia en que lo hace, imponer una pena única, conforme las reglas de los Arts. 55 y 57 [del C.P.]..." (ZAFFARONI, E.D.; BAIGUN D.: "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Buenos Aires, Hammurabi José Luis Depalma Editor, 2.007, PP.45/48)" **(TSJ Neuquén: "Antigual", RI n° 38, 28/03/2012)**.

Cabe poner de resalto, conforme lo reseñado hasta aquí, que se encuentra en juego la garantía de igualdad ante la ley, pues no puede haber más de una pena pendiente de cumplimiento y tampoco pueden cumplirse en paralelo.

La inconducta procesal señalada ... ha sido reiteradamente armonizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto puede generar dos situaciones igualmente contrarias al principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.), cuales son el cumplimiento en paralelo de varias penas o su cumplimiento sucesivo. (C.S.J.N. Comp 1141 L XLII, Competencia N° 331 XLII "Traico Marcelo s/robo en poblado y banda", entre otras) **(Cam.Ap.San Isidro: "Méndez", 30/10/2014)**.

"...nuestro Código Penal no prevé la posibilidad de subsistencia de más de una pena pendiente de cumplimiento respecto de una misma persona. Siempre que ello suceda, por cualquier causa que fuere, será necesario unificar las penas mediante el dictado de una nueva sentencia **(CARAMUTTI, Carlos: "Concurso de delitos", Hammurabi, Buenos Aires, 2010; pág. 415)**.

Como se puede avizorar, toda la línea jurisprudencial va en el mismo sentido, y ese es el que le ha dado la Jueza de grado junto con los colegas que adhirieron a su voto.

Ahora bien, es cierto lo señalado por la defensa que no se revoco la condicionalidad de las dos penas impuestas bajo esa modalidad. Sin embargo, tal vicio no es suficiente para invalidar el decisorio puesto en crisis, en cuanto dicho error u omisión, puede válidamente ser subsanado en esta instancia sin necesidad de declarar la nulidad.

Es que el extremo aducido como faltante, no le ha significado ninguna mengua en el derecho a defensa en juicio. Tan solo se trata de una omisión de carácter formal, que puede atribuirse a un olvido con escasa significación jurídico-práctica.

Tal olvido, omisión o error, no es suficiente ni alcanza para proceder al desguace de la sentencia de unificación de pena, la que como vengo anotando, goza de entera lozanía y cumple sobradamente con la finalidad y con el interés de todas las partes.

Las nulidades procesales son de interpretación restrictiva, siendo condición esencial para que puedan declararse que la ley prevea expresamente esa sanción, que quien la pida tenga interés jurídico en la nulidad y además que no la haya consentido expresa o tácitamente. De esta forma resulta indiferente para una eventual declaración de nulidad la naturaleza de ésta, expresa, genérica, virtual o desde otro análisis absoluta o relativa, ya que **los principios de conservación y trascendencia, plasmado éste último en la antigua máxima "pas de nullité sans grief", impiden la aplicación de dicha sanción si el acto atacado logró su finalidad, y si no se verifica un perjuicio que deba ser reparado.** La garantía de la defensa en juicio tiene desde antiguo carácter sustancial y por ello exige de parte de quien la invoca, la **demonstración del concreto perjuicio** que pudo inferirle el presunto vicio de procedimiento y de la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo si no hubiese existido ese defecto -del voto del Dr. Tragant -sin negrita en original- **(C.N.C.P., Sala III: "Palacios" c. 5015, 22/06/04)**. En similar sentido también se expidió la misma

sala unos años antes **(C.N.C.P., Sala III: "Marginales", c. 1932. r. 545.99.3, 21/10/1999)**.

Es por ello que entiendo que no existen óbices para desde esta instancia asumir competencia positiva y revocar la condicionalidad de las penas dictadas en el marco de los legajos Legajo n° 610 y 16.425, tal como lo hiciera el máximo tribunal chaqueño **(TSJ Chaco: "Sánchez", Ac. n° 69, 04/07/2012)**, con la finalidad de subsanar la inconsistencia menor con la que contaría el fallo discutido, y dejar a salvo cualquier antipatía con lo dejado de hacer.

Aunque el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba tuvo ocasión de pronunciarse sobre un tema similar y parece haberle restado importancia a la cuestión argumentando que: "...no siempre la unificación de la condena implica revocación de la ejecución de la condicionalidad de la condena, pues el condenado tiene derecho a una pena...única (C.P. 58), pero no por ello a perder la posibilidad de ejecutarla en libertad", también se sostiene que "no resulta ocioso destacar que autorizada doctrina... dice "por consiguiente, la pena unificada puede privar de esos privilegios al que los gozaba..., si en relación a la nueva situación fáctica no concurren los requisitos establecidos, respectivamente, por los arts. 26 y 27...para que no procediere la condicionalidad... (Núñez, R.C., "Las Disposiciones Generales del Código Penal", Ed. Lerner, Córdoba, 1988, 162)..." **(T.S.J. de Cba: "Fleiderman", Sent. n° 14, 10/08/1994)**.

Con esto último queda claro entonces que, sin perjuicio de la solución del Tribunal chaqueño, no le puede significar ningún agravio lo relativo a la falta de

revocación de la condicionalidad, pues tras la unificación, el condenado ha perdido toda posibilidad de que la condena sea de ejecución condicional, pues la misma excede con creces los tres años del art. 26 del CP, siendo innecesaria su revocación ya que se trata de una única pena.

Mucho menos puede pretender que tales penas (las de ejecución condicional) sean absorbidas por la pena más grave, en clara afectación del principio de culpabilidad, ya que el imputado se vería beneficiado en la nueva apreciación punitiva con el olvido de las mismas, lo que se ha caracterizado doctrinariamente como un "*recurso de revisión impropio*".

Por el contrario, estamos ante tres condenas y tres penas, sólo ello amerita un mayor reproche punitivo, es decir, se autoriza una reacción más intensa frente al desprecio normativo demostrado por el enjuiciado. Así se ha reflejado atinadamente en la sentencia de unificación de penas en embate, pues no se pueden licuar las sanciones impuestas por un presunto perjuicio que, vuelvo a repetir, no se puede determinar ni advertir.

"Al respecto, hemos sostenido que frente el art. 58 del Código Penal, la cosa juzgada, propia de la condena a unificar, cede sólo hasta el grado de posibilitar una nueva individualización de la pena única a imponer al sujeto, en cuanto a su naturaleza, modalidad de ejecución y cantidad, en función de los arts. 26 a 28, 40 y 41 y dentro de las escalas de los arts. 55 y 56, todos del Código Penal. Por lo tanto, quedan en pie en la primera sentencia la declaración de los hechos probados, atribuidos al sujeto y su calificación legal (T.S.J., Sala Penal, "Gorosito", S. n° 31, 20/03/2008; NÚÑEZ,

Ricardo C., Manual de Derecho Penal. Parte General, Lerner, Córdoba, 4ta. edición -1999-, pág. 268 y 269; FONTÁN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, T. III, págs. 112 y 113; CREUS, Carlos, Cuestiones Penales, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1982, págs. 129 y 155; DE LA RÚA, Jorge, Código Penal argentino. Parte General, 2da. edición, Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 1021, parágr. 37; ZAFFARONI, Eugenio R.- ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, E.D.I.A.R., Buenos Aires, 2000, pág. 973; y CARAMUTI, Carlos S., "Comentario al art. 58 del C.P.", publicado en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Baigún, David-Zaffaroni, Eugenio R. (Directores), y Terragni, Marco A. (Coordinador), Hammurabi, Buenos Aires, 2002, Vol. 2, págs. 519 y 523). Con acierto, Carlos CARAMUTTI explica que esta firmeza se extiende también a "las atenuantes o agravantes cuya existencia fue fundada al momento de individualizar la pena con arreglo a los arts. 40 y 41" (en AA.VV., Código Penal de la Nación y normas complementarias. Análisis Doctrinal y jurisprudencial, T. 2B, dir. David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, coord. Marco A. Terragni, Bs.As., Hammurabi, 2007, pág. 50)" (**TSJ Cba: "Barrera", Sent. n° 11, 18/02/2011**).

Por último, la defensa realiza una interpretación del artículo 261 del Código Procesal Penal de Neuquén, consistente en decir que de su texto se desprende que la unificación de penas no es obligatoria, sin dar mayores precisiones del porque llega a esa conclusión.

Valen los mismos comentarios, pues es imposible que no sea obligatoria cuando la misma sea procedente de conformidad a las mandas ya enumeradas en varias

oportunidades. Ha quedado claro a esta altura que no puede haber dos penas ejecutándose al mismo tiempo o sucesivamente. De ser así se vería afectada la igualdad, porque algunos individuos tendrían una especie de indulto parcial al cumplir una única pena (como lo pretenden los defensores) o paralela y en cambio otros, tendrían que cumplir todas las condenas impuestas sucesivamente y en cada lugar en el que le fueron impuestas.

Por otra parte, nuestro sistema federal, sencillamente impide que las penas puedan cumplirse paralelamente, como es de esperarse, ya que nadie puede estar en dos lugares al mismo tiempo. La otra alternativa, que las penas se cumplan sucesivamente, sí vendría a ser seriamente perjudicial para el condenado, dado que debería ir agotando cada una de las penas para comenzar a ejecutar la que le sigue.

De ahí la finalidad del instituto y de la respuesta que el legislador le ha dado a casos como el de marras. De este modo, la pretendida solución buscada por los asistentes técnicos del condenado, no tiene cobijo legal y resulta por lo tanto inaplicable desde cualquier punto de vista.

Es que no se entiende muy bien cuál es la inteligencia que se le quiere asignar a la **norma procesal** citada, la cual dispone: "*Cuando alguna de las partes solicite la unificación de condenas, la Oficina Judicial dará intervención al tribunal que deba decidir la cuestión*". No es más que una norma de carácter formal, y sencillamente dispone que cuando alguna de las partes solicite la unificación de condenas (en el caso la Fiscalía), la Oficina Judicial dará intervención al tribunal que deba decidir la cuestión (en ese

sentido, lo hicieron los tres jueces que precisaron la cuestión).

En ningún momento se logra arribar a la interpretación ofrecida por los defensores, la que, por cierto, carece de asidero ya que es de toda obviedad que una norma de esta naturaleza no puede anular una de carácter sustancial y viceversa (aunque esto último es común que suceda en el legislador nacional), pues se encuentra en juego la separación de competencias legislativas en materia de fondo y de forma (art. 75 inc. 12 de CN).

Se siguió lucidamente con el procedimiento marcado por dicho dispositivo, que insisto, es de naturaleza procesal. Intervino el tribunal, con todas las partes, se respeto el contradictorio y finalmente se adoptó la decisión puesta en tela de juicio.

Es por todas estas razones que soy de opinión que la decisión cuestionada debe ser confirmada en lo que fue materia de impugnación, con la salvedad de la revocación de la condicionalidad, que como se apunto, se encuentra ínsita en la unificación de pena efectuada y es solo a los efectos de despejar cualquier duda. Por lo tanto los recursos deducidos por la defensa deben ser desechados en lo sustancial por no configurarse los invocados motivos de agravio.

ES MI VOTO.

El **Dr. Richard Trinchero** manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el voto que me preceden, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez** expresó: Por compartir los argumentos vertidos por el Dr. Lucas Yancarelli en su voto, adhiero al mismo.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

El **Dr. Lucas Yancarelli** dijo: Que entiendo existen motivos para eximir de costas procesales en esta etapa impugnativa a los recurrentes perdidosos (art. 268 segunda parte, segundo párrafo del C.P.P.N.), con fundamento en que el ejercicio del derecho constitucional a una revisión amplia e integral de la sentencia de condena no debe verse cercenado ante la amenaza o el temor de tener que afrontar el eventual pago de las costas procesales en caso de que el recurso sea rechazado por el Tribunal de Impugnación. Por lo que encuentro razón suficiente para eximir totalmente de costas al recurrente en la presente instancia (arts. 268 y 270 a "contrario sensu" del C.P.P.N.). **ES MI VOTO.**

El **Dr. Richard Trincheri** manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez** expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

Conteste con las posturas enarboladas, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

RESUELVE: I.- **DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL** de la impugnación deducida por el recurrente (arts. 233, 238 y 239 del CPP).-

II.-RECHAZAR LAS IMPUGNACIONES ORDINARIAS deducidas por el Dr. Alejandro Bustamante a favor del imputado M. R. A. por no verificarse los agravios invocados (art. 246 del C.P.P.N.).-

IV.- SIN COSTAS (art. 268 del CPP) por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia.-

V.- Remitir el presente pronunciamiento a la Oficina Judicial para su registración y notificaciones pertinentes.-